

Resolución No. 000028

“Por la cual se declara la cesación y archivo del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, suscrito entre la Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A. y CORMAGDALENA”

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

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

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

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

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

Que, en concordancia con lo anterior, los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: *"(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)"*.

Que el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que *"(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (...)"*.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por su parte establece: *"(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista."*

Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...).

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señala que: “(...) **IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** 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 (...).”

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, señala que: “(...) Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. **Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes** (...).” (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

El artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, establece que: “(...) 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. (...).”

La Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual, el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA-, delega en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente “...**ARTÍCULO PRIMERO:** DELEGAR en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogue o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017 de la Junta Directiva de Cormagdalena “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena - CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo.”, los cuales se tramitan en el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO PRIMERO:** De igual forma se delega en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o convenios, los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales...”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

1. El día trece (13) de diciembre de 2011 CORMAGDALENA suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 047-2011 con la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., cuyo objeto es el siguiente:

*“CLÁUSULA PRIMERA - OBJETO DEL CONTRATO: LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A. de una concesión portuaria en los siguientes términos:
1.1. Se otorga a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público, descrita en la Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Cuarta.”*

2. La CLAUSULA QUINTA del Contrato 047-2011 señala el valor del Contrato y de la Contraprestación de la siguiente manera:

“CLAUSULA QUINTA— De conformidad con el concepto financiero expedido por CORMAGDALENA de fecha 23 de abril de 2010, emitido por el área financiera, acogido por la Dirección Ejecutiva de CORMAGDALENA, el cual hace parte integral del presente contrato, la Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A., por concepto de uso en forma temporal y exclusiva de una zona de uso público ubicada en el Barrio Las Flores, en el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, y para un periodo de veinte (20) años, pagara al Estado la suma de CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (USD\$139.562) a valor presente, pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato estatal de concesión portuaria, o podrá pagar 20 cuotas de DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (USD\$16.683) pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la firma del presente contrato; las restantes, se pagaran dentro de los diez (10) primeros días de cada anualidad. El 60% le corresponde a la nación, por intermedio de CORMAGDALENA cuenta No. 08417416-8 del BBVA, y el 40% al Distrito Especial, Industrial y Portuario de la ciudad de Barranquilla. PARAGRAFO PRIMERO: El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad concesionaria a la tasa que para el efecto fije el Gobierno Nacional para las obligaciones en moneda extranjera. De no existir, la máxima permitida por el estatuto de contratación estatal. PARAGRAFO SEGUNDO la Sociedad Portuaria deberá renunciar a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”

3. La CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA del Contrato de Concesión estipula la siguiente obligación a cargo del Concesionario:

“(...) 16.1. Pagar la contraprestación. (...)”

4. El día veintiocho (28) de octubre de 2014, CORMAGDALENA suscribió con la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A. el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión Portuaria No. 047-2011.
5. Dicho Otrosí en su segunda consideración indica:

“SEGUNDA: La Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A., mediante comunicación del 13 de agosto de 2013 solicitó la modificación del contrato de concesión portuaria No. 47 de 2011 con el propósito de cambiar el uso actual de la concesión de un terminal de pasajeros a un terminal multipropósito para el manejo de carga general, manteniendo el mismo plazo de la concesión actualmente en curso.”

6. La CLÁUSULA PRIMERA del Otrosí No. 1 modificó la CLAUSULA DECIMA del Contrato de Concesión relacionada con el valor del contrato y a la forma de pago de la contraprestación, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA. La cláusula quinta del contrato de concesión portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, quedará así: "CLÁUSULA QUINTA- VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: El valor del contrato asciende a la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (US\$ 2.838.266,62). Del valor total del contrato EL CONCESIONARIO ya pagó la suma de SESENTA Y TRES MIL CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (US\$ 63.050,53); El CONCESIONARIO, pagara la contraprestación en dieciocho (18) cuotas anticipadas, liquidadas a la tasa representativa del mercado – TRM- del día del pago, de la siguiente manera: (...).”

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 047-2011.

CONSORCIO PORTUARIO 01, en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, mediante la remisión del informe CINP – 499 –463–2463, radicado en la Oficina Asesora Jurídica bajo oficio 2022- 100-1607, remitido a través de la Subdirección de Gestión Comercial presentado por la misma interventoría y alcances remitidos mediante oficios 2022-100-2023 del 31 de agosto de 2022 y 2022-100-2503 del 18 de octubre de 2022, por los siguientes presuntos incumplimientos:

- i) La cláusula quinta modificada por el Otrosí No. 1 del contrato de concesión portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, por el pago parcial de la contraprestación.

