

**Resolución No. 000255**  
( 29 DE SEPTIEMBRE DE 2020 )

***“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020”***

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

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Ley 1508 de 2012, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00215 de 2017, y

**CONSIDERANDO**

**1. COMPETENCIA**

Que el artículo 3° 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 1° y 2° del artículo 4° 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: 1°: Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacerse al garante, 2°: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)”*.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

*"Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del"*



*afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (...)*

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

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

Que mediante la Resolución N° 000334 de 2019, se delegan funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica para iniciar los procedimientos administrativos sancionatorios, incluyendo la recepción de los descargos, y surtir todo el debate probatorio hasta su culminación y adoptar la decisión de fondo correspondiente.

## **2. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.**

2.1. Que mediante la Resolución No. 00063 del 14 de marzo de 2018, el Director Ejecutivo de CORMAGDALENA ordenó la apertura del Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-1.

2.2. Que a través de la Resolución No. 00096 del día 27 de abril de 2019, fue adjudicado el Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-18 al CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con Nit. 901.177.949-2, por un valor de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$477.475.600) M/Cte., incluido IVA y demás tributos que se causen.

2.3. Que el CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con NIT 901.177.949-2 integrado por: CELQO S.A.S. NIT 900.090.780-6 con el 49% y ARENAS DE LA HOZ INGENIERA S.A.S. NIT 900.883.757-1 con el 51%.

2.4. Que el día 7 de mayo de 2018 se suscribió el contrato No. 0-0180-2018 entre CORMAGDALENA y CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera del contrato, es el siguiente:

### **“CLÁUSULA 1.1. Objeto.**

*EL objeto del presente Contrato es REALIZAR LA INTERVENTORÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA, FINANCIERA, CONTABLE Y JURÍDICA para los siguientes contratos de Concesión Portuaria-Grupo 1: 1) No. 003-1993, 2) No. 019-1997, 3) No. 023-1998, 4) 027-2004, 5) No. 026-2004, 5) No. 026-2004, 6) No. 029-2004, 7) No. 31-2008, 8) No.36-2007, 9) No. 39-2009, 10) No. 30-2006, 11) No. 3-0035-2007, 12) No. 3-0037-2008, 13) No. 40-*



2009, 14) No. 41-2010, 15) No. 43-2010, 16) No. 47-2011, 17) No. 9-2010, 18) No. 38-2008, 19) No. 032-2006, 20) No. 44-2010. (los “Contratos de Concesión”).

2.5. Que el alcance de dicho objeto se determinó en la cláusula 1.3. así:

**“CLÁUSULA 1.3. Alcance**

*Las OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR serán entre otras las siguientes: las previstas en los Contratos de Concesión, e sus Apéndices, Anexos y modificaciones, y las demás que CORMAGDALENA en sus Pliegos y el Contrato de Interventoría se estipulen, las cuales podrán ser consultadas en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA. (...).”*

2.6. Que el plazo inicialmente acordado fue de siete (7) meses, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada el día primero (1°) de junio de 2018.

2.7. Que el referido contrato de interventoría no tuvo adiciones, prórrogas, suspensiones ni modificaciones.

2.8. Que el Subdirector de Gestión Comercial fue designado como supervisor del contrato, quien, en cumplimiento de sus funciones, a través de las comunicaciones No. 201901000239 del 15 de febrero de 2019 y alcance No.201901000501 del 19 de marzo de 2019, puso en conocimiento de CORMAGDALENA un informe con los presuntos incumplimientos presentados por el Contratista, manifestando que, *“remite informe del Contrato de Interventoría previamente indicado a la Oficina Asesora Jurídica para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio derivado del presunto definitivo cometido por el interventor Consorcio Inter-Puertos 02”* y solicitando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio.

2.9. Se surtió el procedimiento administrativo sancionatorio en varias sesiones de audiencia así:

2.9.1. Sesión de audiencia del 13 de mayo de 2019 en la cual se instaló audiencia y se presentaron los descargos tanto por el apoderado del contratista, como por la apoderada de la compañía garante.

2.9.2. Sesión de audiencia del 21 de mayo de 2019, se dio apertura a la etapa probatoria, se incorporaron pruebas y se decretaron las consideradas conducentes, útiles y pertinentes.

2.9.3. Sesión de audiencias del 13 de junio de 2019, se procedió a recibir el testimonio de la señora MARÍA PAULA TAMAYO quien fungió como profesional financiera de la Interventoría y se decretaron aclaraciones a la prueba por informe a cargo de la supervisión.

2.9.4. Sesión de audiencia del 26 de junio de 2019, fueron presentadas e incorporadas las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial.

2.9.5. Sesión de audiencia del 11 de julio de 2019, tanto el apoderado del contratista como la apoderada de la compañía garante presentaron sus alegatos finales.

2.9.6. Sesión de audiencia del 19 de febrero de 2020 se adoptó decisión a través de la Resolución No. 055 de la misma fecha *“Por la cual se declara el incumplimiento definitivo de las obligaciones y se afecta la cláusula penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018 suscrito con CONSORCIO INTER-PUERTOS 02”*, frente a la cual los apoderados del contratista y de la compañía garante interpusieron recurso de reposición.

2.9.7. En sesión de audiencia del 06 de marzo de 2020 tanto el apoderado del contratista como la apoderada de la compañía garante sustentaron el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 0055 del 19 de febrero de 2020.



### 3. RECURSO DE REPOSICIÓN

#### 3.1 CONSORCIO INTER-PUERTOS 02

El concesionario interpuso y sustentó recurso de reposición de manera verbal y por escrito, solicitó la revocatoria de la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020 a través de la cual se declaró el incumplimiento definitivo de las obligaciones y se afectó la cláusula penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018 suscrito con CONSORCIO INTER-PUERTOS 02, y agrupó sus argumentos bajo el título falsa motivación, el cual subdividió en varios argumentos, así: 1) Venire contra factum propium ad substantiam actus; 2) Delimitación del debate probatorio actual.; 3) Cláusula contractual y radicación respuestas interventoría-todos los oficios tienen firmeza; 4) No existen actualmente oficios por contestar; 5) Prueba de Informe –Informe de la Supervisión- existió excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, realizó una consideración preliminar a estos argumentos de forma verbal.

##### 3.1.1 Consideración preliminar.

En ese orden cosas, en lo tocante a la consideración preliminar, señaló:

*“(...) Como consideración preliminar consideramos que hay una extralimitación si sigue o no el incumplimiento, cuando no tiene dicho rol y se está extralimitando totalmente sus funciones y dentro de su calidad en el presente proceso sancionatorio.*

*Visto de esta forma, porque acá vamos a demostrar cómo cada uno de los tres incumplimientos, que fueron debidamente trasladados por el despacho no son tales calificados como omisiones o negligencias por parte del cliente que represento, sino que ya fueron debidamente subsanados y para eso solicitamos muy respetuosamente a la Oficina Asesora Jurídica que lo analice con su competencia y no le delegue esta función a la supervisión para que sea la supervisión la que sin tener dicha competencia califique los incumplimientos(...)*

##### 3.1.2 La falsa motivación

De acuerdo con el apoderado del contratista, señaló frente a la falsa motivación, *“la motivación significa que el encargado de tomar una decisión de fondo en el proceso administrativo tiene la obligación de explicar o fundar las razones que lo llevaron o motivaron a tomar dicha resolución, es decir concretar los antecedentes de hecho y de derecho que llevan a la entidad CORMAGADALENA a imponer una sanción, siempre que no se encuentre en desmedro del debido proceso y del derecho de defensa.”*

Citó jurisprudencia así: *“el motivo o causa del acto administrativo corresponde a las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso inducen a su expedición, o lo determinan, puesto que la Administración actuar caprichosamente, es por esto que en las actuaciones fundamentalmente regladas, sus actos están casi totalmente determinados de antemano.*





*Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando (...)*”

Conforme a ello afirma, que “*nos encontramos en la causal iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen*”

De esta suerte, asevera que “*la exposición de motivos es una exigencia que se deriva del debido proceso y el derecho de defensa que garantiza la transparencia del ejercicio de la actividad pública, y permite al afectado conocer lo que se pretende con el acto notificado.*

*La falsa motivación, como lo ha reiterado la jurisprudencia, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.”*

De igual forma señaló que la Oficina Asesora Jurídica descontextualiza la referida sentencia del 22 de octubre de 2012, ya que en ninguno de los apartes se habla de presunción de culpabilidad que le permita a CORMAGADALENA asumir una posición probatoria pasiva.

Resaltó que la valoración de la prueba es de este Despacho y no del supervisor, que frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales tiene un conflicto de interés respecto a las suyas; por lo que no puede limitarse al análisis documental de la Subdirección Comercial, sino que debe asumir directamente la revisión de la documentación relacionando lo solicitado con lo entregado.

Finalmente, señaló que existió por parte de la Oficina Asesora Jurídica una falsa motivación, que conlleva a afirmar a éste apoderado que se ha dejado a un lado la finalidad de buscar la verdad verdadera del proceso, y en su lugar se ha asumido una posición parcializada en la que la entidad busca imputar responsabilidades que le permitan ocultar sus propias omisiones y negligencias, adicionalmente señala que la supervisión conforme a la norma no debería estar participando en la audiencia, por lo cual subdividió este capítulo en varios argumentos, así:

### **3.1.2.1 Venire contra factum proprium ad substantiam actus**

Frente a este argumento el profesional del derecho señaló que, a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, es decir que va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede bajo ningún sentido prosperar.

De tal suerte que aseveró que, con la finalidad de imponer sanción, se contradice con lo establecido en su propio contrato, que impuso unilateralmente y que es su única fuente de obligaciones; pues pretende en estas instancias omitir el término contractual de 10 días de firmeza de todos los informes y oficios de interventoría.

Finalmente señaló que no puede la Entidad ir en contra de sus propios actos, en dos sentidos, reconocer un contrato que es una fuente de obligaciones y a la vez desestimar una cláusula que establecía la firmeza de esos actos y de esos informes de la interventoría,





que por negligencia y omisión del supervisor no lo revisó dentro de los diez días y quedaron en firme; y segundo no puede cuando analizó las obligaciones del contratista contractuales si hacerlo de manera literal (lo claro no se interpreta), pero por el otro lado cuando hablamos del período de firmeza, cuando se habla de las obligaciones de la supervisión se empiezan hacer unos malabares jurídicos para establecer que esa cláusula es ineficaz, inocua y no aplicable.

### 3.1.2.2 Delimitación del debate probatorio actual.

Por otro lado, el concesionario recurrente arguye que era muy importante la prueba adicional solicitada por el apoderado, porque hubo una falla del despacho donde solicitó la prueba, pero la Subdirección de Gestión Comercial como no dio respuesta el despacho presumió que los incumplimientos siguen, el contratista no debe responder por la coordinación de la Entidad.

Adicionalmente, señaló que la Oficina Asesora Jurídica se tiene que separar porque hace una función de juez cuando se vuelve la funcionaria competente para dirimir un procedimiento administrativo y en este momento tiene que ver con la supervisión que está generando un informe inicial y es su única actuación, al contratista y a los intereses de la Entidad de forma separada, esa es nuestra garantía de nuestro derecho de defensa y del debido proceso, en este momento la supervisión solo es válida para un tema de acervo probatorio y para presentar el primer informe, ya después de eso es la Entidad la que debe revisar si existe un incumplimiento o no, separándolo de lo que es la posición de la Entidad con lo que es la posición del contratista.

