

**Resolución No. 000310  
(11 de noviembre de 2020)**

***“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000190 de 23 de julio de 2019”***

**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 las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1437 de 2011, 1508 de 2012, Decreto No. 1082 de 2015, Resolución No. 000334 de 2019 y

**CONSIDERANDO**

**1. COMPETENCIA**

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

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

Que el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 establece que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas *“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 18 de la Ley 80 de 1993 dispone que *“la caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”*.

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 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 209 de la Constitución política, señala los siguientes principios de la función administrativa:

*"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."*

Que el artículo 3° de la Ley 489 de 1998 señala los principios de la función administrativa, así:

*"(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.*

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

Que el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

**"Principios.** *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

310

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

*1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

*En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.*

*2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.*

*3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

*4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.*

*5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.*

*6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.*

*7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.*

*8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.*

*9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de*

*tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.*

*10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.*

*11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.*

*12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.*

*13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.”*

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

Que mediante la Resolución N° 000334 de 31 de octubre de 2019, se delegan funciones en la 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 comunicación interna con radicado No. 2013300170 de 18 de enero de 2013, la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A solicitó el otorgamiento de una concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público localizados en jurisdicción del municipio de Barrancabermeja- Santander. (Ver a folio 35 del expediente).

**2.2** Que el área adyacente ofrecida por la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. correspondía a un terreno de propiedad de la Electricadora de Santander S.A. ESP, cuya disponibilidad para el proyecto se acreditó con el contrato de arrendamiento No. N.SE-APT-992-0057-13 celebrado entre la Electricadora de Santander S.A. E.S.P. y TEHCNOLOGISTICS ZF S.A. y el contrato de comodato suscrito entre la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. y TEHCNOLOGISTICS ZF S.A.S.

- 2.3** Que mediante la Resolución 000275 del 14 de agosto de 2013, Cormagdalena aprobó el trámite solicitado y definió los términos a los que debería sujetarse la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. para el otorgamiento de la concesión.
- 2.4** Que a través de la Resolución de Otorgamiento No. 00101 de 1° de abril de 2014, se señalaron los términos en los que se suscribiría el contrato de concesión portuaria.
- 2.5** Que el 9 de abril de 2014 se firmó el contrato de concesión portuaria No. 3-0003-2014 entre Cormagdalena y la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande.
- 2.6** Que en la cláusula 20 del contrato se determinó que la contraprestación total por el uso de forma temporal y exclusiva de bienes de uso público sería de US \$ 203.542 más el valor de las inversiones, que corresponderían a la suma de US\$ 502.524; siendo el valor total del contrato, la suma de US\$ 706.066
- 2.7** Que en la cláusula 22 del contrato de concesión se señalaron las garantías que debían constituirse por parte del concesionario, entre ellas: la garantía de cumplimiento por el 3% del plan de inversión aprobado y que no debía ser inferior a 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes; la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales indemnizaciones laborales por el 5% del valor de la contraprestación y la póliza de responsabilidad civil extracontractual por valor del 10% del total del plan de inversión.
- 2.8** Que en la cláusula 31 del citado contrato, se definió el régimen para el incumplimiento del contrato, la causación y límite de la imposición de multas.
- 2.9** Que el 30 de abril de 2014, la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena aprobó la póliza No. 22022313000865, expedida por Mapfre Seguros Generales y presentada por la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande.
- 2.10** Que el 7 de mayo de 2014, mediante acta, Cormagdalena hizo entrega material de los bienes concesionados; los cuales se discriminaron en bienes de uso público en agua y bienes de uso público en tierra.
- 2.11** Que Cormagdalena remitió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. la cuenta de cobro No. 0001 de enero de 2016 por concepto de "*Saldo de la 3ª. cuota anual de 10 por Contraprestación para ocupar en forma temporal y exclusiva bienes de uso Público, según contrato de Concesión Portuaria Fluvial No. 3-0003-2014*" por un valor de \$100.355.342.00.
- 2.12** Que, en enero de 2017, se envió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. la cuenta de cobro No. 00011 de enero de 2017; por concepto de "*Cuarta anualidad por Contraprestación para ocupar en forma temporal y exclusiva bienes de uso Público, según contrato de Concesión Portuaria Fluvial No. 3-0003-2014*" por valor de \$96.514.836.00.
- 2.13** Que con la comunicación No. 201703000374 del 7 de febrero de 2017, la Subdirección de Gestión Comercial requirió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. para que efectuara los ajustes respectivos a la póliza de cumplimiento que respaldaba el contrato de concesión de la referencia para la vigencia de 2017.
- 2.14** El 8 de marzo de 2017, la Oficina Asesora Jurídica aprobó la ampliación de la póliza No. 22022313000865 expedida por Mapfre; teniendo como cobertura y vigencia:

|                                 |  |            |            |
|---------------------------------|--|------------|------------|
| Cumplimiento                    |  | 17/02/2014 | 17/08/2019 |
| Pago de salarios y prestaciones |  | 17/02/2014 | 17/02/2022 |

- 2.15** El 28 de marzo de 2017, mediante radicado 201703000861, la Subdirección de Gestión Comercial requirió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. para que efectuara los ajustes respectivos a la póliza de responsabilidad civil extracontractual que respaldaba el contrato de concesión para la vigencia del año 2017.
- 2.16** El 2 de junio de 2017, mediante radicado No. 201702003176, la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. solicitó la terminación de mutuo acuerdo del “*Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0003-2014*”.
- 2.17** En respuesta a las solicitudes presentadas por la Sociedad Naviera Portuaria Río Grande; a través del radicado No. 201703002815 de 18 de octubre de 2017, la Subdirección de Gestión Comercial indicó que para estudiar la solicitud de terminación del contrato la sociedad debía estar a paz y salvo e indicar las razones de hecho y de derecho que fundamenten la decisión; así como el material probatorio requerido para el caso.
- 2.18** Posteriormente, con radicado No--. 201703002008 del 26 de julio de 2017 la Subdirección de Gestión Comercial reiteró la solicitud del 28 de marzo de 2017 para el ajuste de la póliza de responsabilidad civil extracontractual.
- 2.19** El 24 de agosto de 2017, el abogado de la Secretaría General de Cormagdalena informó a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.
- 2.20** El 6 de octubre de 2017, Cormagdalena envió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. la cuenta de cobro No. 122 de octubre de 2017; por concepto de saldo de la tercera y cuarta cuota de diez; por un valor de \$255.506.220.00.
- 2.21** Mediante radicado No. 201702004781, la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. rechazó la cuenta de cobro No. 122 toda vez que se informó previamente la cancelación del contrato de concesión No. 3-002-2014.
- 2.22** Mediante la cuenta de cobro No. 139 de noviembre de 2017, Cormagdalena requirió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. el pago de la tercera y cuarta anualidad, intereses de mora por el saldo de la tercera cuota anual liquidados del 1 de marzo de 2016 al 30 de noviembre de 2017 y los intereses de mora de la cuarta anualidad, liquidados del 1 de marzo de 2017 al 30 de noviembre de 2017; dando un valor total a pagar de \$265.105.406.00.
- 2.23** Con radicado No. 201702005272 del 20 de noviembre de 2017, la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. rechazó y devolvió la cuenta de cobro No. 139.
- 2.24** Cormagdalena remitió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A la cuenta de cobro No. 0003 de enero de 2018, por concepto de la quinta cuota anual como contraprestación por ocupar en forma temporal y exclusiva bienes de uso público; según el contrato de Concesión Portuaria Fluvial No. 3-0003-2014 del 9 de abril de 2014. El valor de la cuenta de cobro fue por un valor de 95.977.376.00.

- 2.25** A través del radicado No. 201803000102 del 24 de enero de 2018, el Director de Cormagdalena informó a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. que presenta una mora por valor de \$267.228.282.
- 2.26** El 19 de febrero de 2018, mediante radicado No. 201803000343, el Director de Cormagdalena efectuó un cobro amigable a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande; en virtud del Contrato de Concesión No. 3-0003-2014. En dicha comunicación informó que la sociedad presentaba mora en el pago por valor de \$268.231.698.
- 2.27** El 26 de febrero de 2018, mediante radicado No. 201803000390, el Subdirector de Gestión Comercial de Cormagdalena volvió a solicitarle a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. que reajustara las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual para la vigencia del año 2018.
- 2.28** En la comunicación con radicado No. 201803000718 de 13 de abril de 2018, el Director de Cormagdalena vuelve a efectuar un cobro amigable del contrato de concesión No. 3-0003-2014; manifestando que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A presentaba una mora en el pago por valor \$366.695.048.
- 2.29** El 16 de abril de 2018 con el radicado No. 201803000774, el Subdirector de Gestión Comercial de Cormagdalena volvió a dar respuesta a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande sobre la solicitud de terminación del contrato, reiterando la necesidad del cumplimiento de las obligaciones pendientes para estudiar la terminación del contrato.
- 2.30** El 21 de mayo de 2018, con radicado No. 201803001013, el Director de Cormagdalena, remitió al concesionario un cobro amigable del contrato de concesión No. 3-0003-2014, en el cual se indicó que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A presentaba una mora en el pago por valor de \$375.047.030.
- 2.31** El 21 de junio de 2018 con radicado No. 201803001328, el Director de Cormagdalena envió un cobro amigable del contrato de concesión No. 3-0003-2014; diciendo que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A presentaba una mora en el pago por valor de \$389.188.250.
- 2.32** El 13 de julio de 2018 mediante radicado No. 201803000724, se realiza otro cobro amigable por valor de \$400.539.917.
- 2.33** Con el radicado No. 201803001892 del 6 de agosto de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena ratificó lo solicitado en las comunicaciones No. 20170300861 de marzo de 2017, 201703002008 de julio 26 de 2017, 201703003255 de 27 de noviembre de 2017 y 201803000390 del 26 de febrero de 2018; en las cuales se requirió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande la legalización de las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual.
- 2.34** El 14 de agosto de 2018, mediante radicado No. 201803001921 el Director de Cormagdalena remitió a la Sociedad Portuaria otro cobro amigable del contrato de concesión No. 3-0003-2014, por valor de \$407.220.521.
- 2.35** El 21 de agosto de 2018 mediante comunicación No. 201802003143 la Electrificadora de Santander S.A. – ESSA E.S.P., informó que el contrato de arrendamiento que suscribió con la firma TECHNOLOGISTICS ZF S.A.S. fue liquidado de mutuo acuerdo el 16 de marzo de 2017; por tanto, el contrato de comodato que firmó TECHNOLOGISTICS ZF S.A.S. con la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande quedaría

afectado y se limitaría el uso de la zona adyacente, sin la cual no se podría usar la concesión.

- 2.36** Que el 14 de noviembre de 2018, el Área de Tesorería de Cormagdalena certificó que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. adeuda la suma de \$451.714.985, por concepto de la contraprestación por zona de uso público, según lo dispuesto en el Contrato de Concesión No. 3-0003-2014, correspondiente a las anualidades 3, 4 y 5 más los intereses de mora que se liquidaron al 30 de noviembre de 2018.
- 2.37** Que con la Comunicación Interna No. 201801001201 del 3 de diciembre de 2018, la contratista Liliana González Maldonado presentó un informe del estado de las pólizas del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0003-2014; en el cual se concluyó que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no ha presentado las modificaciones de las pólizas de Responsabilidad Civil Extracontractual ni las modificaciones de la póliza de cumplimiento:
- 2.38** Que el 10 de enero de 2019, el Área de Tesorería envió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. la cuenta de cobro No. 004 de enero de 2019, por concepto de la “6ª cuota anual por Contraprestación para ocupar en forma temporal y exclusiva bienes de uso Público, según Contrato de Concesión Portuaria Fluvial 3-0003-2014”; el valor de dicha cuota era de 103.200.124.
- 2.39** Que el 1 de febrero de 2019, la Electrificadora de Santander S.A. – ESSA E.S.P. radicó comunicación mediante número 201902000440, en la cual informó que como propietarios del predio adyacente se realizó la liquidación de mutuo acuerdo del contrato de arrendamiento con la firma Technologists ZF S.A.S. y que se está evaluando la posibilidad de realizar un nuevo contrato.
- 2.40** El 4 de febrero de 2019, el Subdirector de Gestión Comercial remitió el cuarto recordatorio a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande sobre la solicitud de ajuste de las Pólizas de Cumplimiento y los ajustes de valor asegurado.
- 2.41** Mediante comunicado No. 201903000393 del 13 de febrero de 2019, el Subdirector de Gestión Comercial de Cormagdalena requirió al concesionario información sobre el estado y la vigencia correspondiente del contrato de arrendamiento surtido entre la Electrificadora de Santander y Tehcnologists SF S.A.S; y el estado del contrato de comodato que demostraba la disponibilidad de la Zona Adyacente.
- 2.42** El 10 de abril de 2019, el Asesor Técnico de la Subdirección de Gestión Comercial expidió un informe técnico sobre la visita de seguimiento que se realizó a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A., que arrojó las siguientes conclusiones:

*“a. El concesionario no se encuentra operando.*

*b. La SGC debe validar desde el componente financiero y/o contable el monto de las inversiones que se realizaron en la ZUP (construcción de muelle) por parte del concesionario.*

*c. Se puede indicar que las instalaciones en la ZUP Y ZA están pendientes de mantenimiento de equipos, poda de césped y pintura general; al momento del recorrido no se pudo evidenciar la funcionalidad de los equipos, ya que no se encuentran prestando operación alguna.*

*d. Se puede concluir que, la zona adyacente es necesaria para prestar el servicio de operación descrito en el numeral 4 del presente informe, porque allí se encuentran ubicados los equipos y tanques de almacenamiento que permiten garantizar el cargue*

*y descargue en los modos fluvial-terrestre, tal como se describe en la cláusula 7 y 11 del contrato de concesión portuaria.”*

**2.43** El 30 de abril de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial presentó informe financiero No. 303, en el cual se concluyó:

*“Por lo anterior, y teniendo en cuenta el mecanismo como se abordó situación semejante, una vez iniciado un proceso sancionatorio y en el marco de éste, deberá llevarse a cabo el reajuste de los pagos de esta sociedad portuaria, con el fin de conocer el valor definitivo de la deuda y con base en este se defina el monto sobre el cual se adelantará el proceso legal y de cobro a que haya lugar.”*

**2.44** El 6 de mayo de 2019, mediante comunicación No. 201901000729 se presentó informe histórico sobre la legalización de pólizas del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004-2014, en el cual se indicó:

*“Es importante anotar que a la fecha el Concesionario para efectos del respaldo del Contrato de Concesión Portuaria y en cumplimiento de las obligaciones contractuales cuenta con pólizas vigentes, pero no ajustadas ni aprobadas para el amparo de Cumplimiento y Pago de Salarios, Prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales, para la vigencias (sic) 2017, 2018 y 2019.”*

**2.45** El 22 de mayo de 2019, el Área de Tesorería certificó el estado de cuentas del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004-2014, allí se establece que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A, adeuda a CORMAGDALENA, por concepto de contraprestación la suma de \$615.070.085.00; lo cual equivale a USD \$128.356,20.

**2.46** Mediante la Comunicación Interna 201901001512 del 26 de agosto de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial informó que la sociedad no ha presentado el plan de mantenimiento para su respectiva aprobación por parte de Cormagdalena y que con la Comunicación Externa No 201903001802 se requirió a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande para que lo allegara.

