

Resolución No. 269
(2 de octubre de 2017)

“Por la cual se declara el incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., se impone una multa y se adoptan otras decisiones”

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

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Ley 1508 de 2012, Decreto 1082 de 2015, Resolución N° 00215 del 16 de mayo de 2017, y

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

Que el artículo 4° de la ley 80 de 1993 indica: *“(...) DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante. 2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniaras y garantías a que hubiese lugar (...)”*.

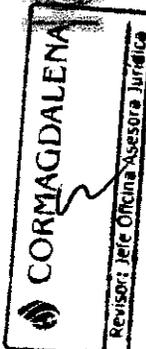
Que el Numeral 2° y 4° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, así: *“(...) 2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que este sea de la mejor calidad; acatarán las ordenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse (...) 4. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello (...)”*.

Que el Artículo 13° de la Ley 80 de 1993, que reza: *“(...) Los que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas en esta ley (...)”*.

Que el Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, contiene las cláusulas excepcionales que por facultad expresa de la ley las entidades del Estado puedan incluir en sus contratos, y que dispone: *“(...) De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual (...)”*.

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 el Artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que indica: *“(...) De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley,*



las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (...).

Que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 "Por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos", dispone en relación con el debido proceso, lo siguiente: "(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (...)".

Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que: "Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto, observarán el siguiente procedimiento".

Que mediante la Resolución N° 00215 del 16 de mayo de 2017, se delegan funciones en el jefe de la Oficina Asesora Jurídica para iniciar los procesos administrativos sancionatorios, incluyendo la recepción de los descargos, y surtir todo el debate probatorio hasta su culminación y adoptar la decisión de fondo correspondiente.

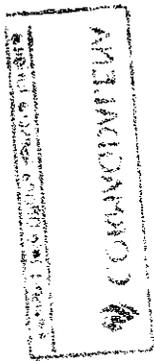
II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

Que mediante comunicado 2008002647 del 27 de junio de 2008, la Sociedad Portuaria **INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA** 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.

Que, aunado a lo anterior, mediante la Resolución 000165 del 29 de junio de 2010 **CORMAGDALENA** otorgo la solicitud de concesión elevada por el representante legal de la **SOCIEDAD INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S.** de una zona de uso público y zona adyacente de propiedad de la Nación, localizada en el municipio de Barranquilla, para ocupar de forma temporal y exclusiva el área de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida.

Que, en este sentido, el día 02 de julio de 2010 se suscribió Contrato de Concesión No. 43 de 2010 entre **CORMAGDALENA** y la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** cuyo objeto es: "**Cláusula Primera - Objeto del Contrato: 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 en entonces, la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida pertenecientes a la Nación y la Corporación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Décima de este contrato**".

Que la sociedad **INGENIERÍA DE PROYECTOS - INP- S.A.S.**, mediante el contrato No. 0-204 de 2016, ejerció la interventoría del contrato de Concesión No.43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** hasta el veintisiete (27) de marzo de dos mil diecisiete (2017).



Que la interventoría **INTERSA S.A.**, mediante el contrato No. 132 de 2017, ejerce la interventoría del contrato de Concesión No.43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**

Que mediante comunicación CMP-378-049-3054 del 05 de diciembre de 2016, la interventoría **INGENIERÍA DE PROYECTOS -INP- S.A.S.**, solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones y multa del Concesión No.43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. Y PRUEBAS

Teniendo en cuenta el informe allegado por la interventoría **INGENIERÍA DE PROYECTOS -INP- S.A.S.** en calidad de interventor del Concesión No. 43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, se relacionan a continuación los hechos y las pruebas que evidencian el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones del referido contrato así:

"(...) II. REQUERIMIENTOS PREVIOS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

En primera medida, es preciso señalar que mediante comunicación No. CE.OAJ-2016102410 del 7 de diciembre de 2016, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) comunicó a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, el respectivo **AVISO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 043 DE 2010.**

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL POR PARTE DEL CONCESIONARIO Y PRUEBAS

Teniendo en cuenta, el **CAPITULO SEXTO: HECHOS** del informe del presunto incumplimiento allegado por la interventoría **INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S.**, se relacionan los presuntos hechos susceptibles de incumplimiento parcial a cargo de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, así:

"(...)

1. El día dos (2) de Julio de 2010 CORMAGDALENA suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 43-2010 con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** (Prueba 1).
2. La **CLÁUSULA PRIMERA** del Contrato estipula el objeto del Contrato tal y como se indica a continuación: "CLAUSULA PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1 Se otorga a LA **SOCIEDAD CONCESIONARIA**, una concesión portuaria, para el uso y goce en forma temporal y exclusiva de un sector público y la infraestructura portuaria sobre ella construida, descrita en la cláusula segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula décima de este contrato, a favor de Cormagdalena y del distrito de Barranquilla, o a favor y en las condiciones que determine la ley. 1.2 El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a LA **SOCIEDAD CONCESIONARIA** del uso, goce y explotación de zonas de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida pertenecientes a la Nación y la Corporación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sea destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la cláusula décima de este contrato." (Prueba 1).
3. La **CLAUSULA SEXTA** del Contrato estipula el tipo de servicio tal y como se indica a continuación: "CLAUSULA SEXTA – TIPO DE SERVICIO: La Sociedad Portuaria Michellmar es una empresa privada que prestara servicio público." (Prueba 1).

SEGUROS DEL ESTADO S.A.
 CORMAGDALENA



CORMAGDALENA
 Revisor: Jefe Oficina Asesora Jurídica

4. La CLAUSULA SÉPTIMA del Contrato 43-2010 establece la descripción del proyecto portuario así: "CLAUSULA SÉPTIMA – DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA A DESARROLLAR DENTRO DEL ÁREA OBJETO DE CONCESIÓN LAS CONDICIONES ESPECIALES DE OPERACIÓN DEL TERMINAL PORTUARIO: Las operaciones portuarias se realizarán teniendo en cuenta los procedimientos descritos a continuación de manera general, sin ser estos los únicos que puedan realizarse a través del terminal portuario. El procedimiento detallado de las condiciones de las condiciones de operación, quedará establecido en el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operaciones que presente el Concesionario. El terminal portuario será multipropósito y realizará operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves y transferencia de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y fluvial. Las diferentes operaciones se realizarán mediante plumas y aparejos de las naves que atraquen en el muelle del terminal portuario. Para los diferentes tipos de carga, las operaciones se realizarán de acuerdo con la siguiente descripción:

Carga general suelta y contenedores: Uso de plumas y aparejos de las naves para cargue y/o descargue de mercancías. Para movimiento de carga en patios y áreas de almacenamiento, el peticionario deberá complementar la información suministrada con su solicitud sobre este aspecto.

Gráneles sólidos: El cargue de este tipo de carga a las naves se hará a través de un sistema de cargue directo, utilizando para ello bandas transportadoras encapsuladas, por lo tanto, las operaciones que se realicen con este tipo de carga quedan condicionadas al aporte del proyecto que garantice el cumplimiento de los establecido en el Decreto 3083 del 15 de agosto de 2007.