Agregó que esa presunción que se aplicó, es como no respondió la supervisión se presume que sigue el incumplimiento y el contratista no debe responder por esa mora de la administración, con base en el principio de coordinación, el despacho debió esperar respuesta para emitir una decisión, porque se vuelve contradictorio conforme al principio de *venire contra factum proprium*, cuando en el fallo inicial en la resolución No. 055 indican que el contratista está incumplimiento en cuatro (4) oficios y ahora en este momento, después de la decisión inicial me llega una prueba que se pidió durante la etapa probatoria e indican que estamos en tres, por eso es importante delimitar el debate probatorio, queda el incumplimiento 1.1.; 4.5 y 5.3. (Michellmar; Monómeros y Caribe).

Sumado a lo anterior señaló que, frente a esos incumplimientos, presentaron los argumentos correspondientes así:

1.1. Se hizo un análisis sobre la congruencia, la citación define la congruencia del proceso, no puedo cambiar los hechos porque a la supervisión le pareció, la congruencia entre el fallo y los cargos imputados constituye una de las garantías del debido proceso y el derecho de defensa y, por lo tanto, debe existir y, por lo tanto, debe existir una relación y correspondencia en sus tres aspectos básicos (i) Congruencia personal hace referencia a la conformidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere el cargo y aquellos a que se contrae el fallo. (ii) congruencia fáctica, relacionado a la identidad entre los hechos, conductas y las circunstancias definidas en el cargo y los que sirven de sustento en el fallo, y (iii) la congruencia jurídica que es la correspondencia entre la calificación o juicio que de los hechos se hace frente a su regulación jurídica que contiene el cargo y la que preside el fallo.



En materia sancionatoria, debe precisarse que los sujetos y los supuestos fácticos del fallo deben ser necesariamente los mismos del cargo (congruencia fáctica y personal). En el evento en que se presenten estas incongruencias se puede invalidar la actuación procesal y proceder a subsanar las irregularidades, pero en el evento en el que fallo se encuentre en firme o ejecutoriado, deberá proceder a sur evocatoria directa parcial o total por infracción a lo establecido en el artículo 29 de Constitución Política. Lo anterior es vital por cuanto el contratista ejerció su derecho de defensa sobre unos cargos formulados y no es viable que se le reproche por un cargo frente al cual no tuvo oportunidad de defenderse ni solicitar pruebas.

De acuerdo a ello señala que la citación estableció *“La Sociedad Portuaria Michellmar S.A.: Se solicitó al interventor emitir concepto referido a la aprobación de los compromisos de inversión ejecutados por la citada Sociedad Portuaria”*

En el último oficio emitido por la supervisión señaló que no se dio respuesta *“en lo que respecta al proceso y la metodología realizada para certificar las inversiones reportadas en los formatos F-PGC-01 y F-PGC-02”*. Son dos cosas diferentes ya se certificó la inversión ahora se cuestiona el proceso y la metodología, no se puede cambiar los hechos de la presente citación, si hay reparos con el proceso y la metodología debe ser sujeto a otro proceso sancionatorio.

Adicionalmente señaló que el anterior incumplimiento ya ha sido respondido a través de la comunicación No. CIP 02IN2392019 donde dice *“no son susceptibles de revisión toda vez que se encuentran en ceros y no registran inversión para el periodo”*, igualmente en el informe final del presente contrato se reiteró que la Sociedad Portuaria no presentó los documentos solicitados para poder certificar las inversiones durante el periodo contractual, entonces solicitó que se analice por parte del despacho, cual fue la citación inicial que solicitaba que están diciendo ahora sin renunciar a que hay una afectación a la congruencia del proceso, lo que se quiere demostrar es que el contratista siempre ha cumplido, donde este hecho que no hacía parte de la citación también ha sido superado.

Frente al 4.5., el apoderado manifestó que, la citación endilgó *“la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y 027 de 2004”*.

Ahora la supervisión manifestó que *“firmó y envió los formatos de inversión de la Sociedad portuaria en mención a la Corporación (...) la validación y verificación no se realizó de una forma adecuada (...) el criterio de la interventoría Consorcio Interpuertos 02 era imputar al plan de inversiones los mantenimientos realizados por la Sociedad Portuaria. De igual forma, la interventoría Consorcio Interpuertos 02 no suscribió las actas de recibo de obras.”*, está afirmando que es un problema de criterio y no de cumplimiento, hay una disparidad técnica, para eso se aporta en el tema de Monómeros como ya se ha manifestado donde la Entidad desde el 12 de junio certifica cada una de las inversiones acumuladas establece de manera clara el porcentaje de inversión anual.

Finalmente, frente al 5.3. se endilgó *“La totalidad de los soportes para acreditar las inversiones ejecutadas por el concesionario Sociedad Portuaria del Caribe S.A.”*.





En el último oficio de la supervisión señaló “no verificó contable de las inversiones ejecutadas del concesionario dentro de la zona de uso público concesionada (...)” ha estado ya se la había dado respuesta a través del oficio CIP02-IN-255-2018, en el que se calculó con facturas las inversiones de años anteriores y se certificó que durante el periodo las inversiones fueron 0.

**3.1.2.3 Cláusula contractual y radicación respuestas interventoría-Todos los oficios tienen firmeza.**

El apoderado del contratista señaló en sus argumentos que, existe un hecho cierto, de fácil comprobación, que éste despacho ha intentado, con malabares jurídicos, desconocer, esto es que la única fuente obligacional, de su lectura literal, permite concluir, que todas las comunicaciones que se califican como presuntamente incumplidas se encuentran en firme, efecto contractual que le fue dado única y exclusivamente por la entidad, se encuentra en la cláusula 4.2.2. que señala “vencido este término sin que haya un pronunciamiento escrito por parte de CORMAGDALENA, se entenderá que el informe correspondiente fue aprobado en los términos presentados por el interventor”. Si no presenta observación a los informes quedan en firme.

Presentó un cuadro que en sentir del profesional del derecho demuestra que todos y cada uno de los informes quedaron en firme:

INCUMPLIMIENTO		FECHA INFORME Y/O INTERVENTORÍA	PLAZO MÁXIMO	PLAZO SOLICITADO
Incumplimiento 1.	1.1.	Informe 4 del 19 de octubre de 2018 y 5 del 30 de noviembre de 2018	29 de octubre de 2018 y 10 de diciembre de 2018	NUNCA
Incumplimiento 4.	4.5	Informe No. CIP02-IN-143-2018 del 11 de noviembre de 2018	26 de noviembre de 2018	Oficio 201803003035 del 17 de diciembre de 2018 (+ 21 DÍAS)
	4.6.	Informe No. CIP02-IN-141-2018 del 3 de diciembre de 2018	17 de diciembre de 2018	NUNCA
Incumplimiento 5.	5.3.	CIP02-IN-171-2019 de fecha 18 de febrero de 2019.	4 de marzo de 2019	NUNCA

De igual forma el profesional del derecho indicó, en la tabla expuesta por el Despacho, en donde señaló una nueva columna denominada “Lo aportado en el expediente sancionatorio” no se logró desvirtuar por ningún medio la firmeza de los informes ni oficios.

Por el cual el abogado manifestó que, es así como el despacho no puede desviar el debate a la configuración del silencio administrativo positivo, en cuanto NUNCA se citaron las fuentes normativas sobre este fenómeno jurídico, sino que se dieron sus CONSECUENCIAS como ejemplo de las propias de la FIRMEZA fijada por ÉSTA MISMA ENTIDAD.

Finalmente el profesional del derecho señaló que, el Despacho intenta cubrir o amparar la negligencia de los supervisores de CORMAGDALENA, mediante la aplicación de normas



generales sobre obligaciones de las entidades públicas, principios que solo se aplican cuando no existe regulación particular y citando los diferentes métodos de interpretación, olvidando que el primer método es el literal, exegético o gramatical, en cuanto aquellos que aparece de manera clara no amerita interpretación, artículo 27 Código Civil *“INTERPRETACIÓN GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*

A su vez señaló que, el Consejo de Estado ha establecido respecto a la interpretación exegética lo siguiente:

*“8.3.1. Diferentes fuentes de la tradición jurídica romana-“cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”-y medieval- “in claris non fit interpretatio”-, incorporadas ampliamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico – Artículo 27- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la Ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento (...) impone al intérprete tomar el texto como primer elemento, pues se entiende que la voluntad del autor reside en su declaración final, salvo que se conozca claramente y que se acredite en el proceso judicial, que su intención era diferente a la que aparece en el texto.*

*8.3.2. En ningún momento sugiere la Sala una posición literal o exégeta que agote el proceso hermenéutico en el texto –algo así constituiría claramente un error, pues el texto obedece a un contexto que habrá lugar a analizar para discernir el significado relevante para el derecho-, pero sí afirma que el primer paso que se debe adelantar con el propósito de entender jurídicamente el pliego de condiciones y la propuesta de los oferentes, precisa de atención, detenimiento y cuidado en el sentido gramatical correspondiente, como reflejo de la intención final del autor del texto, pues en muchos casos este criterio será preponderante y suficiente. (...)”<sup>1</sup>*

Para terminar sus argumentos el apoderado del contratista manifestó que, es de gran relevancia lo señalado respecto al nuevo proceso de selección, pues en el mismo no se adicionó todas las interpretaciones extensivas que realiza el Despacho, sino se amplió el término, reconociéndose sistemáticamente por esta oficina que el término de firmeza no era suficiente para los supervisores, quienes de manera negligente duraban meses revisando la información solicitada.

**3.1.2.4. No existe actualmente oficios por contestar:**

Dentro de los argumentos referenció el presente cuadro:

INCUMPLIMIENTO	SOLICITUD	RESPUESTA	ESTADO
1.1	<i>“Sociedad Portuaria Michellmar.:Se solicitó al interventor emitir concepto referido a la aprobación de los compromisos de</i>	Una vez fueron presentadas no hubo manifestación sobre las mismas, por lo se entienden superadas. Igualmente, como lo acepta la misma supervisión, ésta	OK

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth

	<i>inversión ejecutados por la citada Sociedad Portuaria”</i>	solicitud es atemporal, en cuanto se efectúa con oficio No. 201903000676 del 11 de abril de 2019.	
<b>4.5</b>	<i>“(…) la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y 027 de 2004”</i>	Oficio CIP02-IN-257-2018: “el interventor realizó la verificación de las inversiones acumuladas por la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo-Venezolano-Contrato de Concesión Portuaria No. 027 de 2004(…) el interventor realizó la verificación de las inversiones acumuladas por la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo-Venezolano-Contrato de Concesión Portuaria No. 026 de 2004”	OK
<b>5.3.</b>	<b>Totalidad de los soportes para acreditar las inversiones ejecutadas por el concesionario Sociedad Portuaria del Caribe S.A.</b>	Oficio CIP02-IN-255-2018 “A través del documento del asunto el interventor presenta información relacionada con los soportes de inversión a cargo de la Sociedad Portuaria del Caribe, enlistado las facturas presentadas por el concesionario que soportan una inversión acumulada de COP \$10.129.488.066”	OK

De acuerdo al sentir del profesional del derecho no existe ningún oficio por contestar de conformidad con la citación inicial del despacho, se cumplieron plenamente todas las actividades.