- ii) La cláusula decima sexta – Obligaciones del el Concesionario: **16.1. Pagar la contraprestación.**

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

La **SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A.**, allegó la póliza de cumplimiento No. 3095873 Anexo 2 otorgada por **LIBERTY SEGUROS S.A.**, que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. 2022-300-3887 del 24 de noviembre de 2022, enviado al Contratista y No. 2022-300-3888 del 24 de noviembre de 2022 enviada a la compañía garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, reprogramada a solicitud del concesionario para el día el 14 de febrero de 2023 a las 09:30 AM.

V. ACTUACIÓN FUERA DE AUDIENCIA:

El día 13 de diciembre del 2022, mediante comunicación No. 2022-100-3029, la Subdirección de Gestión Comercial remitió estado de cuenta emitido por el Área de Tesorería, el día 01 de diciembre de 2022, el que se certifica que:

“(…) CORMAGDALENA ha recaudado durante el 2022 de la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE SA la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$357'671.255.00) en las siguientes fechas:

- *Aplicación del pago realizado el 1 de junio de 2022*

| APLICACIÓN DEL PAGO REALIZADO EL 1 DE JUNIO DE 2022 | | TRM | 3,776.52 |
|---|-------------------------|--------------|---------------|
| CONCEPTO | PESOS | DOLARES | SALDO |
| Abono Anualidad 2022 | \$ 33,230,037.00 | USD 8,799.12 | USD 57,864.36 |
| INTERESES DE MORA LIQUIDADOS DESDE EL 1-03-2022 AL 01/06/2022 | \$ 16,769,963.00 | | |
| TOTAL | \$ 50,000,000.00 | | |

- *Aplicación del pago realizado el 16 de noviembre de 2022*

| APLICACIÓN DEL PAGO REALIZADO EL 16 DE NOVIEMBRE DE 2022 | | TRM | 4,801.06 |
|---|--------------------------|---------------|----------|
| CONCEPTO | PESOS | DOLARES | SALDO |
| Saldo Anualidad 2022 | \$ 277,810,264.00 | USD 57,864.36 | USD 0.00 |
| INTERESES DE MORA LIQUIDADOS DESDE EL 2/06/2022 AL 16/11/2022 | \$ 29,860,991.00 | | |
| TOTAL | \$ 307,671,255.00 | | |

A la fecha la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE SA no posee deuda en virtud de la anualidad 2022 del contrato No 47 de 2011 (...)

El concesionario, a través de correo electrónico del 16 de diciembre de 2022, remitió documentos con el objetivo de demostrar el cumplimiento de las obligaciones.

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., como a la Compañía Aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., con la finalidad que tanto Contratista como Compañía Aseguradora, durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. 2022-300-3887 del 24 de noviembre de 2022, enviado al Contratista y No. 2022-300-3888 del 24 de

noviembre de 2022 enviada a la compañía garante, con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 47 del 03 de diciembre de 2011.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., en virtud del Contrato de Concesión No. 47 del 13 de diciembre de 2011, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta: 6.1. Naturaleza jurídica de la multa; 6.2. Los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente; y 6.3. El caso en concreto.

6.1. Naturaleza jurídica de la multa.

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

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

“...En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: ‘No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual’...”¹

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. C.P.: Dr. Danilo Rojas Betancourt. Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de 2011. Radicación número: 25000232600019930836501-01. En igual sentido Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala

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

“...La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo...”²

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

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

de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de febrero de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación interna 28.278; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de febrero de 2018. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(525499).

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. C.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875).

6.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. 2022-300-3887 y No. 2022-300-3888 del 24 de noviembre de 2022, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento.

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:

- 6.2.1. El día trece (13) de diciembre de 2011 CORMAGDALENA suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 047-2011 con la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., cuyo objeto es el siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA - OBJETO DEL CONTRATO: LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A. de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1. Se otorga a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público, descrita en la Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Cuarta.”