Gráneles líquidos: Las operaciones de este tipo de carga se realizarán mediante tuberías o ductos, así como los respectivos sistemas de bombeo pertenecientes a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. o de operadores portuarios. PARÁGRAFO PRIMERO: La Sociedad Portuaria Michellmar S.A. aportó el día 18 de marzo de 2010 un cronograma de adquisición de un cargador de buques (shiploader) y apilador (stacker), para el cargue u descargue de carbón, sistema de cargue directo, el cual debe ser aprobado por el Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Transporte, tal y como lo establece el Decreto 700 de 2010.

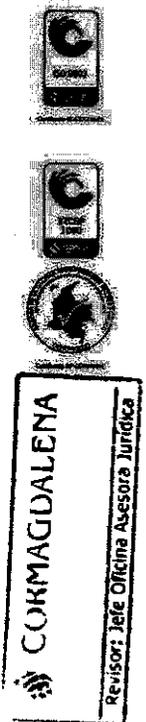
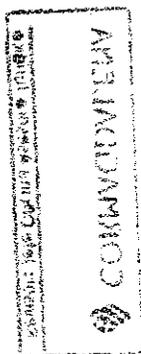
PARÁGRAFO SEGUNDO: LOCALIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE ATRAQUE. El proyecto portuario que se otorga, se realizara teniendo en cuenta un límite o parámetro máximo hacia el cauce, establecido por el alineamiento definido por los puntos 1 y 2, cuyas coordenadas planas referidas al sistema de coordenadas oficial de Colombia, establecido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC-MAGNAS SIRGAS) son las siguientes:

PUNTO	ESTE	NORTE
1	920.841,62	1.711.607,04
2	921.102,62	1.711.382,35

PARÁGRAFO TERCERO: CONDICIONES DEL CANAL DE ACCESO AL ÁREA PORTUARIA. El concesionario deberá realizar un monitoreo permanente de las profundidades disponibles en la zona de maniobras y el sector inmediato a la línea de atraque, para conocer los problemas existentes en el sector, y plantear las posibles soluciones. (Prueba 1).

5. La CLAUSULA DECIMA del Contrato 43-2010 señala el valor del Contrato de la siguiente manera:

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



(US\$257.445), liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) primeros días del inicio de cada anualidad. El 60% le corresponde a Cormagdalena, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. B- POR INFRAESTRUCTURA., Atendiendo al Inventario y avalúo del Terminal Portuario y relacionado en el artículo Décimo Cuarto de esta resolución, y tenido en cuenta en el concepto financiero No. 83 del 25 de junio de 2010, el concesionario pagara una contraprestación adicional a la de bienes de uso público por infraestructura, de veinte cuotas de DOS MIL SETECIENTOS CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$2.705), liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del correspondiente contrato; las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días del inicio de cada anualidad. El 60% le corresponde a Cormagdalena, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. El valor de la presente contraprestación por infraestructura es de VEINTIDÓS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES (US\$22.638), PARÁGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALÚO COMERCIAL. Como en la actualidad existe infraestructura portuaria construida en el área otorgada en concesión, que se revierte a la Nación y que se entrega, la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMARS.A, adjunto Inventario y Avalúo de dicha infraestructura que determina su valor, inventario de fecha 23 de junio de 2010, realizado por J.D Avalúos, información necesaria que se usó para fijar la contraprestación por infraestructura que cancelara el concesionario, y hace parte integral de este contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO: El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad conforme a la establecida en el 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.” (Prueba 1).

6. La Cláusula Décima Sexta del Contrato estipula las siguientes obligaciones a cargo del Concesionario: “(...) 16.1. Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Décima de este contrato, y la Tasa de Vigilancia que para el efecto se establezca, de acuerdo con las disposiciones vigentes y dentro de los plazos correspondientes. 16.2. Desarrollar las actividades portuarias de conformidad con las disposiciones legales vigentes. 16.3. Abstenerse de toda practica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o que cree prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 01 de 1991, así como, el cobro de las tarifas especulativas o que resulten ostensiblemente altas o más bajas que las usuales en el mercado. 16.22. Sera responsabilidad de LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, invertir en su propio nombre y a su cargo en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.” (Prueba 1).
7. El dieciséis (16) de agosto de 2010, Cormagdalena suscribió con la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión Portuaria No. 43-2010. (Prueba 2).
8. Dicho Otrosí en su segunda consideración indica: “SEGUNDA: El día 09 de Julio de 2010 se recibió una comunicación en Cormagdalena por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A, en la que solicitan lo siguiente: “que el valor de la contraprestación fijada sea pagadera de manera anual vencida, toda vez que esto permite que se mantenga el valor presente establecido en el contrato, por ser valores periódicos equivalentes, es decir que se estaría pagando la financiación de cada cuota anual. Elevo esta petición, ya que como se observa en el contrato de concesión, hay inversiones que deberán adelantarse de manera inmediata para la adecuada operación del terminal portuario, por lo tanto, es absolutamente conveniente que los recursos disponibles se asignen a las obras y a la programación de los desembolsos que incluirán al final del año el pago de la contraprestación. De esta forma estaremos en capacidad de dar cumplimiento a los compromisos de inversión y de pago de contraprestación, sin afectar el valor presente del contrato.” (Prueba 2).
9. La cláusula primera del Otro Si No. 1 hace alusión el valor del contrato y a la forma de pago en los siguientes términos: “CLAUSULA PRIMERA. La cláusula décima del contrato No. 43 del 2 de julio de 2010 quedará así: “VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN: EL VALOR DE LA CONTRAPRESTACIÓN: El solicitante deberá pagar de conformidad con los conceptos financieros Nos. 34 del 4 de julio de 2008 y 83 del 25 de junio de 2010 y 88 del 16 de agosto de 2010, acogidos por la Dirección Ejecutiva de Cormagdalena, los cuales hacen parte integral del contrato, por la concesión de bienes de uso público e infraestructura una contraprestación, así: A- POR BIENES DE USO PUBLICO:

CORMAGDALENA

CORMAGDALENA
Revisor: Jefe Oficina Asesora Jurídica

Sede Principal
Carrera 1 No 52-10 Sector Miella
Barrancabermeja - Colombia
TEL: (7) 6214122
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y Enlace - Bogotá
Calle 88B No 17-26 Of 504
Edificio Centro Internacional de Negocios
Bogotá D.C. - Colombia
TEL: (1) 8369682 - 8369094 - 8369022
FAX: 8369022

Oficina Barranquilla
Via 40 No. 73 - 290 Of 519
Centro de Negocios MDK
Barranquilla - Colombia
TEL: (5) 3625914 - 3625930

Oficina Honda
Calle 8 No. 9 - 12 El Rastro
Tolima - Colombia
TEL: (5) 2512883

Oficina Magangue
Muelle Marquetalia Via Yaff
Bolívar - Colombia
TEL: (5) 8975583
TELEFAX: 8976593