**2.47** Mediante radicados Nos. 201903002268 de 3 de septiembre de 2019 y 201903002277 de 4 de septiembre de 2019 se citó a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande y a Mapfre Seguros Generales a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto grave incumplimiento de las obligaciones y caducidad del contrato de concesión portuaria No. 3-0003-2014 suscrito con la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. Los cargos por incumplimiento fueron: No disponibilidad de zona adyacente o accesoria, no pago de la contraprestación y reajuste, no actualización del valor de la póliza de cumplimiento y pago de salarios e indemnizaciones laborales, no constitución de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, no presentación del plan de mantenimiento, incumplimiento por la no explotación de la actividad portuaria

### **3. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA.**

**3.1.** El 26 de septiembre de 2019 se instaló la audiencia por presunto incumplimiento grave de las obligaciones por parte de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande; en esta audiencia se presentaron los descargos por parte del representante legal de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande y Mapfre Seguros Generales, posteriormente el apoderado de la sociedad presentó los descargos por escrito.

**3.2.** En sesión del 15 de noviembre de 2019 se abrió el periodo probatorio y se decretó de oficio la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial. Esta prueba fue respondida por la Subdirección de Gestión Comercial y la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación. Frente a estos pronunciamientos, la apoderada de Mapre Seguros Generales y el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande presentaron solicitudes de aclaración.

- 3.3. En sesión del 14 de enero de 2020, la Oficina Asesora Jurídica se pronunció sobre la solicitud de aclaraciones, complementaciones y ajustes, y se requirió a la Subdirección de Gestión Comercial para que se aclarara la prueba por informe. Las aclaraciones fueron presentadas por la Subdirección de Gestión Comercial y por el Ingeniero Alcides Molineras – Contratista de Cormagdalena.
- 3.4. En sesión del 14 de enero de 2020, se dio traslado de las respuestas a las solicitudes de complementación. La Subdirección mencionada presente las complementaciones solicitadas y se cerró el período probatorio del procedimiento.
- 3.5. En sesión del 28 de febrero de 2020, se dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. Los alegatos fueron presentados por el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande y por la apoderada de Mapfre Seguros Generales.
- 3.6. En sesión de 23 de julio de 2020 se adoptó decisión a través de la Resolución 000190 de 2020 de la misma fecha *“Por la cual se declara el incumplimiento grave y caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0003-2014 del 9 de abril de 2014, suscrito entre la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RIO GRANDE S.A.”*; frente a la cual, los apoderados presentaron recurso de reposición.
- 3.7. En sesión de audiencia de 5 de agosto de 2020, el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande y la apoderada de Mapfre Seguros Generales sustentaron el recurso de reposición presentado contra la Resolución 000190 de 2020.

#### **4. RECURSO DE REPOSICIÓN**

##### **4.1. SOCIEDAD PORTUARIANAVIERA RÍO GRANDE**

El apoderado de La Sociedad Portuaria Naviera Río Grande sustentó el recurso de reposición en los siguientes términos:

##### **4.1.1. Ruptura del equilibrio económico y financiero y, teoría de la imprevisión.**

*“Con el fin de sustentar nuestro recurso de reposición nos basaremos exclusivamente en reiterar precisamente un argumento que se ha desarrollado a través de todo el proceso, tanto en los descargos como en los alegatos de conclusión, pero que nos gustaría recalcar en este sentido pues no evidenciamos que haya habido un análisis en particular al tomar la decisión sobre los hechos imprevisibles y ajenos a NAVIERA RIO GRANDE que dieron lugar precisamente a todos los cargos imputados y cargos que hoy en día sea acreditado en el proceso y por los cuales se está tomando la decisión de decretar la caducidad y el incumplimiento grave del contrato de concesión. Pues bien, insistimos que al revisar el material probatorio en el cual se basó este despacho encontramos, en que efectivamente, se basa en un estudio de la misma entidad; pues que el despacho ha concluido que muestra de forma clara que para los periodos de septiembre 2015 a marzo de 2016, es decir solo seis meses pues efectivamente el río o por lo menos el canal adyacente al terreno, mediante el cual se desarrollaría el contrato de concesión pues sí era navegable; sin embargo, nos permitimos cuestionar este sustento pues dejando a un lado hechos notorios como por ejemplo: lo hemos nombrado varias veces, el caso de NAVELENA y dejando de un lado un poco la intervención del representante legal de NAVIERA RÍO GRANDE, que es una persona que efectivamente ha estado presente de este tema, pues los resultados realmente más allá de lo que pueda llegar a decir este estudio; nos parece más concluyente los efectos o los temas que en realidad se*

*han podido mostrar por ser más notorios o por la misma intervención de la parte interesada.*

*Nos parece que es un estudio que simplemente toma como 6 meses y después dice que por temas ajenos a la entidad no se pudo tomar una medida para determinar si efectivamente el canal en ese momento era navegable o no, nos parece que no son argumentos ni pruebas suficientes como para tomar una decisión tan importante como la que se está tomando en este caso. Pues bien, insistimos en que efectivamente y contrario a lo que dice el despacho, para que SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, pudiera ejecutar el contrato de concesión de la debida forma era esencial que precisamente CORMAGDALENA asegurara la navegabilidad del Río Magdalena que, nuevamente repito, por hechos notorios está más que demostrado que efectivamente no se pudo llevar a cabo. Entonces, estaría de más pasarle esta responsabilidad a la SOCIEDAD PORTUARIA, primero porque no se le puede cargar a un particular funciones que son exclusivas de una entidad pública ni mucho menos fueron acuerdos que estuvieran pactados en el mismo contrato de concesión suscrita entre las partes, precisamente porque esta actividad se le encargó a una APP denominada NAVELENA, que todos hoy en día, como les digo es un hecho notorio y no vale la pena entrar a determinar qué fue lo que ocurrió; pero que a hoy en día el resultado es que la navegabilidad del RÍO MAGDALENA no se garantizó, entonces es evidente que al no poder operar la concesión, no solo se afectó el cumplimiento del contrato si no también la posición económica de la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, hasta llevarlo al punto de entregar los lotes arrendados por la imposibilidad de pago, es decir surgieron elementos imprevistos que a nuestro parecer en la decisión no fueron revisados de manera objetiva que hicieron muy onerosa la operación del contrato y por ende se dieron evidentemente todas las situaciones que hoy nos tienen sentados en esta audiencia.*

*Que el contratista debió haber asumido unos riesgos y entender que había unos riesgos: sí, es claro, pero como lo manifestamos anteriormente, ellos deben asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, es decir ellos no tienen por qué soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo puedan llegar a privar de ingresos y ganancias razonables, que podía haber obtenido si la relación contractual se hubiere podido ejecutar en condiciones normales y en las condiciones inicialmente convenidas.*

*De igual forma, como he manifestado en este caso precisamente al haber condiciones imprevistas que afectaron de manera económica y de manera grave la posición de SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, para ejecutar el contrato; estamos hablando que acá efectivamente hubo una ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, pues los derechos y las obligaciones surgidas al momento de la suscripción del contrato se desnaturalizaron hasta el punto de equilibrar las circunstancias sobrevinientes y pues son circunstancias que efectivamente no pueden llegar a ser imputables totalmente a la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, quien finalmente así como reconocemos en algunos momentos que se afectó la ejecución misma del contrato pues efectivamente también se afectó de forma económica a la Sociedad Portuaria. En particular quisiera aprovechar el espacio que me dan para la sustentación del recurso y es traer a colación la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la ecuación económica, financiera de un contrato puede verse afectada o sufrir menoscabos por:*

*“1- actos o hechos de la entidad administrativa contratante como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo”*

*Sobre este en particular me permito hacer una anotación y es que evidentemente y como lo dice el despacho en su posición, pues las comunicaciones que paso en su momento NAVIERA RIO GRANDE, solicitando la terminación del contrato nos daban como la situación de hecho de manifestar que la intención no era terminarlo por todo este tema del desequilibrio de las condiciones pero no por eso se puede entender que la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RIO GRANDE, no avisó a CORMAGDALENA, sobre la situación y la necesidad y la posibilidad de terminar el contrato. Sin embargo y como ya lo hemos dicho en repetidas veces, CORMAGDALENA permitió que efectivamente el daño se empezará a presentar, el incumplimiento se empezara presentar y solo hasta el año pasado tomó acciones, como por ejemplo iniciar esta audiencia, cuando LA SOCIEDAD PORTUARIA solicitó en repetidas ocasiones la necesidad de terminar del contrato, no solo eso, en ningún momento se nombró ningún interventor además de eso y lo que hemos dicho no se garantizó en debida forma la ejecución del contrato en favor a la sociedad. Entonces aquí estaríamos hablando precisamente el primer punto que habla el Consejo de Estado.*

*“Segundo: son actos generales de la administración como Estado como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y leyes, actos administrativos de carácter general que afecte negativamente el contrato”*

*Digamos que acá particularmente no nos vamos a detener porque realmente no hubo un acto jurídico, administrativo de la entidad que consideremos que pudo llegar haber afectado ese equilibrio si no que son efectos económicos y que son efectos que pasaron en el día a día de la navegabilidad del río que afectaron precisamente de forma negativamente el contrato.*

*La tercera que habla el Consejo de Estado, son esos factores exógenos a las partes del negocio o lo que se llama la teoría de la imprevisión que son circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato, pero con incidencia en él.*

*Entonces, como podemos ver aplicando lo que dice el Consejo de Estado, respecto a cuándo la ecuación económico financiera del contrato se vea afectada encontramos en los tres puntos fundamentales que ha utilizado el Consejo de Estado para considerar que efectivamente hay una ruptura de ese equilibrio, pues en este caso se pueden ver de forma clara y ante la ruptura del equilibrio económico del contrato la entidad tiene la obligación de restablecerlo y no de perjudicar la situación del contratista como en este caso, con todo respecto, nosotros consideramos que ocurrió.*

*De igual manera, Cormagdalena señaló en la resolución sancionatoria que la actividad de la interventoría la ejerció directamente de acuerdo con la facultad concebida en el contrato; sin embargo, si se hubiera desarrollado esta actividad de forma diligente se hubiera percatado de la situación del contrato desde aproximadamente enero de 2016 y hubiera cumplido su deber legal de primero tomar todos los correctivos necesarios para procurar el cumplimiento del contrato desde el 2016 fecha en la que se dejó de ejecutar el contrato por parte de NAVIERA RÍO GRANDE, no en el 2019 y segundo intentar tal como lo dice la Jurisprudencia del Consejo de Estado, buscar fórmulas de restablecer el equilibrio para tal fin y no desmejorando la situación en la que ya LA SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, se encontraba para ese momento,*

*De igual forma y me permito hacer énfasis en que en verdad no vale la pena en entrar en más discusiones sobre en lo que ya se habló en los descargos o en los alegatos de conclusión por lo que nos permitimos concluir que en el análisis realizado por CORMAGDALENA en la resolución sancionatoria no se analizó si hubo o no precisamente esta ruptura de equilibrio económico del contrato en este caso los supuestos están dados teniendo en cuenta que tal como lo argumentamos*

*a lo largo del proceso existieron totalmente situaciones ajenas comprobables a su control que impidieron el cumplimiento a las obligaciones pactadas y cambiaron de forma total las circunstancias previstas desde el momento mismo precontractual hasta hoy en día básicamente y pues durante la ejecución del contrato.*

*Consideramos y solicitamos que CORMAGDALENA, haga un análisis jurídico un poco más juicioso respecto a precisamente esas situaciones que son totalmente ajenas al control de SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE y que pudieron más bien solucionarse por parte de la entidad misma, gracias a estos hechos del príncipe que habla el Consejo de Estado y es que precisamente CORMAGDALENA hubiera tenido la facultad en su momento de forma oportuna tomar todas las medidas necesarias para la ejecución del contrato y el cumplimiento y prestación del servicio público y por esto mismo consideramos que analizando estas situaciones, debemos insistir en que precisamente la Resolución 000190, debería ser revocada y efectivamente le solicitamos nuevamente y de forma respetuosa al despacho que no se declare que el incumplimiento contractual por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, es grave teniendo en cuenta precisamente que la no ejecución del contrato se debió a factores totalmente externos y ajenos a su control y en consecuencia se valore la imposición de multas o ejecución de cláusulas penales pero no se sancione a la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, con la caducidad del contrato y los efectos graves que esto trae.”*

#### **4.2. MAPFRE SEGUROS GENERALES**

La apoderada de Mapfre Seguros Generales manifestó en su recurso de reposición los siguientes puntos:

##### **4.2.1. Acto administrativo que declara la caducidad es constitutivo del siniestro.**

*“En primer lugar: La resolución recurrida es violatoria de la ley, pues el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 consagra de manera expresa e inequívoca que el acto administrativo que declara la caducidad de un contrato suscrito con una entidad estatal es **constitutivo** del siniestro, no declarativo, lo que significa que es este hecho el que configura la realización del riesgo de caducidad cubierto por la póliza.*

*No obstante, la Resolución 000190 del 23 de julio desconoce este presupuesto legal a pesar de que toda la jurisprudencia ampliamente citada por ese Despacho es recurrente en reconocer que en tratándose de la caducidad el acto administrativo **constituye el siniestro**.*

*Claro, lo normal es que a la declaratoria de caducidad la garantía esté vigente, toda vez que la caducidad sólo cabe dentro del plazo del contrato, con lo cual, al haber una coincidencia entre el siniestro y la vigencia de la póliza en cumplimiento de la ley, no se repara en esta precisión legal. Empero, ese no es el presente caso en el cual el contrato está vigente mas no su garantía y por ende a la declaratoria de la caducidad no hay coincidencia con la configuración del siniestro.*

*Textualmente el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 en su último inciso establece que “la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”, precisión que no hace esta ni ninguna otra ley en relación con los otros eventos de declaración de incumplimiento del contrato, caso en*

el cual el acto administrativo tiene el efecto de reconocer la existencia del siniestro y consecuentemente el carácter de reclamación, que es lo que prevé el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 cuando señala:

*“Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:*

1. *Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. **El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.***

...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.**” (Resaltados nuestros)*

*Se encuentra, entonces, definido el carácter que tiene el acto administrativo resultante de un procedimiento administrativo sancionatorio contractual en relación con la garantía cuando esta es una póliza de seguro. Y es claro que no es el mismo en todos los casos, por esto tanto la ley 80 de 1993, como el decreto 1082 de 2015 hacen las precisiones resaltadas que necesariamente tienen un efecto jurídico el cual debe ser reconocido por la autoridad administrativa que está obligada al cumplimiento de la ley y que en su aplicación debe ajustarse al principio interpretativo que obliga a darle a la ley el sentido en el que produzca efecto y no en el que no lo tiene.*

*Es la distinción que doctrinariamente se ha hecho de los actos constitutivos versus los actos declarativos, a los cuales se refirió en su momento el Consejo de Estado, como en el concepto 1294 del 7 de septiembre de 2000, en el cual citó un texto doctrinal que señala: “Suelen entenderse como actos constitutivos, generalmente, aquellos actos mediante los cuales, y en virtud del poder legal de las autoridades competentes, se establecen nuevas relaciones jurídicas, se modifican o se extinguen”. Mientras que por actos declarativos se entienden aquéllos ‘mediante los cuales se regulan relaciones concretas de la vida subsumiéndolas, en forma obligatoria, a la manera judicial bajo una norma jurídica determinada, fijándose así autoritariamente las relaciones jurídicas’ ... Esta distinción entre actos constitutivos y declarativos se justifica en la medida en que ciertos actos, por su contenido literal, crean ya un derecho nuevo e introducen en la realidad una situación jurídica que significa algo completamente nuevo en el mundo de las manifestaciones jurídicas, aunque, claro está, que debe estar ya contenido in nuce en el mundo jurídico, mientras que los demás actos se limitan a constatar o fijar una situación jurídica ya existente, sin cambiar, por lo menos aparentemente, la misma”.*

*En el presente caso, esa distinción está contemplada por la propia ley, y por lo tanto no corresponde a una interpretación jurisprudencial o doctrinaria. No considerar que exista la diferencia que resaltan las normas es concluir que se expidieron carentes de efecto, que el legislador fue incapaz de distinguir entre una situación preexistente y una inexistente, o que no tiene conocimiento del tema sobre el cual está legislando, a más de desconocer el poder vinculante que tiene una ley.*

Si el acto administrativo que declara el incumplimiento grave y decreta la caducidad **constituye** el siniestro, significa que está dando nacimiento al derecho a la indemnización por este concepto a favor de la entidad contratante a partir de ese momento, creándose por tanto una situación jurídica nueva que rige hacia el futuro, no una consolidación de hechos preexistentes que se entiendan finalizados con esta determinación, como es el argumento que esa Entidad presenta para establecer a cargo de mi representada una obligación indemnizatoria que no tiene.