- 6.2.2. La CLAUSULA QUINTA del Contrato 047-2011 señala el valor del Contrato y de la Contraprestación de la siguiente manera:

“CLAUSULA QUINTA— De conformidad con el concepto financiero expedido por CORMAGDALENA de fecha 23 de abril de 2010, emitido por el área financiera, acogido por la Dirección Ejecutiva de CORMAGDALENA, el cual hace parte integral del presente contrato, la Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A., por concepto de uso en forma temporal y exclusiva de una zona de uso público ubicada en el Barrio Las Flores, en el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, y para un periodo de veinte (20) años, pagara al Estado la suma de CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (USD\$139.562) a valor presente, pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la firma del contrato estatal de concesión portuaria, o podrá pagar 20 cuotas de DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (USD\$16.683) pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la firma del presente contrato; las restantes, se pagaran dentro de los diez (10) primeros días de cada anualidad. El 60% le corresponde a la nación, por intermedio de CORMAGDALENA cuenta No. 08417416-8 del BBVA, y el 40% al Distrito Especial, Industrial y Portuario de la ciudad de Barranquilla. PARAGRAFO PRIMERO: El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad

concesionaria a la tasa que para el efecto fije el Gobierno Nacional para las obligaciones en moneda extranjera. De no existir, la máxima permitida por el estatuto de contratación estatal. PARAGRAFO SEGUNDO la Sociedad Portuaria deberá renunciar a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”

- 6.2.3. La CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA del Contrato de Concesión estipula la siguiente obligación a cargo del Concesionario:

“(...) 16.1. Pagar la contraprestación. (...)”

- 6.2.4. El día veintiocho (28) de octubre de 2014, CORMAGDALENA suscribió con la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A. el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión Portuaria No. 047-2011.

- 6.2.5. Dicho Otrosí en su segunda consideración indica:

“SEGUNDA: La Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A., mediante comunicación del 13 de agosto de 2013 solicitó la modificación del contrato de concesión portuaria No. 47 de 2011 con el propósito de cambiar el uso actual de la concesión de un terminal de pasajeros a un terminal multipropósito para el manejo de carga general, manteniendo el mismo plazo de la concesión actualmente en curso.”

- 6.2.6. La CLÁUSULA PRIMERA del Otrosí No. 1 modificó la CLAUSULA DECIMA del Contrato de Concesión relacionada con el valor del contrato y a la forma de pago de la contraprestación, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA. La cláusula quinta del contrato de concesión portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, quedará así: “CLÁUSULA QUINTA- VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: El valor del contrato asciende a la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (US\$ 2.838.266,62). Del valor total del contrato EL CONCESIONARIO ya pagó la suma de SESENTA Y TRES MIL CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (US\$ 63.050,53); El CONCESIONARIO, pagara la contraprestación en dieciocho (18) cuotas anticipadas, liquidadas a la tasa representativa del mercado – TRM- del día del pago, de la siguiente manera: (...)”

- 6.2.7. CONSORCIO PORTUARIO 01, en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, mediante la remisión del informe CINP – 499 –463–2463, radicado en la Oficina Asesora Jurídica bajo oficio 2022- 100-1607, remitido a través de la Subdirección de Gestión Comercial presentado por la misma interventoría y alcances remitidos mediante oficios 2022-100-2023 del 31 de agosto de 2022 y 2022-100-2503 del 18 de octubre de 2022, por los siguientes presuntos incumplimientos:

- cláusula quinta modificada por el Otrosí No. 1 del contrato de concesión portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, por el pago parcial de la contraprestación.
- La cláusula decima sexta – Obligaciones del el Concesionario: 16.1. Pagar la contraprestación.

6.2.8. El día 13 de diciembre de 2022, a través del oficio 2022-100-3029, la Subdirección de Gestión Comercial remitió estado de cuenta, emitido por la Profesional Universitario Grado 10 – Tesorera de Cormagdalena, en cual indicó que: “(...) *A la fecha la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE SA no posee deuda en virtud de la anualidad 2022 del contrato No 47 de 2011*”.

6.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, por pago parcial de la contraprestación de la anualidad del 2022.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que, para declarar la imposición de multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato No. 47 del 13 de diciembre de 2011, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de la Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A., en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se determinará si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia, por lo que se procederá a analizar el presunto incumplimiento propuesto.