Oficina Neiva
Cra. 1 No 80-79 Barrio Las Mercedes
Huila - Colombia
TEL: (5) 8782282 - 8785017

la Sociedad Portuaria MICHELLMAR S.A, por concepto de uso, en forma temporal y exclusiva, de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, y por un periodo de veinte (20) años, pagara al estado la suma de DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$2.153.730) a valor presente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de firma de este contrato, y liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día de pago, o podrá pagar veinte (20) cuotas de DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$288.338), liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades vencidas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la terminación de la primera anualidad, es decir, a partir del 2 de julio de 2011, las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al finalizar cada anualidad. El 60% le corresponde a Cormagdalena, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. B- POR INFRAESTRUCTURA., Atendiendo al Inventario y avalúo del Terminal Portuario y relacionado en el artículo Décimo Cuarto de esta resolución, y tenido en cuenta en el concepto financiero No. 83 del 25 de junio de 2010 y 88 del 16 de agosto de 2010, el concesionario pagara una contraprestación adicional a la de bienes de uso público por infraestructura, de veinte cuotas de TRES MIL CIENTO DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$3.112), liquidadas a la tasa representativa del mercado –TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades vencidas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de terminación de la primera anualidad, es decir a partir del 2 de julio de 2011, las restantes, se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días siguientes al finalizar cada anualidad. El 60% le corresponde a Cormagdalena, y el 40% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo consagrado en la Ley 1242 de 2008. El valor de la presente contraprestación por infraestructura es de VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES (US\$23.240). PARÁGRAFO PRIMERO: INVENTARIO Y AVALÚO COMERCIAL. Como en la actualidad existe infraestructura portuaria construida en el área otorgada en concesión, que se revierte a la Nación y que se entrega, la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMARS.A, adjunto Inventario y Avalúo de dicha infraestructura que determina su valor, inventario de fecha 23 de junio de 2010, realizado por J.D Avalúos, información necesaria que se usó para fijar la contraprestación por infraestructura que cancelara el concesionario, y hace parte integral de este contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO: El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar la Sociedad conforme a la establecida en el 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.” (Prueba 2).

10. En los soportes de pago de la contraprestación a Cormagdalena aportados por el Concesionario se evidencia que la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. realizó el pago a Cormagdalena de las dos primeras anualidades de la contraprestación estipulada en la Cláusula Primera del Otrosí No. 1. (Prueba 3):

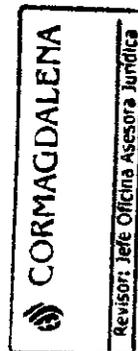
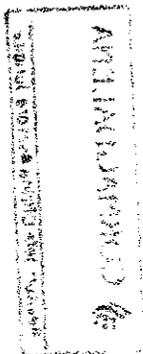
- a. AÑO 1: 08-03-2012: \$ 336.289.138
- b. AÑO 2: 12-03-2013: \$ 341.770.008

De acuerdo a lo anterior, el Concesionario se encuentra en mora de las anualidades 3, 4, 5 y 6.

11. El Concesionario se encuentra en mora con el pago de la contraprestación al Distrito de Barranquilla. La Interventoría remitió al Distrito de Barranquilla el comunicado CINP – 378 – 047 – 2944, en el cual se solicitó el estado de cuenta de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A relacionado con el pago de la contraprestación estipulada contractualmente. El 29 de noviembre de 2016 se recibió el comunicado GGI-RE-DE-00264-16 de Alcaldía de Barranquilla en el cual se informa que el Concesionario adeuda a la fecha una suma de \$1.611.684.052, correspondiente a los periodos 2014, 2015 y 2016. (Prueba 4).

12. El día 24 de octubre de 2016 INP llevó a cabo visita técnica al sitio del proyecto. En dicha visita se pudo constatar que la terminal no se encuentra operando. Esta información quedó registrada en el Acta de Visita, la cual presenta un registro fotográfico en el que se evidencia la falta de actividad en el terminal portuario. (Prueba 5)

(...)



7.1. POSICIÓN TÉCNICA.

A la fecha de edición de este informe el proyecto portuario fue ejecutado, pero actualmente no se encuentra en operación, tal y como consta en el Acta de visita técnica realizada el 24 de octubre de 2016, por parte de la Interventoría, el Supervisor de Cormagdalena y un representante del Concesionario. En efecto, **en dicha visita el Concesionario confirmó que la terminal no se encuentra en operación.** Dado lo anterior Sociedad Portuaria Michellmar S.A. ha incumplido con las siguientes obligaciones contractuales:

- Desarrollar las actividades portuarias de conformidad con las disposiciones legales vigentes.
- Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Décima del contrato.

Lo anotado claramente representa un incumplimiento que afecta la ejecución del contrato.

7.2. POSICIÓN ADMINISTRATIVA.

Como consecuencia de la no operación del puerto, el Concesionario no se encuentra movimiento de carga alguno, lo cual evidencia un incumplimiento de las obligaciones administrativas asociados a la operación. Ello se pudo constatar en el Acta de Visita Técnica del 24 de octubre del año en curso.

7.3. POSICIÓN FINANCIERA.

Sociedad Portuaria Michellmar S.A se encuentra en mora del pago de la contraprestación de las anualidades 3, 4, 5, y 6. Con base en información recibida de Cormagdalena "Estado de Cuenta a 30 de septiembre de 2016".

En efecto, el Concesionario Michellmar S.A se encuentra en mora con el pago por valor de COP\$2.515.829.392.

Adicionalmente, Cormagdalena mediante comunicación 2014100458 del 3 de octubre de 2014, requirió el pago de la tercera cuota de veinte de la contraprestación por Zona de Uso Público e Infraestructura que debía ser cancelada a más tardar el 7 de Julio de 2013 y que a la fecha de expedición de dicho documento adeudaba un monto de US\$ 174.002,80 por concepto de contraprestación y \$27.915.614 por intereses de mora. **(Prueba 6) (...)**

7.5. POSICIÓN JURÍDICA.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" define los Contratos de Concesión Portuaria en los siguientes términos:

"4o. Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden".

Ahora bien, dentro de la tipología de los contratos estatales de concesión se encuentra la Concesión Portuaria que se ha entendido como "(...) un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, (...) permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas acesonias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos"¹.

Así las cosas, las características esenciales del Contrato de Concesión Portuaria de son las siguientes:

¹ Ley 1 de 1991. Art 5.2.

<https://ani.gov.co/glosario/concesion-portuaria>

Sede Principal
Carrera 1 No. 52-10 Sector Muñale
Bogotá D.C.
Tel: (57) 6214422
FAX: (7) 6214507
Barranquilla - Colombia

Oficina Gestión y Entace - Bogotá
Calle 99B No. 17-25 Of. 304
Edificio Centro Internacional de Negocios
Bogotá D.C. - Colombia
Tel: (57) 6369684 - 6369683 - 6369022
FAX: 6369022

Oficina Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290 Of. 512
Centro de Negocios SIA
Barranquilla - Colombia

Oficina Honda
Calle 9 No. 9-12 El Rastro
Honda - Colombia
Tel: (57) 2512888

Oficina Magangué
Muelle Marquetalia Vía Yalí
Magangué - Colombia
Tel: (57) 6875583
TELEFAX: 6876583

Oficina Neiva
Cra. 1 No. 69-79 Barrio Las Mercedes
Neiva - Colombia
Tel: (57) 878222 - 878317

No.	Características	Caso Concreto
1	Ocupación y utilización temporal y exclusiva de la Sociedad Concesionaria de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos.	<ul style="list-style-type: none"> Mediante Contrato de Concesión Portuaria No. 043 de 2010 CORMAGALENA formalizó el otorgamiento a la Sociedad Portuaria MICHELLMAR S.A. de una concesión portuaria. Mediante dicho contrato se entrega al Concesionario el uso y explotación de zonas de uso público y la infraestructura portuaria sobre ella construida (descritas en la cláusula segunda del Contrato) pertenecientes a la Nación.
2	Construcción y operación de un puerto.	<ul style="list-style-type: none"> La Interventoría realizó visita técnica el 24 de octubre de 2016. En el acta de la visita se indica lo siguiente: “(...) según lo reportado por el concesionario y la inspección visual, la infraestructura se encuentra disponible para realizar operaciones portuarias” No obstante lo anterior, y a pesar de encontrarse la infraestructura disponible para realizar operaciones portuarias actualmente el puerto no se encuentra realizando actividades portuarias. En el acta de visita técnica se señala: “(...) actualmente el Puerto no se encuentra realizando actividades portuarias. Según lo indicado por el Concesionario, obedece a que suscribió con un tercero un contrato de exclusividad, que no tiene actividad actualmente”
3	Contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.	<ul style="list-style-type: none"> Tal y como se indicó en los hechos de este documento y en la sección 7.3., la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. se encuentra en mora del pago de la contraprestación de las anualidades 3, 4, 5, y 6. Con base en información recibida de Cormagdalena “Estado de Cuenta a 30 de septiembre de 2016” el Concesionario Michellmar S.A se encuentra en mora con el pago por valor de COP\$2.515.829.392.

