

RESOLUCIÓN No. 00205
15 DE JULIO 2021

“Por la cual se declara la cesación y archivo del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto grave incumplimiento de las Obligaciones y Caducidad del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

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

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

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

Que el Artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece con relación a la caducidad de los contratos estatales lo siguiente: "*De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento."

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 (...)"

La resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena –

CORMAGDALENA- delega en el Jefe de la Oficina Jurídica “el respectivo inicio al trámite de los procesos de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento de qué trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los contratos, incluyendo el periodo probatorio y adopción de la decisión de fondo, esto es la suscripción del respectivo oficio de citación, recepción de descargos, período probatorio, nulidades, saneamientos, adopción de la decisión y el correspondiente recurso de reposición cuando haya lugar (...)”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

1. La Superintendencia General de Puertos, ahora Superintendencia de Puerto y Transporte, con la expedición de la resolución 1183 de 1994 homologó la autorización portuaria otorgada por la DIMAR a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. en C. La homologación es concedida por un término de 20 años, la cual finalizó el día 05 de julio de 2008.
2. Mediante Resolución 211 del 05 de febrero de 2004 el Ministerio de Transporte cede a CORMAGDALENA los derechos y obligaciones, derivados del contrato de concesión portuaria suscrito por la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S.
3. Mediante Decreto 5748 del 20 de diciembre de 2007, expedido por el Ministerio de Transporte, mediante el cual se determinó el procedimiento y las condiciones que permitían la autorización temporal para el uso público y/o infraestructura de propiedad de la Nación para la actividad Portuaria.
4. CORMAGDALENA, otorgó mediante Resolución Nro. 000162 del 01 de julio de 2008, una autorización temporal a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S., para continuar con el uso de las zonas homologadas a favor de la mencionada Sociedad.
5. El término de la autorización temporal finalizó el día 05 de julio de 2009, no obstante, mediante Resolución No. 211 del 03 de julio de 2009, expedida por CORMAGDALENA; fue prorrogada la autorización por un año más, finalizando el 05 de julio de 2010.
6. Mediante comunicado 2008002647 del 27 de junio de 2008, la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. solicitó a CORMAGDALENA, una concesión portuaria para la ocupación, en forma temporal y exclusiva, del área de la ribera occidental del Río Magdalena, la cual ha venido ocupando de conformidad con los actos anteriormente descritos.
7. Mediante Resolución Nro. 000137 del 25 de mayo de 2010, se aprueba una concesión portuaria a la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S.
8. Conforme lo establecido en el numeral 2 y 20 del Artículo 5 de la Ley 1 de 1991 la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. pasa a ser SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
9. Se expide Resolución Nro. 165 del 29 de junio de 2010, por medio de la cual se otorga una Concesión Portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
10. Se firma el contrato de concesión portuaria el día 02 de julio de 2010 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., con el número de contrato de concesión portuaria 43-2010.
11. Mediante Otrosí Nro. 1 del 16 de agosto de 2010, se modificó la Cláusula Decima del Contrato de Concesión Portuaria Nro. 034 de 2010, la cual hace referencia al “Valor del contrato y forma de pago de la contraprestación”.

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DEL PRESUNTO GRAVE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 043 DE 2010 Y PRUEBAS

Mediante Comunicación Interna No. 201901000458 del 15 de marzo de 2019, el doctor LUCAS ARIZA BUITRAGO – Subdirector de Gestión Comercial, en calidad de supervisor del contrato de concesión portuaria No. 043 de 2010, señaló:

“A continuación, se enlistan las obligaciones contractuales presuntamente incumplidas por el interventor, a saber:

*“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, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso 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 el 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 concesionada del uso y explotación de zonas de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida perteneciente 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.**” (resaltado en negrilla fuera de texto)*

De lo antes indicado se indica que el pago de la contraprestación es parte esencial del contrato de concesión portuaria, el incumplimiento del no pago de forma reiterada del contrato de concesión podría afectar el equilibrio económico del contrato de concesión, así mismo en la Cláusula Decima sexta se indica:

*“(…) 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 (…)” (resaltado en negrilla fuera de texto)*

El 16 de agosto de 2010 Cormagdalena suscribió con la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., Otrosí No. 1 al contrato de Concesión Portuaria No. 43 de 2010, la cual modifico la Cláusula Decima del contrato de concesión, la cual hace referencia al “Valor del contrato y forma de pago de la contraprestación”.

Mediante Resolución 269 de 02 de octubre de 2017, Mediante Resolución 269 de 02 de octubre de 2017, se declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del contrato de Concesión Nro. 043 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., se impone multa de VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS USD (21,769.70), a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. correspondiente al incumplimiento del no pago de la contraprestación de las anualidades 3, 4, 5 y 6, del Contrato de Concesión Portuaria Nro. 034 de 2010.

Mediante Resolución 000301 de 23 de octubre de 2017, se resuelve recurso de reposición interpuesta por la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. y la Compañía aseguradora Seguros del Estado S.A. y se confirma todo lo dispuesto en la Resolución No. 00269 de 2017.

En estado de cuenta de fecha 31 de enero de 2019, emitido por el área de tesorería de Cormagdalena, se evidencia que la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. tiene vencida la anualidad No. 7 y 8 que comprende a los periodos de la anualidad 7 del 08 julio de 2016 al 07 de julio de 2017 y de la anualidad 8 del 08 julio de 2017 al 07 de julio de 2018, adicionalmente dicha Sociedad no ha pagado las anualidades 3, 4, 5 y 6.

Con base en los hechos y antecedentes citados, esta Oficina Asesora Jurídica a través de los oficios No. CE-OAJ-201903000727 del 15 de marzo de 2019, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-201903000728 del 15 de marzo de 2019, enviado a la Compañía Garante, citó la instalación del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento consistente en:

1. La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, se encuentra en mora del pago de la contraprestación de las anualidades 3, 4, 5, 6, 7 y 8. Con base estado de cuenta del 31 de enero de 2019 presentada por el área de tesorería de la Corporación, el valor adeudado corresponde a CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS (COP\$4.868.402.182).

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.

LA SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., allegó la póliza de cumplimiento No. 21-44-101219536, expedida por Seguros del Estado S.A. que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE-OAJ-201903000727 del 15 de marzo de 2019, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-201903000728 del 15 de marzo de 2019, enviado a la Compañía Garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 09 de abril de 2019 a las 10:00 A.M.

V. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Audiencia del 09 de abril del 2019

El día 09 de abril del 2019, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia, se le reconoció personería a la doctora ANGELICA HERRERA para actuar como apoderada del Concesionario. Así mismo, se le reconoció personería al doctor ALEXANDER MARRUGO como apoderado de la Compañía Aseguradora.

