

Resolución No. 000370

"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. 043 de 2010 suscrito entre la Sociedad Portuaria Michellmar 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 imparten y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trabamientos que pueden presentarse (...)".

Que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en relación con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, dispone que: "Las actuaciones de

quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo".

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

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

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

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 cominar 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...”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

- 2.1. El día dos (2) de Julio de 2010 CORMAGDALENA suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 043-2010 con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. (en adelante el **CONTRATO**).
- 2.2. La CLÁUSULA PRIMERA del **CONTRATO** estipula el objeto del mismo tal y como se indica a continuación:

“CLAUSULA PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1 Se otorga a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, una concesión portuaria, para el uso y goce en forma temporal y exclusiva de un sector público y la infraestructura portuaria sobre ella construida, descrita en la cláusula segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula décima de este contrato, a favor de CORMAGDALENA y del distrito de Barranquilla, o a favor y en las condiciones que determine la ley. 1.2 El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso, goce y explotación de zonas de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida pertenecientes a la Nación y la Corporación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sea destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la cláusula décima de este contrato.” (Subrayas fuera del texto)

- 2.3. La CLÁUSULA DÉCIMA del **CONTRATO** establece el valor del mismo y de la Contraprestación de la siguiente manera:

“CLAUSULA DECIMA – VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: EL VALOR DE LA CONTRAPRESTACIÓN: El solicitante deberá pagar de conformidad con los conceptos financieros Nos. 34 del 4 de julio de 2008 y 83 del 25 de junio de 2010, acogidos por la Dirección Ejecutiva de CORMAGDALENA, los cuales hacen parte integral del contrato, por la concesión de bienes de uso público e infraestructura una contraprestación, así: A- **POR BIENES DE USO PUBLICO: la Sociedad Portuaria MICHELLMARS.A, por concepto de uso, en forma temporal y exclusiva, de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, y por un periodo de veinte (20) años, pagara al estado la suma de **DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (US\$2.153.730)** a valor presente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de firma de este contrato, y liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día de pago, o podrá pagar veinte (20) cuotas de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$257.445)**, liquidadas a la tasa**

representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) primeros días del inicio de cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008.

B- POR INFRAESTRUCTURA., Atendiendo al *Inventario y avalúo del Terminal Portuario* y relacionado en el artículo Décimo Cuarto de esta resolución, y tenido en cuenta en el concepto financiero No. 83 del 25 de junio de 2010, el concesionario pagara una contraprestación adicional a la de bienes de uso público por infraestructura, de veinte cuotas de **DOS MIL SETECIENTOS CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$2.705)**, liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del correspondiente contrato; las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días del inicio de cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. El valor de la presente contraprestación por infraestructura es de **VEINTIDÓS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES (US\$22.638)**, **PARÁGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALÚO COMERCIAL.** Como en la actualidad existe infraestructura portuaria construida en el área otorgada en concesión, que se revierte a la Nación y que se entrega, la *SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMARS.A*, adjunto *Inventario y Avalúo* de dicha infraestructura que determina su valor, inventario de fecha 23 de junio de 2010, realizado por J.D Avalúos, información necesaria que se usó para fijar la contraprestación por infraestructura que cancelara el concesionario, y hace parte integral de este contrato. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad conforme a la establecida en el Estatuta General de Contratación, Ley 80 de 1993 y las normas que lo adicionen o modifiquen. La Sociedad Concesionaria renuncia a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”

- 2.4. Por su parte, la CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA del **CONTRATO** estipula la siguiente obligación a cargo de la *SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.* (en adelante el **CONCESIONARIO**):

“(...) **16.1.** Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Décima de este contrato, y la Tasa de Vigilancia que para el efecto se establezca, de acuerdo con las disposiciones vigentes y dentro de los plazos correspondientes. (...)”

- 2.5. El 2 de julio de 2010, se celebró entre **CORMAGDALENA** y el **CONCESIONARIO**, acta de entrega de bienes de uso público e infraestructura.

2.6. El dieciséis (16) de agosto de 2010, **CORMAGDALENA** suscribió con el **CONCESIONARIO**, el Otrosí No. 1 al **CONTRATO**.

2.7. Dicho Otrosí en su segunda consideración indica:

“SEGUNDA: *El día 09 de Julio de 2010 se recibió una comunicación en CORMAGDALENA por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A, en la que solicitan lo siguiente: “que el valor de la contraprestación fijada sea pagadera de manera anual vencida, toda vez que esto permite que se mantenga el valor presente establecido en el contrato, por ser valores periódicos equivalentes, es decir que se estaría pagando la financiación de cada cuota anual. Elevo esta petición, ya que como se observa en el contrato de concesión, hay inversiones que deberán adelantarse de manera inmediata para la adecuada operación del terminal portuario, por lo tanto es absolutamente conveniente que los recursos disponibles se asignen a las obras y a la programación de los desembolsos que incluirán al final del año el pago de la contraprestación. De esta forma estaremos en capacidad de dar cumplimiento a los compromisos de inversión y de pago de contraprestación, sin afectar el valor presente del contrato.”*