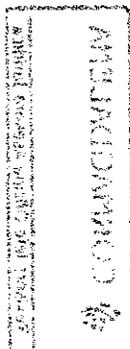
Así las cosas, encuentra esta Interventoría que la Sociedad Portuaria no está desarrollando el objeto del Contrato de Concesión, toda vez que no se está operando y por tanto no está desarrollando actividades portuarias.

Recuérdese que de conformidad con el artículo quinto de la Ley 1 de 1991 “Se consideran actividades portuarias la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias”

Adicionalmente, Michellmar se encuentra en mora en la contraprestación.

De modo que, el Concesionario se encuentra incumpliendo, entre otras, las siguientes cláusulas del Acuerdo de Voluntades:

- Cláusula Primera (Objeto del Contrato de Concesión)** como quiera que a la fecha no se está desarrollando el Objeto del Contrato de Concesión.
- Cláusula Sexta (Tipo de Servicio).** Dicha cláusula indica que “La Sociedad Portuaria Michellmar es una empresa privada que **prestará servicio público**” (Negrilla fuera del texto original).



Encuentra esta Interventoría que no es factible prestar un servicio público si no hay actividad portuaria en la zona concesionada. Ello se traduce en una vulneración de los fines de la contratación estatal consagrados en el artículo 3 del Estatuto de Contratación.

Sobre esta particular, y en concordancia con lo manifestado por esta Interventoría, el Consejo de Estado con Ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio ha sostenido: "El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, persigue 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. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas (...)"²

Así las cosas, la no operación del puerto implica no prestar el servicio público y ello va en contravía del interés público y de los objetivos de la contratación Estatal

- **Cláusula Décima (Valor del contrato y Forma de Pago de la Contraprestación). Cláusula modificada por el Otrosí No. 1.**

Tal y como se indicó, la Sociedad Portuaria se encuentra en mora.

- **Cláusula Décima Sexta (Obligaciones de la Sociedad Concesionaria). El Concesionario ha incumplido principalmente las siguientes obligaciones:**
 - a. 16.1. Pagar la Contraprestación
 - b. 16.2 Desarrollar las actividades portuarias de conformidad con las disposiciones legales vigentes.
 - c. 16.22. Será responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, invertir en su propio nombre y a su cargo en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.

Así las cosas, a juicio de esta Interventoría el incumplimiento de Michellmar afecta de manera grave y directa la ejecución del contrato.

Con todo, dicho incumplimiento no es definitivo, ni total, es más tal y como quedó consignado en el Acta de Visita efectuada el 24 de octubre de 2016 "(...) la infraestructura se encuentra disponible para realizar operaciones portuarias". (...)"

Para todos los efectos jurídicos, se tendrá en cuenta lo esbozado en el CAPITULO SEXTO y SEPTIMO denominados HECHOS y POSICIÓN DE LA INTERVENTORÍA del informe de incumplimiento allegado por INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S. mediante comunicación No. CINP-378-049-3054 del 5 de diciembre de 2016.

III-. FUNDAMENTOS DE DERECHO PARA ADELANTAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

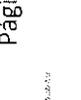
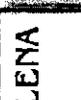
Para todos los efectos jurídicos de la presente citación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se tendrá en cuenta el **CAPITULO CUARTO: TIPO DE SANCIÓN A APLICAR: MULTA SANCIONATORIA (CLAUSULA VIGESIMA: SANCIONES)** del informe de incumplimiento allegado mediante comunicación No. CINP-378-049-3054 del 5 de diciembre de 2016 por la interventoría **INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S.**, especialmente las siguientes:

²Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación Número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)



1. 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 (...)"
2. Artículo 4º de la Ley 80 de 1993, que indica: "(...) **DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.** 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 podrán hacer al garante. 2o. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)"
3. Numeral 2º y 4º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, así: "(...) 2o. 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 les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse(...) 4o. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello (...)"
4. Artículo 13º de la Ley 80 de 1993, que reza: "(...) Los que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley (...)"
5. Artículo 14 de la Ley 80 de 1993, contiene las cláusulas excepcionales que por facultad expresa de la ley las entidades del estado puede incluir en sus contratos, y que dispone: "De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual (...)"
6. Numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a "(...) Buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato (...)"
7. Artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que indica: "(...) De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (...)"
8. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece: "(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...)"
9. Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que estipula: "(...) **IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento (...)"
10. Resolución N° 00424 del 16 de noviembre de 2016, por medio de la cual se asignan unas funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de **CORMAGDALENA**.

IV. NORMAS Y CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VULNERADAS POR EL CONTRATISTA



Para todos los efectos jurídicos de la presente citación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se tendrá en cuenta lo esbozado en el **CAPITULO TERCERO: FUNDAMENTO NORMATIVO** del informe de incumplimiento allegado mediante comunicación No. CINP-378-049-3054 del 5 de diciembre de 2016 por la interventoría **INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S.**, destacando los siguientes aspectos:

"(...) 3.2. LEYES.

Las leyes principalmente aplicables para este informe son las siguientes.

- Ley 1 de 1991 "Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones" y decretos reglamentarios. Artículos 41 y 42.
- Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"
- Ley 1150 de 2007 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos." Artículo 17.
- Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública." Artículo 86.

3.3. DECRETOS REGLAMENTARIOS.

La normatividad reglamentaria principalmente aplicables para este informe son las siguientes.

- Decreto 708 de 1992 "Por el cual se reglamentan las garantías que deben otorgarse de acuerdo con la ley 01 de 1991".
- Decreto 1002 de 1993 "Por el cual se reglamentan los artículos 41 y 42 de la ley 01 de 1991."
- Decreto 1082 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional"

3.4. CLÁUSULAS CONTRACTUALES.

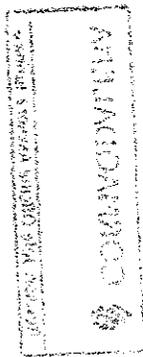
Los contratos aplicables de cara al informe del asunto son:

- Contrato de Concesión Portuaria No. 043 de 2010 suscrito entre LA SOCIEDAD CONCESIONARIA MICHELLMAR S.A. y CORMAGDALENA.
- Contrato de interventoría No. 0-204-2016 suscrito entre CORMAGDALENA y la SOCIEDAD INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S.-INP. (...)"