Continuando con la audiencia, previo a presentar los descargos la apoderada del Concesionario solicitó la suspensión de la audiencia, poniendo de presente la presentación de una propuesta de acuerdo de pago, la cual se encontraba en estudio por parte del área encargada de CORMAGDALENA y que en caso de ser aprobada, daría como consecuencia

la superación de los hechos que motivaron la presente actuación. El abogado de la Aseguradora, coadyuvó la solicitud del Concesionario.

En atención a la solicitud, se procedió a suspender la audiencia fijando fecha de continuación para el día 31 de mayo de 2019.

Audiencia del 31 de mayo del 2019

Continuando con la audiencia, se le reconoció personería al abogado LUIS MIGUEL BENÍTEZ para actuar en la audiencia como apoderado especial del Concesionario, y comoquiera que en la sesión anterior no se rindieron los descargos por la solicitud de suspensión, se concedió la palabra al apoderado del Concesionario para que presentara los argumentos de defensa, quien expuso:

“Cesación de la situación de incumplimiento de MICHELLMAR

- 1. De conformidad con lo previsto por el literal D) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, CORMAGDALENA "podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento". Pues bien, al respecto, es preciso poner de presente que MICHELLMAR sometió a consideración de CORMAGDALENA una propuesta de pago que permitiría cesar la situación de incumplimiento en la que se encuentra el concesionario. Sin embargo, la aprobación del mismo, es un asunto que está a cargo exclusivamente de CORMAGDALENA (Área de Gestión Comercial) y que se encuentra pendiente de aceptación pues actualmente está bajo estudio de la entidad.*
- 2. En efecto, es preciso recordar que el 14 de mayo de 2019, MICHELLMAR presentó ante el Director de CORMAGDALENA una propuesta de pago para cancelar la totalidad de las sumas adeudadas a la fecha por concepto de contraprestación portuaria en el marco de ejecución del Contrato de Concesión N. 043 de 2010. En verdad, de acuerdo con el documento en mención, MICHELLMAR propone cancelar un valor equivalente a COP\$4.998.681.098 que corresponde a las vigencias 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 Junto con los intereses y multas respectivamente. Para esos efectos, Michael García, en calidad de gerente de MICHELLMAR ha dispuesto un plan de pagos para cancelar en favor de CORMAGDALENA las anualidades pendientes de pago en ocho (8) cuotas y dentro de un periodo comprendido entre el 30 de junio de 2019 y el 30 de diciembre de 2022.*
- 3. Así, una vez realizado el último pago debido por MICHELLMAR, siguiendo el plan de pagos en mención, cesaría la situación de incumplimiento que ocasionó la apertura de la presente investigación. Cumplido con lo anterior, CORMAGDALENA deberá dar aplicación a lo señalado en el citado literal d) del artículo 86 de la Ley 1424 de 2011 para cerrar la presente investigación. Sin embargo, como se anotó, el cese de la situación de incumplimiento de MICHELLMAR no ha podido acreditarse en la medida que CORMAGDALENA no ha dado trámite a las propuestas de pago presentadas por el concesionario y/o no ha comunicado de forma oportuna las observaciones a la misma según se explica más adelante.*

B. Suspensión de la audiencia

1. De conformidad con lo previsto por el citado literal d) del artículo 86 de la Ley 1424 de 2011, “[e]n cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, **o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa [...]**”. (destacado fuera de texto).
2. Pues bien, es precisamente una “razón debidamente sustentada” la existencia de una propuesta de pago de MICHELLMAR que permite al concesionario cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, incluyendo intereses y multas. Así mismo, la aprobación del acuerdo, cuyo contenido y alcance además ha tratado de ser previamente concertado con CORMAGDALENA, es un requisito necesario “para el correcto desarrollo de la actuación administrativa” por cuanto su aprobación tendría la contundencia de generar la terminación de la presente actuación.
3. De modo que, naturalmente, es indispensable que CORMAGDALENA, coordine internamente entre sus dependencias (Área de Gestión Comercial y Oficina Jurídica), la manera de estudiar y lograr un acuerdo final de pago con MICHELLMAR, y no trasladar al concesionario esta carga interna de coordinación entre dependencias, pues el ánimo de MICHELLMAR es el de lograr suscribir el referido acuerdo de pago.
4. Además, no puede perderse de vista que no resulta ajustado a los principios que rigen las actuaciones y procedimientos administrativos, el hecho de que teniendo CORMAGDALENA la posibilidad de dar por terminada la presente actuación con la aprobación de un acuerdo de pago, la entidad resuelva en su lugar seguir adelante con las demás etapas de la investigación aun cuando existe un ánimo evidente entre las partes en resolver la controversia de manera anticipada, evitando así el desgaste de la administración. Lo anterior, esta incluso en línea, en particular, con los principios de economía y celeridad previstos en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011
5. Así mismo, es relevante destacar que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 “[e]l debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales” Así mismo, por virtud de esta misma disposición a sanción debe estar precedida de la audiencia del afectado “que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista” (destacado fuera de texto). De modo que, el estudio y el pronunciamiento que emita CORMAGDALENA rente la propuesta de pago presentada por MICHELLMAR, constituye precisamente un “procedimiento mínimo encaminado a paralizar el debido proceso que le asiste a MICHELLMAR. De ahí la importancia de conocer la posición de la entidad frente a la propuesta del concesionario de forma oportuna con miras a evaluar, si es del caso, los ajustes que resulten necesarios para la suscripción del acuerdo en mención