Cormagdalena reconoce en su decisión que la póliza no estaba vigente al momento de declarar la caducidad. De hecho, este es uno de los incumplimientos que le imputa a la sociedad concesionaria, pues luego de una extensa mención de todos los requerimientos formulados al concesionario para que procediera a la actualización de las pólizas de cumplimiento, concluye que esto no se produjo, que las pólizas no fueron actualizadas y que esto impide que se cumpla la finalidad que tienen como es la de proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento, calificando como incumplimiento grave este hecho.

Pero decide que la responsabilidad de MAPFRE SEGUROS existe en razón a que los hechos que motivaron la declaración del incumplimiento grave e injustificado se sucedieron en vigencia de la póliza, con lo cual le asigna a la declaratoria de caducidad no un carácter constitutivo del siniestro sino declarativo del mismo, violando las normas citadas.

En este sentido, se indica en el acto recurrido:

“En virtud de lo expuesto, este Despacho desestimarán los argumentos de MAPFRE Seguros generales; ya que resulta claro que los hechos constitutivos de incumplimiento que son materia de examen dentro de la presente actuación se han desarrollado en los años 2016, 2017, 2018, 2019 y continúan a la fecha de expedición de esta resolución; y la póliza de cumplimiento No. 22022313000865 tuvo una cobertura en el año 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019.”

Esto lo expresa después de citar la jurisprudencia in extenso, que precisamente señala que para la exigibilidad de la póliza se debe tener en cuenta su vigencia y las distintas modalidades de riesgo, así como la explicación de que en la vigencia debe ocurrir o al menos iniciarse el evento del riesgo amparado, según lo previene el artículo 1.073 del C. de Co. lo que desde luego aplica al siniestro de caducidad, lo que sucede es que por ser la declaración de la misma la que es **constitutiva** del siniestro no son los hechos de los incumplimientos los que determinan la iniciación del siniestro sino los actos orientados a realizar esta declaración y que corresponden a la iniciación del procedimiento administrativo con este fin.

Si el presente procedimiento se inició con la citación de fecha 3 de septiembre de 2019, conforme al artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y no el 29 de mayo de 2019 con la solicitud de la supervisión de darle inicio, y la póliza tuvo vigencia en su amparo de cumplimiento hasta el día 17 de agosto de 2019, no se cumple el supuesto previsto en el artículo 1.073 del código de comercio.

*Por lo tanto, la Resolución 000190 desconoce el artículo 18 de la ley 80 de 1993 en su último inciso, al declarar el siniestro ocurrido cuando la póliza ya se ha extinguido en el amparo respectivo, y por lo mismo establece a cargo de MAPFRE SEGUROS una obligación que legalmente no le asiste.*

#### **4.2.2. PRESCRIPCIÓN ORDINARIA**

**En segundo lugar:** *Sin menoscabo de lo antes expuesto, y aplicando la tesis del carácter declarativo que Cormagdalena le da en su decisión al siniestro, entonces resulta que el mismo se fundamenta en hechos que desde la perspectiva de las normas que rigen el contrato de seguros no dan derecho a una reclamación en cuanto respecto de ellos se produjo la prescripción para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de seguro, según lo previene el artículo 1.081 del Código de Comercio.*

*Esto pues transcurrieron más de dos años desde la fecha en que Cormagdalena tuvo conocimiento de su ocurrencia sin que se hubiese adelantado una acción tendiente a la reclamación ante el asegurador.*

*Conforme se relaciona en el acto impugnado, los hechos que sustentan la declaratoria de caducidad corresponden a la no disponibilidad de la zona adyacente, no pago de la contraprestación y reajuste, no actualización de la póliza de cumplimiento, y no constitución de la póliza de responsabilidad civil. Sin embargo, según se precisa en la decisión, desde enero de 2016 se hizo el cobro del saldo de la 3ª cuota anual no cubierta de la contraprestación, a la que se sucedieron los cobros realizados sobre las siguientes cuotas en enero de 2017, en octubre de ese mismo año, en noviembre también de 2017, y en enero de 2018, como se detalla en la Resolución 0190 del 23 de julio pasado*

*Es decir, que respecto del incumplimiento de cada una de las obligaciones consignadas en estos requerimientos Cormagdalena tenía conocimiento desde hacía más de dos años anteriores a la declaratoria de caducidad. La misma circunstancia se da en relación con la no constitución de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, pues desde el 28 de marzo de 2017, Cormagdalena mediante radicado 201703000861 de la Subdirección de Gestión Comercial requirió a la Sociedad Portuaria Naviera Rio Grande S.A. en este sentido.*

*En tal virtud los incumplimientos que declara el acto administrativo en cuestión, basados en hechos respecto de los cuales operó la prescripción, no son exigible bajo la póliza emitida por MAPFRE en razón a que se encuentran prescritas las acciones para el efecto. En efecto, a la fecha de la decisión, esto es el 23 de julio de 2020, aun tomando en cuenta el periodo que desde el 23 de marzo hasta el 1º de julio del presente año determinó la suspensión de términos de las actuaciones administrativas, transcurrieron plazos de 4, 3 y 2 años sin que se dispusiera una acción para hacer efectiva la póliza por lo cual operó la prescripción ordinaria.*

*El Código de Comercio en su artículo 1.081 señala que en materia del contrato de seguro existen unos términos de prescripción específicos. Así, se distinguen dos clases de prescripción: la prescripción ordinaria que “será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”. Y la prescripción extraordinaria*

que será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

*Sobre la interpretación de esta norma, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo de 2000, siendo magistrado ponente el Dr. Nicolás Becara Simancas, Exp. 5360, explicó la prescripción aplicable a las acciones derivadas del contrato de seguros, jurisprudencia que ha sido reiterada por el mismo tribunal de forma sistemática y ha sido acogida igualmente por la jurisdicción contencioso administrativa. Con ella se explica que la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro está sujeta a un factor subjetivo en cuanto es de 2 años que corren desde el momento “en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”; al paso que la prescripción extraordinaria está atada a un factor objetivo, en cuanto que el término de 5 años previsto para ella comienza a partir del momento en que nace el respectivo derecho.*

*El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, aplica estos criterios para las pólizas que garantizan los contratos suscritos por las entidades públicas, como se observa en sentencias del 22 abril de 2009 C.P. Miryam Guerrero de Escobar, del 19 de agosto de 2009. C.P. Mauricio Fajardo, del 20 de agosto de 1998 C.P. Guillermo Chaín Lizcano, y recientemente, en sentencia del 9 de julio de 2015, siendo Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón, que para reiterar la jurisprudencia cita la primeramente mencionada de la cual extractamos el texto pertinente. En ellas se dice que “la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081<sup>1</sup> del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.*

*El Consejo de Estado reitera en dicha sentencia “la postura según la cual el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro debe ser expedido por la Administración Pública a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que ésta tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente deberá acaecer durante la vigencia del seguro.”*

*Como en este caso transcurrieron más de dos años contados desde la ocurrencia de los hechos que se dice constituyen el incumplimiento que da base a la declaración del siniestro, según se explicó antes, Cormagdalena está procediendo a expedir la Resolución 00190 cuando ya operó la prescripción de las acciones del contrato de seguro relacionadas con los mismos, conforme lo establece el artículo 1081 del C. de Co actuando por ende, cuando, según lo explica la*

---

<sup>1</sup> Cita original de la Sentencia de abril 22 de 2009, expediente 14.667: «Artículo 1081.- La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco (5) años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.»

*jurisprudencia citada, debió hacerlo antes de que esta se produjera, con lo cual la obligación impuesta a cargo de mi representada no es exigible para ella.*

#### **4.2.3. SANCIÓN EN MONEDA EXTRANJERA.**

**En tercer lugar:** *Sin perjuicio de lo expuesto en los dos puntos anteriores, el acto recurrido establece a cargo de MAPFRE SEGUROS una obligación en moneda extranjera, no obstante que no se trata de un seguro expedido en dicha moneda, ni un seguro estipulado en la misma para pago en moneda legal.*

*De acuerdo con el artículo 874 del Código de Comercio, cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda colombiana. Tal es el caso de la póliza de seguro de cumplimiento No. 2202313000865 que fue emitida y aprobada por Cormagdalena en moneda nacional, sin que se hubiesen pactado fórmulas para cubrir la obligación en moneda distinta, ni reglas de conversión para el evento en que se estimara la pérdida en una moneda distinta a la prevista en la póliza, razón por la cual MAPFRE no puede ser obligada a un pago en una moneda distinta de la legal, ni resultan de aplicación reglas de conversión sobre una cuantificación del siniestro en moneda distinta de la colombiana, dado que no se encuentran pactadas, máxime que las reglas previstas en las leyes se refieren a contratos en los cuales las obligaciones estén pactadas en moneda extranjera y deban cumplirse en pesos, pero no viceversa.*

*Por lo demás, en estas condiciones no se puede llegar a establecer si el valor asegurado que es el límite de la responsabilidad de la aseguradora, según lo establece el artículo 1.079 del código de comercio, fue excedido con la decisión o no, y sobre esa base controvertir la decisión adoptada. Recuérdese que la citada norma establece: “El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

*De esta manera, la Resolución 000190, en punto de la garantía no contiene una estimación del siniestro que pueda ser exigible para mi representada.*

*Por todas las razones antes expuestas, respetuosamente solicito a ese Despacho revocar la decisión adoptada en contra de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.”*

#### **5. HECHOS PROBADOS:**

En concordancia con los antecedentes expuestos, tal como se manifestó en la Resolución 000190 de 2020, se reitera que durante el desarrollo de las audiencias efectuadas dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al concesionario como a la aseguradora; toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. C.E OAJ 201903002268 de 3 de septiembre de 2019 y 201903002277 de 4 de septiembre de 2019; en las cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento.

Asimismo, se permitió a los interesados presentar los 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:

- 5.1 Que, el 18 de enero de 2013, la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A solicitó el otorgamiento de una concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público localizados en jurisdicción del municipio de Barrancabermeja- Santander.
- 5.2 Que el área adyacente ofrecida por la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. correspondía a un terreno de propiedad de la Electrificadora de Santander S.A. ESP, cuya disponibilidad para el proyecto se acreditó con el contrato de arrendamiento No. N.SE-APT-992-0057-13 celebrado entre la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. y TEHCNOLOGISTICS ZF S.A. y el contrato de comodato suscrito entre la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. y TEHCNOLOGISTICS ZF S.A.S.
- 5.3 Que mediante la Resolución 000275 del 14 de agosto de 2013, Cormagdalena aprobó el trámite solicitado y definió los términos a los que debería sujetarse la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. para el otorgamiento de la concesión.
- 5.4 Que a través de la Resolución de Otorgamiento No. 00101 de 1° de abril de 2014, se señalaron los términos en los que se suscribiría el contrato de concesión portuaria.
- 5.5 Que, el 9 de abril de 2014 se firmó el contrato de concesión portuaria No. 3-0003-2014 entre Cormagdalena y la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande.
- 5.6 Que, el 9 de abril de 2014 se firmó el contrato de concesión portuaria No. 3-0003-2014 entre Cormagdalena y la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande.
- 5.7 Que el 7 de mayo de 2014, mediante acta, Cormagdalena hizo entrega material de los bienes concesionados; los cuales se discriminaron en bienes de uso público en agua y bienes de uso público en tierra.
- 5.8 Que el 8 de marzo de 2017, la Oficina Asesora Jurídica aprobó la ampliación de la póliza No. 22022313000865 expedida por Mapfre; teniendo como cobertura y vigencia:

|                                 |  |            |            |
|---------------------------------|--|------------|------------|
| Cumplimiento                    |  | 17/02/2014 | 17/08/2019 |
| Pago de salarios y prestaciones |  | 17/02/2014 | 17/02/2022 |

- 5.9 Que el 16 de marzo de 2017 se liquidó de mutuo acuerdo el contrato de arrendamiento suscrito entre la Electrificadora de Santander S.A. – ESSA E.S.P y TECHNOLOGISTICS ZF S.A.S. del bien inmueble que corresponde a la zona adyacente referenciada en el contrato; quedando sin efectos el contrato de comodato suscrito entre TECHNOLOGISTICS ZF S.A.S. con la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande.
- 5.10 Que desde el 16 de marzo de 2017 la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no posee zona adyacente para el uso de la concesión.
- 5.11 Que el 2 de junio de 2017, mediante radicado No. 201702003176, la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande S.A. solicitó la terminación de mutuo acuerdo del “Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0003-2014”.
- 5.12 Que la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta a lo solicitado el 18 de octubre de 2017 a través del radicado No. 201703002815, en la que se informó que para tramitar la solicitud de terminación anticipada del contrato se requería que la sociedad estuviera a paz y salvo.
- 5.13 Que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no actualizó la póliza de cumplimiento y pago de salarios e indemnizaciones laborales, por lo que no cuenta con pólizas vigentes para garantizar del cumplimiento e indemnizaciones laborales.
- 5.14 Que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no renovó la póliza de responsabilidad civil extracontractual requerida en el contrato.

- 5.15** Que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande adeuda a Cormagdalena el pago de las anualidades 3,4,5,6,7 por concepto de contraprestación.
- 5.16** Que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no presentó el plan de mantenimiento para su aprobación.
- 5.17** Que la Sociedad Portuaria no está realizando las actividades de cargue, descargue del tipo de carga proyectada entre los modos fluvial y terrestre ni está desarrollando las actividades portuarias conforme a las disposiciones legales vigentes y dentro de los plazos correspondientes.

## **6. 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, objeto de la resolución recurrida, cumplen con el mandato contenido en dicha norma.