Por otra parte, se traen a colación las normas y cláusulas que se relacionan a continuación:

1. Numeral 2° del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la Contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, "(...) Colaboraran 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 ordenes 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 entramientos que pueden presentarse (...)"
2. Artículo 52 de la Ley 80 de 1993, que señala: "(...) De la Responsabilidad de los Contratistas. Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación

³Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Sentencia" C - 619 de 2001.



Sede Principal
Carrera 1 No 52-16 Sector Nueva
PEIC (7) 6214422
FAX (7) 6214607
Barranquilla - Colombia

Oficina Gestión y Enlace - Bogotá
Calle 89B No 17-25 Of. 504
Edificio Centro Internacional de Negocios
PBX (1) 6369664 - 6369943 - 6369722
FAX 6369352
Bogotá D.C. - Colombia

Oficina Barranquilla
Vía 46 No. 73 - 230 Of. 519
Centro de Negocios MDX
PBX (5) 3565914 - 3565920
Atlántico - Colombia

Oficina Honda
Calle 9 No. 9-12 El Rastro
TELEFAX (5) 2512888
Tolima - Colombia

Oficina Magangué
Muelle Marquetalia Via Yali
Tel. (5) 6676583
TELEFAX 6676583
Bolívar - Colombia

Oficina Neiva
Cra. 1 No 88-79 Barrio Las Mercedes
Tel. (8) 4765242 - 4765017
Huila - Colombia

contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley (...)."

3. **Cláusula Primera (Objeto del Contrato de Concesión)** como quiera que a la fecha no se está desarrollando el Objeto del Contrato de Concesión.
4. **Cláusula Sexta (Tipo de Servicio).** Dicha cláusula indica que "La Sociedad Portuaria Michellmar es una empresa privada que **prestará servicio público**" (Negrilla fuera del texto original).

V-. CONSECUENCIAS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO.

Bajo los postulados del presunto incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato de concesión No. 043 de 2010, como resultas de las actuaciones u omisiones por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, esto le generaría la declaratoria de incumplimiento parcial y la imposición de una multa, por el supuesto incumplimiento informado por la interventoría, así:

"(...) 7.5.1. CONCLUSIÓN POSICIÓN JURÍDICA.

1. De conformidad con las anteriores consideraciones establecidas en la posición jurídica, los incumplimientos del Concesionario se pueden agrupar en dos:
 - a. No desarrollo de actividades portuarias.
 - b. Mora en el pago de la Contraprestación.
2. Ahora bien, la conducta de MICHELLMAR se encuadra dentro de las causales legales, jurisprudenciales, doctrinales y contractuales de las multas sancionatorias y se enmarca en la causal descrita en la sección 20.7 del Contrato de Concesión Portuaria de la referencia.
3. Finalmente, es preciso recordar que el amparo de cumplimiento se podría afectar como consecuencia de la imposición de una multa⁴. (...)."

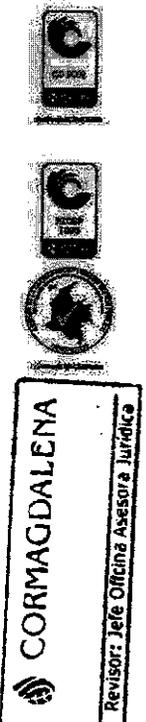
En cuanto a las consecuencias por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones del concesionario y el siniestro de las garantías constituidas, la interventoría en el pluricitado informe señaló lo siguiente:

"(...) EL Contrato de Concesión Portuaria No. 043 del 2 de julio de 2010, en sus cláusulas Vigésima, Vigésima Primera, Décima Novena, Vigésima Quinta regula el régimen sancionatorio aplicable a la SOCIEDAD CONCESIONARIA.

La sección 20.7 establece que el incumplimiento de las obligaciones que se encuentran previstas en LA CLÁUSULA Décima Sexta da lugar una multa equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada.

De modo que, el en caso en cuestión es procedente la aplicación de la causal mencionada por el mencionado incumplimiento contractual.

⁴La cláusula Décima Primera del Contrato No. 043 de 2010 dispone lo siguiente: "**CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: GARANTÍAS Y SEGUROS QUE DEBERÁ MANTENER VIGENTES EL BENEFICIARIO DE LA CONCESIÓN:** De acuerdo con las normas reglamentarias para el efecto, a favor de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena son las siguientes: **11.1.** El solicitante ha constituido a favor de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena la garantía de la construcción de las obras anunciadas según póliza No. 300016707 de fecha del 20 de mayo de 2010, expedida por la aseguradora Cóndor S.A. con una vigencia hasta el 11 de noviembre de 2010. **11.2.** Teniendo en cuenta que el valor presente de la contraprestación por concepto de uso y goce de zona de uso público e infraestructura asciende a un total de **DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO DÓLARES (US2.166.368)** y de las inversiones es de **CUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL CIENTO CINCO DÓLARES (US4.980.105)**, las pólizas se constituirán así: **11.2.1. Garantía de Cumplimiento de las Condiciones Generales de la Concesión.** Por medio del cual se garantiza a la nación a través de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena que ocupará y utilizará los terrenos dados en concesión y ejercerá las actividades autorizadas en debida forma u dará cumplimiento a todas sus obligaciones, en especial las relacionadas con el pago de la contraprestación, tasa de vigilancia, mantenimiento de las inversiones portuarias y la reversión de acuerdo con la ley, con las resoluciones de aprobación y otorgamiento de la concesión, con el contrato estatal de concesión y con las reglamentaciones generales expedidas por el Ministerio de Transportes y la Superintendencia de Puertos y Transporte, an cuantía del 2.5% del valor total de las inversiones, es decir, la suma de **CIENTO VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA (US124.503)**, liquidados a la tasa Representativa del Mercado (TRM) del día de su expedición por parte de la Compañía de seguros, sin que supere la cantidad equivalente a **CINCUENTA MIL (50.000) SMLMV.** El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración contrato de concesión portuaria y seis (6) meses más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo términos y sesis (6) meses más. La garantía será expedida por periodos de cinco (5) años y deberá prorrogarse en cada vencimiento de tal manera que se garantice el término anterior, conforme a lo establecido en los artículos 8 y 9 del Decreto 708 de 1992. El concesionario hace entrega de la Póliza No. 21-44-101068275, expedida por seguros del Estado S.A., por un valor de **CIENTO VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS DE AMÉRICA (US124.503)** vigente hasta el 02 de julio de 2015, póliza que se aprobó por CORMAGDALENA."



TELEFONOS
 6214422
 6214607
 6360684
 6360993
 6363022
 6363062

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso en cuestión la tasación de la multa es la siguiente:

Tasación = Valor de la contraprestación *1%
= USD\$ 2.176.970* 1%
= USD\$ 21.769,70

Por lo tanto, esta Interventoría procede a presentar este informe, con el fin de que CORMAGDALENA inicie la actuación sancionatoria de imposición de MULTAS a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR, conforme a lo ordenado por la Ley 1474 de 2011, en donde se deja constancia que la entidad contratante es la competente para llevar a cabo este procedimiento administrativo (...).

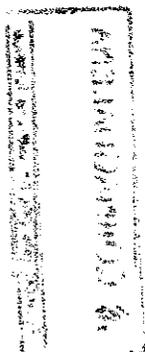
Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios Nos. CE-OAJ-2016102461 y CE-OAJ-2016102462 del 14 de diciembre de 2016 a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y a la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** respectivamente, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 28 de diciembre de 2016 a las 10:00 a.m.