C. Acerca de las observaciones de CORMAGDALENA a la propuesta de pago

1. *Ahora bien, sólo hasta el día de hoy, durante la celebración de la audiencia programada para el día de hoy, se tuvo conocimiento, de forma verbal, acerca de unas observaciones presentadas por el Subdirector de Gestión Comercial de CORMAGDALENA frente a la propuesta de pago de MICHELLMAR. Pues bien, una vez revisado el documento se pudo comprobar que esta respuesta fue recibida, de forma oficial, el día 30 de mayo de 2019 –esto es, un día antes de la audiencia programada por el Despacho- por parte de la vigilancia de MICHELLMAR y finalizando la jornada laboral, alrededor de las 18:00 p.m. Es decir que, las anteriores observaciones al acuerdo de pago no fueron conocidas de forma oportuna por parte de MICHELLMAR antes de la celebración de la audiencia programada para el día de hoy.*
2. *En todo caso, frente a las observaciones de CORMAGDALENA, destinadas a que se modifique la propuesta de pago de MICHELLMAR, es preciso manifestar lo siguiente:*
 - a. *“Actualizar el monto de la deuda que tiene la Corporación, toda vez que el Área de Tesorería de Cormagdalena realizó la actualización de la deuda a corte del 22 de mayo de 2019 y el valor adeudado es de \$5.176.490.684 COP, por consiguiente, se requiere ajustar los montos de las cuotas presentadas”. **Respuesta:** MICHELLMAR está en disposición de actualizar los valores debidos y de ajustar las cuotas de conformidad con el valor ajustado.*
 - b. *"Como condición para suscribir el acuerdo de pago el primer desembolso deberá realizarse antes del 30 de junio de 2019 Respuesta: Por razones de flujo de caja el pago de la primera cuota solo es posible realizarlo en la fecha previamente concertada. Con relación al acuerdo de pago presentado, deberá incluir una nota en la cual se indique que el Concesionario se comprometerá a constituir una garantía que respalde el pago del acuerdo de pago que suscriban las partes **Respuesta:** Con respecto a la garantía es preciso señalar que la ejecución del Contrato de Concesión N.º 043 de 2010 el cual es titular MICHELLMAR ya se encuentra amparado con una póliza de Cumplimiento que se hará efectiva una vez se cumplan los presupuestos para su exigencia.*
 - c. *De modo que, resulta inadecuado presentar una doble caución con el mismo propósito. En su lugar, MICHELLMAR remitió a CORMAGDALENA una certificación expedida por Inverfin Group S.A.S. en la que el Gerente General de esta compañía certifica que Michael García (Gerente de MICHELLMAR) "tiene aprobado con esta compañía un cupo de crédito vigente y disponible por valor de TRES MIL MILLONES DE PESOS M/L (3.000.000.000), para libre inversión". De modo que, tanto la póliza como la certificación enmención son elementos de juicio que ofrecen garantía del pago ofrecido por MICHELLMAR para dar por culminado la investigación de la referencia.*
3. *Lo anterior da cuenta, precisamente, de la necesidad de que CORMAGDALENA coordine internamente, entre sus dependencias, la revisión de la propuesta de pago presentada por MICHELLMAR. Se reitera que el concesionario tiene la intención y la disposición de lograr un acuerdo con la administración que permita pagar las sumas debidas por concepto de contraprestación portuaria y que*

ocasionaron la apertura de la presente investigación administrativa con el fin de poder cerrarla y darle continuidad a la ejecución normal del contrato de concesión.

D. Pruebas

Con el debido respeto solicito a este Despacho se sirva tener como pruebas los siguientes documentos que se aportan en físico:

- 1. Las documentales que obran en el expediente.*
- 2. Las propuestas de pago presentadas por MICHELLMAR y las observaciones, comunicaciones y/o respuestas de CORMAGDALENA.*
- 3. La póliza de cumplimiento que hace parte del Contrato de Concesión N. 043 de 2010.*
- 4. La certificación expedida por Inverfin Group SA.S. del 20 de mayo de 2019.*

En todo caso, MICHELLMAR Se reserva el derecho a pedir pruebas dentro de la etapa procesal correspondiente.

E. Solicitudes

De conformidad con lo expresado anteriormente y de la manera más respetuosa, solicito a este Despacho lo siguiente:

- 1. Que se apruebe la propuesta de pago presentada por CORMAGDALENA y que por esa vía se dé por terminada la investigación de la referencia en aplicación de lo previsto por el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.*
- 2. En subsidio de lo anterior, que se sirva suspender la presente actuación hasta tanto CORMAGDALENA estudie el mérito de la propuesta de pago presentada por MICHELLMAR. Lo anterior, toda vez que un acuerdo satisfactorio entre las partes que intervienen en la presente actuación tiene la contundencia de cesar la situación de incumplimiento y de terminar la investigación de la referencia en aplicación de lo previsto por el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.*

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

Concluida la intervención por parte de los apoderados y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 08 de julio de 2019.

Audiencia del 08 de julio de 2019

En la sesión de audiencia llevada a cabo el día 14 de junio de 2019 se dio apertura al periodo probatorio, incorporando las pruebas documentales aportadas por el Concesionario.

Adicionalmente, este Despacho decretó de oficio una prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial, en el cual se sirviera indicar a esta Oficina Asesora

Jurídica el estado de la solicitud del acuerdo de pago presentado por el Concesionario Sociedad Portuaria Michellmar S.A.

Una vez incorporadas las pruebas documentales, y decretada la prueba por informe, se suspendió la audiencia.

Audiencia del 27 de agosto de 2019

Encontrándose la actuación en la etapa de pruebas, y teniendo en cuenta la negociación que se encontraba adelantando la entidad con el Concesionario para convenir un acuerdo de pago, procedió esta Oficina Asesora Jurídica a incorporar los diferentes documentos cruzados entre la Entidad y el Concesionario consistente en 28 folios útiles.

De estos, se corrió traslado a los citados por el término de tres (3) días para que se pronunciaran.

Una vez incorporados los documentos, se suspendió la audiencia con el fin de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa, informando que se reanudaría la audiencia con el objetivo de incorporar las manifestaciones de los convocados, cerrar el periodo probatorio y proceder con los alegatos finales.

Actuaciones por fuera de audiencia

Por solicitud del Concesionario, Compañía aseguradora y las áreas de Cormagdalena que se encontraban adelantando el proceso de negociación del acuerdo de pago, esta Oficina Asesora Jurídica accedió en repetidas ocasiones a reprogramar la continuación de la actuación administrativa. Sin embargo, con el objetivo de contar con información clara, certera y actual para la adopción de decisiones, se citó a la Secretaría General y la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA a través de las comunicaciones internas CI-OAJ-202001000526 del 28 de febrero de 2020 y la CI-OAJ-202001000522 del 28 de febrero de 2020, para que se sirvieran asistir a la continuación de la audiencia.