6.3.1. Frente a los requerimientos para el cobro de la anualidad del 2022.

Recordemos que la Cláusula Primera del Contrato de Concesión No. 47 del 13 de diciembre de 2011, establece que: “...LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1. Se otorga a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público, descrita en la Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Cuarta (...)” (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión mencionado, modificada por el Otrosí 1 del 28 de octubre de 2014, señala que: “(...) El valor del contrato asciende a la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (US\$ 2.838.266,62). Del valor total del contrato EL CONCESIONARIO ya pagó la suma de SESENTA Y TRES MIL CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (US\$ 63.050,53); **los pagos que en adelante deberán realizarse corresponderán a los montos incorporados en el cuadro adjunto, ubicados en el ítem “Contraprestación total”**”.

| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
|--|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Vli en pesos por metro cuadrado | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 |
| Componente fijo (US\$ constantes 2013) | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 |
| Componente variable (US\$ constantes 2013) | 133,559.79 | 157,853.51 | 178,079.72 | 178,079.72 | 178,079.72 | 186,034.67 | 222,599.65 | 222,599.65 |
| Alpha aplicable | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 |
| Contraprestación anual total | 268,810 | 292,903 | 313,329 | 313,329 | 313,329 | 321,284 | 357,849 | 357,849 |

| | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | 16 |
|--|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Vli en pesos por metro cuadrado | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 | 829,059 |
| Componente fijo (US\$ constantes 2013) | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 | 135,249.71 |
| Componente variable (US\$ constantes 2013) | 222,599.65 | 267,119.58 | 267,119.58 | 291,213.30 | 315,307.02 | 315,307.02 | 315,307.02 | 339,400.74 |
| Alpha aplicable | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 1.000000 | 3.360007 | 3.360007 |
| Contraprestación anual total | 357,849 | 402,369 | 402,369 | 426,463 | 450,557 | 450,557 | 1,513,874 | 1,594,829 |

(...)” (Negritas y subrayado fuera del texto).

Así mismo, la Cláusula Décima Sexto del Contrato de Concesión No. 47 del 13 de diciembre de 2011 establece que: “**OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: (...) 16.1. Pagar la contraprestación.** (...)” (Negritas y subrayado fuera del texto)

De lo anterior es claro, que la obligación en cabeza del Concesionario es cancelar las contraprestaciones pactadas en el Contrato de Concesión No. 47 del 13 de diciembre de 2011.

De conformidad con el informe CIMP-499-463-2463, radicado en la Oficina Asesora Jurídica bajo oficio 2022-100-1607, el concesionario no ha pagado el 100% de la anualidad pendiente a CORMAGDALENA, de acuerdo con la certificación del 11 de octubre de 2022, en la cual la Profesional Universitaria Grado 10 – Tesorera certifica que: “(...) La deuda que SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A. tiene proyectada a 15 de octubre de 2022 asciende a la suma de DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MCTE (\$290'200.766), correspondiente al saldo de la anualidad 2022 (...)”

A razón de lo anterior, la Subdirección de Gestión Comercial a través de la comunicación 2022-100-3029 remitió estado de cuenta emitido por la Profesional Universitario Grado 10

– Tesorera de Cormagdalena, en cual indicó que: “(...) A la fecha la **SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE SA** no posee deuda en virtud de la anualidad 2022 del contrato No 47 de 2011”.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que, con base en el certificado remitido por la Subdirección de Gestión Comercial, se puede concluir que el cargo objeto de reproche en contra del Concesionario **ha sido actualmente superado**.

En consecuencia, y de conformidad con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo lo ya manifestado en la presente resolución, y en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, así como, las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, y lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se ORDENARÁ EL CESE Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 47 del 13 de diciembre de 2011, iniciado a la SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., por encontrarse superados los hechos que dieron origen a la actuación administrativa, conforme lo faculta el inciso d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuando dispone: **“(...) La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento (...)”**.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CESAR el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra la **SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., NIT. 900.410.384-7**, en virtud de la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 47 del 13 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ARCHIVAR las diligencias de carácter sancionatorio iniciadas contra la **SOCIEDAD PORTUARIA MARINAS DEL CARIBE S.A., NIT. 900.410.384-7**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: 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 MARINAS DEL CARIBE S.A., NIT. 900.410.384-7**, y al representante legal y/o apoderado de la compañía Garante **LIBERTY SEGUROS S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

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


ARTÍCULO QUINTO: La presente Resolución rige a partir de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los catorce (14) días del mes de febrero de 2023.



NELSON RUBEN PIÑERES SENIOR
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero – Abogada OAJ. 
Proyectó: Carmen Cecilia Meza – Abogada OAJ. 