#### **3.1.2.4. Existió excepción de contrato no cumplido.**

El abogado del contratista solicitó que se analice nuevamente la prueba por informe de la supervisión, donde la supervisión si está reconociendo que no existe la obligación por parte del contratista de acceder al archivo, y que la supervisión señaló que por confidencialidad tenía un resguardo especializado para la documentación, no era tan fácil de llegar y coger el documento, de acuerdo a la misma jurisprudencia que cita el despacho unificada del Consejo de Estado sobre excepción de contrato no cumplido tenemos que:

- (i) Nos encontramos en un contrato bilateral.
- (ii) La obligación del Consorcio es la de emitir conceptos con base en información que tiene la entidad.
- (iii) La entidad tiene la obligación de entregar la información base de los informes.
- (iv) Al incumplir con esta obligación imposibilita al Consorcio cumplir la suya.



### 3.1.2.5. De la indebida aplicación de la proporcionalidad de la sanción y la ausencia de prueba de perjuicio.

El apoderado señaló que es sorpresivo que en la decisión final se hable de incumplimiento definitivo creemos que es un problema de redacción, en el peor de los casos sería un incumplimiento parcial.

De igual forma señaló que, en la misma página 78 de la decisión inicial, la Oficina Asesora Jurídica manifestó:

*“Una vez pactada la cláusula penal, si no se determina la connotación que va a tener en el contrato estatal, la doctrina especializada ha conceptualizado que será entendida como estimación anticipada de perjuicios, es decir indemnizatoria.”*

El apoderado, de acuerdo a lo anterior, frente a la proporcionalidad señaló:

1. No se probó perjuicio alguno a la entidad, menos cuando no se entiende cómo se le exige a mi poderdante inversiones que debieron certificar otras interventorías de años atrás, respecto a las cuales sí son oponibles las condiciones de tiempo, modo y lugar de las actividades.
2. Por qué se establece que el contrato es indivisible, cuando es claro que era la interventoría de 20 contratos de concesión.
3. Por qué no se aplicó la proporcionalidad respecto a (i) El número de incumplimientos: 17,6% (ii) El número de contratos concesionados sobre los cuales recae la interventoría: 5%, o, como debe ser, (iii) La totalidad de obligaciones del contrato: 2,69%.

Agregó que, el despacho citó una sentencia del 2015 sobre la no obligatoriedad de la tasación de los perjuicios para el cobro de la cláusula penal pecuniaria, sin embargo, se resalta que dicho precedente está desactualizado, y que el actual soporta nuestro dicho así:

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

***De otra parte, en cuanto a la motivación técnica para la aplicación de la proporcionalidad y la racionalidad en la cláusula penal y, en general, de la tasación de perjuicios, la Sala considera que frente al contenido de la norma que se acaba de transcribir, la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal y de la tasación de perjuicios cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal.***

*(...) Todo lo anterior se traduce, entonces, en lo razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la **tasación de** perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que el sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.*

*En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública.<sup>2</sup>”*

En su intervención final, el abogado del contratista solicitó que, de mantenerse el incumplimiento, no se aplique la sanción sino la figura de la compensación con la finalidad que la Entidad recupere patrimonialmente lo que considere algún tipo de incumplimiento, pero sin afectar a nosotros en cuanto a un tema que va al Registro Único de Proponentes no se justificaría imponer un tipo de sanción que pueda dejar un tipo de registro, se está hablando de tres presuntos incumplimientos que dice la supervisión ya demostrado en el documento que son inexistentes.

### **3.2 Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA S.A.**

Por su parte, la compañía de Seguros CONFIANZA S.A. manifestó que se tengan en cuenta los argumentos presentados por escrito y realizó un complemento de manera verbal a estos.

Los dividió en dos argumentos, por un lado, coadyuvancia a los argumentos del contratista, y en segundo lugar la defensa del contrato de seguro de la garantía única de cumplimiento que ampara el contrato que convocó a esta actuación administrativa.

## **4. 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-201903000792 del 27 de marzo de 2019 al **CONSORCIO INTER-PUERTOS 02** y oficio No. CE-OAJ-201903000813 del 28 de marzo de 2019 a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”**, en el cual 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:

**4.1.** Mediante la Resolución No. 00063 del 14 de marzo de 2018, el Director Ejecutivo de Cormagdalena ordenó la apertura del Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-18.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Concejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01010-01 (53877)



**4.2.** Mediante la Resolución No. 00096 del día 27 de abril de 2019, fue adjudicado el Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-18 al CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con Nit. 901.177.949-2, por un valor de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$477.475.600) M/Cte., incluido IVA y demás tributos que se causen.

**4.3.** El CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con NIT 901.177.949-2 fue integrado por: CELQO S.A.S. NIT 900.090.780-6 con el 49% y ARENAS DE LA HOZ INGENIERA S.A.S. NIT 900.883.757-1 con el 51%.

**4.4.** El día 7 de mayo de 2018 se suscribió el contrato No. 0-0180-2018 entre CORMAGDALENA y CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera del contrato, es el siguiente:

*“CLÁUSULA 1.1. Objeto.*

*EL objeto del presente Contrato es REALIZAR LA INTERVENTORÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA, FINANCIERA, CONTABLE Y JURÍDICA para los siguientes contratos de Concesión Portuaria-Grupo 1: 1) No. 003-1993, 2) No. 019-1997, 3) No. 023-1998, 4) 027-2004, 5) No. 026-2004, 5) No. 026-2004, 6) No. 029-2004, 7) No. 31-2008, 8) No.36-2007, 9) No. 39-2009, 10) No. 30-2006, 11) No. 3-0035-2007, 12) No. 3-0037-2008, 13) No. 40-2009, 14) No. 41-2010, 15) No. 43-2010, 16) No. 47-2011, 17) No. 9-2010, 18) No. 38-2008, 19) No. 032-2006, 20) No. 44-2010. (los “Contratos de Concesión”).*

El alcance de dicho objeto se determinó en la cláusula 1.3. así:

*“CLÁUSULA 1.3. Alcance*

*Las OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR serán entre otras las siguientes: las previstas en los Contratos de Concesión, en sus Apéndices, Anexos y modificaciones, y las demás que CORMAGDALENA en sus Pliegos y el Contrato de Interventoría se estipulen, las cuales podrán ser consultadas en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA. (...)*”

**4.5.** El plazo inicialmente acordado fue de siete (7) meses, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada el día primero (1°) de junio de 2018.

**4.6.** El Subdirector de Gestión Comercial fue designado como supervisor del contrato, quien, en cumplimiento de sus funciones, a través de las comunicaciones No. 201901000239 del 15 de febrero de 2019 y alcance No.201901000501 del 19 de marzo de 2019, puso en conocimiento de la Oficina Asesora Jurídica un informe con los presuntos incumplimientos presentados por el Contratista, manifestando que, *“remito informe del Contrato de Interventoría previamente indicado a la Oficina Asesora Jurídica para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio derivado del presunto definitivo cometido por el interventor Consorcio Inter-Puertos 02”*, solicitando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento definitivo del Contrato para afectar cláusula penal.

## **5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

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



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

### 5.1. Consideraciones sobre el recurso del Consorcio Inter-puertos 02

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos elevados por el contratista recurrente y abordará el examen de los mismos, conforme al orden empleado por este en la sustentación de la reposición:

#### 5.1.1. Consideración preliminar

El apoderado del Consorcio recurrió la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020, argumentando que la supervisión es quién califica los incumplimientos y que se está extralimitando en sus funciones, y solicita reiteradamente que la Oficina Asesora Jurídica realice el análisis correspondiente de las pruebas y haga la calificación de los presuntos incumplimientos.

Frente a lo cual esta Oficina debe señalar que, el análisis de las pruebas decretadas y practicadas lo realizó este despacho a través de la Resolución No. 000055 de 19 de febrero de 2020; y las actuaciones de la supervisión se dieron en el marco de la ley, es decir con fundamento en el informe de supervisión que dio origen a la presente actuación, con la prueba por informe a cargo de ésta, la cual surtió el debido debate de contradicción por parte de los convocados a este procedimiento, y la prueba que el mismo apoderado del contratista solicitó a través de comunicación electrónica de fecha **29 de enero de 2020**.

Aunado a lo anterior, es menester señalar que el pronunciamiento del apoderado frente a la prueba solicitada el día 29 de enero de 2020, lo realizó por fuera del período probatorio, esto es, posterior a los alegatos finales del procedimiento y teniendo como fecha de decisión el día **19 de febrero de 2020**, a través de comunicación electrónica en los siguientes términos:

*“Doctora muchas gracias por la información, allá estaremos, sin embargo como prueba sobreviniente, con la finalidad que la entidad dentro de su proceso cuente con el material probatorio que le permita conocer el estado actual del proceso, solicitamos respetuosamente que se requiera a la supervisión con la finalidad que actualice su informe en cuanto, tal y como se le envió a este despacho el día 18 de noviembre, **desde el 30 de septiembre se respondieron los últimos requerimientos de la entidad**, por lo que se cumplirían los presupuestos establecidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la cesación de la acción una vez superado cualquier posible incumplimiento.” (negrilla por fuera del texto).*





De acuerdo a ello y con base en los principios de economía y celeridad de las actuaciones administrativas, consagrados en los artículos 209 de la Constitución Política y 3 de la ley 1437 de 2011, se solicitó información a la Subdirección de Gestión Comercial en este sentido, quien envió la información el 25 de febrero de 2020 y se dio a conocer al contratista a través de comunicación electrónica de 2 de marzo de 2020.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por los apoderados del contratista y de la aseguradora, no fue descoordinación de la Entidad, ni fue en la etapa de pruebas en la que se presentó dicha solicitud. Existió una solicitud por fuera del período probatorio y que se dio en un lapso corto para la primera decisión; sin embargo, se contaba con un acervo probatorio nutrido (documentos, prueba por informe, testimonio) para la toma de la decisión; cosa distinta es que el contratista seguía respondiendo los requerimientos realizados por la supervisión aún en **septiembre de 2019** y que era un trámite administrativo que se estaba surtiendo entre el contratista y la supervisión y NO en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio.

Sumado a lo anterior, fue el mismo apoderado del Contratista quien realizó la solicitud para que la supervisión rindiera el informe, como quiera que son ellos los encargados del seguimiento y vigilancia del contrato<sup>3</sup>, lo cual redundaría en aprobación de informes y requerimientos y de autorización de pagos por los productos recibidos a satisfacción, función que no está en cabeza de esta Oficina Asesora Jurídica, y que no es viable porque extralimitaría sus funciones.

Así las cosas y como quiera que, en sentir de los apoderados del contratista y el garante, este despacho no está valorando las pruebas y lo está realizando la supervisión, nos permitimos reiterar los argumentos esbozados en la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020, mediante la cual se declaró el incumplimiento y se afectó la cláusula penal del contrato No. 180 de 2018, así:

**“6.3.1. SE TRATA DE UN CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y NO DE AUDITORÍA**

*El apoderado del Contratista con la coadyuvancia de la apoderada de la Compañía Garante, manifestó tanto en los descargos como en los alegatos finales del presente procedimiento administrativo sancionatorio, que se trata de un contrato de interventoría y no de auditoría, razón por la cual el Consorcio Interpuertos no puede aprobar inversiones realizadas en períodos diferentes al plazo de ejecución del contrato de interventoría porque se trataría de un contrato de auditoría y los remitiría a revisar obras realizadas con anterioridad al contrato de interventoría No. 180 de 2018.*

*Es así como el despacho debe analizar la obligación contenida en el literal d) Obligaciones Financieras y Contables de la Interventoría de la cláusula número 1.1.2.1. Obligaciones concesiones portuarias con plan de inversión vigente, a saber:*

*“(…) Certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de conformidad con **la información financiera** suministrada por los concesionarios. (...)”(negrilla fuera de texto).*

<sup>3</sup> Artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.