2.8. La CLÁUSULA PRIMERA del Otrosí No. 1 modificó la CLÁUSULA DÉCIMA del **CONTRATO**, relacionada con el valor del contrato y a la forma de pago de la contraprestación, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA PRIMERA. La cláusula décima del contrato No. 43 del 2 de julio de 2010 quedará así: **“VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: EL VALOR DE LA CONTRAPRESTACIÓN:** *El solicitante deberá pagar de conformidad con los conceptos financieros Nos. 34 del 4 de julio de 2008 y 83 del 25 de junio de 2010 y 88 del 16 de agosto de 2010, acogidos por la Dirección Ejecutiva de CORMAGDALENA, los cuales hacen parte integral del contrato, por la concesión de bienes de uso público e infraestructura una contraprestación, así: A- POR BIENES DE USO PÚBLICO: la Sociedad Portuaria MICHELLMAR S.A, por concepto de uso, en forma temporal y exclusiva, de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, y por un periodo de veinte (20) años, pagara al estado la suma de DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$2.153.730) a valor presente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de firma de este contrato, y liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día de pago, o podrá pagar veinte (20) cuotas de DOSCIENTOS OCHEENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$288.338), liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades vencidas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes*

*a la fecha de la terminación de la primera anualidad, es decir, a partir del 2 de julio de 2011, las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al finalizar cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. **B- POR INFRAESTRUCTURA.**, Atendiendo al inventario y avalúo del Terminal Portuario y relacionado en el artículo Décimo Cuarto de esta resolución, y tenido en cuenta en el concepto financiero No. 83 del 25 de junio de 2010 y 88 del 16 de agosto de 2010, el concesionario pagara una contraprestación adicional a la de bienes de uso público por infraestructura, de veinte cuotas de **TRES MIL CIENTO DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$3.112)**, liquidadas a la tasa representativa del mercado – TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades vencidas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de terminación de la primera anualidad, es decir a partir del 2 de julio de 2011, las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al finalizar cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. El valor de la presente contraprestación por infraestructura es de **VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES (US\$23.240)**. **PARÁGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALÚO COMERCIAL.** Como en la actualidad existe infraestructura portuaria construida en el área otorgada en concesión, que se revierte a la Nación y que se entrega, la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMARS.A, adjunto inventario y Avalúo de dicha infraestructura que determina su valor, inventario de fecha 23 de junio de 2010, realizado por J.D Avalúos, información necesaria que se usó para fijar la contraprestación por infraestructura que cancelara el concesionario, y hace parte integral de este contrato. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad conforme a la establecida en el Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993 y las normas que lo adicionen o modifiquen. La Sociedad Concesionaria renuncia a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”*

- 2.9. El 9 de abril de 2021 **CORMAGDALENA** y el CONSORCIO PORTUARIO 01 suscribieron el Contrato de Interventoría No. 0-208-2021 y firmaron el Acta de Inicio el dieciséis (16) de abril de 2021.
- 2.10. El CONSORCIO PORTUARIO 01, en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 043 de 2010, bajo el número oficio CINP – 499 –186–3761 de fecha 30 de septiembre de 2021, radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. 2021-100-2029 de fecha 22 de octubre de 2021 por parte de la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, y correos electrónicos de alcance de fecha 24 de febrero de 2022, 9 de febrero de 2022, 2 de diciembre de 2021, 24 de

noviembre de 2021, y 17 de noviembre de 2021, por parte de la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, puso en conocimiento de esta Oficina Asesora Jurídica el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato Concesión Portuaria No. 043 de 2010, recomendando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por los siguientes hechos.

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 043 DE 2010

- 3.1. Mediante comunicación del 9 de agosto de 2021, en desarrollo del contrato de Interventoría precitado, la **INTERVENTORÍA** remitió al **CONCESIONARIO** la comunicación No. CINP-499-101-3009, mediante la cual solicitó, entre otras, i) Copia del pago de contraprestación a **CORMAGDALENA** y al Municipio correspondiente a la vigencia 2021, esto es, anualidad 11 (Julio 2020/Julio 2021) y; ii) Acciones emprendidas por el **CONCESIONARIO** con el fin de ponerse al día con las obligaciones de contraprestación ante el Distrito de Barranquilla.
- 3.2. Mediante oficio No. 2021-300-2876 del 19 de agosto de 2021 **CORMAGDALENA** solicitó a la **INTERVENTORÍA**, validar si es procedente presentar informe de incumplimiento por el no pago de la contraprestación.
- 3.3. Teniendo en cuenta lo anterior, dicha **INTERVENTORÍA**, reiteró al **CONCESIONARIO**, la solicitud del envío de la copia del pago de contraprestación a **CORMAGDALENA** y al Distrito de Barranquilla, correspondiente a la vigencia 2021, esto es, anualidad 11 (Julio 2020/Julio 2021) a través de los comunicados : i) CINP-499-124-3195 de fecha 23 de agosto de 2021; ii) CINP-499-145-3498 de fecha 14 de septiembre de 2021; y iii) CINP-499-164-3622 de fecha 23 de septiembre de 2021.
- 3.4. Por su parte, mediante comunicado No. CE-SGC-2021-300-3197 del 15 de septiembre de 2021, **CORMAGDALENA** le indicó a la **INTERVENTORÍA** lo siguiente:

“Mediante la presente le informamos que la Corporación a través de correo electrónico de fecha del 1 de septiembre de 2021, remitió a los correos de la Interventoría recepcion@inproyectos.com y cportuario01@gmail.com estado de cuenta de las concesiones portuaria que tiene a su cargo el Interventor, con el fin que proceda con la revisión del documento e identifique si atinente presentar informe de presunto incumplimiento de las sociedades citadas en su comunicado.”