Audiencia del 04 de marzo de 2020

En la sesión llevada a cabo el día 04 de marzo de 2020, encontrándose el procedimiento en periodo probatorio y teniendo en cuenta la negociación que se encontraba adelantando la entidad con el Concesionario para convenir un posible acuerdo de pago, se le otorgó la palabra a la Secretaría General o su representante, para que se sirviera exponer el estado del trámite en lo que correspondía a su competencia; al respecto la abogada Lina Urueña señaló:

“La Secretaría General realizó la liquidación de la obligación adeudada y objeto de la presente audiencia, a su vez, en cuanto a las garantías se hizo la verificación de la suficiencia, la cual debe ser superior al 150% de la deuda, y conceptuamos que NO cumplía con la suficiencia, hecho que fue informado a la Subdirección de Gestión Comercial y estamos a la espera del pronunciamiento del Concesionario para poder subsanar esta situación”

Finalizada la intervención, se le concedió la palabra a la Subdirectora de Gestión Comercial o su representante para que se sirviera exponer lo propio respecto a su competencia; en tal sentido el abogado Robert Castillo expuso:

“Efectivamente el día de ayer recibimos respuesta por parte de la Secretaría General en la que nos informaban que el Concesionario NO cumplía con la suficiencia de las garantías, motivo por el cual, nosotros en calidad de supervisores, nos permitimos remitir las observaciones al Concesionario para que procediera a hacer los ajustes correspondientes, el día de ayer por correo electrónico y en este momento le entregamos copia de la comunicación en documento de 2 folios”

Posteriormente, el apoderado del Concesionario se pronunció acerca del estado del trámite y su gestión ante el mismo, así:

“Inicialmente quisiera hacer un contexto de los antecedentes de las negociaciones del acuerdo de pago, nosotros recibimos una comunicación del 10 de febrero de 2020 a través del cual CORMAGDALENA liquida la deuda, en ese escrito se hace alusión a una deuda por \$4.531.581.085, este es el último oficio del que tenemos nosotros conocimiento con el estado actual de la deuda y en el que se indica que la garantía deberá cubrir el 150% de la deuda, luego haciendo el cálculo esa suma sería equivalente a \$6.797.371.627 por lo que el avalúo presentado por Michellmar SA, al menos hasta la fecha de la comunicación, cumplía con la suficiencia.

No habíamos sido notificados de la variación de la deuda y que ahora nos informan haciende a \$4.929.019.184 con lo que se está superando el valor notificado en febrero, luego aprovechamos para hacer esas dos aclaraciones; 1 que no teníamos conocimiento del valor actual sino hasta hoy por lo cual la garantía no iba a responder a este último valor; y 2, que dentro de la liquidación no debería incluirse el valor de la multa conforme lo ha determinado la misma entidad, así las cosas solicito a la entidad: se actualice ese valor excluyendo el monto de la multa de ese acuerdo de pago y se unifique el criterio de la moneda para hacer ese cálculo”

Finalizada la intervención del abogado, el representante legal del Concesionario intervino señalando:

“También quiero poner de presente que Michellmar ha solicitado la premura en las actuaciones por parte de la Entidad para alcanzar un acuerdo pronto, porque como estamos viendo, los efectos en la variación del dólar, que hoy marca máximos históricos, nos está perjudicando, al pasar en menos de un mes de un valor a otro con un aumento de casi \$400.000.000. Michellmar ha mostrado la voluntad de llegar a un acuerdo de pago”

A continuación la jefe de la Oficina Asesora Jurídica señaló:

“Esta audiencia se citó con el fin de conocer los avances entre las partes, como estamos dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio y la ley dentro de las distintas herramientas que me otorga, me permite que se realicen mesas de trabajo para solucionar los elementos que nos llevaron al procedimiento sancionatorio, es por esto que se ha accedido a reprogramar las audiencias y conceder plazos amplios. Sin embargo, debo ser clara en que este Despacho debe tomar una decisión y como lo único que puede dar lugar al cierre de esta actuación es un pago efectivo de la obligación o que se concrete un acuerdo de pago, de no llegarse a estos, el procedimiento administrativo debe continuar y tomar las decisiones del caso.

Y los insto a ustedes Subdirección de Gestión Comercial, Secretaría General y al Concesionario a que se pongan de acuerdo para suscribir un acuerdo de pago, ahora si no es posible, yo deberé seguir adelante con el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo tanto, el día de hoy vamos a suspender la audiencia y vamos a dar una última oportunidad para que se resuelva la situación”

Una vez escuchados se suspendió la audiencia.

Audiencia del 25 de junio de 2020

Considerando la situación de salud pública producida por el COVID-19 y las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno Nacional, CORMAGDALENA implementó la participación virtual en diligencias haciendo uso de las herramientas tecnológicas. Para tal fin, expidió un protocolo de audiencias virtuales, el cual fue compartido vía correo electrónico con los participantes de la actuación administrativa previo a la audiencia.

Así las cosas y teniendo en cuenta la obligación que le asiste a esta Oficina Asesora Jurídica de dar trámite a las actuaciones administrativas por ella adelantadas, y como quiera que se concedió tiempo suficiente para la gestión y consecución del acuerdo de pago, previo a cerrar el periodo probatorio se le concedió la palabra a la profesional especializada de la Oficina Asesora Jurídica para que sirviera informar el estado de las gestiones adelantadas para el acuerdo de pago, sobre el particular señaló:

“La Secretaría General remitió a la Oficina Asesora Jurídica una comunicación en la que realiza un análisis a las garantías presentadas por el Concesionario, considerando que son suficientes, para que la OAJ adelante la validación y aprobación de las mismas, actualmente la OAJ se encuentra realizando dicho análisis. El Dr. Robles (abogado externo de la OAJ) a quien se le asignó el estudio de las garantías, ha manifestado la necesidad de presentar unos nuevos documentos, este requerimiento ya fue remitido a la Subdirección de Gestión Comercial quienes se comunicarán con el Concesionario”

En atención a la intervención de la profesional citada, se le concedió la palabra al representante de la Subdirección de Gestión Comercial para que se sirviera igualmente exponer su gestión:

“Como lo manifestó la Dra. Elena, la OAJ encontró que hacían falta unos documentos para dar trámite a la validación y aprobación de las garantías, por lo que la Subdirección de Gestión Comercial elaboró un oficio en el cual le remite las inquietudes y la documentación que hace falta para que sea subsanado por la Sociedad Portuaria en un plazo de 8 días, este documento será enviado vía correo electrónico al Concesionario”

Concluida la intervención del abogado de la Subdirección, se le concedió la palabra al apoderado de la SP Michellmar para que se pronunciara sobre el particular:

“Desde la audiencia del 04 de marzo quedó el compromiso de que el Concesionario presentara una garantía que resultara suficiente para respaldar la deuda además de una garantía real que el Concesionario ya había presentado anteriormente, en atención a ello y tras varias gestiones la SP Michellmar logró dentro del término requerido presentar una garantía adicional, en conjunto ambas garantías son

12

suficientes para respaldar en un 150% la deuda, estos documentos fueron remitidos el pasado 02 de junio y según entiendo de esta diligencia, la entidad está revisando la documentación, pero pues a la fecha el Concesionario no ha tenido una respuesta oficial al respecto. Lo que podría decirse es que Michellmar ha cumplido con lo que se le ha requerido y en tal medida solicito que en lugar de citar a audiencia de alegatos finales, se dé aplicación al literal D) del artículo 86 de la ley 1474 en la medida que hay lugar a dar por terminada la presente actuación administrativa y por tanto que se suspenda la audiencia hasta que Cormagdalena entre sus dependencias nos indiquen qué documentación sería la que hace falta”