De igual forma en el mismo literal y cláusula se señala:

*“(...) Revisar y diligenciar los Formatos que CORMAGDALENA implemente referentes a la Inversión de Capital Privada en Bienes de Uso Públicos y Reporte detallado de Inversión de Capital Privado en bienes de Uso Público por el Concesionario. (...)”*

*Por lo cual para este despacho, observa que el CONSORCIO INTERPUERTOS 02 tenía la obligación de revisar la inversión realizada por los Concesionarios desde el inicio del plazo de ejecución de los respectivos Contratos de Concesión Portuaria y no solamente las inversiones realizadas en el tiempo de ejecución del Contrato de Interventoría del CONSORCIO INTERPUERTOS 02, como quiera que las cláusulas transcritas señalan que dicha interventoría debía certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de acuerdo con la información financiera, razón por la cual no le asiste la razón al apoderado del CONSORCIO respecto a este argumento.*

*En consonancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la página 10 del contrato de Interventoría, se pactó bajo el título de “Otras funciones”, las siguientes obligaciones:*

*“Con el fin de buscar el adecuado y oportuno desarrollo del proyecto y, a su vez, una mayor eficiencia en la administración de las mismas, la interventoría comprende, además de la gestión técnica, financiera, contable, administrativa y jurídica del contrato suscrito para la realización de las obras objeto de esta interventoría, por lo cual, deberá apoyar, asistir y asesorar a CORMAGDALENA en todos los asuntos de orden técnico, financiero, contable, administrativo y jurídico que se susciten durante el desarrollo de los trabajos, suministrando oportuna información sobre los mismos, preparando los documentos que al respecto se requieran y rindiendo los conceptos y evaluaciones que sobre la materia se le soliciten. En tal sentido, se establecen entre otras las siguientes funciones: (...) Estudiar y conceptuar oportunamente sobre las solicitudes y consultas de CORMAGDALENA, en materia técnica, financiera, contable, administrativa y jurídica.”*

*Así mismo, el punto 1.1.3. Etapa final de la interventoría, se señala en lo pertinente:*

*“Prevía a la suscripción del acta final de la interventoría, deberá presentar a CORMAGDALENA un informe detallado que deberá contener por lo menos la siguiente información: - **Análisis global de la ejecución de cada contrato de concesión**, hasta el momento de la elaboración del informe final. (...)”*

*Las anteriores cláusulas, evidencian que dentro de las obligaciones que le correspondían a la Interventoría se encontraba realizar análisis globales de la ejecución de cada contrato de concesión, sin limitarse a revisar solo lo acontecido en el lapso de ejecución del contrato de interventoría.*

*De acuerdo con ello y al concepto de contrato de auditoría que “es un servicio independiente que evalúa el control interno del proyecto y se convierte en una asesoría a la gerencia de este”<sup>4</sup>, no se evidencia que con la obligación de validar las inversiones acumuladas se realice una asesoría a la Entidad en los términos de un contrato de auditoría o se realice*

<sup>4</sup>Memorias seminario internacional de interventoría y seguimiento de proyectos públicos Universidad Nacional Sede Bogotá. Primera edición 2010.



*una obligación de control interno del proyecto propia de las auditorías y que este por fuera del contenido obligación del contrato suscrito.*

*Sumado a lo anterior, nuestro ordenamiento define el contrato de interventoría en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, señalándose que es una especie de contrato de consultoría, autónomo respecto al contrato que vigila, oneroso, bilateral, de ejecución sucesiva, solemne, con obligaciones de hacer, ejercido con personal interno o externo o contratado e independiente de las partes del contrato, para ejercer un seguimiento y control integral en aspectos técnicos, administrativos, financieros, entre otros y especializados sobre el tema o carencia de personal.*

*Es por las anteriores razones que, lo exigido al CONSORCIO INTERPUERTOS se encuentra dentro del marco obligacional del Contrato No. 180 de 2018 y responde a las obligaciones naturales de un contrato de interventoría integral.*

*Es por estas razones que el presente argumento del apoderado del contratista no tiene vocación de prosperar.(...)<sup>5</sup>*

De acuerdo a ello y como se manifestó en la resolución objeto de recurso, las pruebas decretadas y practicadas (prueba por informe, su contradicción y el testimonio de la profesional financiera), frente a los incumplimientos se contraen al hecho que para el contratista no es una obligación de una interventoría sino de un contrato de auditoría, porque en su sentir no pueden certificar inversión acumulada diferente al período de ejecución de su contrato.

De acuerdo con lo anterior, para esta Oficina la valoración de las pruebas en este tema, no solo tuvo en cuenta lo señalado en la prueba por informe y en el testimonio, sino también el contenido del clausulado del Contrato No. 180 de 2018, como se encuentra expuesto y ya analizado en el acápite **6.3.1. SE TRATA DE UN CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y NO DE AUDITORÍA**. Es así como el despacho procedió a revisar la obligación que se encuentra en la viñeta 6 del literal d) Obligaciones Financieras y Contables de la Interventoría de la cláusula número 1.1.2.1. Obligaciones concesiones portuarias con el plan de inversión vigente.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en las obligaciones originadas en contrato o convención, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión, tal como lo dispone el artículo 225 del Código General del Proceso.

Para nuestro caso, la obligación existe en el Contrato por lo cual ningún medio probatorio puede suplir la prueba conforme a lo señalado, y con el contrato se probó que existen las obligaciones de carácter financiero y técnico por parte del contratista analizadas en el acápite 6.3.1. **SE TRATA DE UN CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y NO DE AUDITORÍA** de la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020.

Frente a la consideración preliminar, este despacho considera que no les asiste la razón a los apoderados del contratista y el garante por las razones mencionadas con anterioridad.

<sup>5</sup> Página 69 a 71. Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020.



### 5.1.2. La falsa motivación

El contratista recurrió la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020, argumentando que la Oficina Asesora Jurídica descontextualiza la sentencia del 22 de octubre de 2012, “*ya que en ninguno de los apartes se habla de presunción de culpabilidad que le permita a CORMAGDALENA asumir una posición probatoria pasiva.*”

El apoderado del contratista reiteró que la valoración de la prueba es de este Despacho y no del supervisor, que debe asumir directamente la revisión de la documentación relacionando lo solicitado con lo entregado.

Finalmente el profesional del derecho, señaló que existió por parte de la Oficina Asesora Jurídica una falsa motivación, que conlleva a afirmar al apoderado recurrente, que se ha dejado a un lado la finalidad de buscar la verdad verdadera del proceso, y en su lugar se ha asumido una posición parcializada en la que la entidad busca imputar responsabilidades que le permitan ocultar sus propias omisiones y negligencias, adicionalmente señala que la supervisión conforme a la norma no debería estar participando en la audiencia.

En orden a evaluar la viabilidad de los argumentos elevados sobre este particular, el despacho considera pertinente traer a colación lo que textualmente señaló la sentencia referenciada respecto de la admisión de las modulaciones en derecho administrativo sancionador respecto de la presunción de inocencia y del *in dubio pro administrado*, así:

*“(...) La presunción de inocencia va acompañada de otra garantía: “el in dubio pro administrado”, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto de la responsabilidad de quien está siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración.*

***No obstante lo anterior, es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de “in dubio pro administrado”, admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación, es decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa se presume la culpabilidad, de forma tal que la carga de la prueba se desplaza al presunto infractor y para que éste no sea declarado responsable debe demostrar durante la actuación administrativa que actuó diligentemente o que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero). No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado...)*<sup>6</sup>**

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012).





Lo anterior fue tenido en cuenta dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y en especial, frente a los argumentos que expuso el apoderado del contratista frente a la carga de la prueba en materia administrativa sancionatoria.

Así mismo, no debe perderse de vista que en tratándose de obligaciones derivadas de un contrato, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, quien tenía a cargo cumplir la obligación que se imputa incumplida, como se observa del artículo 1604 del Código Civil, que aplica también para los contratos estatales, y que señala lo siguiente:

*“RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. (...)*

*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”*

Sin embargo, como se ha explicado de manera reiterada, la decisión recurrida se fundamentó en material probatorio recaudado, y frente al cual, se garantizó oportunidades de contradicción, y por ende, dista de la realidad su afirmación según la cual hubo una posición probatoria pasiva, teniendo en cuenta que esta Oficina Asesora Jurídica, decretó prueba por informe, adicionalmente realizó un extensivo análisis de las solicitudes de aclaración a la misma hasta el punto de decretar de oficio solicitudes de aclaración con el fin de contar con la información clara, actual y veraz. De igual forma, dentro de las preguntas formuladas en el testimonio siempre se tuvo una posición activa para la formulación del interrogatorio, al igual que la valoración realizada a las mismas que como se reitera, para este despacho es evidente que se tratan de obligaciones que se encuentran dentro del clausulado del contrato No. 180 de 2018 especialmente en la viñeta 6 y 14 del literal d) Obligaciones Financieras y Contables de la Interventoría de la cláusula número 1.1.2.1. Obligaciones concesiones portuarias con el plan de inversión vigente, y, por ende, para este despacho quedó claro que el contratista interventor tenía la obligación de revisar la inversión realizada por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria.

Cosa distinta son las funciones de la supervisión que ejerció la Subdirección de Gestión Comercial, con el seguimiento, vigilancia y control que debía realizar al contrato, como quiera que son ellos los llamados a ratificar documentos en virtud del contrato No. 180 de 2018, y por ende la aprobación y autorización del pago, por lo cual no corresponde a esta autoridad administrativa determinar la aprobación o no de los documentos señalados por el apoderado del contratista como quiera que se puede estar incurriendo en una usurpación de funciones. En virtud de lo anterior, este despacho reitera que se realizó la valoración de las pruebas en contraste con las obligaciones del contrato, como se señaló en la resolución recurrida y en este mismo acto administrativo.

Lo anterior tiene asidero en el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 y en la “Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado” de Colombia Compra Eficiente, en donde señala que los supervisores e interventores tienen la función general de ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución contractual de los contratos vigilados, dirigida a verificar el cumplimiento de las condiciones pactadas en los mismos y como consecuencia de ello, están facultados para solicitar informes, aclaraciones



y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, impartir instrucciones y hacer recomendaciones encaminadas a lograr la correcta ejecución del objeto contratado.

#### **5.1.2.1. Venire contra factum proprium ad substantiam actus**

El apoderado en este acápite argumentó que, con la finalidad de imponer sanción, la Oficina Asesora Jurídica se contradice con lo establecido en su propio contrato, que impuso unilateralmente y que es su única fuente de obligaciones; pues pretende en estas instancias omitir el término contractual de 10 días de firmeza de todos los informes y oficios de interventoría.