Que, en igual sentido, la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por el presunto **Incumplimiento parcial de las Obligaciones del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, que estaba prevista para el día 26 de diciembre de 2016 a las 10:00 a.m., se reprogramó para el día **28 de diciembre de 2016 a las 2:00 p.m.**, por solicitud del concesionario.

IV. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Que el día 28 de diciembre de 2016, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (e) de **CORMAGDALENA** actuando en virtud de las funciones asignadas a su cargo para el trámite de procedimientos sancionatorios que adelante la Corporación por incumplimientos contractuales según la Resolución 00424 del 16 de noviembre de 2016, procedió a realizar la instalación de la audiencia de que trata el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato de concesión No. 43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y multa, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. La lista de asistencia suscrita por los asistentes, para todos los efectos sería tenida en cuenta como el registro de las personas que asistieron a la audiencia debidamente acreditadas para participar en la misma.
2. Que mediante oficios Nos. CE-OAJ-2016102461 y CE-OAJ-2016102462 del 14 de diciembre de 2016 a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y a la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, respectivamente, se procedió a remitir la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en la cual fueron expuestos los hechos y pruebas que motivaron la actuación, las normas y cláusulas contractuales posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse de la misma.
3. Que en el desarrollo de la sesión que se llevó a cabo el 28 de diciembre de 2016, el representante y apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, así como el apoderado del garante **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** dejaron constancia del conocimiento del contenido completo de la citación a la referida audiencia.



SESIÓN DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2017

En desarrollo de la sesión anotada, una vez se procedió a la instalación del proceso administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones del Contrato No. 43 de 2010, de dejaron las siguientes constancias:

"Doctor una vez verificado la representación de cada uno de los asistentes, por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, se hace presente su Representante Legal, Michell Alexander García quien manifiesta que otorgará poder en audiencia; efectivamente también comparecen audiencia el Doctor Diego Felipe Cabrera Celis en representación de la **COMPANÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO** y en nombre de la **LA INTERVENTORIA** asiste el Doctor Diego Felipe Guzmán Fajardo."

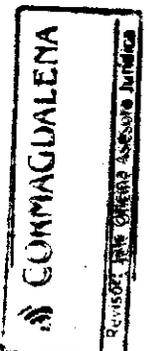
Retoma el uso de la palabra el Doctor Gabriel del Toro para manifestar: "Bueno les aclaro que la lista de asistencia para todos los efectos será tenida en cuenta como el registro de las personas debidamente acreditadas para participar en la presente sesión y por ende le solicito a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** Identificarse e indicar en calidad de asistente, en calidad asiste a la presente audiencia." Acto seguido, se identifica de la siguiente manera: "Mi nombre es Michell Alexander García Riascos Representante legal de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, y vengo acompañado de nuestros abogados la Doctora Angélica Herrera Oggi, a la cual le otorgo poder para que nos represente en esta reunión."

Seguidamente, quien actúa como secretaria en la presente audiencia solicita lo siguiente: "Doctora por favor le solicito para que quedé registro en la audiencia por favor se identifique su número de identificación y su tarjeta profesional por favor." Quien procede a identificarse de la siguiente manera: "Mi nombre es Angélica Herrera vengo en representación de MICHELLMAR S.A. mi cedula es 42.165.003 y mi tarjeta profesional de abogada es 177.103."

Del mismo modo, el Doctor Gabriel Del Toro, indica: "Le concedo el uso de la palabra a la compañía aseguradora - Seguros del Estado"; quien procede a identificarse de la siguiente manera: Muy buenas tardes, mi nombre es Diego Felipe Cabrera Celis, estoy presente como apoderado especial de la **COMPANÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO** mis credenciales son cedula de ciudadanía numero 1.075.244.583 mi tarjeta profesional 225288 Consejo Superior de la Judicatura. Acto seguido, se retoma el uso de la palabra: "Bueno nos devolvemos un poco **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** nos pueden dar la dirección de notificaciones y el correo electrónico al que autoriza", a lo que responde: "la dirección es carrera 87 # 85 -81 de la ciudad de Barranquilla y el correo electrónico de notificaciones, me lo pueden dirigir directamente a mi persona como gerencia@spmichellmarsa.com en cámara de comercio también aparece uno de contabilidad es contabilidad@spmichellmarsa.com, pero por el tema que estamos tratando, me gustaría que se notificara a mi correo de la empresa que es gerencia@spmichellmarsa.com. Del mismo modo, se le interroga a la compañía aseguradora, la dirección de notificaciones o si nos autoriza a notificar a un correo electrónico, por favor. "Si autorizo expresamente a las comunicaciones vía medio electrónicos mi correo es diego.cabrera@segurosdelestado.com" También le solicito a la interventoría que por favor se presente: "Buenas tardes mi nombre es Diego Felipe Guzmán en mi calidad de representante apoderado judicial de la interventoría, mi dirección para la notificación física es la carrera 13 # 90 - 20 oficina 506. Igualmente acepto la notificación electrónica al correo dfguzman@m&pabogados.com.co". Que Instalada la audiencia y comprobada la personería jurídica de los asistentes, continuamos en virtud de las competencias establecidas en Resolución No. 00424 de 2016 y actuando bajo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474, quisiera iniciar esta audiencia dándoles a conocer cuál es el procedimiento que vamos utilizar.

El procedimiento se encuentra descrito, como ya lo he señalado en repetidas ocasiones en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre el cual quisiera hacer un pequeño resumen:

"El literal a) del artículo 86 señala que, evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.



Para el presente caso, pues se les envió con la debida antelación, toda la citación en la que se expuso con claridad, el informe de la interventoría, todas las normas o cláusulas posiblemente violadas y los hechos que sustentaron esa presunta violación.

El literal b) básicamente señala que "En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista. Acto seguido, y lo haremos de igual forma en este proceso sancionatorio, se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a su apoderado, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

El literal c) del artículo 86 de la Ley 1474, señala que "Hecho lo precedente, es decir, que se rindan los descargos, que se presenten las explicaciones del caso, que se dé a conocer efectivamente las consecuencias derivadas del presunto incumplimiento, la Entidad mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, procederá a decidir la imposición o no de la multa, la sanción o declaratoria de incumplimiento. Se les aclara que contra esa decisión, en el caso en que efectivamente lleguemos a eso, porque pues apenas acabamos de iniciar y de instalar la audiencia, contra la decisión así proferta procede el recurso de reposición.

El literal d) de ese artículo lo que señala, es que el Jefe de la Entidad, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. La entidad, y les aclaro, podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de la situación de incumplimiento."

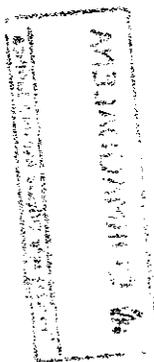
Entonces, claro cuál es el procedimiento que vamos a aplicar acá.