En este orden de ideas, una vez analizadas y valoradas las razones de orden fáctico y jurídico, allegadas oportunamente y en las que se fundamentaron los recursos de reposición sustentados tanto por el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande y la apoderada de Mapfre Seguros Generales; esta Oficina procederá, 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:

### **6.1. CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO PRESENTADO POR LA SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE.**

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:

#### **6.1.1. Respetto de las pruebas**

El apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande, cuestiona el informe presentado por el Ingeniero Alcides Molinares; en el que se relacionó las medidas de profundidad observadas en el canal navegable cercano a la ubicación de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande. Al respecto, es preciso indicar que frente a la referida prueba se surtió el debido debate probatorio por parte de los convocados a este procedimiento; ya que este informe fue trasladado en la audiencia del 14 de febrero de 2020 y el apoderado no se pronunció sobre esta prueba culminando el periodo probatorio sin reparo alguno y tampoco fueron controvertidos en los alegatos de conclusión oportunidades en las que se tenía la sociedad portuaria para contradecir o refutar la prueba trasladada.

Sumado a lo anterior, contrario a lo manifestado por el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande; este Despacho no basó su decisión únicamente en el informe remitido por el Ingeniero Alcides Molinares del Centro de Investigación e Ingeniería de Cormagdalena – CIIC de CORMAGDALENA. De hecho, se recalca que esta prueba se valoró en el momento de analizar uno de los tres argumentos presentados por la sociedad portuaria para desvirtuar el cargo de “No disponibilidad de zona adyacente o accesorio”; argumentos que fueron desvirtuados con base en las todas las pruebas allegadas al procedimiento y que fueron valoradas con base en el principio de la sana crítica.

Respetto del principio de la sana crítica, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

*“En el ordenamiento colombiano, se ha aceptado que lo anterior se ha de hacer con sujeción a la doctrina procesal de la apreciación de las pruebas de la sana crítica o*

*persuasión racional, según la cual “el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas. (...) que no son otra cosa que la interdicción de la arbitrariedad y la corrección de lo racional y razonable (...)”<sup>2</sup>*

En el mismo sentido, la doctrina se ha pronunciado sobre la libre apreciación razonada o de la sana crítica en los siguientes términos:

*“La libre convicción razonada o persuasión racional está formada por elementos tanto objetivos como subjetivos, porque se autoriza al funcionario judicial para extraer y aplicar sus conclusiones razonadas en cada caso concreto, pero con asidero en los principios científicos de la sana crítica, algunos de los cuales, para cada medio probatorio en particular, aparecen indicados por el legislador. En este Sistema, como lo afirma GORPHE, citado por Cardozo Isaza, “la convicción que lleva a una decisión debe ser la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de la prueba”. Es esta, sin lugar a dudas, la síntesis mejor elaborada de lo que implica un sistema de persuasión racional o libre apreciación razonada.”*

En ese entendido, la prueba por informe de la que se hace mención en el recurso fue valorada través de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de la prueba; a su vez se atendieron los principios científicos de la sana crítica probatoria y las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia aplicables al caso en estudio.

No obstante, se vuelve a reiterar que en el informe remitido por el Ingeniero Alcides Molinares del Centro de Investigación e Ingeniería de Cormagdalena – CIIC de CORMAGDALENA, se indicó la profundidad y el trazado cronológico del canal navegable y su ubicación respecto de la concesión portuaria y la profundidad del mismo; tal como aparece en las siguientes gráficas:

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 346 de 2012. M.P. Adriana Guillén.

Gráfico 1. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2015-09-23)

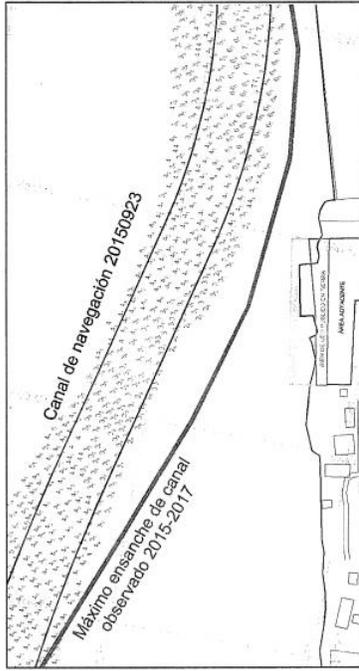


Gráfico 2. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2015-10-26)

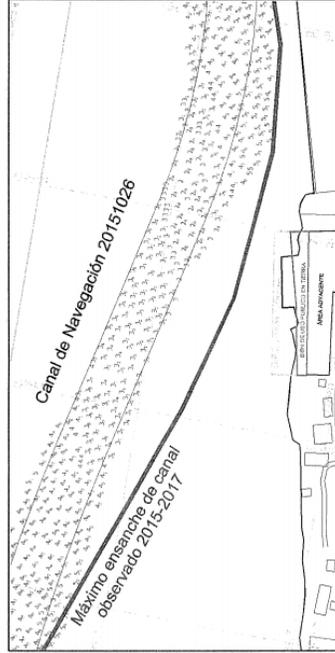


Gráfico 3. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2015-11-26)

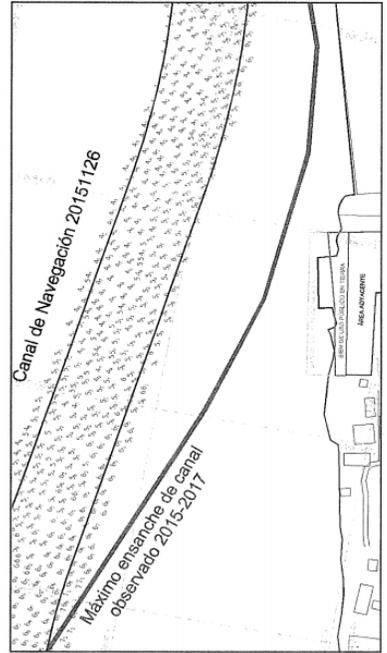


Gráfico 4. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2015-12-26)

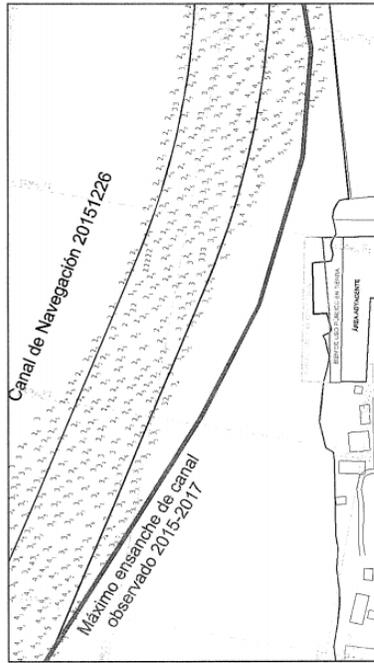


Gráfico 5. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2016-01-26)

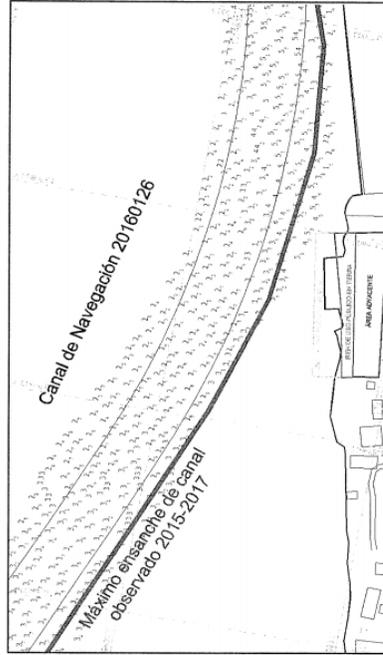


Gráfico 6. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2016-02-19)

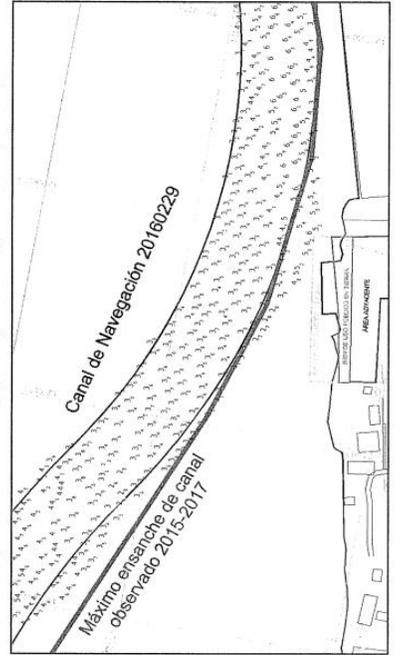


Gráfico 7. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2016-03-28)

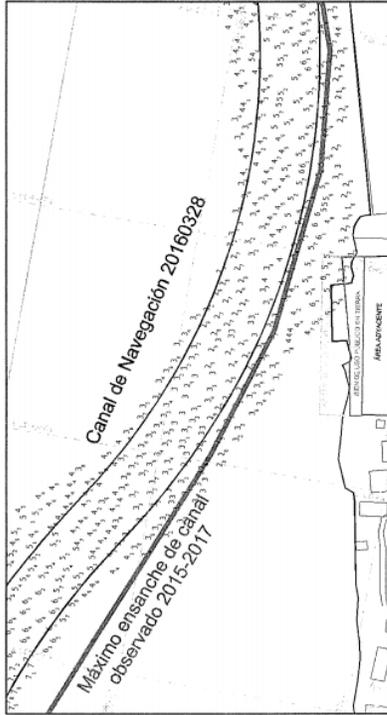


Gráfico 8. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2016-04-27)

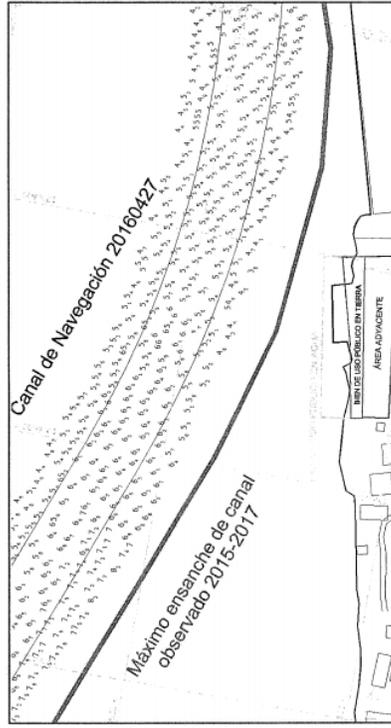


Gráfico 9. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2016-06-02)

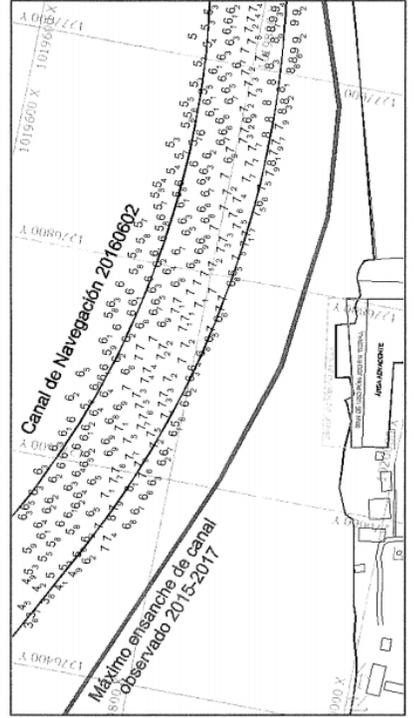


Gráfico 11. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2016-10-31)

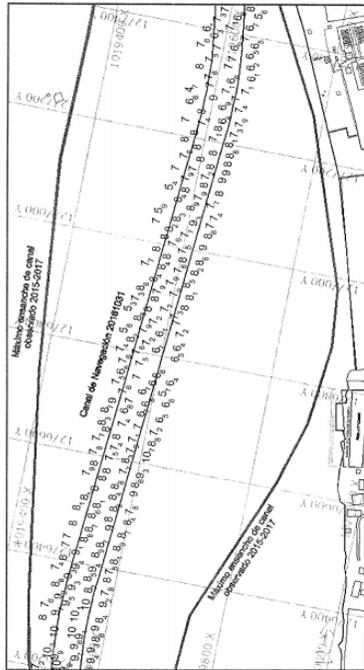


Gráfico 10. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2016-06-29)

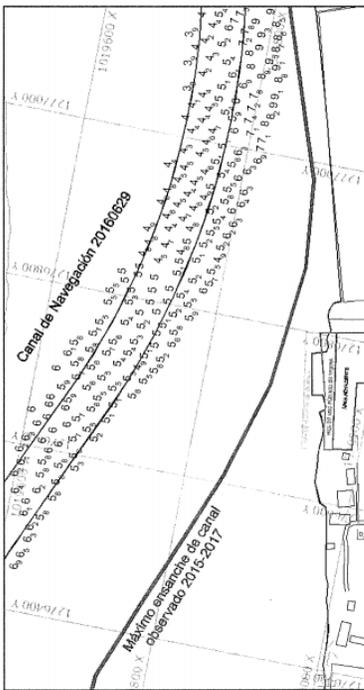
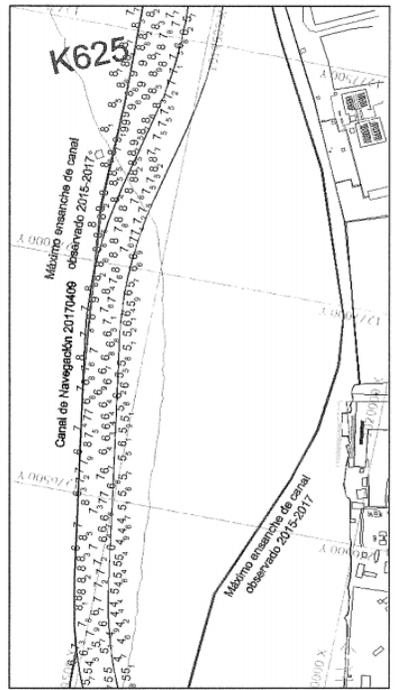
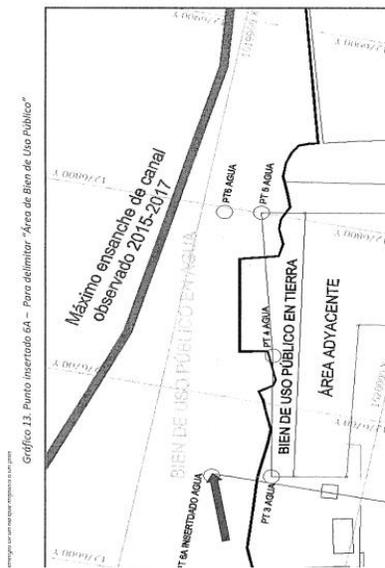


Gráfico 12. Ilustración histórica de profundidades y Canal de Navegación 2015 a 2017. (2017-04-09)





Conforme a la información relacionada en conjunto con el informe (C.I. 201901002523) suministrado por la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación que indicó “*la zona de la concesión del contrato 3-0003-2014, está ubicada sobre el brazo de Berlín, donde no se han generado dificultades para la navegación por sedimentación del canal navegable*”, es claro que durante la vigencia del contrato de concesión el canal navegable ha tenido las profundidades requeridas para la navegación y a la fecha no se ha requerido dragado por sedimentación.

De igual forma, y tal como se acotó en la Resolución 000190 de 2020, el canal navegable objeto del anterior análisis debe diferenciarse del canal de acceso; frente al cual el concesionario deberá garantizar el calado necesario en dicho canal, de conformidad con lo dispuesto en el literal w de la cláusula 27 del contrato de concesión 3-0003-2014. Sumado a que el dragado al canal de acceso es el que permite el acceso a las instalaciones de la sociedad portuaria portuarias y al frente de atraque, y también que las embarcaciones puedan atracar en el área concesionada.