- 3.5. En el oficio citado en el anterior numeral, **CORMAGDALENA** remitió a la **INTERVENTORÍA** lo siguiente: i) Bitácora Individual para Seguimiento de Cartera; ii) Comunicación Interna No. 2021-100-1670 de 31 de agosto de 2021; iii) Comunicación interna C.I. OAJ No. 202101001389; iv) Estado de Cuenta de las concesiones portuarias que tiene a su cargo el **INTERVENTOR**.
- 3.6. Mediante oficio No. CINP-499-006-1503 de 13 de abril de 2021, la **INTERVENTORÍA** solicitó al Distrito de Barranquilla información sobre el estado de cuenta del **CONCESIONARIO** en relación con la contraprestación del **CONTRATO**. Esta solicitud fue reiterada mediante oficio No. CINP-499-035-2236 de 9 de junio de 2021.
- 3.7. A su vez, el Distrito de Barranquilla informó mediante oficio número QUILLA 21158193 del 29 de junio de 2021, que se encuentra en proceso de fiscalización.
- 3.8. Teniendo en cuenta lo anterior, la **INTERVENTORÍA** solicitó al Distrito de Barranquilla a través de comunicados CINP- 499-088-2837 de fecha 28 de julio de 2021 y CINP-499-151-3504 de fecha 14 de septiembre de 2021 el valor adeudado y las actuaciones que ha realizado para el recaudo de lo adeudado, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta.
- 3.9. A través de la comunicación interna No. 2021-100-1701 del 3 de septiembre de 2021, la Subdirección de Gestión Comercial de **CORMAGDALENA** solicitó a la Secretaría General de la misma, una certificación del estado de cuenta del **CONCESIONARIO**, frente al **CONTRATO**, con el objetivo de conocer los montos adeudados por capital, intereses de mora y actualización de IPC, indicando que:

“...Para el caso de la Sociedad Portuaria Michellmar, se requiere en la certificación los datos que adeuda de la anualidad del año 2020 (anualidad 11), con fecha límite de pago el 9 de julio de 2021, ya que actualmente está en un acuerdo de pago de anualidades de vigencias pasadas...”
- 3.10. Mediante comunicación interna No. 2021-100-1836 de 23 de septiembre de 2021 la Secretaría General de **CORMAGDALENA** remitió a la Subdirección de Gestión Comercial de la misma, como respuesta al comunicado 2021-100-1701, la certificación del Estado de Cuenta del **CONCESIONARIO**, a corte del 31 de agosto de 2021. A continuación se expone:

ESTADO DE CUENTA A 31 DE AGOSTO DE 2021 SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR SA CR 0043 DE 2010				
	ANUALIDAD 2020		ACUERDO DE PAGO	
	USD \$	COL \$	USD \$	COL \$
INTERESES MORA:	USD 0	\$ 11,695,834.00	USD 0	0
ZONA DE PLAYA:	USD 173,003	\$ 658,599,169.00	USD 1,288,148	\$ 4,762,283,042.00
INFRAESTRUCTURA:	USD 1,867	\$ 7,108,188.00	USD 13,070	\$ 48,321,269.00
VR. ACTUALIZADO IPC	USD 0	\$ 1,565,531.00	USD 0	0
MULTAS:	USD 0	0	USD 21,770	80,482,581.00
SUBTOTAL A PAGAR COL \$	USD 174,870	\$ 678,968,722.00	USD 1,322,988	\$ 4,891,086,892.00
TOTAL SALDO ACUERDO DE PAGO Y ANUALIDAD 2020 EN DOLARES Y PESOS			USD 1,497,858	\$ 5,570,055,614.00
FECHA	31-ago-21	T.R.M.	\$ 3,806.87	
TRM ACUERDO DE PAGO	15/09/2020		\$ 3,697.00	

- 3.11. Del cuadro anterior se concluye que además el CONCESIONARIO, se encuentra en cobro Coactivo el saldo de la anualidad 3 y Anualidades 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y la Multa por Incumplimiento, las cuales tienen un acuerdo de pago vigente de fecha 15 de septiembre de 2020 por valor de USD \$1.322.988, del cual ha cancelado la cuota inicial y 2 cuotas.
- 3.12. Conforme a lo indicado en el Otrosí No. 1 del **CONTRATO**, el pago por concepto de contraprestación se realizará por anualidades vencidas, dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al finalizar cada anualidad. A continuación, se presenta el resumen de los períodos correspondiente a cada una de las anualidades desde el inicio del **CONTRATO** hasta la fecha:

Cronograma de pagos SP Michellmar S.A.

Cuota	Anualidad		Año en que debe pagar	Fecha Límite de Pago ¹¹
	Inicio	Finalización		
1	2-jul-10	1-jul-11	2011	11-jul-11
2	2-jul-11	1-jul-12	2012	9-jul-12
3	2-jul-12	1-jul-13	2013	8-jul-13
4	2-jul-13	1-jul-14	2014	8-jul-14
5	2-jul-14	1-jul-15	2015	8-jul-15
6	2-jul-15	1-jul-16	2016	11-jul-16
7	2-jul-16	1-jul-17	2017	10-jul-17
8	2-jul-17	1-jul-18	2018	9-jul-18
9	2-jul-18	1-jul-19	2019	8-jul-19
10	2-jul-19	1-jul-20	2020	8-jul-20
11	2-jul-20	1-jul-21	2021	9-jul-21

Fuente: Elaboración de INTERVENTORÍA.