Complementando la intervención del Dr. Benitez, el representante de Michellmar expuso:

“Quiero poner de presente la situación que se ha presentado por la crisis producto de la pandemia, pues los abogados, peritos y demás colaboradores están teniendo miedo para salir a la calle, luego coadyuvo lo señalado por el abogado para que en vez de señalar una fecha de alegatos, se suspenda la audiencia porque la coyuntura restrictiva nos obliga”

Finalizada a intervención del Concesionario, la representante de la Secretaría General de Cormagdalena señaló:

“Efectivamente el 02 de junio la SG recibió la documentación de los dos predios con los que se pretende garantizar el acuerdo de pago, un predio está avaluado por \$6.816.000.000 y el otro por \$5.446.000.000 y la sumatoria supera el 150% de la deuda por lo que la Secretaría General dio su concepto de favorabilidad de la suficiencia de la garantía”

Teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, se le concedió la palabra al Dr. Robles, encargado de la Oficina Asesora Jurídica de revisar la viabilidad jurídica de las garantías, quien señaló:

“Tenemos que existe un bien urbano sobre el cual no se advierte mayor inconsistencia jurídica en su tradición del derecho de dominio, lo mismo no podemos decir del predio rural que está conformado por varios lotes, cada uno con su respectivo folio inmobiliario, donde es menester precisar la afectación al derecho de dominio que en ellos existe al haber falsa tradición, circunstancia jurídica que debilitaría la constitución de la hipoteca, porque no puede haber hipoteca cuando el derecho de dominio no ha sido transferido de manera correcta; en otros existen medidas cautelares, los cuales no han sido cancelados; en otros se debe verificar si la venta antes de los señores que ofrecen en garantía cuenta con la debida autorización del INCORA porque son bienes rurales que el propietario inicial obtuvo por adjudicación del INCORA y esos bienes tienen una prohibición de transferencia, entonces para poder llegar a la constitución de una hipoteca solida hay que verificar que todas esas limitaciones al derecho de dominio se encuentren debidamente subsanados en el folio inmobiliario respectivo, en ese orden si bien la Secretaría General dio viabilidad financiera, no es menos cierto que es necesario que se verifique la solidez del derecho de dominio.

Por otro lado, es necesario conocer la facultad que tiene el representante legal de la Compañía copropietaria para asumir deudas de terceros porque esa facultad tiene que estar expresa en la persona jurídica que ha decidido de manera formal

garantizar la obligación de un tercero. En ese orden se necesitan más que documentos, acciones como cancelar los gravámenes y limitaciones en el derecho de dominio en los 6 folios inmobiliarios que se estudiaron porque faltó uno que no llegó y que habría también que revisarlo”

Nuevamente el representante legal de la Sociedad Portuaria intervino, exponiendo:

“Casualmente nosotros trajimos los estudios de títulos referentes a esas situaciones mencionadas por el Dr. Robles, donde aclaramos estas inquietudes; por otro lado, con respecto a algunas acciones que debemos adelantar, por el tema de las restricciones a la movilidad que estamos viviendo me parece un poco pronto fijar fecha para alegatos y reitero la solicitud de suspender hasta que se hagan los respectivos trámites”

Escuchadas las intervenciones, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica señaló:

“analizando todo lo que se ha indicado vamos a hacer lo siguiente: este no es el escenario para revisar el tema de la suficiencia de las garantías, ni determinar el procedimiento a seguir dentro del acuerdo porque estamos es en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que los invito a que una vez culminada esta audiencia se concrete una mesa de trabajo donde se pueda determinar una línea de acción para seguir, yo voy a cerrar el periodo probatorio y suspender esta audiencia, sin embargo, por solicitud del concesionario, no voy a determinar una fecha de reinicio inmediatamente a la espera de lo que concluyan en su mesa de trabajo y solicitar a la Secretaría General y la Subdirección Comercialcuál sería una fecha probable de reinicio y de no haberse llegado a un acuerdo dentro del término, pues yo tendré que continuar con el procedimiento y recepcionarlos alegatos finales”

Así las cosas, se cerró el periodo probatorio y se suspendió la audiencia a la espera de los resultados de las mesas de trabajo para llegar a un acuerdo de pago.

Audiencia del 02 de diciembre del 2020

Se hizo referencia a las medidas adoptadas para adelantar las actuaciones administrativas en el marco de la emergencia sanitaria y previo a dar paso a los alegatos finales, esta Oficina Asesora Jurídica dejó constancia que, el día 27 de noviembre de 2020, se conoció por este Despacho la suscripción del acuerdo de pago celebrado entre la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – Cormagdalena y la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., documento contentivo en 15 folios, el cual se incorporó al expediente.

Sin embargo, esta Oficina advirtió que en la cláusula quinta de dicho acuerdo se señaló su perfeccionamiento, así:

QUINTO: PERFECCIONAMIENTO. El presente acuerdo se perfecciona solo cuando se alleguen el registro de la escritura pública de la hipoteca en las correspondientes Oficinas de Registro e Instrumentos Públicos de la jurisdicción de los inmuebles conforme lo establecen los artículos 2434 y 2435 del Código Civil. Todos los gastos propios de la constitución de la hipoteca, notariales, impuestos de registro y demás certificados serán por cuenta y riesgo de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A.

PARÁGRAFO: La deudora Sociedad Portuaria Michellmar S.A. se obliga a cumplir con los trámites de registro de la hipoteca del inmueble urbano con matrícula inmobiliaria No. 040-304887 en término no mayor a quince (15) días calendarios y los trámites de registro de la hipoteca de los inmuebles rurales en término no mayor a treinta (30) días calendarios, contados partir de la firma del presente acuerdo.

En atención a la cláusula citada, se le preguntó al Concesionario por el estado de dicho requisito de perfeccionamiento, a lo que el Concesionario señaló:

“A mediados del mes de octubre, tanto el concesionario como Cormagdalena suscribieron el acuerdo de pago de tal forma que el día de ayer en horas de la noche enviamos una notificación del registro de la escritura pública en la oficina de instrumentos públicos de Barranquilla, sin embargo, con respecto a la oficina de instrumentos públicos de Montería está en este momento en trámite”

Inmediatamente el representante de Michellmar intervino, exponiendo:

“En este momento tenemos a una persona en la oficina de instrumentos públicos de Montería esperando que nos envíen la constancia tal como nos la entregó Barranquilla, pero quiero dejar constancia que ya está radicado, ya se encuentran los impuestos pagos y todo el trámite surtido, estamos esperando la certificación”

Finalizada la intervención y teniendo en cuenta el deber que le asiste a la Oficina Asesora Jurídica de cumplir con la etapas del procedimiento, se dio paso a la recepción de los alegatos finales, otorgándole la palabra a la apoderada de la Sociedad Portuaria quien señaló:

“Habiendo dado trámite a todo el Procedimiento del artículo 86 de la ley 1474 y en virtud de la regularización de la obligación prevista por parte del concesionario y que dio lugar a la investigación administrativa, quisiéramos de manera corta solicitar al Despacho el archivo de la actuación administrativa en virtud del cumplimiento de la obligación por parte del Concesionario, pues desde hace unos meses se han venido haciendo mesas de trabajo para suscribir el acuerdo de pago que regulariza el cumplimiento de la obligación con respecto a la contraprestación portuaria, en ese sentido en el mes de octubre se suscribió el acuerdo de pago, una vez accedido y suscrito ese acuerdo de pago, entendemos nosotros como Concesionario, que está cumplida esta obligación y en ese sentido solicitamos el archivo de la actuación administrativa, así como el de cobro coactivo iniciado”

A continuación se le otorgó el uso de la palabra al apoderado de la Compañía Aseguradora quien expuso:

“En consonancia con lo ya expuesto, quisiéramos solicitar el archivo de la actuación administrativa, teniendo en cuenta que las razones de hecho y de derecho que

dieron origen al procedimiento ya cesaron y conforme al literal d) del artículo 86 de la Ley 1474, se debe proceder al archivo del procedimiento administrativo sancionatorio. Entendemos que el procedimiento tiene unas etapas que deben ser cumplidas, pero a la fecha ya se encuentra surtido y las obligaciones cumplidas”

Escuchados los alegatos finales, se procedió a suspender la audiencia y fijar fecha para la toma de decisión, no sin antes dejar constancia del compromiso en cabeza del concesionario de aportar los documentos pendientes para el perfeccionamiento del acuerdo de pago suscrito.

Actuaciones por fuera de audiencia

A través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101001188 del 24 de junio de 2021, la Subdirectora de Gestión Comercial, Dra. Claudia Morales Esparragoza en calidad de supervisora del contrato de Concesión portuaria No. 043 de 2010, informó a esta Oficina Asesora Jurídica que el acuerdo de pago suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. el 15 de septiembre de 2020 se encontraba finalmente perfeccionado.

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 Compañía 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 a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., así 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 controvertieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-

201903000727 del 15 de marzo de 2019, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-201903000728 del 15 de marzo de 2019 enviada a la Compañía garante con ocasión del presunto grave incumplimiento de las obligaciones y caducidad del contrato de concesión 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 grave incumplimiento de las Obligaciones y Caducidad del Contrato de Concesión, estima necesaria traer a colación algunas apreciaciones respecto de: la naturaleza jurídica de la caducidad (6.1.1); y la función de la interventoría (6.1.2).

6.1.1 Caducidad

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

De acuerdo a la teoría general de los contratos, la cláusula de caducidad, es un elemento de la naturaleza, vale decir, que se entienden incluidas, en los contratos de obra, los contratos que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal, vale decir, que de no pactarse se entenderán incorporadas en dichos contratos.

Para los contratos de concesión portuaria el marco jurídico de la caducidad se encuentra establecido desde la Ley 1° de 1991, por la cual se expide el estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones, así:

En su artículo 18 señala:

“Caducidad de la concesión. La Superintendencia General de Puertos podrá declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual sólo procede recurso de reposición. “

De igual forma, en su artículo 41 se señala:

“Sanciones. Las infracciones a la presente Ley podrán sancionarse con multas, con la suspensión temporal del derecho a realizar actividades en los puertos, con la intervención de un puerto **o con la caducidad de las concesiones, licencias o autorizaciones del infractor.**”

Podrán imponerse multas hasta por el equivalente de 35 días de ingresos brutos del infractor, calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y de las instituciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia. Si el infractor no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén.

Podrá, igualmente prohibirse que un determinado usuario de los puertos, los use de nuevo o preste allí sus servicios hasta por el término de un año.

La intervención de un puerto, prevista en el numeral 28.9 del artículo 28 de esta Ley, podrán adoptarse también como sanción, cuando las sanciones descritas atrás, o la caducidad, no sean efectivas o perjudiquen injustificadamente a terceros.”

Dentro de este marco jurídico se encuentra la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así:

En el numeral 2 del artículo 14, donde regula en que contratos puede pactarse la caducidad en el entendido de ser una cláusula exorbitante, así:

“ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por

objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.(...)"

En el artículo 18, que disciplina:

*“ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de **manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización**, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”

En el artículo 8, que señala:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

(...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.(...)"

Conforme a las normas en comento, la caducidad, constituye la sanción más drástica que la Administración puede imponer a un contratista.

Como se dijo con anterioridad, siendo la caducidad la sanción más drástica a imponerse en materia contractual, la misma debe obedecer a unos requisitos y exigencias que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en concordancia con la ley, así:

“(...) De conformidad con lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Administración está habilitada para declarar la caducidad del contrato por medio de acto administrativo debidamente motivado, siempre que se reúnan los siguientes

presupuestos: (i) un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (ii) que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y (iii) que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato.(...)"¹

Como consecuencia de la anterior declaración, estos son los efectos:

"(...) Según la norma en cita, dicha declaratoria trae aparejada la pérdida de los derechos que dimanaban del negocio jurídico para el contratista y, particularmente, que se traducen en: (i) dar por terminado el vínculo comercial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años.(...)"²

Frente a este primer requisito, es pertinente señalar que ese incumplimiento no se circunscribe a la existencia de cualquier incumplimiento, sino que se requiere que el mismo no haya sido causado por alguna de las causales de eximentes de responsabilidad.

Ahora bien, con respecto a la segunda exigencia, es decir, que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa a la ejecución del contrato, vale la pena indicar que esas expresiones hacen referencia a la relevancia o trascendencia del incumplimiento que conllevan a la afectación de la ejecución de los contratado.

Así las cosas, no cualquier incumplimiento puede conllevar una declaratoria de caducidad, por el contrario, sólo procede esta figura frente a un incumplimiento imputable al contratista que impide de forma evidente, clara y grave, la buena marcha del contrato.

Sobre el tercer requisito, y unido a lo anterior, no basta con que haya un incumplimiento grave que impide la ejecución del contrato, sino que se necesita que esa falta pueda conllevar de forma determinante la parálisis del contrato en sí mismo.