### 6.1.2. Hechos notorios.

En ese mismo sentido, el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande, aduce que Cormagdalena no garantizó la navegabilidad del Río Magdalena; por lo que a su juicio, dicha afirmación está demostrada en hechos notorios, como es el caso de la afectación que se produjo por la ejecución de la Asociación Público Privada (APP) que estaba a cargo de NAVELENA; situación que afectó la operación de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande.

Para emitir un pronunciamiento sobre los argumentos presentados, es pertinente determinar qué se ha entendido como hecho notorio en la jurisprudencia y la doctrina.

Así tenemos que la Corte Constitucional<sup>3</sup> ha definido los hechos notorios como aquellos cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Auto 035/97. M.P. Carlos Gaviria.

Por su parte el doctor Tirado Hernández (2006) define los hechos notorios como aquellos que son públicos y ciertos y sabidos de un número indeterminado o considerable de personas del común o de cultura media (incluido el juez), lo cual excluye los conocimientos propios de determinados grupos profesionales.

Respecto del conocimiento del hecho, expresó:

*“Ahora bien, el hecho lo debe conocer un número indeterminado de personas en el respectivo territorio, pero no todas, lo cual no implica que si por lo menos una persona lo desconoce, entonces el hecho deje de ser notorio, pues afirmar esto sería imposibilitar la existencia del hecho de esta naturaleza, haciendo nugatoria la normatividad legal que lo consagra como excepción a la carga de la prueba. El hecho de su conocimiento se proclama, básicamente, del común de las personas que posean una cultura media, dentro de las cuales se debe hallar, a nuestro juicio, el mismo funcionario judicial, porque no siendo notorios para éste es muy difícil que lo dé por probado bajo esa condición.*

*(...)*

*En conclusión, el conocimiento del hecho no tiene que ser absoluto (o sea, conocido de todas las personas del ámbito territorial correspondiente), sino de un número indeterminado de ellas, como se ha dejado expuesto. Es por eso por lo que GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, siguiendo la doctrina generalizada, dice que una de las características del hecho notorio es que no exige generalidad, pues basta con sea conocido de un número importante de personas; conocimiento absoluto que tampoco se requiere en cuanto a la percepción de los detalles o particularidades del hecho, hasta el punto de que basta que se conozca en sus lineamientos generales. Termina afirmando el tratadista, que el hecho notorio tampoco requiere conocimiento real o personal, en el sentido de que haya sido percibido en forma presencial, directa u original por las personas, sino que basta con que se conozca por información de terceros, siempre y cuando que, a nuestro juicio, el juez tenga certeza de su existencia.”<sup>4</sup>*

En lo relacionado con la contradicción del hecho notorios, el mismo autor indicó:

*“...la necesidad del surtimiento del principio de contradicción del hecho, más no de la prueba (porque para el caso se exige de ella a quien se ampara en la notoriedad) a fin de no vulnerar el derecho de defensa que es fundamental y constitucional, e implica la obligación de brindarle a la parte contra quien se aduce la situación fáctica la oportunidad de presentar y solicitar pruebas, tendientes a acreditar la inexistencia del hecho, o en su caso, la existencia de éste en unas circunstancias y características diferentes, menos gravosas para quien se defiende en los autos respectivos.*

*Entiende también el profesor CARDOSO ISAZA que el hecho notorio no requiere prueba, no por la circunstancia de ser notorio, sino por la de ser cierto. Creemos que la exoneración ocurre debido a la publicidad, al amplio conocimiento que el hecho se tenga en el ámbito territorial en que debe emitirse el fallo, en los términos que en su momento explicamos, con lo cual, se seguro se obtendrá la otra característica, la de ser cierto, certeza que será determinante para que el funcionario judicial pueda tenerlo como existente para edificar en el fallo correspondiente. Es decir, que se requiere la unificación entre notoriedad y certeza. Siendo esta última, sin discusión, la que permite diferenciar el hecho notorio de las opiniones, los rumores y la reputación, pues éstos estados, por los generalizados que sean, no dan certitud, debido a los*

---

<sup>4</sup> Tirado Hernández, Jorge. Curso de pruebas judiciales Parte General. 2006

*elementos eminentemente subjetivos, además equívocos, que en la generalidad de los casos los constituyan.*<sup>5</sup>

De lo expuesto, es claro que los hechos notorios son aquellos que no solo son conocidos ampliamente, sino que son ciertos y ese grado de certeza no lo da una opinión ni una denuncia ni un rumor, sino que debe sustentarse en hechos y circunstancias inequívocos que no den lugar a dudas.

En ese entendido, no es admisible la aseveración realizada por el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande en las que asegura que es un hecho notorio que la navegabilidad del Río Magdalena se vio afectada por la intervención de Navelena y por ende el cumplimiento del contrato de concesión de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande. No puede ser admisible en esta etapa del procedimiento administrativo sancionatorio, no solo porque esta afirmación no es del conocimiento general respecto de la percepción de los detalles, sino que para tener un grado de certeza requiere ser probado y ampliamente estudiado; situación que no fue parte del procedimiento.

Sumado a ello, aún si se tratara de un hecho notorio; este debió ser alegado y controvertido en el período probatorio de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 y no alegarse en el recurso de reposición; contrario a las pruebas que efectivamente se practicaron y se controvirtieron en la audiencia, en consonancia con el debido proceso.

### **6.1.3. Ruptura del equilibrio financiero y económico del contrato.**

Sobre este aspecto, el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande manifestó que el Despacho no tuvo en cuenta en su decisión el análisis de los hechos imprevisibles y ajenos a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande y que la decisión de decretar la caducidad del contrato y el incumplimiento grave se basó en un estudio de Cormagdalena sobre un lapso de 6 meses; lo que consideró que no son argumentos ni pruebas suficientes que demuestren la navegabilidad del río y que de conformidad con lo hechos notorios originados por NAVELENA, Cormagdalena no garantizó la navegabilidad del Río Magdalena; situación que afectó la posición económica de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande por la presencia de elementos imprevistos.

De igual forma, adujo que en el presente contrato se configuró una ruptura del equilibrio económico y financiero porque Cormagdalena permitió que el daño se presentara al no acceder a la terminación unilateral del contrato y al no contratar la interventoría. Los efectos de la navegabilidad del río que afectaron económicamente el contrato y la presencia de factores exógenos al contrato.

Para abordar los planteamientos esgrimidos por el apoderado de la Sociedad Portuaria, se precisará los conceptos de modificaciones unilaterales del contratante (ius variandi), la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe.

En esa medida, se hace preciso tener en cuenta que el numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 dispone:

**Artículo 5º.-** *De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:*

---

<sup>5</sup> Ibídem.

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

*En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. (Subraya fuera del texto).*

Además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 los contratos deben mantener una igualdad entre derechos y obligaciones; lo cual se denomina equilibrio de económico del contrato. A juicio del Consejo de Estado<sup>6</sup>, *el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por diversas causas, provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico, que si bien no corresponden a eventos de responsabilidad culposa en el ámbito de la contratación, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en aras de restablecer el balance de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico, cuando se consideraron equivalentes las prestaciones pactadas a cargo de las partes.*

En esa misma sentencia, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó que las causas de la ruptura del equilibrio económico pueden ser imputables a la administración o exógenas. Las imputables a la administración son las siguientes:

**a) Incumplimiento del contrato:**

*En primer lugar, la forma más común de afectación de los derechos de las partes en el contrato, está dada por el incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes, por lo que podría pensarse que el incumplimiento contractual de la Administración, da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, tal y como lo contempla el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, al consagrarlo como una de las causas de dicho rompimiento; sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto, como es bien sabido, se trata de dos "...instituciones distintas en su configuración y en sus efectos"<sup>7</sup>, puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir, que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede, como se verá, en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato.*

**b) Ejercicio del ius variandi:**

*En segundo lugar, debe recordarse que la Administración cuenta con la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y que para el cumplimiento de los fines de la contratación, puede ejercer las facultades excepcionales de interpretación, terminación unilateral o modificación unilateral del contrato (o ius variandi), cuando se den las causales legalmente estipuladas para ello (arts. 15, 16 y 17, Ley 80/93), y cuyo ejercicio puede significar mayores costos para el contratista*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2019. María Adriana Marín Rad. 41934

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005. M.P. Germán Rodríguez Villamizar. Expediente 28616.

o disminución de las prestaciones a ejecutar, y por lo tanto, de la utilidad a obtener; razón por la cual la ley estipula, de un lado, que cuando se ejerza la facultad de modificación unilateral del contrato y se produzca una variación en su valor igual o superior al 20%, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución; y de otro lado, que en el acto en el que se ejerza esta potestad excepcional, la Administración deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts 14, num. 1º y 16 de la Ley 80/93).

Cuando se ejerce el *ius variandi* por parte de la Administración, imponiéndole nuevas obligaciones al contratista, por ejemplo cuando se introducen obras adicionales a las contempladas en el contrato original, éste tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos en que haya incurrido, así como las utilidades correspondientes a esas mayores cantidades de obra que haya tenido que ejecutar, y esta es la forma como, en estos eventos, se restablece el equilibrio económico del contrato.

**c) Hecho del Príncipe:**

En tercer lugar, se encuentra el denominado hecho del príncipe, que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato.

En efecto, consiste esta teoría, en el rompimiento del equilibrio económico del contrato que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del contrato estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante, que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista; se trata de actos que profiere la Administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones, y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista. Debe tratarse de una afectación grave, que sobrepase el álea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente.

En estos casos, el contratista afectado tiene derecho a una indemnización integral, es decir que se deben reconocer no sólo los mayores costos y la utilidad que dejó de percibir el contratante, sino además todos aquellos perjuicios que sufra con ocasión de esa medida general que afectó la ecuación contractual, por cuanto dicha medida, resulta ser un hecho imputable a la Administración, ya que de todas maneras, así no haya sido de manera culposa ni actuando como parte en el contrato, fue la misma entidad contratante quien con su actuación causó la afectación al contratista.”

En cuanto a las causas exógenas o externas está la teoría de la imprevisión, que fue analizada por el Consejo de Estado, así:

**“La teoría de la Imprevisión:**

Se presenta cuando hechos extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato, y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciéndolo más gravoso para una de ellas. Son pues, requisitos para que se configure este evento de

*rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, los siguientes:*

- 1) Que con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas.*
- 2) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria.*
- 3) Que esa nueva circunstancia, no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes.*
- 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.*

*Esta última condición es necesaria, porque si se torna imposible la ejecución del contrato, estaríamos frente a un evento de fuerza mayor, causal de justificación del incumplimiento contractual que, por ende, releva al contratista de la obligación de ejecutar las prestaciones a su cargo, sin derecho a reclamación económica alguna; en cambio, en este caso de la imprevisión, el contratista no está relevado de su obligación de cumplir y debe ejecutar las obligaciones a su cargo, así ellas sean más gravosas de lo inicialmente pactado. En cuanto a las consecuencias económicas de la teoría de la imprevisión, se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos, por cuanto el evento extraordinario que afecta de manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la Administración contratante, quien por lo tanto, también es sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que se ve amenazada la correcta ejecución del contrato; en consecuencia, si se establece la obligación de ésta, de acudir en ayuda del contratista mediante la asunción de los mayores costos en los que aquel tuvo que incurrir, es porque con ello, se busca precisamente, que el servicio o actividad estatal para el cual se celebró el respectivo contrato, no se vea paralizado o afectado y que pueda llevarse a buen término la ejecución del objeto contractual.*

***En estos casos, el contratista está obligado a ejecutar el contrato a pesar del hecho imprevisto, para obtener el derecho a que se restablezca la ecuación contractual, como dice la ley, a un punto de no pérdida.*** (Negrita fuera del texto).

*De acuerdo con lo anterior, se observa que un elemento sine qua non para la procedencia de las pretensiones fundadas en el alegado rompimiento del equilibrio económico del contrato, es que se haya dado el cabal cumplimiento del mismo por parte del co-contratante que hace la reclamación.* (Subraya fuera del texto)

*Es decir que las circunstancias que pueden dar lugar a dicha ruptura, no constituyen una justificación del incumplimiento contractual del afectado, quien está impelido por la fuerza obligatoria del negocio jurídico, a ejecutar las prestaciones a su cargo, así sea a costa de las aspiraciones económicas que se puedan ver afectadas con tales hechos imprevistos e imprevisibles, que se presentan con posterioridad a la celebración del contrato y hacen mucho más*

*onerosa su ejecución, aunque sin impedirla. Caso en el cual, surgirá su derecho a reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato<sup>8</sup>.”*

Acotado lo anterior, este Despacho se procederá a pronunciar sobre los argumentos esbozados por el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande, relacionados con la presencia de las causales que soportan la ruptura del equilibrio financiero y económico del contrato.

En ese entendido, se revisará si en el contrato de concesión 3-003- 2014 se evidenció alguna de las causales.

#### **6.1.3.1. Incumplimiento del contrato:**

Aduce el recurrente que Cormagdalena incumplió el contrato al no contratar al interventor, al no garantizar la ejecución del contrato y permitió que el daño se empezara a presentar. Al respecto el Despacho el despacho reitera que este argumento fue analizado en la Resolución 000190 de 2020, donde se dejó consignado:

*“Aunado a lo anterior, revisaremos los presupuestos presentados para la excepción de contrato no cumplido para el caso en concreto así:*

*1.Efectivamente se trata de un contrato sinalagmático de obligaciones recíprocas;  
2.El no cumplimiento debe ser real y cierto de obligaciones a cargo de las dos partes, para este despacho esta premisa no se da, como quiera que la dirección, control y vigilancia siempre la ejerció la Subdirección de Gestión Comercial;*

*3. El incumplimiento de la Administración sea grave, determinante y de gran significación; lo que debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista, frente a este requisito debemos señalar que si bien no se contrató la interventoría con la salvedad señalada en el numeral anterior, no contar con ella no es grave ni determinante ni de gran significación para que por esa situación el Concesionario se encontrara en una razonable imposibilidad de cumplir, en otras palabras esto no impidió que el Contratista pague la contraprestación portuaria, máxime que en los argumentos del Contratista señala que fue por circunstancias particulares del modelo de negocio.*

*4. Quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo, frente a este presupuesto se observa que el Concesionario se encuentra en total y grave incumplimiento de su contrato lo cual es contrario a la buena fe.*

*En ese entendido no se evidencia un incumplimiento cierto y real por parte de Cormagdalena, además que la falta de interventoría no impidió que la sociedad portuaria pague las contraprestaciones a las que estaba obligada; ya que como lo dijeron en sus descargos, se debió a situaciones particulares del negocio y puesto que no cualquier falta a las obligaciones por parte de la Entidad se constituye en impedimento de ejecución para el contratista.”*

No obstante, se reafirmará que el incumplimiento que origina la ruptura del equilibrio económico debe ocasionar un daño antijurídico que a la parte contratante le sea imposible

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 31 de enero de 2019. M.P. María Adriana Marín Rad. 25000-23-26-000-2003-00650-01(37910)

soportar. En esa medida la falta de la interventoría no fue la causa por la que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande quedó sin zona adyacente, tampoco fue la razón por la cual dejó de pagar las contraprestaciones desde el año 2016, época en la que está comprobado que había un canal navegable óptimo.