- 3.13. Teniendo en cuenta que al 30 de septiembre del 2021, no se cuenta con respuesta del **CONCESIONARIO** a los requerimientos realizados por la **INTERVENTORÍA**, a fin que aportara copia del pago de la contraprestación a **CORMAGDALENA** y al Municipio de Barranquilla correspondiente a la anualidad 11 (Julio 2020/Julio 2021), y de acuerdo con lo informado tanto por **CORMAGDALENA** como por el Distrito de Barranquilla en los oficios precitados, la **INTERVENTORÍA** concluye que el concesionario se encuentra incumplido en el pago de la contraprestación establecida en el **CONTRATO**.
- 3.14. Que mediante comunicación interna No. 2021-100-2244 del 24 de noviembre de 2021, la Secretaría General de CORMAGDALENA, remitió a la Subdirección de Gestión Comercial, estado de cuenta del **CONCESIONARIO** respecto del **CONTRATO**, indicando saldo de capital, intereses de mora y actualización IPC.
- 3.15. Que en dicha certificación se señala que "...La deuda que la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. tenía a 23 de noviembre de 2021 ascendía a la suma de **CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$5.367'174.359)**, los cuales corresponden al saldo de la anualidad 2012 y las anualidades 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020...", (Negrillas y subrayas fuera de texto), anexando para ello el siguiente cuadro:

ESTADO DE CUENTA A 23 DE NOVIEMBRE DE 2021 SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A CR 0043 DE 2010				
	ANUALIDAD 2020		ACUERDO DE PAGO	
	USD \$	COL \$	USD \$	COL \$
INTERESES MORA:	USD 0	\$ 6,829,820.00	USD 0	0
ZONA DE PLAYA:	USD 119,681	\$ 468,343,168.00	USD 1,288,148	\$ 4,762,283,042.00
INFRAESTRUCTURA:	USD 0	\$ -	USD 13,070	\$ 48,321,269.00
VR. ACTUALIZADO IPC	USD 0	\$ 914,479.00	USD 0	0
MULTAS:	USD 0	0	USD 21,770	80,482,581.00
SUBTOTAL A PAGAR COL \$	USD 119,681	\$ 476,087,467.00	USD 1,322,988	\$ 4,891,086,892.00
TOTAL SALDO ACUERDO DE PAGO Y ANUALIDAD 2020 EN DOLARES Y PESOS			USD 1,442,669	\$ 5,367,174,359.00
FECHA	23-nov-21	T.R.M.	\$ 3,913.26	
TRM ACUERDO DE PAGO	15-sep-20	T.R.M.	\$ 3,697.00	

- 3.16. Que mediante comunicación interna No. 2022-100-0301 del 23 de febrero de 2022, la Secretaría General de CORMAGDALENA, remitió a la Subdirección de Gestión Comercial, estado de cuenta actualizado del **CONCESIONARIO** respecto del **CONTRATO**, indicando saldo de capital, intereses de mora y actualización IPC, en virtud del saldo de la anualidad No. 2020.

- 3.17. Que en dicha certificación se señala que “...La deuda que la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. tenía a 16 de febrero de 2022 ascendía a la suma de **TRESIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$344'880.569)**”, (Negrillas y subrayas fuera de texto), tal y como se detalla a continuación en los siguientes cuadros:

**ESTADO DE CUENTA ANUALIDAD 2020
SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR SA
CR 0043 DE 2010**

ABONO ANUALIDAD 2020	\$ 333,489,660
Interés de mora liquidado del 2/12/2021 al 16/02/2022	\$ 8,528,424
Actualización con el IPC liquidado del 2/12/2021 al 16/02/2022	\$ 2,862,485
TOTAL	\$ 344,880,569
TRM 16/02/2022	\$ 3,946.88

DETALLE DE LIQUIDACION

**SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR SA
CONTRATO No 43 DE 2010**

SALDO ANUALIDAD 2020

2/12/2021	CORTE A :	SALDO ANUALIDAD 2020		VALOR ACTUALIZADO	DIAS EN MORA	% MORA
		31/12/2021	16/02/2022			
VALOR CONTRAPRESTACIÓN Z.U.P. E INFRAESTRUCTURA	84,494.50					
TRM DE LA FECHA EN QUE SE GENERA LA MORA 2/12/2021	3,953.26	2021	2022			
VALOR CONTRAPRESTACIÓN Z.U.P. E INFRAESTRUCTURA EN PESOS	334,028,735	334,470,751	336,891,220	2,862,485	77	8,528,424

- 3.18. Cómo anexo a la comunicación interna No. 2022-100-0301, se allegó una certificación expedida por la tesorería de CORMAGDALENA, en donde señaló que se celebró un acuerdo de pago el pasado 15 de septiembre de 2020 con el Concesionario, por SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE (\$6.141'509.416) pesos por las anualidades de infraestructura, zona de playa correspondientes a los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, valor IPC, Multa e intereses de mora sobre todos los conceptos. Adicional a lo anterior, se señala que dicho acuerdo de pago tiene un plazo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de suscripción, para un total de diez (10) cuotas. Así mismo se señala que la fecha de la última cuota está pactada para el 30 de

marzo de 2025. Finalmente se señaló que, al 16 de febrero de 2022, se han recibido los siguientes pagos de Sociedad Portuaria Michellmar S.A. por MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS OCIENTA Y UN PESOS M/CTE (\$1.555'144.381).

- 3.19. Que hasta el mes de abril de 2022, fue claro para esta Oficina Asesora Jurídica, que el **CONCESIONARIO**, adeuda a dicha fecha, lo correspondiente a la anualidad 11 (Julio 2020/Julio 2021), y por ende, se encontraba incumplido en el pago de la contraprestación establecida en el **CONTRATO**.