Es por las anteriores razones que objetivamente la caducidad, ha sido contemplada y aceptada como aquella medida que contractualmente es más drástica, para sancionar al contratista y que no puede ser tomada a la ligera, que en términos del Consejo de Estado ha señalado:

"(...) La jurisprudencia de manera reiterada ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador. Como puede observarse, la Sala le ha dado el calificativo de sanción administrativa a esta manera de terminar anticipadamente la relación jurídica, denominación que además de incorporarla a la construcción dogmática expuesta líneas atrás presenta sustantividad como categoría jurídica y la diferencia

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad.25000-23-26-000-2000-02151-01 (26705). Sentencia del 26 de junio de 2014. MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

² Ibídem

de otras figuras de naturaleza preventiva, resarcitoria o conminatoria que se presentan cuando la autoridad administrativa hace ejercicio del ius puniendi.(...)³

6.1.2 La interventoría en los contratos estatales

La existencia de la interventoría en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

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

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

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

³Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 22 de octubre de 2012 Radicación: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)

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.”⁴

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

⁴ Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

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.

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

Sobre el particular, el Consejo de Estado sostuvo:

*"El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátese de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación."*⁵

6.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-201903000727 del 15 de marzo de 2019, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-201903000728 del 15 de marzo de 2019 enviada a la Compañía garante, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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

1. La Superintendencia General de Puertos, ahora Superintendencia de Puerto y Transporte, con la expedición de la resolución 1183 de 1994 homologó la autorización portuaria otorgada por la DIMAR a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

- &CIA S. en C. La homologación es concedida por un término de 20 años, la cual finalizó el día 05 de julio de 2008.
2. Mediante Resolución 211 del 05 de febrero de 2004 el Ministerio de Transporte cede a CORMAGDALENA los derechos y obligaciones, derivados del contrato de concesión portuaria suscrito por la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES &CIA S.
 3. Mediante Decreto 5748 del 20 de diciembre de 2007, expedido por el Ministerio de Transporte, mediante el cual se determinó el procedimiento y las condiciones que permitían la autorización temporal para el uso público y/o infraestructura de propiedad de la Nación para la actividad Portuaria.
 4. CORMAGDALENA, otorgó mediante Resolución Nro. 000162 del 01 de julio de 2008, una autorización temporal a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES &CIA S., para continuar con el uso de las zonas homologadas a favor de la mencionada Sociedad.
 5. El término de la autorización temporal finalizó el día 05 de julio de 2009, no obstante, mediante Resolución No. 211 del 03 de julio de 2009, expedida por CORMAGDALENA; fue prorrogada la autorización por un año más, finalizando el 05 de julio de 2010.
 6. Mediante comunicado 2008002647 del 27 de junio de 2008, la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES &CIA S. solicitó a CORMAGDALENA, una concesión portuaria para la ocupación, en forma temporal y exclusiva, del área de la ribera occidental del Río Magdalena, la cual ha venido ocupando de conformidad con los actos anteriormente descritos.
 7. Mediante Resolución Nro. 000137 del 25 de mayo de 2010, se aprueba una concesión portuaria a la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES &CIA S.
 8. Conforme lo establecido en el numeral 2 y 20 del Artículo 5 de la Ley 1 de 1991 la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES &CIA S. pasa a ser SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
 9. Se expide Resolución Nro. 165 del 29 de junio de 2010, por medio de la cual se otorga una Concesión Portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
 10. Se firma el contrato de concesión portuaria el día 02 de julio de 2010 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., con el número de contrato de concesión portuaria 43-2010.
 11. Mediante Otrosí Nro. 1 del 16 de agosto de 2010, se modificó la Cláusula Décima del Contrato de Concesión Portuaria Nro. 034 de 2010, la cual hace referencia al “Valor del contrato y forma de pago de la contraprestación”.

6.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad del Contrato No. 043 del 2010, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

1. *“La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, se encuentra en mora del pago de la contraprestación de las anualidades 3, 4, 5, 6, 7 y 8. Con base estado de cuenta del 31 de enero de 2019 presentada por el área de tesorería de la Corporación”.*

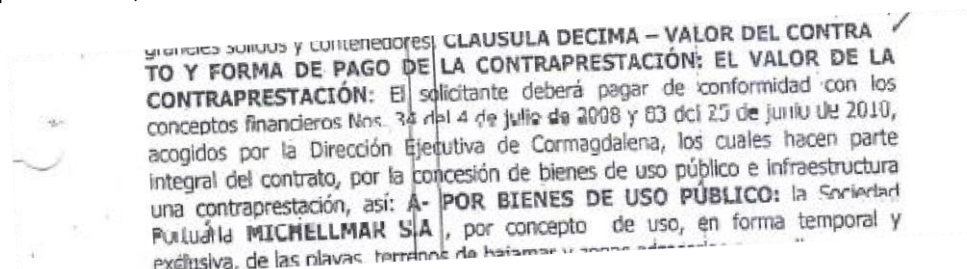
Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para declarar la caducidad al Contratista en los términos previstos en el Contrato No. 043 de 2010, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento grave de las obligaciones por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se procederá a establecer si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia, por lo que se procederá a analizar el presunto incumplimiento propuesto.

6.3.1 Mora en las contraprestaciones del contrato de Concesión:

El Contrato de Concesión 43 de 2010 establece en la cláusula primera, la obligación por parte de la Sociedad Portuaria de pagar una contraprestación económica en favor de Cormagdalena y el Distrito de Barranquilla por la utilización temporal y exclusiva del área de uso público y la infraestructura portuaria dada en concesión, así:

“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, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso 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 el 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 concesionada del uso y explotación de zonas de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida perteneciente 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.”

En la cláusula décima del mismo contrato de concesión se desarrollaba lo referente a la contraprestación, la cual establecía:



CLAUSULA DECIMA – VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACION: EL VALOR DE LA CONTRAPRESTACION: 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 MICHELLMAR S.A, por concepto de uso, en forma temporal y exclusiva, de las pilas, terrenos de bajamar y zonas adyacentes...

exclusiva, de las playas, terrenos de bajamar y zonas adesorias a aquellas o estos, y por un periodo de veinte (20) años, pagará al estado la suma de **DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA DOLARES (US\$2.153.730)** a valor presente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha la firma de este contrato, y liquidados a la tasa representativa del mercado -TRM- del día del pago, o podrá pagar veinte (20) cuotas de **DOS CIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO DOLARES 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) días siguientes a la fecha a la fecha de la firma de este 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. **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 pagará una contraprestación adicional a la de bienes de uso público por infraestructura, de veinte cuotas de **DOS MIL SETECIENTO CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$2.705)**, liquidadas a la tasa representativa

[Handwritten signature]

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 pagarán 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 presente de la contraprestación por infraestructura es de **VEINTIDÓS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO DOLARES (US\$22.638)**. **PARAGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALUO 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 MICHELLMAR S.A.**, adjuntó 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. **CLAUSULA DECIMAPRIMERA: GARANTÍAS Y**