En igual sentido el apoderado del contratista, manifestó que, no puede la Entidad ir en contra de sus propios actos, en dos sentidos reconocer un contrato que es una fuente de obligaciones y a la vez desestimar una cláusula que establecía la firmeza de esos actos y de esos informes de la interventoría, que por negligencia y omisión del supervisor no lo revisó dentro de los diez días y quedaron en firme; y segundo manifestó el profesional del derecho que no puede cuando analiza las obligaciones contractuales del contratista contractuales, hacerlo de manera literal (lo claro no se interpreta), pero por el otro lado en sentir del profesional del derecho al hablar del período de firmeza, cuando se habla de las obligaciones de la supervisión se empiezan hacer unos malabares jurídicos para establecer que esa cláusula es ineficaz, inocua y no aplicable.

Frente al anterior argumento, debe indicarse que dentro de las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1618 y siguientes, jurisprudencialmente se han establecido el orden metodológico para acudir a ellas. En ese sentido se ha indicado que en primer lugar, se aplican las reglas principales subjetivas, derivadas del artículo 1618 del C.C., donde se establece la necesidad de acudir a la intención real de los contratantes al indicar que *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*; y en concordancia con ello, el inciso 3 del artículo 1622 indica que las cláusulas del contrato pueden interpretarse por la aplicación que las partes le dieron en la práctica a las mismas o una de ellas con aprobación de la otra. Ahora, cuando dichas reglas no resultan suficientes para establecer la intención de las partes, deberán acudirse a las reglas objetivas de interpretación que buscan entonces proteger el contrato.

Así las cosas, resulta claro que el primer criterio al cual debe acudir el intérprete para determinar la voluntad de las partes, es la forma en que este lo ejecutaron, puesto que ello permite determinar una interpretación *auténtica, viva y animada*, respecto a cuál fue el entendimiento que las partes tuvieron del mismo, puesto que *“este criterio de interpretación del contrato subraya que probablemente no habrá mejor alternativa hermenéutica respecto del contenido de la declaración para escudriñar la intención de las partes al formularla, que el comportamiento que ellas mismas hayan observado durante su ejecución”*<sup>7</sup>. Criterio entonces que resulta prevalente, de conformidad con lo establecido tanto por la Corte Suprema en sentencia del 5 de julio de 1983 y en extenso en la Sentencia de 7 de febrero de 2008 así como del Consejo de Estado, entre otras, en sentencia del 9 de mayo de 2012.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012, CE: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 22714.



En ese orden de ideas y de cara al análisis que aquí nos ocupa, debe interpretarse el sentir de las partes respecto al contenido obligacional contenido en el literal b) de la cláusula 4.2.2. del contrato No. 180 de 2018 y respecto del cual hoy surge la disputa. En este sentido, para este despacho resulta palpable que las conductas de ambas partes, tanto de la entidad como del contratista, se encaminaron a establecer que inexorablemente el plazo estipulado no impedía a contratante exigir su cumplimiento por fuera del allí establecido y para el contratista, nada le impedía ni le impidió cumplir con lo exigido por fuera del término indicado. Muestra de ello, son los requerimientos del supervisor realizados con posterioridad al plazo indicado y la avenencia al cumplimiento procedente del contratista, encaminados a corregir, aclarar y/o complementar los informes presentados. Tanto así, que con posterioridad al inicio de este procedimiento sancionatorio, esto es, aún en septiembre de 2019, el contratista continuaba cumpliendo con las exigencias realizadas por el supervisor contractual a través de los oficios con radicado Cormagdalena así, 201902000773 del 18 de febrero de 2019, 201903000676 del 15 de marzo de 2019, 201902002028 del 22 de abril de 2019, 201902002407, 201902002394, 201902002405 201902002405, 201902002396 y 201902002397 del 8 de mayo de 2019, 201902002603 del 21 de mayo de 2019, de igual forma mediante correo electrónico del 29 de enero de 2020 el apoderado del contratista señaló que *“desde el 30 de septiembre se respondieron los últimos requerimientos de la entidad”*, al punto, que durante el transcurso de este, se procedió a certificar el cumplimiento posterior de esas obligaciones y a solicitar el cierre de esos incumplimientos dentro del procedimiento administrativo sancionatorio. Así las cosas, mal haría entonces el contratista en solamente validar su cumplimiento posterior para obtener el cierre de dichos requerimientos, pero al mismo tiempo negar el contenido de su proceder para interpretar la exigencia allí contenida.

Entonces, al evaluar de las acciones de contratante y contratado durante toda la relación contractual, sus conductas y aquiescencias, solo puede entenderse que la determinación del plazo allí contenida, no puede interpretarse como una restricción para que la entidad pudiera exigir su cumplimiento a satisfacción por fuera del mismo, puesto que contrariamente a lo que afirma el apoderado, la labor del juzgador en su rol interpretativo no puede limitarse a ser un mero reproductor del contenido negocial o a su sentido literal o gramatical sino que debe indagar *“la conducta previa, coetánea y ulterior de las partes inserta en la época, lugar y medio predeterminado, verificará su conformidad o desavenencia con el ordenamiento y precisará sus efectos, o sea, la relevancia jurídica del sentido de la *communis intentio*, locución referida ab initio a la concepción eminentemente voluntarista del negocio jurídico a *speculum* como acto de “voluntad interna”, ora “declarada”*<sup>8</sup>.

Se ha reconocido que el contrato en virtud de buena fe, no solamente puede someterse en su interpretación a su tenor literal sino también hace parte de la misma la forma en que han actuado las partes, en consecuencia si el interventor consintió a responder las observaciones realizadas por la entidad, incluso después de los 10 días establecidos contractualmente, incluso con posterioridad al inicio del sancionatorio ha obrado para remediar sus falencias, no puede excusarse indicando que la interpretación de la cláusula

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P: William Namén Vargas. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Referencia. 01957.





es distinta, porque también hace parte del mismo, su proceder. Entonces hablamos de una interpretación auténtica del contrato.

Así mismo, la Entidad reitera que el actuar de CORMAGDALENA se circunscribe al cumplimiento de las normas relacionadas, esto es, la supuesta aprobación de los informes, puede ser desvirtuada de manera posterior, en consideración a la revisión periódica que debe realizar la entidad pública, con el fin de verificar que se cumpla con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, que a su vez, se acompaña del deber de promover las acciones de responsabilidad contra éstos o sus garantes, cuando dichas condiciones no se cumplan, tal como lo dispone el numeral 4 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, así como a lo disciplinado en los artículos 83 y 84 de la ley 1474 de 2011, donde se expresa la obligación de las entidades públicas de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor e interventor, según corresponda.

Conforme a lo anterior, el método de interpretación gramatical, en tanto instrumento de carácter legal, está en cualquier circunstancia supeditado a la Constitución y a las leyes, por lo que devendrá en inválido jurídicamente todo ejercicio hermenéutico del derecho que, excusado en la presunta claridad del clausulado, ofrezca resultados incompatibles con los derechos, principios y valores dispuestos en la Carta Política y en las Leyes, como quiera que acoger los argumentos del apoderado del contratista implicaría una reducción del alcance del objeto contractual, y del ordenamiento jurídico, que por tratarse precisamente de un contrato de interventoría, lo desnaturalizaría, afectando el interés público que pretende salvaguardarse, y por ende, no resulta de recibo.

Al respecto, resulta necesario remitirnos a los argumentos expuestos en la resolución recurrida, sobre este particular, en el sentido que entender la cláusula citada, como que una vez transcurrido el término consagrado en ella, la entidad contratante no puede requerir la corrección, aclaración o complementación de los informes del interventor, o que éste, por su parte, estaría exonerado de atender tales pedimentos, no solo cercenaría el objeto contractual y el contenido obligacional del contrato de interventoría, sino que también trasgrediría las normas jurídicas que fueron citadas con anterioridad, y que hacen parte de su plexo obligacional, teniendo en cuenta que, con tal sentido, se limitaría, impediría y obstaculizaría la vigilancia y la ejecución eficiente e idónea del objeto contractual.

Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado, respecto al criterio de interpretación sistemática del contrato que aplica dentro del presente asunto, ha señalado:

*“De igual modo, no podrá perderse de vista en el presente caso el criterio de interpretación sistemática del contrato o canon hermenéutico de la totalidad que parte de reconocer que la intención o el espíritu del contrato resulta indivisible, razón por la cual no debe atribuirse sentido a una de sus cláusulas de forma inconexa respecto de las demás, sino vinculándola con el todo orgánico en el cual se integra, luego a voces de lo preceptuado por el inciso primero del artículo 1622 C.C., “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.*<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 9 de mayo de 2012, Radicado 22714. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



Por otra parte, aun aplicando literalmente el contenido de la cláusula, en el sentido que “se entenderá que el Informe correspondiente fue aprobado en los términos presentados”, no impide que, de manera posterior, se acredite que la información contenida en el informe no era exacta, completa o suficiente, y por ende deba ser objeto de ajustes, en aras de cumplir con la calidad con que debe ser ejecutado el objeto contractual de interventoría.

Así las cosas y fundamentado en las razones expuestas con antecedencia, los argumentos del apoderado del contratista no tienen vocación de prosperar.

#### **5.1.2.2. Delimitación del debate probatorio actual.**

Como se reseñó previamente respecto de la delimitación del debate probatorio, el apoderado del contratista sostiene que el concesionario recurrente arguye que era muy importante la prueba adicional solicitada por el apoderado, porque hubo una falla del despacho donde solicitó la prueba, pero la Subdirección de Gestión Comercial como no dio respuesta el despacho presumió que los incumplimientos continuaban. El contratista no debe responder por la coordinación de la Entidad, el apoderado señaló que de la prueba se pidió durante la etapa probatoria y que después de proferida la primera Resolución se pasaron de cuatro incumplimientos a tres incumplimientos porque se vuelve contradictorio conforme al principio de *venire contra factum proprium*, quedando los incumplimientos 1.1; 4.5 y 5.3 (Michellmar; Monómeros y Caribe).

Respecto de este argumento y como se señaló en antecedencia, la solicitud de prueba que el mismo apoderado del contratista presentó a través de comunicación electrónica del **29 de enero de 2020** fue por fuera del período probatorio, e incluso posterior a los alegatos finales del procedimiento, que tuvo como fecha de decisión el día **19 de febrero de 2020**, así:

*“Doctora muchas gracias por la información, allá estaremos, sin embargo como prueba sobreviniente, con la finalidad que la entidad dentro de su proceso cuente con el material probatorio que le permita conocer el estado actual del proceso, solicitamos respetuosamente que se requiera a la supervisión con la finalidad que actualice su informe en cuanto, tal y como se le envió a este despacho el día 18 de noviembre, **desde el 30 de septiembre se respondieron los últimos requerimientos de la entidad**, por lo que se cumplirían los presupuestos establecidos por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para la cesación de la acción una vez superado cualquier posible incumplimiento.” (negrilla por fuera del texto).*

De acuerdo a ello y con base en los principios de economía y celeridad de las actuaciones administrativas, la Oficina Asesora Jurídica solicitó información a la Subdirección de Gestión Comercial en este sentido, quien envió la información el día 25 de febrero de 2020 y se dio a conocer al contratista a través de comunicación electrónica.