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

Se allegó la póliza de cumplimiento No. 21-44-101359162, expedida el 27 de agosto de 2021, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. 2022-300-1274 del 29 de abril de 2022 a las 16:14, enviado al Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., y No. 2022-300-1277 del 29 de abril de 2022 a las 16:26, enviado a la compañía garante SEGUROS DEL ESTADO S.A., con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 3 de junio de 2022 a las 9:00 a.m.

V. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Audiencia del 3 de junio de 2022:

El día 25 de junio de del 2022, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia y se hizo referencia a las medidas contempladas por CORMAGDALENA en consideración a la situación de emergencia sanitaria y las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno Nacional con ocasión del COVID-19, recordando a los asistentes las reglas implementadas por la Entidad para la participación virtual en diligencias.

Una vez instalada la audiencia, se le reconoció personería a la Dra. ANGÉLICA HERRERA VELÁSQUEZ para actuar como apoderada del Concesionario y al doctor JOSÉ VICENTE GUZMÁN, quien actuará en calidad de apoderado sustituto del Concesionario. Así mismo se le reconoció personería al Dr. ALEXANDER MARRUGO TILANO, para actuar en representación de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Continuando con la audiencia, se le otorgó la palabra tanto a la apoderada del Concesionario, como el apoderado de la compañía garante, quienes procedieron a rendir sus descargos en forma verbal.

Luego de lo anterior, se procedió por parte de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de su momento, al decreto de pruebas correspondiente, decretándose de oficio, prueba DOCUMENTAL DE OFICIO a cargo de la SECRETARÍA GENERAL DE CORMAGDALENA, para que certifique los ingresos relacionados por el Concesionario por pago de contraprestación portuaria del contrato de Concesión Portuaria 043 de 2010 suscrito con SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., de la anualidad 11 (Julio 2020/Julio 2021), o lo valores que hayan ingresado por este concepto en el presente año. Así mismo se decretó PRUEBA POR INFORME A CARGO DE LA SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL quien fungo como supervisión del presente contrato.

Concluido lo anterior, se señaló a los asistentes que una vez se agoté el traslado y las contradicciones a las pruebas decretadas, se informará el día y hora de reanudación de la audiencia vía correo electrónico, y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia.

Actuaciones fuera de audiencia:

Mediante comunicación interna No. 2022-100-1328 del 10 de junio de 2022, la SECRETARÍA GENERAL de la Corporación, remitió certificado con la relación de los pagos recibidos de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. por concepto de la anualidad 2020 (julio de 2020 a julio de 2021), la cual fue trasladada a los convocados mediante correo electrónico del 15 de junio de 2022.

De igual forma, mediante comunicación interna No. 2022-100-1378 del 15 de junio de 2022, la SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL de la Corporación, remitió respuesta a la prueba por informe decretada, y adjuntó certificado con la relación de los pagos recibidos de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. por concepto de la anualidad 2020 (julio de 2020 a julio de 2021), las cuales fueron trasladadas a los convocados mediante correo electrónico del 16 de junio de 2022.

Así mismo, se recibió el pasado 21 de junio de 2022 de la apoderada del Concesionario Oficio con asunto "*pronunciamiento en relación con la prueba documental de la Secretaría General de Cormagdalena de 10 de junio de 2022 y prueba por informe de la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena de 15 de junio de 2022.*", con radicado Cormagdalena No. 2022-200-2054, en cuatro (4) folios, el cual fue trasladado al apoderado del garante, mediante correo electrónico del 24 de junio de 2022.

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 MICHELLMAR S.A., como a

su garante SEGUROS DEL ESTADO 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 (en ese entonces) a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., como a la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO 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. 2022-300-1274 del 29 de abril de 2022 a las 16:13, enviado al Concesionario, y No. 2022-300-1277 del 29 de abril de 2022 a las 16:24, enviado a la compañía garante, con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 043 de 2010.

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 MICHELLMAR S.A., en virtud del Contrato de Concesión No. 043 de 2010, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (6.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (6.2); el caso en concreto (6.3); y consideraciones finales.

6.1. EL MARCO JURÍDICO

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

6.1.1. 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 compelirlo 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 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).

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 compelir 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 preaver 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.

6.1.2. La interventoría en los contratos estatales

La existencia de la interventoría en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993,

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).

en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

En efecto, dicha norma establece que *“las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”*, por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor, bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración, que ejerza directamente dicho control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, *“(...) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual...”*, sin que las labores del interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente, para lo cual se hace necesario remitirse a lo consagrado en la Ley 1474 de 2011.

De acuerdo con lo expuesto, el interventor adelanta básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista.

Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que *“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”*, que *“Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias”* y además, que *“ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”*, es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

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

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

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

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

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

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria...³

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

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037/03. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

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

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado:

“...El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátese de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que esténdolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación...”⁴

6.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de la audiencia dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. 2022-300-1274 del 29 de abril de 2022 a las 16:13, enviado al Concesionario, y No. 2022-300-1277 del 29 de abril de 2022 a las 16:24, enviado a la compañía garante, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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

⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954- 01(18082).