Sin embargo, dicha cláusula de pago fue posteriormente modificada a través del otrosí No. 1 del 16 de agosto de 2010, que dentro de las consideraciones del documento expone que mediante comunicación No. 2010001111 del 14 de julio de 2010 Cormagdalena contestó:

“para cancelar el pago de manera vencida; como lo solicitó el mismo Concesionario, se requiere que el valor presente del contrato no sufra modificación alguna, por lo tanto cabe resaltar que se efectuara el correspondiente cálculo de la financiación de las cuotas, de tal manera que se obtenga el valor de pago equivalente, con una tasa del 12%. Con base en lo anterior, me permito informarle que el valor de la cuota anual vencida equivalente es de USD \$288.338,75, cuyo valor presente a 20 años es de USD \$2.153.730. En lo que respecta a la contraprestación por infraestructura, se llevará a cabo el recálculo del valor presente de los pagos, toda vez que la metodología establecida mediante la Resolución 282 de 1996 define un valor anual y a partir de ello se obtiene el valor presente, por lo tanto en este caso, se mantiene el valor de la anualidad establecido en el contrato de concesión”



Así las cosas, la cláusula de pago de la contraprestación del contrato 043-2010 quedó fijada así:

partes acuerdan: **CLAUSULA PRIMERA.** La cláusula décima del contrato No. 43 del 2 de julio de 2010 quedara 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, 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 período de veinte (20) años, pagará al estado la suma de **DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA DOLARES (US\$2.153.730)** a valor presente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha la firma de este contrato, y liquidados a la tasa representativa del mercado -TRM- del día del pago, o podrá pagar veinte (20) cuotas de **DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE (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 la Cláusula Décima Cuarta de la resolución de otorgamiento, 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 pagará 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 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

Sede Principal

en la Ley 1242 de 2008. El valor presente de la contraprestación por infraestructura es de **VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES (US\$23.240).** **PARAGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALUO 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 MICHELLMAR S.A,** adjuntó Inventario y Avalúo de dicha infraestructura que determina su valor, inventario de fecha 23 de junio de 2010, realizado por J.D Avaluos, 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. **CLAUSULA SEGUNDA:** El resto de Cláusulas del contrato No. 43 del 2 de Julio de 2010 quedaran iguales.

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

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

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



En igual sentido la Cláusula Décima Sexta, “obligaciones de la Sociedad Concesionaria” indica en el numeral 16.1:

“(…) 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 (…)*”

Como se evidencia de las cláusulas citadas, se encuentra probado que le asiste obligación a la Sociedad Portuaria de pagar la contraprestación por el derecho de concesión.

Ahora, conforme al estado de cuenta remitido por el área de tesorería de la Corporación, actualizada a 24/06/2020, el valor adeudado por la SP MICHELLMAR ascendía a la suma de COP \$5.304.053.112, correspondiente a las anualidades 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y una multa por incumplimiento impuesta en el año 2017.

Sin embargo, como lo expuso el Concesionario desde los mismos descargos, la SP MICHELLMAR, el día 14 de mayo de 2019, presentó a CORMAGDALENA una primera propuesta de acuerdo de pago, hecho que fue tenido en cuenta por este Despacho para suspender la audiencia y otorgar la oportunidad al contratista de alcanzar un acuerdo que permitiera la regularización del contrato de concesión No. 043-2010.

Es así como finalmente, el día 15 de septiembre de 2020 CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR suscribieron un acuerdo de pago a 5 años por valor de COP \$6.141.509.416 pesos, por concepto de anualidades de infraestructura, zona de playa, correspondiente a los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, valor IPC, multa contractual e intereses de mora sobre todos los conceptos.

No obstante, pese a haber suscrito el acuerdo de pago, en la cláusula quinta del mismo acuerdo se estipuló como condición para el perfeccionamiento, la entrega de los registros de las hipotecas, así:

“QUINTO: PERFECCIONAMIENTO. El presente acuerdo se perfecciona solo cuando se alleguen el registro de la escritura pública de la hipoteca en las correspondientes Oficinas de Registro e Instrumentos Públicos de la jurisdicción de los inmuebles conforme lo establecen los artículos 2434 y 2435 del Código Civil. Todos los gastos propios de la constitución de la hipoteca, notariales, impuestos de registro y demás certificados serán por cuenta y riesgo de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A.

PARÁGRAFO: La deudora Sociedad Portuaria Michellmar S.A. se obliga a cumplir con los trámites de registro de la hipoteca del inmueble urbano con matrícula inmobiliaria No. 040-304887 en término no mayor a quince (15) días calendarios y los trámites de registro de la hipoteca de los inmuebles rurales en término no mayor a treinta (30) días calendarios, contados partir de la firma del presente acuerdo”

Sólo hasta el día 24 de junio de 2021, a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101001188, la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA informó a esta Oficina Asesora Jurídica del cumplimiento de la condición para el perfeccionamiento del acuerdo de pago que regulariza el contrato de concesión No. 043-2010, en los siguientes términos:

“En cumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula Cuarta y Quinta del acuerdo de pago suscrito el 15 de septiembre de 2020 entre la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y CORMAGDALENA, la citada sociedad presentó la primera copia de la escritura pública del inmueble 040-304887.

Por consiguientes la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. a lo que respecta a esta Subdirección cumplió con los requisitos indicados en el acuerdo de pago.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en los antecedentes citados y la notificación del perfeccionamiento del acuerdo de pago suscrito entre CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR por las contraprestaciones y multa adeudada, los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta actuación administrativa **han sido actualmente superados.**

6.4. CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que en el presente caso no hay lugar a declarar el grave incumplimiento de las Obligaciones y Caducidad del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** en relación al presunto incumplimiento por la *“mora del pago de la contraprestación de las anualidades 3, 4, 5, 6, 7 y 8. Con base estado de cuenta del 31 de enero de 2019 presentada por el área de tesorería de la Corporación”* en los términos de los oficios de citación No. CE-OAJ-201903000727 del 15 de marzo de 2019, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-201903000728 del 15 de marzo de 2019 enviada a la Compañía garante.

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervinientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se ORDENARÁ EL CESE Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES Y CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 043 DE 2010 SUSCRITO CON LA **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y a la Compañía Aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, por encontrarse superados los hechos que dieron origen a la actuación administrativa, conforme lo faculta el literal 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**, por el presunto incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad del Contrato de concesión No. 043 de 2010, de conformidad con 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.**, 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.**, y al representante legal y/o apoderado de **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.

Dada en Bogotá, a los 15 días del mes de julio de 2021.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Daniel Acosta Moreno-Abogado OAJ *D.A.*

Revisó: -OMAA S.A.S. *[Signature]*

Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ *[Signature]*