ACTO SEGUIDO, SE DARA ESTRICTO CUMPLIMIENTO AL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011, QUE ESTABLECE EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA, GARANTIZANDO EN TODO MOMENTO EL DERECHO DEFENSA Y CONTRADICCIÓN QUE LE ASISTE A SOCIEDAD PORTUARIA SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. Y SU GARANTE, EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

1. **OFICIOS DE CITACION No. CE-OAJ-2016102461 Y CE-OAJ-2016102462 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2016 SUSCRITOS POR EL JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA EN VIRTUD A LA RESOLUCION No. 0424 DE 2016.**

Así las cosas y en concordancia con el literal b) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se procede a presentar las circunstancias de hecho que motivan la presente actuación, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y la **COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO.**

Ahora bien, como quiera que las circunstancias de hecho, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el **CONCESIONARIO Y SU GARANTE**, que motivan la presente actuación y que se encuentran mencionadas en el oficio de citación realizado a cada una de las partes convocadas en los puntos. En la citación se incluyeron: **"I. DATOS BASICOS DEL CONTRATO; II. REQUERIMIENTOS PREVIOS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO; III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE GRAVE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DEL CONCESIONARIO Y PRUEBAS; IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO PARA ADELANTAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO; V. NORMAS Y CLÁSULAS PRESUNTAMENTE VULNERADAS POR EL CONTRATISTA; VI. LAS CONSECUENCIAS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO.** Teniendo en cuenta que todo eso se incluyó dentro de la citación, Acto seguido quisiera preguntarle al apoderado o al Representante Legal de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y **LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS** si dan por conocido el contenido del referido oficio de citación o en su defecto se procederemos a dar lectura de manera expresa y detallada tales puntos. Seguidamente, hace uso de la palabra para manifestar: Doctor quiero hacer una intervención referente al tema, usted enunció que habían enviado dos oficios, tenemos copia de un solo oficio. Acto seguido, se precisa por parte de quien actúa como secretaria en la presente



audiencia que, "Es uno para la compañía aseguradora y uno para ustedes. Así mismo, se precisa por el doctor Gabriel del Toro: Que pena si no di claridad en ese aspecto, pero los dos oficios, uno se envió a MICHELLMAR y otro a la compañía aseguradora. Es el mismo contenido en ambos oficios. Posteriormente, El Representante Legal de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y el apoderado de la **COMPAÑIA ASEGURADORA** aseguran conocer el contenido del documento.

Teniendo en cuenta que se da por conocido el oficio de citación, quisiera concederle el uso de la palabra pues a la apoderada de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. y a continuación al GARANTE**, para que, en desarrollo de la actuación, en cumplimiento a lo establecido en el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para que presente sus descargos, rinda las explicaciones del caso, aporte pruebas y controvierta las presentadas por la Entidad, en caso de estimarlo necesario.

"Es posible Doctor que antes de iniciar mi intervención, darle la palabra al Representante Legal como para que haga un breve recuento de la situación." Se accede a la petición por parte de la Entidad, por lo que hace uso de la palabra el Representante Legal de MICHELLMAR S.A. "Bueno Doctor, primero que todo, muchas gracias por atención estamos acá con el ánimo ciento por ciento de explicarle a la entidad **CORMAGDALENA** la situación que hoy nos tiene acá. A nosotros nos toca hacer una breve explicación de la situación de la empresa porque con la situación de la empresa ustedes van a entender los puntos por los cuales nos están citando a la audiencia, tenemos dos puntos por los cuales nos citan a la audiencia el primero hace referencia al incumplimiento del objeto del contrato por que no se está desarrollando el objeto del contrato ese es el primer punto ante esto tenemos que manifestarle a la entidad, que esto no es cierto nuestro terminal si está ejecutando la actividad portuaria lo que pasa como se le explico en su momento a la auditoria cuando realizaron su intervención y realizaron la visita de auditoria; hoy en día nuestro terminal se encuentra inmerso en una situación comercial por la suscripción de un contrato de prestación de servicios con una multinacional que se llama TRANSFIGURA IMPALA la cual nos tiene en un contrato de exclusividad con ellos y esta situación de exclusividad en la cual estamos nosotros con ellos, es una situación de exclusividad comercial que lo que nos ha impedido es seguir prestando u ofertando nuestros servicios por que como nuestro contrato lo señala es de una exclusividad que tenemos con esta empresa. Desafortunadamente para nosotros esta empresa decidió retirarse del puerto de Barranquilla y hoy está realizando todas sus operaciones por el puerto de Cartagena, específicamente por el puerto de Puerto Bahía y no están utilizando las instalaciones del terminal pero tanto es así, que estamos en operaciones que una de las figuras que tenemos nosotros en la cual no incumplimos el contrato comercial que tenemos con ellos es que podremos atender situaciones de emergencia y de fuerza mayor, como lo hemos hecho este año en el mes de julio se presentó una situación de emergencia en puerto de Barranquilla con un Buque que zarpaba de puerto de COMPAS el cual se quedó sin máquina y por ser el terminal próximo donde estaba el puerto más cercano a COMPAS habilitado para la prestación de estos servicios se solicitaron los servicios y se le prestó servicio a este cliente en el mes de julio del año en curso y ahora en el mes de diciembre acabamos de atender una situación de emergencia de un buque que iba para los puertos de aguas arriba y por las condiciones de calado que tenía el puerto de Barranquilla no podía entrar porque el calado se bajó sensiblemente exactamente en el kilómetro once exactamente ochocientos metros un metro agua arriba de nosotros y por ser el terminal más cercano pudimos atender esta emergencia. Entonces queremos dejar claro doctor que con respecto al punto uno de la citación, no estamos de acuerdo con este punto por que no es cierto que nuestro terminal no esté operando, nuestro terminal si está operando presenta todos los permisos y requisitos para operar lo que pasa es que estamos inmensos a una relación contractual con un cliente que tenemos una exclusividad con él y este cliente decidió limitar las operaciones o paralizar las operaciones en el puerto de Barranquilla hoy está trabajando con Cartagena y hasta tanto no terminemos el contrato no podemos seguir adelante nosotros con la oferta de nuestro servicio al público porque eso nos llevaría a incumplir el acuerdo o la relación contractual que tenemos con nuestro cliente que se llama TRANSFIGURA entonces queremos dejar esto de precedente doctor con respecto a este primer punto esta relación contractual inicio en el año 2013 en el mes de abril y tiene vigencia hasta el año 2017 entonces es muy fácil comprobar nuestra exposición por que el tema portuario es un tema de público conocimiento esto usted lo puede corroborar con los informes de la Capitanía de Puerto de la Dirección General Marítima de la DIAN y de todos los entes de control que regulan la autoridad portuaria donde se puede ver claramente que si estamos operando lo que pasa es que no estamos en la oferta comercial de los otros puertos por una relación contractual y esto se le explico a la auditoria en su momento así que no entiendo por qué dicen que el terminal no está operando tenemos que ser precisos hay el terminal hoy si está operando pero esta con las actividades por una relación contractual esta con las actividades limitadas por que nuestro cliente hoy no está utilizando el puerto de Barranquilla queríamos ser claros con esa oposición. (...Doctora no sé si tenemos algo