6.2.1. El día dos (2) de Julio de 2010 CORMAGDALENA suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 043-2010 con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

6.2.2. La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto:

“CLAUSULA PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1 Se otorga a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, una concesión portuaria, para el uso y goce en forma temporal y exclusiva de un sector público y la infraestructura portuaria sobre ella construida, descrita en la cláusula segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula décima de este contrato, a favor de CORMAGDALENA y del distrito de Barranquilla, o a favor y en las condiciones que determine la ley. 1.2 El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso, goce y explotación de zonas de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida pertenecientes a la Nación y la Corporación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sea destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la cláusula décima de este contrato.” (Subrayas fuera del texto)

6.2.3. La CLÁUSULA DÉCIMA del Contrato de Concesión, establece el valor del mismo y de la Contraprestación de la siguiente manera:

“CLAUSULA DECIMA – VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: EL VALOR DE LA CONTRAPRESTACIÓN: El solicitante deberá pagar de conformidad con los conceptos financieros Nos. 34 del 4 de julio de 2008 y 83 del 25 de junio de 2010, acogidos por la Dirección Ejecutiva de CORMAGDALENA, los cuales hacen parte integral del contrato, por la concesión de bienes de uso público e infraestructura una contraprestación, así: A- POR BIENES DE USO PÚBLICO: la Sociedad Portuaria MICHELLMARS.A, por concepto de uso, en forma temporal y exclusiva, de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, y por un periodo de veinte (20) años, pagara al estado la suma de **DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (US\$2.153.730) a valor presente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de firma de este contrato, y liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día de pago, o podrá pagar veinte (20) cuotas de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE****

NORTEAMÉRICA (US\$257.445), liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) primeros días del inicio de cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. **B- POR INFRAESTRUCTURA.**, Atendiendo al *Inventario y avalúo del Terminal Portuario* y relacionado en el artículo Décimo Cuarto de esta resolución, y tenido en cuenta en el concepto financiero No. 83 del 25 de junio de 2010, el concesionario pagara una contraprestación adicional a la de bienes de uso público por infraestructura, de veinte cuotas de **DOS MIL SETECIENTOS CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$2.705)**, liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del correspondiente contrato; las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días del inicio de cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. El valor de la presente contraprestación por infraestructura es de **VEINTIDÓS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES (US\$22.638)**, **PARÁGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALÚO COMERCIAL.** Como en la actualidad existe infraestructura portuaria construida en el área otorgada en concesión, que se revierte a la Nación y que se entrega, la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMARS.A**, adjunto *Inventario y Avalúo* de dicha infraestructura que determina su valor, inventario de fecha 23 de junio de 2010, realizado por J.D Avalúos, información necesaria que se usó para fijar la contraprestación por infraestructura que cancelara el concesionario, y hace parte integral de este contrato. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad conforme a la establecida en el Estatuta General de Contratación, Ley 80 de 1993 y las normas que lo adicionen o modifiquen. La Sociedad Concesionaria renuncia a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”

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

“(...) **16.1.** Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Décima de este contrato, y la Tasa de Vigilancia que para el efecto se establezca, de acuerdo con las disposiciones vigentes y dentro de los plazos correspondientes. (...)”

6.2.5. El 2 de julio de 2010, se celebró entre CORMAGDALENA y el Concesionario, acta de entrega de bienes de uso público e infraestructura.

6.2.6. El dieciséis (16) de agosto de 2010, CORMAGDALENA suscribió con el Concesionario, el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión.

6.2.7. En dicho Otrosí en su segunda consideración indica:

“SEGUNDA: *El día 09 de Julio de 2010 se recibió una comunicación en CORMAGDALENA por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A, en la que solicitan lo siguiente: “que el valor de la contraprestación fijada sea pagadera de manera anual vencida, toda vez que esto permite que se mantenga el valor presente establecido en el contrato, por ser valores periódicos equivalentes, es decir que se estaría pagando la financiación de cada cuota anual. Elevo esta petición, ya que como se observa en el contrato de concesión, hay inversiones que deberán adelantarse de manera inmediata para la adecuada operación del terminal portuario, por lo tanto es absolutamente conveniente que los recursos disponibles se asignen a las obras y a la programación de los desembolsos que incluirán al final del año el pago de la contraprestación. De esta forma estaremos en capacidad de dar cumplimiento a los compromisos de inversión y de pago de contraprestación, sin afectar el valor presente del contrato.”*

6.2.8. La CLÁUSULA PRIMERA del Otrosí No. 1 modificó la CLÁUSULA DÉCIMA 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 décima del contrato No. 43 del 2 de julio de 2010 quedará así: “**VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: EL VALOR DE LA CONTRAPRESTACIÓN:** El solicitante deberá pagar de conformidad con los conceptos financieros Nos. 34 del 4 de julio de 2008 y 83 del 25 de junio de 2010 y 88 del 16 de agosto de 2010, acogidos por la Dirección Ejecutiva de CORMAGDALENA, los cuales hacen parte integral del contrato, por la concesión de bienes de uso público e infraestructura una contraprestación, así: **A- POR BIENES DE USO PUBLICO:** la Sociedad Portuaria MICHELLMAR S.A, por concepto de uso, en forma temporal y exclusiva, de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, y por un periodo de veinte (20) años, pagara al estado la suma de **DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$2.153.730)** a valor presente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de firma de este contrato, y liquidadas a la tasa representativa del

mercado –TRM- del día de pago, o podrá pagar veinte (20) cuotas de **DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$288.338)**, liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades vencidas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la terminación de la primera anualidad, es decir, a partir del 2 de julio de 2011, las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al finalizar cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. **B- POR INFRAESTRUCTURA.**, Atendiendo al *Inventario y avalúo del Terminal Portuario y relacionado en el artículo Décimo Cuarto de esta resolución, y tenido en cuenta en el concepto financiero No. 83 del 25 de junio de 2010 y 88 del 16 de agosto de 2010, el concesionario pagara una contraprestación adicional a la de bienes de uso público por infraestructura, de veinte cuotas de TRES MIL CIENTO DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$3.112), liquidadas a la tasa representativa del mercado – TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades vencidas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de terminación de la primera anualidad, es decir a partir del 2 de julio de 2011, las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al finalizar cada anualidad. El 60% le corresponde a CORMAGDALENA, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. El valor de la presente contraprestación por infraestructura es de VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES (US\$23.240).*

PARÁGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALÚO COMERCIAL. Como en la actualidad existe infraestructura portuaria construida en el área otorgada en concesión, que se revierte a la Nación y que se entrega, la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMARS.A, adjunto *Inventario y Avalúo de dicha infraestructura que determina su valor, inventario de fecha 23 de junio de 2010, realizado por J.D Avalúos, información necesaria que se usó para fijar la contraprestación por infraestructura que cancelara el concesionario, y hace parte integral de este contrato.* **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad conforme a la establecida en el Estatuta General de Contratación, Ley 80 de 1993 y las normas que lo adicionen o modifiquen. La Sociedad Concesionaria renuncia a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”

6.2.9. El 9 de abril de 2021 **CORMAGDALENA** y el CONSORCIO PORTUARIO 01 suscribieron el Contrato de Interventoría No. 0-208-2021 y firmaron el Acta de Inicio el dieciséis (16) de abril de 2021.

6.2.10. El 15 de junio de 2022, la Subdirección de Gestión Comercial de **CORMAGDALENA**, informó mediante Comunicación Interna No. 2022-100-1378, que la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., “...canceló su obligación dineraria correspondiente a la anualidad 2020. Como consta en certificado de estado de cuenta del 10 de junio de 2022, emitido por la secretaría General de Cormagdalena...”, y por tanto “...no persiste el presunto incumplimiento de la obligación dineraria correspondiente a la anualidad 2020 del contrato de concesión portuaria 043 de 2010...”.

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. 043 de 2010, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

“...La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. se encuentra presuntamente incumplida con el pago de la contraprestación No. 11, pactada en el Contrato de Concesión No. 043 de 2010, y en consecuencia, es procedente imponer la multa de que trata el numeral 20.7 de la Cláusula Vigésima del mismo...”

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. 043 de 2010, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar 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 No. 11.

Recordemos que la Cláusula Primera del Contrato de Concesión No. 043 de 2010, establece que: “...LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. de una concesión portuaria (...) a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula décima de este contrato, a favor de CORMAGDALENA y del distrito de Barranquilla...” (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Cláusula Décima del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 señala que: “...VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: EL VALOR DE LA CONTRAPRESTACIÓN: El solicitante deberá pagar (...), por la cesión de bienes de uso público e infraestructura una contraprestación...” (Negrillas y subrayado fuera del texto)

Así mismo, la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 establece que: "...16.1. **Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Décima de este contrato**, (...) de acuerdo con las disposiciones vigentes y **dentro de los plazos correspondientes**..." (Negrillas y subrayado fuera del texto)

De lo anterior se claro, que la obligación en cabeza del Concesionario es cancelar las contraprestaciones pactadas en el Contrato de Concesión No. 043 de 2010, en el debido tiempo para ello.

A razón de lo anterior, la apoderada del Concesionario señaló en sus descargos que:

"...De conformidad con lo establecido por **CORMAGDALENA** en el escrito de cargos, respecto a que **MICHELLMAR** adeuda lo correspondiente a la anualidad número 11 (Julio 2020/Julio 2021) de la contraprestación portuaria¹, la cual asciende según certificación de la Subdirección Comercial a **TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOSCIENTOS OCHENTA MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$344.880.569)**, es preciso señalar que existe cesación de la situación de incumplimiento a la luz de lo señalado en el literal d)² del artículo 860 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que el concesionario **MICHELLMAR**, pagó dichas sumas de la siguiente manera, teniendo en cuenta la liquidación oficial enviada por la funcionaria Lina María Velandia Ríos el día 1º de junio de 2022 [Anexo No 5o].

CONCEPTO	VALOR	FECHA DE PAGO
CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA 2021 (CUOTA 11)	\$ 117.327.147 ³ [Anexo N°2]	30 DE MARZO DE 2022 (Notificada a Kelly Mier Herrera del área contable y financiera de CORMAGDALENA [Anexo N°1])
CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA 2021 (CUOTA 11) EXCEDENTE	\$226.458.415 ⁴ • \$185.992.585 • \$40.465.830 [Anexo N°3 y 4]	1º DE JUNIO DE 2022
TOTAL		\$ 343.785.562

Por lo tanto, considerando que el pago es uno de los modos de extinguir la obligación establecidos en la ley, no existen fundamentos jurídicos para seguir con la presente investigación administrativa..."

Así las cosas, y teniendo en cuenta las pruebas decretadas en Audiencia del 3 de junio de 2022, se recibió el pasado 15 de junio de 2022, por parte de la Subdirección de Gestión Comercial de **CORMAGDALENA**, Comunicación Interna No. 2022-100-1378, en donde señala que:

"...1. ¿El presunto incumplimiento endilgado dentro de los oficios de citación No. 2022-300- 1274 del 29 de abril de 2022 a las 16:13, enviado al Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., y No. 2022-300-1277 del 29 de abril de 2022 a las 16:24, enviado a la compañía garante SEGUROS DEL ESTADO S.A.,

esto es, “PRESUNTO INCUMPLIMIENTO RESPECTO AL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 043 DE 2010”, los cuales están basados en el informe presentado por la interventoría, persiste o no?