Ahora, respecto al incumplimiento alegado por la no terminación de mutuo acuerdo del contrato y que, a juicio del apoderado, causó una ruptura del equilibrio económico porque de haberse aceptado el valor adeudado no fuera menor; este Despacho considera necesario reiterar que Cormagdalena no accedió a la terminación de mutuo acuerdo del contrato porque la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no cumplió con los requisitos exigidos para ello. Por lo tanto, el único causante de que el valor adeudado sea cada día mayor es la misma sociedad portuaria; incumplimiento que no puede ser trasladado a Cormagdalena.

En esa medida, la causal de incumplimiento del contrato no es aplicable al caso en estudio porque no se comprobó que los incumplimientos aducidos a Cormagdalena hayan causado la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato.

#### **6.1.3.2. Modificación unilateral del contrato (ius variandi)**

Esta causal no fue alegada en el recurso y tampoco hay lugar a ella, toda vez que durante la ejecución del contrato no se presentaron modificaciones, ni terminación anticipada ni una interpretación del contrato por parte de Cormagdalena.

#### **6.1.3.3. Hecho del príncipe.**

Esta causal, la cual consiste en el rompimiento del equilibrio económico del contrato por la expedición imprevista y posterior a la celebración del contrato estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal.

En el recurso de reposición, el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande hizo mención a la teoría del hecho del príncipe, así:

*“Consideramos y solicitamos que CORMAGDALENA, haga un análisis jurídico un poco más juicioso respecto a precisamente esas situaciones que son totalmente ajenas al control de SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE y que pudieron más bien solucionarles por parte de la entidad misma, gracias a estos hechos del príncipe que habla el Consejo de Estado y es que precisamente CORMAGDALENA hubiera tenido la facultad en su momento de forma oportuna tomar todas las medidas necesarias para la ejecución del contrato y el cumplimiento y prestación del servicio público.”*

Contrario a lo expresado por el apoderado, la teoría del hecho del príncipe consiste en una actuación de la administración de carácter general que en principio no está relacionada con el contrato, pero que sí lo afecta y puede originar la ruptura del equilibrio económico; por ende, no es una medida que puede tomar la administración para evitar las afectaciones en la ejecución del contrato.

Como quiera que no se alegó la existencia de un acto administrativo de carácter general u otra medida adoptada por la administración que afectara el contrato no hay lugar a un estudio detallado de esta figura, requisito sine qua non para que se configure la institución jurídica aducida.

#### **6.1.3.4. Teoría de la imprevisión.**

El apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande manifestó que durante la ejecución del contrato se presentaron hechos ajenos e imprevisibles a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande que conllevaron a la sociedad a alegar que este Despacho no analizó la presencia de las causales de la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión 3-0003-2014; por ello, se revisará si en el contrato de concesión se presentaron alguno de los requisitos señalados por la jurisprudencia para la ocurrencia de la teoría de la imprevisión:

Los elementos de la teoría de la imprevisión son:

- a) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes no atribuibles a ninguna de ellas.
- b) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato.
- c) Que la circunstancia no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes
- d) Que la circunstancia imprevista dificulte la ejecución del contrato, pero no lo imposibilite.

Tanto en los descargos presentados en la audiencia como en el recurso de reposición, el apoderado de la Sociedad Portuaria manifestó que por hechos ajenos a la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande y debido a la intervención de Navelena se afectó la navegabilidad del Río Magdalena; hechos que a su juicio son imprevistos y que hicieron muy onerosa la ejecución del contrato.

Sin embargo, en los descargos presentados por el representante Legal de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande, se dejó de presente que la sociedad solicitó la concesión por el boom petrolero que se estaba dando en la época; pero cuando lograron obtener la concesión ya el boom petrolero había acabado y no fue posible iniciar la operación del puerto. Otro argumento que dio fue que con la expectativa de la APP vislumbraban una mejora en la navegación, contrato que no salió adelante. En ese entendido, los hechos que se consideran ajenos a las partes corresponden a variaciones del mercado y a la no ejecución del contrato de APP.

A juicio del apoderado, el hecho ajeno a las partes lo constituye la intervención de Navelena y las afectaciones a la navegabilidad; el contrato de APP con Navelena efectivamente fue firmado posterior al de la naviera y no fue ejecutado. Por su parte, para el representante legal, el hecho ajeno a las partes es la terminación del boom petrolero y conculca en las dificultades de la navegabilidad.

No obstante, en el transcurso de la audiencia quedó demostrado que en algunos meses de los años 2015 y 2016 el canal navegable tuvo profundidades óptimas para la navegación. Además, que la situación onerosa por la terminación del boom petrolero comporta un riesgo que debe ser asumido por la Sociedad Portuaria en virtud de los elementos del contrato de concesión; situación que fue analizada en la decisión recurrida y que no fue objeto de pronunciamiento en el recurso de reposición.

En ese entendido, es claro que la sociedad portuaria no inició la operación del puerto; pero no por las carencias en el canal navegable sino porque le resultaba oneroso adelantar la actividad económica que aspiraba.

Sumado a ello, durante el periodo probatorio no se presentaron objeciones al informe rendido por el Ingeniero Alcides Molinares del Centro de Investigación e Ingeniería de Cormagdalena – CIIC de CORMAGDALENA, ni se allegaron pruebas tendientes a demostrar la presencia de un hecho ajeno a la sociedad portuaria que afectada el cumplimiento del contrato.

Por lo anterior, no puede ser admisible como hecho ajeno las dificultades en la navegación ocasionadas por Navelena, ya que durante los periodos comprendidos entre el año 2015 y 2016 (en los cuales la Sociedad Portuaria tenía vigente el contrato de arrendamiento de la zona adyacente) el canal navegable tenía las profundidades requeridas para su navegación, conforme al informe remitido por la Subdirección de Desarrollo Sostenible y Navegación (C.I. 201901002523) y al informe remitido por el Ingeniero Alcides Molinares del Centro de Investigación e Ingeniería de Cormagdalena – CIIC de CORMAGDALENA. Además, que al no haberse iniciado la actividad portuaria tampoco se pudo haber utilizado el canal navegable.

Ahora, respecto a las circunstancias que se aducen y las variaciones del mercado que hicieron más oneroso el mantenimiento y operación de la concesión; si bien son circunstancias ajenas al contratista y a esta entidad; también es cierto que son circunstancias propias de los riesgos que debe asumir el contratista, tal como quedó consignado en la cláusula 23.1 del contrato de concesión 3-0003-2014, que señala:

*“23.1 RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO: A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, y sus Anexos o que se deriven de la naturaleza de este Contrato.*

*Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el CONCESIONARIO y -consecuentemente- el CONCEDENTE no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el **Contrato**.*

*a. Los efectos favorables y desfavorables que el comportamiento de la demanda de los servicios portuarios, incluyendo el pago oportuno o no, total o parcial, de los operadores o usuarios portuarios, sin que operen reconocimientos, garantías o compensaciones por parte del **CONCEDENTE** a favor del CONCESIONARIO como consecuencia del retardo o falta de pago por parte de pago por parte de los operadores o usuarios portuarios.*

*b. los efectos, favorables o desfavorables derivados de la evolución de la devaluación/ revaluación real del Peso frente al Dólar, sin importar si dicha evolución coincide o no con cualquier precálculo de las partes conocido o no por su contraparte-*

*(...)*

*h. Los efectos, favorables o desfavorables, de la alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de cambios en las variables del mercado.*

*(...)*

*J. Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de las variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas.*

*(...)*

*n. En general, los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del CONCESIONARIO necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios estudios y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, las obligaciones contenidas en la Licencia Ambiental, las condiciones macroeconómicas del país, y el marco político y jurídico de Colombia, entre otros.”*

Sobre este mismo punto, el Tribunal de Arbitramento de Palermo Sociedad Portuaria S.A. contra Cormagdalena se refirió a los riesgos en la concesión portuaria, así:

*“A este respecto el concepto de onerosidad debe entenderse en el sentido económico del término, que lleva implícito el concepto de ánimo de lucro, en contraposición a la gratuidad. Específicamente en el contrato de concesión portuaria esa onerosidad está materializada en dos elementos: (i) la contraprestación que paga el concesionario a la entidad concedente a cambio de (ii) la ocupación y utilización de las zonas de uso público, entiéndase playas, terrenos de baja mar, etc.*

*Tal y como lo mencionó el Tribunal en aparte anterior, en materia de concesión portuaria, por política de Estado destinada a incentivar la actividad, (documentos CONPES) el particular concesionario asume un riesgo en el desarrollo de esa actividad en cuanto tiene la carga de efectuar las inversiones necesarias para prestar el servicio, en las condiciones económicas y materiales en que se presentó la solicitud a la entidad pública (CORMAGDALENA) y fue aceptada por ésta.*

*El concepto de asunción de riesgo implica para el particular que, cualquiera que sea el resultado de la actividad, está obligado a pagar la contraprestación fija que se conviene en el Contrato y que, en cuanto no se pacte que durante el plazo, se efectúen ajustes a esa contraprestación, ésta se causa como una suma predeterminada, sea que el particular obtenga utilidad o pérdida en la prestación del servicio.”*

*La Corte Constitucional en la Sentencia 008 de 2009 al pronunciarse sobre la exequibilidad de algunos artículos de la ley 1ª de 1991 señaló:*

*“3.3.1. La concesión es uno de los sistemas más típicos de participación de la empresa privada en la gestión portuaria. Mediante la concesión, el contratista privado o concesionario tiene la responsabilidad total respecto de los servicios concesionados, incluyendo las operaciones para la prestación de los mismos, el mantenimiento de las instalaciones correspondientes, así como las inversiones de capital necesarias para la realización de las instalaciones o para su expansión.*

*(Subraya fuera del texto)*

*(...)*

*En los contratos de concesión portuaria, a diferencia de lo que ocurre con otros tipos de contratos de concesión o de obra, se reconoce expresamente que el particular tiene el legítimo derecho a obtener una utilidad económica y que la mayor o menor eficiencia en el manejo de su negocio no beneficia ni perjudica al Estado, porque la contraprestación no se establece con base en los resultados del negocio.* (Subraya fuera del texto)

Por su parte, el concepto de conmutatividad ha sido explicado como:

*“El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las*

*obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal. Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.”*

Y sobre la utilidad del contrato estatal y el equilibrio económico ha señalado la Jurisprudencia:

*“Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado.<sup>40</sup>”*

*“En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.*

*“El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”.*

*“Es solamente la relación aproximada, el ‘equivalente honrado’, según la expresión del comisario de gobierno León Blum<sup>41</sup>, entre cargas y ventajas que el co-contratante ha tomado en consideración; ‘como un cálculo’, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar.*

*“Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.”*

*La interpretación de uno y otro concepto permiten concluir al Tribunal que: en cuanto no se puede afirmar que en desarrollo del Contrato ocurrieron hechos o situaciones que justifiquen el rompimiento del equilibrio económico del Contrato, el contratista tiene derecho a que se le mantengan las condiciones con base en las cuales presentó la propuesta que le fue aceptada por el Estado.”<sup>9</sup>*

En ese entendido, al ser asumido unos riesgos por parte del concesionario, este está obligado al cumplimiento del contrato cuando dichos riesgos se presenten y que no cualquier imprevisto que le impida la obtención de ingresos tiene la posibilidad de conducir al restablecimiento económico; ya que esta figura solo debe operar en aquellas situaciones que sean totalmente imprevistas y que alteren la ecuación financiera y peligre el interés público.

---

<sup>9</sup> Tribunal de Arbitramento de Palermo Sociedad Portuaria S.A. contra Cormagdalena. Laudo Arbitral de 22 de junio de 2015

Ahora, como quiera que el hecho ajeno a las partes que se aduce como causante de una ruptura del equilibrio económico comprende uno de los riesgos que deben ser asumidos por el concesionario, no es dable alegar con base en ellos la teoría de la imprevisión.

Sumado a lo anterior, en el caso de haberse avizorado una ruptura del equilibrio del contrato- el concesionario estaba obligado a solicitar el restablecimiento del equilibrio de la ecuación económica y a ejecutar el contrato a pesar de la existencia de ese hecho; y así obtener el derecho a que se restablezca la ecuación contractual.

Los anteriores requisitos son indispensables toda vez que, para la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el contratista debió haberlo cumplido; pues las circunstancias que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico no son una justificación del incumplimiento.

Por lo expuesto, se evidencia que la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no le es dable alegar la ruptura del equilibrio económico por la ocurrencia de la teoría de la imprevisión; pues los hechos que dieron origen al incumplimiento, como lo fue que el mantenimiento del contrato se volviera más oneroso por las variaciones del mercado, no son hechos imprevisibles y los mismos hacen parte de los riesgos como elemento del contrato de concesión. A la vez, no se evidenció que la sociedad portuaria solicitara el restablecimiento del equilibrio contractual y aun así incurrió en el incumplimiento del contrato; lo cual no es admisible si se pretende alegar la ruptura del equilibrio económico.

Tampoco es admisible que se alegue la presencia del rompimiento del equilibrio económico basándose en la solicitud de terminación del contrato de mutuo acuerdo, cuando a la fecha de la solicitud la sociedad portuaria ya no poseía la zona adyacente y estaba incurriendo en un incumplimiento grave del contrato.

En consecuencia, como quiera que en el recurso interpuesto por el apoderado de la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande se alegó la presencia de una ruptura del equilibrio económico por la ocurrencia de hechos ajenos a la concesión que afectaron la navegabilidad; hechos que a juicio de este Despacho no resultaron notorios ni imprevisibles y por tanto no se avizora la presencia de la ruptura del equilibrio contractual.

Aunado a ello, el apoderado alegó que la falta de navegabilidad del Río Magdalena impidió el cumplimiento del contrato y que con base en las pruebas aportadas y controvertidas durante la audiencia se comprobó que en los años en los que la Sociedad Portuaria tenía disponibilidad de la zona adyacente el canal navegable cumplía con las profundidades requeridas para su navegación.

Por lo anterior, al no desvirtuarse el incumplimiento del contrato de concesión por los cargos de: No disponibilidad de zona adyacente, No pago de la contraprestación y reajuste, No actualización del valor de la póliza de cumplimiento y pago de salarios e indemnizaciones laborales y No constitución de la póliza de responsabilidad civil extracontractual; se confirmará la declaratoria de incumplimiento grave y la caducidad del contrato 3-0003-2014. En consonancia con las consideraciones anteriores, que evidencia la improcedencia del argumento esgrimido por el recurrente, debe tenerse en cuenta, además, que no hay lugar a declarar el rompimiento del equilibrio económico del contrato, debido a que es requisito indispensable que el concesionario cumpliera a cabalidad con sus obligaciones contractual. Por otro lado, en el evento hipotético en que hubiera ocurrido una circunstancia irresistible, imprevisible y externa a las partes, que impidiera la ejecución del contrato, se configuraría la causa extraña de fuerza mayor, en cuyo caso, tampoco es posible que se reconozca

ninguna indemnización al contratista supuestamente afectado por el evento irresistible mencionado.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de septiembre de 2003, señaló lo siguiente:

En tales condiciones, la Sala encuentra que el contratista no acreditó los elementos que condicionan la aplicación de la teoría de la imprevisión:

- No acreditó la ocurrencia de hechos imprevisibles, pues como se explicó precedentemente, el invierno y los deslizamientos en la vía, en el caso concreto, son hechos naturales, que el contratista manifestó conocer cuando formuló su propuesta y que por ende asumió.