Así las cosas, contrario a la manifestado por los apoderados del contratista y de la aseguradora, no fue descoordinación de la Entidad, ni fue en la etapa de pruebas en la que se presentó dicha solicitud, existió una solicitud por fuera del período probatorio y que se dio en un lapso corto para la primera decisión; sin embargo, se contaba con un acervo probatorio nutrido (documentos, prueba por informe, testimonio) para la toma de la decisión; cosa distinta es que el contratista seguía respondiendo a los requerimientos realizados por la supervisión, aún en **septiembre de 2019 como se prueba en el correo electrónico**



**transcrito con anterioridad** y que era un trámite administrativo que se estaba surtiendo entre el contratista y la supervisión y **NO** en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio.

Este despacho será reiterativo señalando que la Oficina Asesora Jurídica no puede aprobar documentación, pagos o autorizar los mismos con ocasión de la ejecución del contrato estatal No. 180 de 2018, lo cual es competencia exclusiva de la supervisión de acuerdo a las funciones atribuidas por la ley; y en consecuencia, actuar de manera distinta sería usurpar las funciones de la supervisión, y actuar por fuera de nuestra competencia.

Sumado a lo anterior, en este mismo argumento el apoderado del contratista señaló que debe existir congruencia entre los cargos endilgados en la citación y el fallo, y que, en sentir del profesional del derecho, la supervisión con la última prueba allegada cambió los hechos para los presuntos incumplimientos que persisten.

De acuerdo a ello, señaló que la citación estableció *“La Sociedad Portuaria Michellmar S.A.: Se solicitó al interventor emitir concepto referido a la aprobación de los compromisos de inversión ejecutados por la citada Sociedad Portuaria”*

En el último oficio emitido por la supervisión señaló que no se dio respuesta *“en lo que respecta al proceso y la metodología realizada para certificar las inversiones reportadas en los formatos F-PGC-01 y F-PGC-02”*. Son dos cosas diferentes ya se certificó la inversión ahora se cuestiona el proceso y la metodología, no se pueden cambiar los hechos de la presente citación, si hay reparos con el proceso y la metodología debe ser sujeto a otro proceso sancionatorio.

Adicionalmente señaló que el anterior incumplimiento ya ha sido respondido a través de la comunicación No. CIP 02IN2392019 donde dice *“no son susceptibles de revisión toda vez que se encuentran en ceros y no registran inversión para el periodo”*, igualmente en el informe final del presente contrato se reitera que la Sociedad Portuaria no presentó los documentos solicitados para poder certificar las inversiones durante el periodo contractual, entonces solicita que se analice por parte del despacho, cual fue la citación inicial que solicitaba que están diciendo ahora sin renunciar a que hay una afectación a la congruencia del proceso, lo que se quiere demostrar es que el contratista siempre ha cumplido, donde este hecho que no hacía parte de la citación también ha sido superado.

Frente al 4.5., el apoderado manifestó que, la citación endilgó *“la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y 027 de 2004”*.

Ahora la supervisión manifestó que *“firmó y envió los formatos de inversión de la Sociedad portuaria en mención a la Corporación (...) la validación y verificación no se realizó de una forma adecuada (...) el criterio de la interventoría Consorcio Interpuertos 02 era imputar al plan de inversiones los mantenimientos realizados por la Sociedad Portuaria. De igual forma, la interventoría Consorcio Interpuertos 02 no suscribió las actas de recibo de obras.”*, está afirmando que es un problema de criterio y no de cumplimiento, hay una disparidad técnica, para eso se aporta en el tema de Monómeros como ya se ha manifestado donde la Entidad desde el 12 de junio certifica cada una de las inversiones acumuladas establece de manera clara el porcentaje de inversión anual.



Finalmente, frente al 5.3. se endilgó “La totalidad de los soportes para acreditar las inversiones ejecutadas por el concesionario Sociedad Portuaria del Caribe S.A.”.

En el último oficio de la supervisión señaló “no verificó contable de las inversiones ejecutadas del concesionario dentro de la zona de uso público concesionada (...)” ha estado ya se la había dado respuesta a través del oficio CIP02-IN-255-2018, en el que se calculó con facturas las inversiones de años anteriores y se certificó que durante el periodo las inversiones fueron 0.

Respecto a la aprobación de los documentos señalados por el apoderado del contratista, se reitera que esta Oficina Asesora Jurídica, no puede aprobar documentos, pagos o autorización de los mismos, como quiera que está es función de la supervisión, razón por la cual mal podríamos pronunciarnos respecto a su aprobación.

No obstante, lo anterior, se observa que el debate de fondo de los tres incumplimientos, es sí la aprobación de las inversiones acumuladas, para ello se trae a colación las obligaciones establecidas dentro del contrato así:

Literal d) Obligaciones Financieras y Contables de la Interventoría de la cláusula número 1.1.2.1. Obligaciones concesiones portuarias con plan de inversión vigente, a saber:

*“(...) Certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de conformidad con **la información financiera** suministrada por los concesionarios. (...)”*(negrilla fuera de texto).

De igual forma en el mismo literal y cláusula se señala:

*“(...) **Revisar y diligenciar los Formatos que CORMAGDALENA implemente referentes a la Inversión de Capital Privada en Bienes de Uso Públicos y Reporte detallado de Inversión de Capital Privado en bienes de Uso Público por el Concesionario.** (...)”* (negrilla fuera de texto).

Por lo cual, para este despacho es evidente que el CONSORCIO INTERPUERTOS 02 tenía la obligación de revisar la inversión realizada por los Concesionarios desde el inicio del plazo de ejecución de los respectivos contratos de Concesión Portuaria y no solamente las inversiones realizadas en el tiempo de ejecución del Contrato de Interventoría del CONSORCIO INTERPUERTOS 02, como quiera que las cláusulas transcritas señalan que dicha interventoría debía certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de acuerdo con la información financiera, razón por la cual no le asiste la razón al apoderado del CONSORCIO respecto a este argumento.

En consonancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la página 10 del contrato de Interventoría, se pactó bajo el título de “Otras funciones”, las siguientes obligaciones:

*“Con el fin de buscar el adecuado y oportuno desarrollo del proyecto y, a su vez, una mayor eficiencia en la administración de las mismas, la interventoría comprende, además de la gestión técnica, financiera, contable, administrativa y jurídica del contrato suscrito para la realización de las obras objeto de esta interventoría, por lo cual, deberá apoyar, asistir y*



asesorar a CORMAGDALENA en todos los asuntos de orden técnico, financiero, contable, administrativo y jurídico que se susciten durante el desarrollo de los trabajos, suministrando oportuna información sobre los mismos, preparando los documentos que al respecto se requieran y rindiendo los conceptos y evaluaciones que sobre la materia se le soliciten. En tal sentido, se establecen entre otras las siguientes funciones: (...) Estudiar y conceptuar oportunamente sobre las solicitudes y consultas de CORMAGDALENA, en materia técnica, financiera, contable, administrativa y jurídica.”

Así mismo, el punto 1.1.3. Etapa final de la interventoría, se señala en lo pertinente:

“Previa a la suscripción del acta final de la interventoría, deberá presentar a CORMAGDALENA un informe detallado que deberá contener por lo menos la siguiente información: - **Análisis global de la ejecución de cada contrato de concesión**, hasta el momento de la elaboración del informe final. (...)”

Las anteriores cláusulas, evidencian que dentro de las obligaciones que le correspondían a la Interventoría se encontraba la de realizar análisis globales de la ejecución de cada contrato de concesión, sin limitarse a revisar solo lo acontecido en el lapso de ejecución del contrato de interventoría, para la certificación de la inversión con los documentos que para el efecto dispuso CORMAGDALENA en las cláusulas transcritas.

Como consecuencia tenemos que para el incumplimiento referido a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., para emitir concepto referido a la aprobación de los compromisos de inversión ejecutados debió cumplir con las obligaciones del Contrato No. 180 de 2018 y utilizar los formatos referidos para el efecto, referentes a la inversión de capital Privado en Bienes de Uso Públicos y Reporte detallado de Inversión de Capital Privado en bienes de Uso Público por el Concesionario, lo cual está fue motivo de requerimiento por parte de la supervisión.

Referente al incumplimiento de Sociedad Portuaria Monómeros Colombo-venezolanos tenemos que el incumplimiento señaló “la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y 027 de 2004.

Sobre el particular, la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta a través del oficio No. 2018030003035 del diecisiete (17) de diciembre de 2018 a la precitada solicitud de información.

Se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe la mencionada solicitud no ha sido respondida por el interventor”

Y la comunicación No. 2018030003035 del diecisiete (17) de diciembre de 2018 respecto a Monómeros manifestó “Emitir concepto sobre el estado de cumplimiento de los compromisos de inversión contenidos en la Cláusula 11 del otro sí No. 2 del mencionado Contrato de Concesión Portuaria, por ítems y porcentaje de ejecución de cada uno de ellos. Una vez emitido este concepto y acreditada la totalidad de la ejecución de los montos a invertir, se deberá suscribir la respectiva acta de recibo de obra.”

Respecto a este incumplimiento, el apoderado manifestó que, la citación endilgó “la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y 027 de 2004”.



Ahora la supervisión manifestó que *“firmó y envió los formatos de inversión de la Sociedad portuaria en mención a la Corporación (...) la validación y verificación no se realizó de una forma adecuada (...) el criterio de la interventoría Consorcio Interpuertos 02 era imputar al plan de inversiones los mantenimientos realizados por la Sociedad Portuaria. De igual forma, la interventoría Consorcio Interpuertos 02 no suscribió las actas de recibo de obras.”*, está afirmando que es un problema de criterio y no de cumplimiento, hay una disparidad técnica, para eso se aporta en el tema de Monómeros como ya se ha manifestado donde la Entidad desde el 12 de junio certifica cada una de las inversiones acumuladas y establece de manera clara el porcentaje de inversión anual.

Frente a este incumplimiento se evidencia que desde la citación se le está solicitando la validación y verificación de las inversiones realizadas lo cual no se equipara a las actividades de mantenimiento, por lo cual no está cumpliendo con las obligaciones propias para la validación o certificación de las inversiones referidas.

Finalmente, frente al 5.3. se endilgó *“La totalidad de los soportes para acreditar las inversiones ejecutadas por el concesionario Sociedad Portuaria del Caribe S.A.”*.

En el último oficio de la supervisión señaló *“no verificó contable de las inversiones ejecutadas del concesionario dentro de la zona de uso público concesionada (...)”* el contratista señaló que ya se la había dado respuesta a través del oficio CIP02-IN-255-2018, en el que se calculó con facturas las inversiones de años anteriores y se certificó que durante el periodo las inversiones fueron 0.

De acuerdo a ello, acreditar según la RAE es *“Hacer digno de crédito algo, probar su certeza o realidad.”*, por lo cual no se está acreditando de forma certera las inversiones requeridas, tomando en cuenta que en las obligaciones del contrato Literal d) Obligaciones Financieras y Contables de la Interventoría de la cláusula número 1.1.2.1. Obligaciones concesiones portuarias con plan de inversión vigente, a saber:

*“(...) Certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de conformidad con la **información financiera** suministrada por los concesionarios. (...)”*

(...)

***Revisar y diligenciar los Formatos que CORMAGDALENA implemente referentes a la Inversión de Capital Privada en Bienes de Uso Públicos y Reporte detallado de Inversión de Capital Privado en bienes de Uso Público por el Concesionario. (...)***(negrilla fuera de texto).

Se observa que se trata de obligaciones financieras y contables para la certificación de las inversiones de capital privado en bienes de uso público y reporte detallado de inversión de capital privado en bienes de uso público por el concesionario, por lo cual no son llamados a prosperar los anteriores argumentos.