R/ Respecto de la pregunta si persiste o no el presunto incumplimiento de la obligación indicada en los oficios 2022-300-1274 del 29 de abril de 2022 y No. 2022-300-1277 del 29 de abril de 2022, esta subdirección se permite informar que la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. canceló su obligación dineraria correspondiente a la anualidad 2020. Como consta en certificado de estado de cuenta del 10 de junio de 2022, emitido por la secretaría General de Cormagdalena.

2. ¿En caso de persistir, sobre qué obligaciones continua? En cualquier caso, explique el motivo de sus razones.

R/ Como se indicó en la respuesta anterior, no persiste el presunto incumplimiento de la obligación dineraria correspondiente a la anualidad 2020 del contrato de concesión portuaria 043 de 2010.

3. ¿Manifieste que conocimiento tiene sobre los hechos, actuaciones, datos y circunstancias planteadas por él contratista y la aseguradora del mismo, dentro de los descargos rendidos en el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en su contra? En cualquier caso, explique el motivo de sus razones.

R/ Se manifiesta que la Corporación tuvo conocimiento de los pagos realizados por la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. el 3 de junio de 2022 día en el cual se reflejaron los pagos concernientes a la anualidad 2020 correspondientes a la obligación dineraria del contrato de concesión 043 de 2010. A lo que se reitera que el incumplimiento no persiste como se indicó anteriormente...” (Negrillas y subrayado fuera del texto)

Así mismo, la Secretaría General de Cormagdalena, en atención a la solicitud de prueba documental decretada de oficio (Comunicación Interna No 2022-100-1264 del 6 de junio de 2022), allegó a esta Oficina Asesora Jurídica, mediante Comunicación Interna No 2022-100-1328 del 10 de junio de 2022, certificado con la relación de los pagos recibidos de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. por concepto de la anualidad 2020 (julio de 2020 a julio de 2021), en donde señala que:

“...A diez (10) de junio de 2022, hemos recibido de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. por concepto de la anualidad No 2020 los siguientes pagos, los cuales fueron aplicados tal como se detalla a continuación:

APLICACIÓN DEL PAGO 8/10/2021

CONCEPTOS	VALORES EN PESOS	VALORES EN DÓLARES	SALDO PENDIENTE	TRM DIA DE PAGO
ABONO ANUALIDAD 2020	\$ 208,196,904	USD 55,188.92	USD 119,681.08	3772.44
Interés de mora liquidado del 10/07/2021 al 8/10/2021 de 2021	\$ 20,115,108			
Actualización con el IPC liquidado del 10/07/2021 al 8/10/2021 de 2021	\$ 2,687,988			
TOTAL	\$ 231,000,000	USD 55,188.92		

APLICACIÓN DEL PAGO 1/12/2021

CONCEPTOS	VALORES EN PESOS	VALORES EN DÓLARES	SALDO PENDIENTE	TRM DIA DE PAGO
ABONO ANUALIDAD 2020	\$ 140,906,044	USD 35,186.57	USD 84,494.50	4004.54
Interés de mora liquidado del 9/10/2021 al 1/12/2021	\$ 8,020,438			
Actualización con el IPC liquidado del 9/10/2021 al 1/12/2021	\$ 1,073,518			
TOTAL	\$ 150,000,000	USD 35,186.57		

APLICACIÓN DEL PAGO 30/03/2022

CONCEPTOS	VALORES EN PESOS	VALORES EN DÓLARES	SALDO PENDIENTE	TRM DIA DE PAGO
ABONO ANUALIDAD 2020	\$ 99,036,775	USD 26,297.88	USD 58,196.62	3765.96
Interés de mora liquidado del 2/12/2021 al 30/03/2022	\$ 13,284,915			
Actualización con el IPC liquidado del 2/12/2021 al 30-03-2022	\$ 5,025,457			
TOTAL	\$ 117,327,147	USD 26,297.88		

APLICACIÓN DEL PAGO 1/06/2022

CONCEPTOS	VALORES EN PESOS	VALORES EN DÓLARES	SALDO PENDIENTE	TRM DIA DE PAGO
SALDO ANUALIDAD 2020	\$ 219,780,699	USD 58,196.62	USD 0.00	3,776.52
Interés de mora liquidado del 31/03/2022 al 1/06/2022	\$ 4,561,799			
Actualización con el IPC liquidado del 31/03/2022 al 1/06/2022	\$ 2,115,917			

A la fecha, la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. no posee deuda por concepto de la anualidad 2020...” (Negrillas y subrayado fuera del texto)

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en los descargos señalados por la apoderada del concesionario, coadyuvados por el apoderado del Garante, así como en las comunicaciones internas remitidas tanto por la Secretaría General, como por la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, antes citadas, 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. 043 DE 2010, iniciado a la Sociedad Portuaria SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR 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 MICHELLMAR S.A., NIT. 900.162.452 – 5**, en virtud de la suscripción del Concesión Portuaria No. 043 de 2010, 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 MICHELLMAR S.A., NIT. 900.162.452 – 5**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

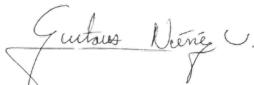
ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., NIT. 900.162.452 – 5**, y al representante legal y/o apoderado de la compañía Garante **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, 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 cinco (5) días del mes de diciembre de 2022.



GUSTAVO ALFREDO NUÑEZ VIVERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero – Abogada OAJ. 
Proyectó: Cristhian Urrego – Abogado OAJ
Aprobó: Gustavo Núñez – Jefe OAJ