- **No demostró haber ejecutado el objeto contratado pese a las dificultades que invocó.**

- No probó la grave alteración de la ecuación económica del contrato que alegó, pues al no demostrar cuanta obra ejecutó y entregó, cuáles fueron los costos que previó y en los realmente incurrió, como tampoco que tanto cobró y se le pagó, no hay manera de concluir que se alteró la economía del contrato, en perjuicio suyo. (...)

*No obstante lo anterior, conviene advertir que aún cuando el contratista hubiese demostrado que la inejecución del objeto contratado tuvo como causa un evento de fuerza mayor, tampoco sería procedente, por esta sola circunstancia la condena a la indemnización reclamada, pues la inejecución fundada en la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista, pero no determina indemnización alguna para él, porque no se configuran los elementos de la responsabilidad contractual de la entidad.<sup>10</sup> (Cursivas y negrillas fuera del texto).*

En ese orden de ideas, el argumento expuesto por el recurrente, no tiene vocación de prosperar, y será desestimado.

## **6.2. Consideraciones sobre el recurso presentado por Mapfre Seguros Generales**

La apoderada de Mapfre Seguros Generales solicitó que se revocara la Resolución 000190 de 2020 y sustentó el recurso de reposición, el cual dividió en tres puntos principales: i) el acto administrativo que declara la caducidad es constitutivo del siniestro, ii) Ocurrencia de la prescripción ordinaria y iii) imposición de sanción en moneda extranjera; los cuales se analizarán a continuación.

### **6.2.1. El acto administrativo que declara la caducidad es constitutivo del siniestro.**

Aduce la apoderada que el acto administrativo que declara la caducidad de un contrato suscrito con una entidad pública es constitutivo del siniestro y no es declarativo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015.

Al respecto, es válido tener presente que último inciso del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 expresa “La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosa Administrativa, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003. Radicado 14781.

Por su parte, el artículo 128 del Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 expresa:

**“Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías.** La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

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.”

En consonancia con estas normas, surge la tesis de que el acto administrativo que declara la caducidad del contrato será constitutivo del siniestro y por su parte el acto administrativo que declara el incumplimiento será declarativo del siniestro.

No obstante, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha establecido una tesis jurisprudencial en la que se ha colegido que sin importar si se impondrá una multa o si se declara la caducidad del contrato, el siniestro no lo constituye el acto administrativo en el que se toma la decisión; ya que el siniestro corresponde a la materialización del riesgo amparado por el seguro. Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado así:

*“Amén de lo anterior, cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.”<sup>11</sup>*

En otra providencia más reciente, se reiteró la anterior postura:

*“Una de las prerrogativas con las que cuenta la administración en el ejercicio de la actividad contractual es, precisamente, la **de declarar** por medio de un acto administrativo debidamente motivado la ocurrencia siniestro o riesgo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, el de estabilidad de la obra y el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes suministrados, los cuales, como se dijo, deben encontrarse asegurados por las garantías del contrato.  
(...)*

*Se concluye de esta manera, que la Sección Tercera ha indicado con meridiana claridad que el marco de los contratos estatales, la administración tiene la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro amparado por una póliza por medio de la*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2009. MP. Myriam Guerrero de Escobar. Rad. 19001-23-31-000-1994-09004-01(14667)

*expedición de un acto administrativo ejecutable ante la jurisdicción, sin que esta sea una potestad de carácter sancionatorio.”<sup>12</sup>*

Ahora, teniendo en cuenta que la Resolución 000190 de 2020 declaró la caducidad del contrato y hay lugar a la exigibilidad de la póliza porque los hechos que dieron inicio al procedimiento administrativo sancionatorio ocurrieron dentro de la vigencia de la póliza, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha expresado:

*“Para determinar la exigibilidad de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales se debe acudir también a determinar la vigencia del contrato de seguro y las modalidades de cubrimiento de los distintos riesgos que la compañía aseguradora tomó a su cargo, siendo ambos contenidos de obligatoria estipulación en la póliza de seguros de acuerdo con los dictados del artículo 1047 del Código de Comercio, a su vez sometidos a la regulación especial de la contratación administrativa en el caso de las garantías de los contratos estatales.*

*En términos generales, la vigencia del contrato de seguro corresponde al plazo dentro del cual debe ocurrir, o al menos iniciarse, el evento de riesgo amparado, para que resulte cubierto por la garantía otorgada en la respectiva póliza de seguros. Se precisa que el artículo 1073 del Código de Comercio establece la responsabilidad de la compañía aseguradora a partir de la fecha de inicio del siniestro, norma en la cual se dispone que si el siniestro se inicia antes de vencer el término del contrato de seguro y continúa después de su vencimiento, queda bajo responsabilidad de la compañía aseguradora, así como se dispone que si el siniestro se inicia antes de la vigencia de la póliza y continúa después, no será responsabilidad de la compañía aseguradora. Ahora bien, la vigencia de la garantía única del contrato estatal debe ser establecida teniendo en cuenta el plazo de ejecución del contrato y su liquidación, en los términos del numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, por manera que se debe constituir el amparo previo para todos los riesgos que puedan presentarse, en la ejecución del contrato y en su liquidación, los cuales quedarán bajo la cobertura de la póliza de seguro en la medida que se inicien bajo su vigencia, con independencia de que su ocurrencia continúe después de vencida la póliza de seguro.”<sup>13</sup>*

En ese entendido, este Despacho reafirma lo concluido en la Resolución 000190 de 2020 y reitera que la obligación de Mapfre Seguros Generales nació desde enero del año 2016 (fecha desde la cual se iniciaron los incumplimientos); ya que la póliza de incumplimiento 22022313000865 tuvo cobertura en los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019. Y no le asiste razón a la aseguradora en afirmar que su obligación nació con la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato.

### **6.2.2. Ocurrencia de la prescripción ordinaria.**

En la sustentación del recurso de reposición la apoderada de la aseguradora manifestó que en el caso de la tesis del carácter declarativo que se le da al siniestro no hay derecho a dicha declaración en cuanto al respecto se produjo la prescripción ordinaria para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de seguro porque en relación a la fecha de los

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 27 de marzo de 2014. M.P. Danilo Rojas. Rad. 25000-23-26-000-2001-02301-01(29857)

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de marzo de 2014. M.P. Mauricio Fajardo. Radicado250002326000200301705

hechos que soportan el incumplimiento han pasado más de dos años; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Al respecto, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado ha indicado:

*“[E]s necesario destacar que el artículo 1081<sup>14</sup> del Código de Comercio contempla dos modalidades extintivas de las acciones derivadas del contrato de seguro denominadas prescripción ordinaria y extraordinaria. La prescripción ordinaria posee un término extintivo de dos años contados a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento, real o presunto, del hecho que da lugar a la demanda; mientras que el legislador estableció un término de cinco años para que opere la prescripción extraordinaria, contados a partir del momento en que nace el derecho y en relación con toda clase de personas.*

1. *Sobre esta norma, la Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup> aclaró que la prescripción ordinaria y extraordinaria operan frente a todos los titulares del respectivo derecho – tomador, beneficiario y asegurado-. Sin embargo, distingue que la prescripción ordinaria tiene un carácter subjetivo, el cual tiene que ver con el conocimiento de la ocurrencia del siniestro por parte de quien pretende reclamar; de otro lado, respecto de la prescripción extraordinaria, señala la Corte que esta es de carácter objetivo en tanto tiene lugar su aplicación cuando se desconoce el hecho desfavorable que sustentaría la reclamación. En relación con lo expuesto, sostuvo:*

*“A pesar de que en la norma se hace alusión a dos especies de prescripción, esto es, la ordinaria y la extraordinaria, no quiere decir que sean el producto de una dicotomía irreconciliable, pues, son más los puntos que las unen que los que las separan.*

*Es así como ambas se pueden presentar en cualquier clase de discusión originada en un contrato de seguro y corren frente a todos los titulares del derecho respectivo, ya se trate del tomador, el beneficiario, la aseguradora o el asegurado.*

*Lo que las diferencia, en esencia, son dos aspectos puntuales. Uno subjetivo, relacionado con el conocimiento, real o presunto, que se tenga de la ocurrencia del siniestro, y el otro objetivo, que tiene que ver con la capacidad para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro y el pago de la indemnización pretendida, sin que ello impida que corran de modo simultáneo, como en efecto puede suceder.*

*De tal manera que, si el legitimado para reclamar es incapaz o se presenta una demora en enterarse de los “hechos que dan base a la acción”, momento este en que “nace el respectivo derecho”, lo afecta la prescripción extraordinaria. Pero ello no es óbice para que se pueda configurar con antelación la ordinaria, como en el caso de los menores que alcanzan la mayoría de edad o cuando cesa el*

---

<sup>14</sup> “Artículo 1081. Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

<sup>15</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2013, exp. 0500131030012004-00457-01, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

*motivo de incapacidad, así mismo, si el retardo en saber sobre la realización del riesgo asegurado no es muy prolongado.*

*Recientemente la Corte precisó como características y aspectos determinantes de la dualidad extintiva del artículo 1080 del estatuto mercantil que “[l]as dos clases de prescripción son de diferente naturaleza, pues, mientras la ordinaria depende del conocimiento real o presunto por parte del titular de la respectiva acción de la ocurrencia del hecho que la genera, lo que la estructura como subjetiva; la extraordinaria es objetiva, ya que empieza a correr a partir del surgimiento del derecho, independientemente de que se sepa o no cuándo aconteció (...) Todas las acciones que surgen del contrato de seguro, o de las normas legales que lo regulan, pueden prescribir tanto ordinaria, como extraordinariamente (...) La prescripción extraordinaria corre contra toda clase de personas, mientras que la ordinaria no opera contra los incapaces (...) El término de la ordinaria es de sólo dos años y el de la extraordinaria se extiende a cinco, ‘justificándose su ampliación por aquello de que luego de expirado, se entiende que todas las situación jurídicas han quedado consolidadas y, por contera, definidas’ (...) Las dos formas de prescripción son independientes y autónomas, aun cuando pueden transcurrir simultáneamente, adquiriendo materialización jurídica la primera de ellas que se configure” (sentencia del 18 de diciembre de 2012, exp. 2007-00071).”*

2. Así las cosas, esta última previsión de prescripción se encuentra contemplada con el fin de brindar seguridad jurídica a las partes evitando que se extiendan indefinidamente las situaciones objeto de reclamación. Esta posición es compartida por la Corte Constitucional<sup>16</sup> en los siguientes términos:

*La prescripción ordinaria tiene como principal propósito proteger los intereses de los asegurados que por su condición (como el caso de los incapaces) o por razones ajenas a su voluntad, no hayan tenido o debido tener conocimiento de los hechos que dieron lugar al siniestro. Esto significa que mediante esta modalidad de prescripción, el Código de Comercio quiso dotar de mayores garantías a los legitimados para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro<sup>1</sup>. Si el efecto de la prescripción es crear una consecuencia desfavorable a quien teniendo las posibilidades de ejercer un derecho o una acción, transcurrido determinado tiempo no lo hizo, en este evento la voluntad del legislador no fue castigar a quien ni siquiera conocía que tiene el derecho o quien por su condición no podría presentar la reclamación.*

*Citando un pronunciamiento del 7 de julio de 1977, la Corte Suprema de Justicia concluyó que los términos para la prescripción ordinaria se contaban desde que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento.*

*Varias controversias se suscitaron frente a la expresión “haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción” que trata el artículo 1081 del código de comercio sobre la prescripción ordinaria. Este punto fue aclarado por la misma Corte Suprema de Justicia, al considerar que el término comenzará a contar solo cuando la persona razonablemente haya podido tener conocimiento del hecho que ocasionó el siniestro.*

*Por ejemplo, existen situaciones en las que los efectos del siniestro o bien pueden manifestarse silenciosamente o sencillamente, requieran la valoración de un*

---

<sup>16</sup>Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, sentencia T – 662 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*especialista para que el afectado pueda darse cuenta, como ocurre en el caso del estado de invalidez. En esos eventos, no es lógico exigirle a una persona imaginarse su condición y porcentaje de incapacidad. Mucho más si se toma en cuenta que es requisito indispensable para la reclamación de la póliza, demostrar científicamente que existe una pérdida de la capacidad laboral para que la aseguradora pueda, como es apenas natural, cumplir con sus obligaciones contractuales.*

*Por tanto, “no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal ‘se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción ‘empezará a correr’ y no antes, ni después”.*

*Por otra parte, el propósito de la prescripción extraordinaria en el contrato de seguro es diferente. Su finalidad ya no tiene en cuenta consideraciones subjetivas. El principal objetivo es brindar seguridad jurídica a las partes del contrato cuando existen situaciones jurídicas en las que transcurrido un tiempo (5 años), aun no se han definido. Por esta razón, como lo ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prescripción extraordinaria es objetiva. Ya no importa si la persona tiene o no tiene conocimiento de los hechos, o puede o no tenerlo. Independientemente de ello, el tiempo comienza a contarse desde que ocurre el siniestro.*

*Con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre las diferencias que existen entre los tipos de prescripción. De esta manera, la prescripción ordinaria se diferencia de la extraordinaria, principalmente, por dos aspectos puntuales. Por un criterio subjetivo “relacionado con el conocimiento, real o presunto, que se tenga de la ocurrencia del siniestro”<sup>[55]</sup> y el otro objetivo, “que tiene que ver con la capacidad para hacer efectivo el reconocimiento del siniestro y el pago de la indemnización pretendida, sin que ello impida que corran de modo simultáneo, como en efecto puede suceder”<sup>[56]</sup>. De acuerdo con ello, debe identificarse el tipo de sujeto y su condición para verificar cuál de estos términos le es aplicable.*

*Así las cosas, en el común de los casos, los dos tipos de prescripción son aplicables. La prescripción ordinaria comienza a correr desde el momento en que la persona razonablemente haya tenido o podido tener conocimiento de los hechos que dan base a la acción. La extraordinaria comienza a contar desde el momento en que ocurre el siniestro. Así, cuando el legitimado para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro es incapaz o no puede conocer los hechos que dan base a la acción, el término de prescripción que comenzará a correr será el de la extraordinaria (desde que ocurre el siniestro) hasta tanto cese su incapacidad o tenga conocimiento de los hechos. Desde ese momento, comenzará a correr la ordinaria paralelamente y surtirá efectos la primera que opere.*

- 3- *De acuerdo con lo anterior, es viable concluir que para la Corte Constitucional: i) la prescripción ordinaria posee un carácter subjetivo, esto es, se requiere que el interesado haya conocido o debido conocer del siniestro para contabilizar el plazo de 2 años con el que cuenta para hacer la reclamación del derecho y ii) la prescripción extraordinaria parte de un elemento objetivo, pues el término de 5 años para realizar las respectivas reclamaciones se contabiliza desde el momento de ocurrencia del*

*siniestro, con independencia del conocimiento del hecho dañoso por parte del interesado (elemento subjetivo de la prescripción ordinaria).<sup>17</sup>*

En línea con lo expuesto, se tiene que la prescripción ordinaria se comienza a contabilizar a partir del momento en que el interesado tuvo o debió tener conocimiento del hecho; mientras que la prescripción extraordinaria se comienza a contabilizar desde el momento que nació el derecho y opera para situaciones jurídicas no consolidadas.

En ese entendido y en consonancia con la jurisprudencia anotada, para el caso bajo análisis este Despacho acoge la prescripción ordinaria, la cual será contada a partir del momento en que Cormagdalena tuvo conocimiento de los hechos.