**5.1.2.3. Cláusula contractual y radicación respuestas interventoría-Todos los oficios tienen firmeza.**



Referente a este argumento el apoderado del contratista reiteró que este despacho ha intentado, con malabares jurídicos, desconocer, esto es que la única fuente obligacional, de su lectura literal, permite concluir, que todas las comunicaciones que se califican como presuntamente incumplidas se encuentran en firme, efecto contractual que le fue dado única y exclusivamente por la entidad, se encuentra en la cláusula 4.2.2. que señala *“vencido este término sin que haya un pronunciamiento escrito por parte de CORMAGDALENA, se entenderá que el informe correspondiente fue aprobado en los términos presentados por el interventor”*

De igual forma señaló que, en la tabla expuesta por el Despacho, en donde señala una nueva columna denominada “Lo aportado en el expediente sancionatorio” no se logra desvirtuar por ningún medio la firmeza de los informes ni oficios.

Es así como manifestó que, el despacho no puede desviar el debate a la configuración del silencio administrativo positivo, en cuanto nunca se citaron las fuentes normativas sobre este fenómeno jurídico, sino que se dieron sus consecuencias como ejemplo de las propias de la firmeza fijada por ésta misma entidad.

Finalmente, indica que el Despacho intenta cubrir o amparar la negligencia de los supervisores de CORMAGDALENA, mediante la aplicación de normas generales sobre obligaciones de las entidades públicas, principios que solo se aplican cuando no existe regulación particular y citando los diferentes métodos de interpretación, olvidando que el primer método es el literal, exegético o gramatical, en cuanto aquellos que aparece de manera clara no amerita interpretación, artículo 27 Código Civil *“INTERPRETACIÓN GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*

No le asiste entonces la razón al apoderado, puesto que a diferencia de la interpretación gramatical que se aplica en materia legislativa, en el ámbito contractual debe acudir a la intención común de las partes, que se desprende de los antecedentes específicos de la ejecución del contrato, como postulado de la autonomía de la voluntad, y en tal sentido, el “intérprete judicial debe profundizar en la búsqueda de ese entendimiento común, prístino, originario y auténtico que acompañó a las partes al momento de la emisión de la declaración conjunta, para lo cual resulta necesario atender a la interpretación del conjunto de los elementos de cognición textuales-palabras, oraciones, cláusulas, documentos adicionales, anexos, acuerdos, etc.– y extra textuales-principalmente el comportamiento de los contratantes–<sup>10</sup>.

Así mismo, se reitera que el actuar de CORMAGDALENA se circunscribe al cumplimiento de las normas relacionadas, esto es, la supuesta aprobación de los informes, puede ser desvirtuada de manera posterior, en consideración a la revisión periódica que debe realizar la entidad pública, con el fin de verificar que se cumpla con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, que a su vez, se acompaña del deber de promover las acciones de responsabilidad contra éstos o sus garantes, cuando dichas condiciones no se cumplan, tal como lo dispone el numeral 4 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, así como a lo disciplinado en los artículos 83 y 84 de la ley 1474 de 2011 donde se expresa la obligación

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 30 de junio de 2011. Radicado No. 38619.



de las entidades públicas de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor e interventor, según corresponda.

Conforme a lo anterior, el método de interpretación gramatical, en tanto instrumento de carácter legal, está en cualquier circunstancia supeditado a la Constitución y a las leyes, por lo que devendrá en inválido jurídicamente todo ejercicio hermenéutico del derecho que, excusado en la presunta claridad del clausulado, ofrezca resultados incompatibles con los derechos, principios y valores dispuestos en la Carta Política y en las Leyes, como quiera al acoger los argumentos del apoderado del contratista implicaría una reducción del alcance del objeto contractual, que por tratarse precisamente de un contrato de interventoría, lo desnaturalizaría, afectando el interés público que pretende salvaguardarse, y por ende, no resulta de recibo.

Respecto de la manifestación relacionada con que el despacho desvió la atención con los pronunciamientos respecto al silencio positivo, se recuerda al apoderado que fueron los argumentos que presentó en los descargos de manera verbal; de igual forma se analizó en la Resolución recurrida los argumentos respecto a la firmeza de los informes expuesta por el profesional del derecho.

#### **5.1.2.4. No existe actualmente oficios por contestar.**

El apoderado señaló que no existe ningún oficio por contestar de acuerdo a la citación inicial del despacho, se cumplieron plenamente todas las actividades.

Frente a este argumento, se reitera que el despacho no comparte esta postura, dado que aceptarla es desconocer las normas respecto a la función de la interventoría y la desnaturalización de la misma; en los términos y para los efectos señalados en el acápite inmediatamente anterior.

#### **5.1.2.5. Existió excepción de contrato no cumplido.**

El abogado del contratista solicitó que se analice nuevamente la prueba por informe de la supervisión, donde la supervisión si está reconociendo que no existe la obligación por parte del contratista de acceder al archivo, y que la supervisión señaló que por confidencialidad tenía un resguardo especializado para la documentación, no era tan fácil de llegar y coger el documento, de acuerdo a la misma jurisprudencia que cita el despacho unificada del Consejo de Estado sobre excepción de contrato no cumplido tenemos que:

- (i) Nos encontramos en un contrato bilateral.
- (ii) La obligación del Consorcio es la de emitir conceptos con base en información que tiene la entidad.
- (iii) La entidad tiene la obligación de entregar la información base de los informes.
- (iv) Al incumplir con ésta obligación imposibilita al Consorcio cumplir la suya.

Referente a este argumento, el contratista interventor es autónomo para ejecutar su contrato, y aunque exista un protocolo para el acceso al archivo, no obsta para que el contratista cumpla con las obligaciones del alcance del objeto del Contrato No. 180 de 2018 así:



**“Las OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR serán entre otras las siguientes: las previstas en los Contratos de Concesión, en sus Apéndices, Anexos y modificaciones, y las demás que CORMAGDALENA en sus Pliegos y el Contrato de Interventoría se estipulen, las cuales podrán ser consultadas en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA”**

Por lo cual se reitera lo señalado en la Resolución recurrida, estaba dentro de la autonomía e independencia del Contratista determinar la forma en la que daría cumplimiento a la obligación señalada en el alcance del contrato. Las comunicaciones señaladas cruzadas con el contratista de Cormagdalena, Iván Chaparro en los descargos, datan de octubre de 2018, por lo cual este despacho no comprende como el Contratista Interventor no disponía de toda la información a esa fecha, cuando el contrato inició en junio de 2018.

Es por esta razón que este despacho no encuentra que se cumplan los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido, dado que el incumplimiento que se le pretende endilgar a la Entidad, por supuestamente no disponer de personal a cargo para entregar los archivos o copias solicitadas, no es cierto, como quiera que dentro de la Entidad siempre ha existido una persona encargada del archivo de la Subdirección de Gestión Comercial que atiende de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., al igual que como se mencionó la correspondencia que obra dentro del expediente se encuentra fechada de octubre de 2018, cuando el contrato inició en junio de 2018 y en virtud de la autonomía de ejecución del contrato de interventoría el contratista interventor debía consultar los documentos de los contratos de concesión en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA como lo estipula el alcance del objeto del contrato No. 180 de 2018, si existen los protocolos para el acceso al archivo no son imposibles de cumplir, corresponde a la custodia y guarda del archivo normal de una Entidad Pública.

Por lo que esta Oficina Asesora Jurídica, no observa un incumplimiento de la Corporación, más bien existe por parte de interventor una actuación en contravía del principio general del derecho según el cual, "nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio" -nema auditur propiam turpitudinem-.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en virtud del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, dentro de las facultades y deberes de los interventores, se encuentra:

***“Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.”*** (Cursivas y negrillas nuestras)

De tal manera que, la información pudo gestionarla en la entidad, e incluso con los mismos concesionarios, pero la falta de obtención de esta no puede ser imputada a la entidad contratante, y mucho menos, constituirse en una causal exonerativa para cumplir su propio objeto contractual, cuando la obtención de los Contratos de Concesión, sus Apéndices, Anexos, modificaciones y demás documentos contractuales estaban en el resorte obligacional del interventor y en la manera que autónomamente iba a ejecutar su contrato.

Por estas razones no prospera el argumento de excepción de contrato no cumplido, señalado por el apoderado del contratista.

**5.1.2.6. De la indebida aplicación de la proporcionalidad de la sanción y la ausencia de prueba de perjuicio.**



El apoderado del contratista manifestó inicialmente en este argumento que, es sorprendente que en la decisión final se hable de incumplimiento definitivo creemos que es un problema de redacción, en el peor de los casos sería un incumplimiento parcial.

De acuerdo a ello, este despacho debe precisar al profesional del derecho, que de acuerdo a los conceptos desarrollados por la jurisprudencia podemos encontrar frente a incumplimientos parciales, totales o definitivos. Los primeros son llamados a prosperar cuando se encuentra en el plazo de ejecución el contrato para presuntos incumplimientos parciales de obligaciones y para conminar al cumplimiento al contratista a través de las multas, los incumplimientos totales ocurren cuando hay un incumplimiento del objeto del contrato los cuales pueden hacerse efectivo a través de la caducidad, la cual procede en el plazo de ejecución del contrato o a través del incumplimiento total para afectar cláusula penal posterior al plazo de ejecución del contrato, pero antes de la liquidación y finalmente tenemos el incumplimiento definitivo de perjuicios para afectar cláusula penal que aunque no es un incumplimiento total del objeto del contrato, ya ha fenecido el plazo de ejecución del mismo y no opera la multa sino el balance definitivo de cumplimiento o incumplimiento del contrato, una definición unilateral respecto de la ejecución final de las obligaciones a cargo del contratista, determinando si colmó o no las exigencias del objeto contractual.

Esto ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la siguiente manera:

*“(...)La cláusula penal pecuniaria, que constituye **un cálculo anticipado y definitivo de los perjuicios surgidos del incumplimiento del contrato** de tal manera que una vez probado aquel no hay necesidad de acreditar el daño sufrido ni su cuantía por hallarse ésta predeterminada en la referida cláusula, es definida por el artículo 1592 del Código Civil como “...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. En palabras de la doctrina:*

*“(...) la cláusula penal es una estipulación relativa a la sanción del deudor en caso de inejecución de su obligación contractual, lo que es un primer elemento de la definición de la cláusula penal otro*

*elemento de la cláusula penal, ... es el monto de los daños y perjuicios que establece.*

*(...)En otras palabras, la cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación.(...)”<sup>11</sup>*

En igual sentido el alto Tribunal señaló:

*“(...) Ahora bien, generalmente, en lo que a los contratos estatales corresponde, la función de la cláusula penal se ha identificado como de carácter compensatorio, esto es, como una tasación anticipada de los perjuicios y no conminatoria del cumplimiento de las obligaciones del contrato, debido a que, a diferencia de la multa, como más adelante se verá, ésta se*

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., Sentencia del diecinueve (19) de agosto de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1990-6904-01 (12342).



hace exigible, en principio, “a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones<sup>12</sup>”. (...)”<sup>13</sup>

Cosa distinta es la situación que las prestaciones no se han cumplido total o parcialmente, que, para nuestro caso en estudio, la Resolución que se recurrió hace alusión a que no se han cumplido parcialmente unas prestaciones y por ende el objeto del contrato, con lo cual se precisa el término utilizado en el acto administrativo.