Ahora, en el presente caso los cargos que fueron probados y por los que se declaró la caducidad del contrato en la Resolución 000190 de 2020 fueron: *No disponibilidad de zona adyacente o accesoria, No pago de la contraprestación y reajuste, No actualización del valor de la póliza de cumplimiento y pago de salarios e indemnizaciones laborales. No Constitución póliza responsabilidad civil extracontractual.* Las fechas en las que se tuvo conocimiento de los hechos que originaron el incumplimiento en cada uno de los cargos son las siguientes:

| <b>CARGOS PROBADOS</b>   | <b>FECHA EN LA QUE CORMAGDALENA TUVO CONOCIMIENTO DE LA OCURRENCIA DE LOS HECHOS</b>  |
|--|---|
| NO DISPONIBILIDAD DE ZONA ADYACENTE  | 21 de agosto de 2018 y 1 de febrero de 2019   |
| NO PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN Y REAJUSTE  | Anualidad 3-29 de febrero de 2016,<br>Anualidad 4-28- de febrero de 2017<br>Anualidad 5 -28 -de febrero de 2018-<br>Anualidad 6 -28 de febrero de 2019<br>Anualidad 7- 1 de marzo de 2020 |
| NO ACTUALIZACIÓN DE LA PÓLIZADE CUMPLIMIENTO Y PAGO DE SALARIOS E INDEMNIZACIONES. | Marzo de 2017<br>6 de agosto de 2018  |
| NO CONSTITUCIÓN DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.           | 26 de julio 2017  |

Del anterior cuadro, es claro que respecto del cargo de No disponibilidad de zona adyacente o accesorio que impide el cumplimiento del objeto del contrato y por tanto el más grave, está probado que Cormagdalena conoció de la liquidación del contrato de arrendamiento a través de la comunicación No. 201802003143 del 21 de agosto de 2018, hecho que comporta un incumplimiento grave del contrato y por sí solo originaría la caducidad del mismo; término que al proferirse la Resolución 000190 de 2020 no había pasado de dos años. Sin perjuicio de que los términos de los procedimientos administrativos sancionatorios estuvieron suspendidos desde el 25 de marzo de 2020 hasta el 1 de junio de 2020; en cumplimiento de las Resoluciones 97, 107, 114, 118 y 130 de 2020 – por las cuales se

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2020. M.P. Ramiro Pazos. Rad. 25000-23-36-000-2015-01236-01(59328)

suspendió el procedimiento administrativo sancionatorio en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID- 19.

En ese entendido, al momento de proferirse la Resolución 000190 de 2020 no había operado la prescripción ordinaria respecto del hecho que originó el incumplimiento por la no disponibilidad de zona adyacente; ya que no habían transcurrido el término de dos años. Respecto del cargo de no pago de la contraprestación y reajuste el hecho de incumplimiento se ha causado desde el momento en que se hicieron exigibles cada una de las contraprestaciones adeudadas por ser obligaciones individualizadas. Así que, respecto de las anualidades 3,4 y 5 ha operado la prescripción ordinaria; sin embargo, respecto de las anualidades 6 y 7 que se causaron el 1 de marzo de 2019 y el 1 de marzo de 2020 no han pasado dos años.

En lo que toca a la no actualización de la póliza de cumplimiento y pago de salarios e indemnizaciones se evidencia que ha operado la prescripción ordinaria al causarse desde marzo de 2017.

De igual forma, se causó la prescripción ordinaria respecto de los hechos que originaron el cargo de no constitución de la póliza de responsabilidad civil extracontractual; toda vez que los hechos se causaron desde el 26 de julio de 2017.

De conformidad con lo anterior, y teniendo presente que la declaratoria de caducidad del contrato se sustentó en dos de los hechos más graves de incumplimiento, frente a los cuales no ha operado la prescripción ordinaria se mantendrá en firme la declaratoria del siniestro.

En ese entendido, al ser exigible la póliza (de conformidad con lo analizado previamente) y al no haber operado la prescripción de la que trata el artículo 1081 del Código de Comercio respecto de dos de los 4 cargos probados, no prosperará el argumento presentado ni habrá lugar a reponer la Resolución 000190 de 2020.

### **6.2.3. Imposición de sanción en moneda extranjera.**

Cómo último punto, la apoderada de Mapfre Seguros Generales finalizó la sustentación del recurso de reposición expresando que la resolución recurrida impone a Mapfre Seguros Generales una obligación en moneda extranjera cuando el seguro tomado por la Sociedad Portuaria Naviera Río Grande no es un seguro expedido en dicha moneda ni estipulado en la misma para pago en moneda legal.

A su vez, manifestó que la póliza de seguro de cumplimiento No. 2202313000865 fue emitida y aprobada por Cormagdalena en moneda nacional sin que se hubiere pactado una fórmula distinta, en ese entendido consideró que la Resolución 000190 de 2020 no contiene una estimación del siniestro que pueda ser exigible para Mapfre Seguros Generales.

Para atender los argumentos expuestos por la aseguradora, se precisará que la Ley 80 en su artículo 40 se impone que las estipulaciones de los contratos serán las que las partes consideren conveniente siempre y cuando no se aparte de la Constitución y la Ley. Este artículo dice:

**“Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal. 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.*

*En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.*

**Parágrafo.-** *En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*

*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.”*

Por su parte, en la cláusula 22.1 del contrato de concesión 3-0003-2014 se consigna que en la garantía de cumplimiento de las obligaciones generales del contrato el valor asegurado se establecerá en dólares de los Estados Unidos de América, liquidados en moneda colombiana, el artículo indica:

*“22.1 GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA: Por medio de la cual el CONCESIONARIO ampara al CONCEDENTE, al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, a la Superintendencia de Puertos y Transporte y al Distrito y/o Municipio donde opera el Terminal Portuario, de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Esta garantía además cubrirá el pago de multas y la cláusula penal. El valor asegurado debe corresponder al TRES (3%) por ciento del valor del plan de inversión aprobado, sin que en ningún caso, ésta sea inferior a CIEN(100) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. El valor asegurado se establecerá en dólares de los Estados Unidos de América, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado – TRM del día de su expedición. De conformidad con lo establecido en el Artículo 12 del Decreto 0320 de 2013, la vigencia de la garantía será por CINCO (5) años y se renovará en cada vencimiento para lo cual el CONCESIONARIO está obligado a aportar para aprobación del CONCEDENTE, antes del vencimiento de cada vigencia, la prórroga de la garantía o la expedición de una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones de la siguiente vigencia.” (Subraya fuera del texto).*

Por su parte, en la cláusula 22.8, se señalan cuáles serían los valores para la constitución de las garantías, así:

*“22.8 VALORES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS. Para efectos de la expedición de las garantías que trata esta cláusula, considérense los siguientes montos:*

- a. El valor total de la contraprestación corresponde al valor indicado en la Cláusula 17° de este contrato, es decir, la suma de DOSCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 203.542).*
- b. El valor del plan de inversiones corresponde al valor presente de las inversiones indicadas en la cláusula 19°, es decir, la suma de QUINIENTOS DOS MIL QUINIENTOS VEINTE Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 5.2.524...”*

(...)

Al tiempo, la cláusula 32 del Contrato de Concesión 3-0003-2014 dice: *“En el evento que el CONCEDENTE declare la caducidad o el incumplimiento del presente contrato, el*

CONCESIONARIO deberá pagar la suma equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor de la contraprestación, como sanción pecuniaria. El valor pagado por el CONCESIONARIO, se considera como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados al CONCEDENTE, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelante el CONCEDENTE.”

De otro lado, la Resolución Externa No. 8 de 2000 del Banco de la República al regular las obligaciones en moneda extranjera dispone:

*“Artículo 79o. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada.  
Parágrafo 1. Para efectos judiciales que requieran la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicará la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago.”*

Ahora, en la póliza de cumplimiento No. 2202313000865, quedó consignado que los valores de la contraprestación y de las inversiones en dólares.

TASA DE CAMBIO AL DIA DE EXPEDICION \$ 1.930.62 ABRIL 21 DE 2014 VPN DE LA CONTRAPRESTACION USD\$203.542 EN PESOS \$392.958.185,2 VPN DE LAS INVERSIONES USD \$502.524 EN PESOS \$970.172,83 ASEGURADOS BENEFICIARIOS: LA NACION Y/O CORMAGDALENA Y/O INVIAS Y/O SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Y/O CIUDAD Y/O MUNICIPIO DONDE OPERA EL PUERTO. BARRANCABERMEJA - SANTANDER. TIPO DE CONTRATO: CONCESION PORTUARIA VIGENCIA: INICIO: 04-09-2013 FIN: 17-02-2022

A su vez, en el acta de aprobación de la póliza del contrato de concesión se dispuso:

|                     |   |
|---------------------|---|
| Núm. Del Contrato:  | Contrato de Concesión Portuaria N. 3-0003 de 2014   |
| Fecha del Contrato: | 7 de Abril de 2014.   |
| Clase de Contrato:  | CONCESION PORTUARIA   |
| Objeto:             | “El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al CONCESIONARIO por parte del Concedente de una Concesión para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1a de 1991, ocupe en forma temporal y exclusiva bienes de uso público descritos en la Cláusula 4, para la construcción y operación de un terminal portuario, a cambio de una contraprestación económica a favor del CONCEDENTE, en los términos descritos en la Cláusula 17 de este contrato. Las partes reconocen y aceptan que las actividades de Administración, Operación y Mantenimiento del Terminal Portuario suponen la existencia de riesgos que son asumidos por las partes en los términos establecidos en el presente Contrato. En todo caso y salvo pacto expreso, cada parte asumirá, por su cuenta, los efectos de los riesgos propios de las actividades asignadas a cada una de estas mediante este contrato.” |
| Plazo Total:        | Diez (10) años, Plazo otorgado.   |
| Vr. Total:          | Valor Total Contraprestación: USD\$203.542,00. Valor Total de las Inversiones a Ejecutar: USD\$502.524,00.  |

En virtud de las normas expuestas y las cláusulas del contrato, es claro que las garantías se constituyeron con base en los valores en dólares de la contraprestación y la inversión y el cálculo de la cláusula penal se determinará resultará en dólares. En ese contexto, para el cálculo del valor asegurado se tomó el valor asegurado en dólares y en la póliza No. 2202313000865 se dejó consignado la TRM de la conversión.

Por lo anterior y en virtud del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 el valor de la cláusula penal deberá ser en dólares; sin embargo, tal como lo impone el artículo 79 de la Resolución Externa No. 8 de 2000 el pago deberá ser en moneda legal colombiana y se aplicará la tasa representativa del mercado (TRM de la fecha del pago. Así que el valor a pagar será en pesos, pero condicionado a la TRM del día del pago.

A la par con lo expuesto, es preciso indicar que en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*” los contratos estatales son ley para las partes y deben ser ejecutados de buena fe; por tanto, obligan no solo a lo que en ello se expresa sino también a todo lo que emane de la naturaleza de la obligación. Y como las pólizas de cumplimiento emanan de las cláusulas del contrato estatal, la aseguradora está obligada al cubrimiento del siniestro en los términos del contrato.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado así:

*“Recuérdese que tanto los negocios jurídicos de derecho privado como los de derecho público se rigen por el principio *lex contractus, pacta sunt servanda*, previsto en el artículo 1602 del CC., trasladado del ordenamiento jurídico francés -artículo 1134-, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes, y obligan en lo que allí se dispone<sup>18</sup>, en consecuencia, sólo pueden invalidarse por su voluntad o por causas legales.*

*Esta disposición se armoniza con el principio de buena fe contractual<sup>19</sup>, que rige todos los negocios jurídicos, previsto en el artículo 1603 del Código Civil:*

*“Art. 1603. Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

*Este mismo principio lo analizó la Sección Tercera del Consejo, en la sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24.217, donde dispuso:*

*“En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio ‘*lex contractus, pacta sunt servanda*’, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...).”*

*“A partir de la *communis intentio* (1618 C.C.) que aparece exteriorizada en el cuerpo de la cláusula segunda, se concluye que las partes tenían en claro que la forma de pago se haría de esa manera simple: una mitad como anticipo y otra restante con la entrega final del equipo por parte del contratista. O lo que es igual, no existía -como alega el recurrente- otra forma pactada que derivase de la oferta. (...) 6. A este propósito la Sala*

---

<sup>18</sup> “Artículo 1602. Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

<sup>19</sup> La Sala de Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el principio de buena fe, vinculado al aforismo *pacta sunt servanda*. En la sentencia del 31 de mayo de 2010, exp. 05178-01, dispuso: “Justamente, el contrato, *rectius*, acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil), obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (*essentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) o expresamente pactado (*accidentalia negotia*), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes.

*reitera lo expuesto en torno al alcance de la hermenéutica contractual y la importancia que tiene determinar el significado que tuvo para las partes en su momento una cláusula contractual. (...) El contenido de los artículos 1602 y 1618 del Código Civil colombiano representa el principio y fin de la institución contractual, en atención a que la autonomía de la voluntad, en condición de fuente de derechos y obligaciones, se objetiva en el contrato y cobra desarrollo pleno cuando es interpretada y se le asignan efectos conforme a la intención común de los contratantes.”*

*En virtud de este principio, la voluntad de las partes solo puede desconocerse por esta misma causa, es decir por la autonomía común de deshacer los pactos como se hicieron –o por causas legales-. En este horizonte, con ayuda de este entendimiento hay que establecer si en los contratos estatales donde se formulan reclamaciones por mayor permanencia en la obra, producida por la celebración de un contrato adicional –en plazo y/o en valor-, es posible alegar desequilibrio económico cuando la causa esgrimida es anterior a la suscripción del nuevo negocio jurídico.<sup>20</sup>*

De conformidad con el análisis realizado, es claro que la Resolución 000190 de 2020 es declarativa del siniestro, que no ha operado la prescripción de las acciones contra el contrato de seguro y que el valor a pagar por concepto de la cláusula penal deberá ser en pesos, aunque la base del cálculo sea en dólares; esto último, en virtud de los principios de *pacta sunt servanda* y de *buena fe*.

Así pues, al quedar desvirtuados los argumentos presentados por la aseguradora no prosperará el recurso de reposición presentado.

## **7. Conclusión**

En conclusión, esta Corporación encuentra probado el incumplimiento grave y se confirmará la caducidad del contrato de concesión No. 3-0003-2014 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, identificada con NIT 900.584.249-7.

En el mismo sentido, se encuentra probada la procedencia de la afectación de la cláusula penal por la suma de VEINTE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DÓLARES CON DOS CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 20.354,2); de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

Por lo anterior, se confirmará en todas sus partes la Resolución No. 000190 de 2020.

En mérito de lo expuesto, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de la función Delegada por el Director Ejecutivo de Cormagdalena, mediante Resolución No. 000334 de 2019.

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 10 de septiembre de 2014. M.P. Enrique Gil Botero. Rad. 05001-23-31-000-1996-00451-01(27648)

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 000190 de 2020, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la SOCIEDAD PORTUARIA NAVIERA RÍO GRANDE, identificada con NIT 900.584.249-7 y al representante legal y/o apoderada de la MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., identificada con NIT 891.700.037 – 9 o quien haga sus veces.

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

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, a los once (11) días del mes de noviembre de 2020.

  
**DEISY GALVIS QUINTERO**  
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero Silva / Abogada OAJ <sup>20</sup>  
Néstor David Osorio / Osorio Abogados 

Proyectó: Elena Palacio / Abogada OAJ. 