De igual forma señaló que, en la misma página 78 de la decisión inicial, la Oficina Asesora Jurídica manifestó:

*“Una vez pactada la cláusula penal, si no se determina la connotación que va a tener en el contrato estatal, la doctrina especializada ha conceptualizado que será entendida como estimación anticipada de perjuicios, es decir indemnizatoria.”*

El apoderado, de acuerdo a lo anterior, frente a la proporcionalidad señaló:

1. No se probó perjuicio alguno a la entidad, menos cuando no se entiende cómo se le exige a mi poderdante inversiones que debieron certificar otras interventorías de años atrás, respecto a las cuales sí son oponibles las condiciones de tiempo, modo y lugar de las actividades. Agregó que, el despacho cita una sentencia del 2015 sobre la no obligatoriedad de la tasación de los perjuicios para el cobro de la cláusula penal pecuniaria, sin embargo, se resalta que dicho precedente está desactualizado, y que el actual soporta nuestro dicho.
2. Por qué se establece que el contrato es indivisible, cuando es claro que era la interventoría de 20 contratos de concesión.
3. Por qué no se aplicó la proporcionalidad respecto a (i) El número de incumplimientos: 17,6% (ii) El número de contratos concesionados sobre los cuales recae la interventoría: 5%, o, como debe ser, (iii) La totalidad de obligaciones del contrato: 2,69%.

Respecto al primer punto señalado, que se debe probar los perjuicios, conforme a la sentencia destacada por él, argumentando que es más actual, la revisamos así:

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

***De otra parte, en cuanto a la motivación técnica para la aplicación de la proporcionalidad y la racionalidad en la cláusula penal y, en general, de la tasación de perjuicios, la Sala considera que frente al contenido de la norma que se acaba de transcribir, la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito***

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil botero.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de agosto de 2012, expediente 39702. Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón.



**específico de la aplicación de la cláusula penal y de la tasación de perjuicios cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal.**

(...) Todo lo anterior se traduce, entonces, en lo razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la **tasación de** perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que el sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública.<sup>14</sup>

De igual forma en la referida sentencia el Consejo de Estado manifestó:

**“(..).Sin embargo, también es claro que la imposición de la pena pecuniaria fue pactada como pago parcial de los perjuicios que la contratista causara al Ministerio con su incumplimiento, pues el Ministerio de Defensa se reservó el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto pactado, siempre que los mismos se acreditaran, pero dicha acreditación, debe aclararse, sólo es posible ante una autoridad judicial por cuanto la administración no se encuentra facultada para tasar e imponer el pago de perjuicios adicionales a los que de común acuerdo acordaron las partes en el clausulado contractual.(..)”<sup>15</sup>**

Entonces para precisión, una situación es la tasación del perjuicio que debe obedecer al principio de proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones, lo cual subraya el profesional del derecho y otra situación es la prueba del perjuicio; que en la misma sentencia, se señala que cuando el perjuicio es superior a la cláusula penal, debe probarse ante el juez natural del contrato, allí radica la diferencia entre la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios y cuando esta es insuficiente para indemnizar los perjuicios causados a la Entidad y que se debe probar y acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

De ninguna manera es contraria a la sentencia traída a colación por este despacho ni a la línea jurisprudencial que en la materia ha definido el Consejo de Estado, por lo cual nos permitimos traer algunos apartados, así:

**“Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta - para imponerla y cobrarla - de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de**

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Concejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01010-01 (53877)

<sup>15</sup> Ibídem



proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad<sup>62[32]</sup>-este último como criterio auxiliar de la actividad judicial<sup>63[33]64[34]</sup>-, así se lo exigen.

**No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal - es decir, un mayor perjuicio -, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. (...)<sup>16</sup>** (negrilla fuera de texto).

El alto Tribunal se ha pronunciado en el mismo sentido, a saber:

*“(...) La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. **En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.(...) . No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio.”<sup>17</sup>** (Negrilla fuera de texto)*

Conforme a las razones señaladas con anterioridad no le asiste razón al apoderado del contratista.

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, **Radicación 17009. Número Único. 68001 – 23 – 31 – 000 – 1996 – 02081 – 01 (17009).**

<sup>17</sup>Sección Tercera del Consejo de Estado. Rad: 540012331000199712590 01. Sentencia del 16 de julio de 2015. M.P. Hernán Andrade Rincón.



Frente al segundo argumento de no estar de acuerdo respecto a la indivisibilidad del contrato, el despacho NO encuentra la inconformidad, ya que en la página 84 de la Resolución recurrida se señaló:

*“(...) En tal sentido, el Consejo de Estado ha señalado:*

*“Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es un cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, **como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.**”<sup>18</sup> (Negrilla fuera de texto)*

*Conforme con lo anterior, tenemos que frente al Contrato de Interventoría No. 180 de 2018, nos encontramos en el escenario de un objeto de contrato divisible, en consecuencia, la Entidad ha aceptado del contratista la parte ejecutada, lo cual fue señalado por la supervisión del Contrato en la comunicación No. 201901001055 del 25 de junio de 2019 donde respondió las solicitudes de aclaración y complementación a la prueba de informe así:(...)”*

Seguidamente señaló en su tercer argumento este acápite, del por qué no se aplicó la proporcionalidad respecto a (i) El número de incumplimientos: 17,6% (ii) El número de contratos concesionados sobre los cuales recae la interventoría: 5%, o, como debe ser, (iii) La totalidad de obligaciones del contrato: 2,69%.

Frente a este argumento, le asiste razón al apoderado del contratista, como quiera que persistían cuatro incumplimientos en la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020, y no se compadece el número de incumplimientos con la totalidad del objeto del contrato de interventoría No. 180 de 2018 con el 57.14% como porcentaje de inejecución del contrato.

---

<sup>18</sup> Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO





Se procede a realizar la proporcionalidad correspondiente, para este caso teniendo en cuenta que de lo debatido y relacionado por la supervisión persisten cuatro incumplimientos, así:

Número de obligaciones .....	88
Número de obligaciones incumplidas.....	4
Total, porcentaje de incumplimiento.....	4.5%

Valor total de la cláusula penal (100%) \_\_\_\_\_ **\$95.495.120**

Valor porcentaje de inexecución del contrato (4.5%) \_\_\_\_\_ **\$ 4.297.280**

En este orden de ideas, el valor a afectar de la cláusula penal es de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (**\$ 4.297.280**).

En su intervención final, el abogado del contratista solicitó que, de mantenerse el incumplimiento, no se aplique la sanción sino la figura de la compensación con la finalidad que la Entidad recupere patrimonialmente lo que considere algún tipo de incumplimiento, pero sin afectar en cuanto a un tema que va al Registro Único de Proponentes pues no se justificaría imponer un tipo de sanción que pueda dejar un tipo de registro, se está hablando de tres presuntos incumplimientos que dice la supervisión ya demostrado en el documento que son inexistentes.

Al respecto, procederemos a revisar la normatividad que rige en la materia y la manera de procedencia para nuestro caso, el Código Civil contempló que cuando dos personas son deudoras una de otra “se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”<sup>19</sup>, y que “la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles. Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”<sup>20</sup>.

De igual manera estableció que “para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras. Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él. Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se

<sup>19</sup> Artículo 1714.

<sup>20</sup> Artículo 1715.



los hayan cedido<sup>21</sup>, y que “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero. Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo<sup>22</sup>. De tal manera que para que opere el fenómeno de la compensación, se requiere necesariamente que se den los elementos que determina el Código Civil atrás mencionados y que exista la coincidencia en las características de las obligaciones de tal manera que ambas sean en dinero, o de cosas fungibles o determinadas de igual género y calidad, que ambas deudas estén expresadas en determinado monto y que ninguna esté sometida a plazo o condición o cualquier otra circunstancia que impida su reclamación bien sea por disposición legal o estipulación contractual.

A su vez, la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012 refirió que la parte resolutive de los actos administrativos sancionatorios o que impongan multas al contratista, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista y a la Procuraduría General de la Nación<sup>23</sup>, mientras que la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, refirió que en ejercicio del deber de control y vigilancia sobre la ejecución de los contratos, las entidades “tendrán la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...) y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista (...). La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva<sup>24</sup>. Por lo tanto, su registro se extrae de una obligación legal que no puede ser desconocida por la Administración.

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

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

### **Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA S.A.**

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre el recurso interpuesto por la sociedad CONFIANZA S.A., previa síntesis de los argumentos expuestos en la audiencia de sustentación. Los dividió en dos argumentos, por un lado, coadyuvancia a los argumentos del contratista, y en segundo lugar la defensa del contrato de seguro de la

---

<sup>21</sup> Artículo 1716.

<sup>22</sup> Artículo 1720.

<sup>24</sup> Parágrafo del artículo 17.





garantía única de cumplimiento que ampara el contrato que convocó a esta actuación administrativa

Al respecto, todos los argumentos de coadyuvancia fueron resueltos en antecedencia; de igual forma los relacionados como lo denominó la defensa del contrato de seguro esto son: excepción de contrato no cumplido, principio de proporcionalidad, principio de indemnización o valoración real del posible perjuicio invocado y solicitud de la compensación.

Respecto al argumento de la compensación, agregó verbalmente que no encontró en la resolución recurrida un balance de lo pagado dentro del contrato por lo cual no conocía los valores exactos para determinar exactamente los valores a compensar en caso de prosperar.

Frente a este argumento se señala que el fenómeno de la compensación como se expuso con anterioridad está dispuesto para el procedimiento **de cobro** de la sanción o como modo de extinción de esa obligación; para el procedimiento administrativo sancionatorio se requiere el porcentaje de ejecución que puede o no coincidir con los valores adeudados o pagados, máxime que para el presente caso se fueron superando incumplimientos por fuera del tiempo de ejecución del contrato y en el transcurso de la presente actuación administrativa.

## 6. CONCLUSIÓN

En conclusión, esta Corporación encuentra probado el incumplimiento definitivo del CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 respecto a cuatro incumplimientos, los cuales versan sobre validación de las inversiones acumuladas por parte de: la Sociedad Portuaria Michellmar S.A.; de los contratos No. 26 y No. 27 de 2004 suscrito con la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo-Venezolana S.A. y del Contrato de Concesión suscrito con la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. Por lo tanto, se confirmará la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020 y se modificará sus numerales dos y tres.

En mérito de lo expuesto,

### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR**, los numerales uno, cuatro, cinco, seis, siete y ocho de la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral dos de la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020 de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, el cual quedará así:

***“ARTÍCULO SEGUNDO: HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA e imponer a título de pena la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$ 4.297.280).por el incumplimiento definitivo***





del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.”

**ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR** el numeral tres de la Resolución No. 000055 del 19 de febrero de 2020 de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, el cual quedará así:

**“ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR EL SINIESTRO DE LA PÓLIZA** única de cumplimiento No. **GU077099** y sus anexos modificatorios expedidos por la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”**, por la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$ 4.297.280).”

**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **CONSORCIO INTER-PUERTOS 02**, y al representante legal y/o apoderado de la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”**, o a quienes hagan sus veces.

**ARTÍCULO QUINTO:** Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, a los 29 días del mes de septiembre de 2020.

  
 DEISY GALVIS QUINTERO  
 Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Sonia Guerrero Silva /Abogada OAJ <sup>20</sup>  
 Revisó:  COMAA S.A.S.