COMPAÑIA ASEGURADORA



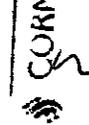

CORMAGDALENA
 Revisar Jefe Oficina Asesora Jurídica

más que...) Hace uso de la palabra la apoderada de la Sociedad Portuaria MICHELLMAR para manifestar: "Digamos que habiéndole dado la palabra al Representante Legal, queremos poner de presente las dos situaciones que dan lugar a la investigación administrativa una relación al cumplimiento del objeto del contrato digamos que ponemos de presente lo que está diciendo el Doctor Michell y tiene que ver con que el objeto contractual de nosotros, nosotros suscribimos un contrato en el año 2010 el contrato en efecto o empezamos a operar en media forma tan es así que el tema del plan de inversiones se cumple a cabalidad en el 2013, celebramos un contrato comercial lo que hizo que nuestra característica de oferta de servicio público pasara a una exclusividad con IMPALA y TRANSFIGURA que nos impidiera por la situación que están comentando no se pudiera operar en debida forma, eso en lo que tiene que ver con el objeto del contrato. Ahora hay otro tema porque da lugar al tema de la investigación administrativa que es porque? porque cuando nosotros iniciamos el contrato y después cuando se celebró el otrosí, lo que hicimos fue acordar, habían dos situaciones a los cuales había lugar a pago de la contraprestación el primero, pagar la contraprestación digamos por toda la vigencia del contrato o la segunda que fue lo que dio lugar al otrosí era pagar la contraprestación vencida. Sin embargo, al momento que se hace la liquidación ,en ese momento lo que se está haciendo es que los intereses cuando se acordó en el otrosí, los intereses tienen que ver con los interese que trae obviamente el tema de la contraprestación pero aquí se está liquidando como si estuviera liquidando dos veces el 12% y el código de comercio es claro en decir que usted no puede cobrar intereses sobre intereses por eso solicitamos en esta audiencia se suspenda por dos razones fundamentales, la primera es lo que tiene que ver con el objeto del contrato solicitamos que se haga una visita para que en efecto se dé cuenta que el contrato no, la operación del puerto; perdón, nunca ha dejado de operar es la situación propia que se tiene con el contrato que se celebró comercialmente con IMPALA y TRANSFIGURA que ha dado lugar a este tema coyuntural pero no es que el puerto no esté operando como para dejar en claro que en efecto esa situación se cae por su propio peso, ahora con el tema de los intereses y en virtud del artículo 86 de la ley 1474 que leyó el doctor literal d) solicitamos en virtud de esto se suspenda la audiencia con el ánimo se vuelva a reliquidar el tema de la contraprestación, nosotros lo que tenemos acá en veremos con todo el ánimo de reconocer en efecto nosotros tenemos que pagar el tema de la contraprestación, no lo estamos desconociendo, queríamos llegar a un acuerdo de pago pero que esa reliquidación que se esté haciendo, se esté haciendo en virtud de los intereses que se acordaron no que se cobren dobles intereses sobre el 12%."

Retoma la palabra el Representante Legal de la sociedad investigada: "Inclusive también doctor, complementando lo que dice, lo que manifiesta la doctora, nosotros también les solicitamos a ustedes den un respingo a la entidad porque esto viene desde finales del año pasado comienzos de este año, donde les decíamos que además de los intereses tenemos una situación con respecto a la TRM que nos están liquidando hicimos una exposición en la cual la TRM que nos deben liquidar es la de TRM como lo dice el contrato del quinto día hábil del vencimiento de la obligación es decir que en una carta aparece especificado, todos y cada uno de esos días en los que se debía liquidar porque como usted bien lo sabe doctor hace 3 años el dólar estaba a mil ochocientos y pico de pesos luego pasó a dos mil pesos y hoy está a tres mil pesos, entonces fue una solicitud que le hicimos nosotros a la entidad, entonces hoy muy comedidamente queremos solicitarle a la entidad primero que todo que hemos venido aquí con todo el ánimo y la disposición de solucionar este tema, segundo nuestra empresa no se encuentra inmersa en ningún incumplimiento de nuestra actividad portuaria porque hoy si estamos operando, tanto así que tenemos un contrato vigente y que estamos prestando servicio cuando lo requiere el puerto de Barranquilla que no vaya en contraposición o que no nos genere ningunos inconvenientes con una multinacional que la verdad nos tiene en una situación bastante particular por las posiciones que estas multinacionales adoptan con las empresas de acá de Colombia y segundo doctor queremos solicitarle muy comedidamente a ustedes que están acá que por favor estudien nuestro tema que por favor estudien nuestra propuesta porque el interés nuestro siempre ha sido y será estar al día y a cabalidad con el tema del cumplimiento de la contraprestación tanto es así doctor que usted se puede dar cuenta que cuando nosotros suscribimos el contrato comenzamos a pagar sin ningún problema, porque es que nosotros si hemos pagado anualidades, luego nos vimos en esta figura, hicimos nuestras inversiones hicimos nuestro terminal y bueno llevo esta situación donde le estamos solicitando a la entidad que por favor nos la revise"

Acto seguido, retoma el uso de la palabra el doctor Gabriel Del Toro, para preguntar ¿Algo adicional que anotar? A lo que responde la apoderada: "No como por poner de precedente el tema de la suspensión que estamos solicitando con el tema de la reliquidación se puede basar fácilmente hay un concepto financiero que da lugar a la firma del otrosí, para tenerlo presente y lo del artículo 886 que dice que no puedo cobrar intereses sobre intereses, no con esto queremos desconocer el pago de la contraprestación sencillamente es poder llegar a un acuerdo de pago, verla situación actual

ASISTENTE SOCIAL
 CORMAGDALENA



CORMAGDALENA
 Revisor: Jefe Oficina Asesora Jurídica

que tiene en este momento MICHELLMAR y llegar a una acuerdo que sea que digamos viable para ustedes como entidad pero partiendo de la situación contractual que tiene en este momento MICHELLMAR”

Seguidamente, interviene el Representante Legal de la Sociedad Portuaria MICHELLMAR S.A.: “Es que actualmente doctor es importante que la entidad conozca que **CORMAGDALENA** conozca este contrato que nosotros suscribimos en el año 2013 es un contrato que está en ejecución pero actualmente es hay una situación digamos de orden legal por parte de nuestro cliente por unos incumplimientos que hemos recibido nosotros por unos no pagos de unas obligaciones financieras que ellos tienen para con nosotros lo cual nos ha puesto en una situación la verdad delicada de caja por eso es que hemos venido aquí a decir claro nosotros vamos a cumplir claro que queremos cumplir pactemos un número que estemos de acuerdo y que sea lo que dice la norma que nos deben facturar a nosotros para revisar nuestro acuerdo y estamos nosotros en esa disposición porque ya gracias a Dios en el año 2017 ya salimos de esta situación y podemos nosotros otra vez volver a estar otra vez como se dice en la palestra comercial nuevamente y poder seguir nosotros prestando nuestro servicio y poder disfrutar de pronto de esos flujos que requerimos para poder atender toda esta serie de compromisos que tenemos con ustedes entonces esta es nuestra petición doctor nosotros no estamos desconociendo nuestra obligación al contrario hemos sido nosotros los que hemos solicitado realizar un acuerdo y tanto es así que en nuestro escrito se ve que solicitamos un acuerdo de manera formal con ustedes eso si con base en lo que dice a norma porque además de que la situación está un poco crítica que se nos cargue el rubro que de pronto este muy poco digamos extra limitado doctor la situación se hace más gravosa entonces nuestro mensaje es para ustedes como entidad MICHELLMAR está presto a cumplir, si está operando MICHELLMAR va a seguir operando esta es nuestra empresa esta es nuestra concesión este es nuestro terminal nosotros somos los dolientes venimos a responder a la entidad y queremos bajo todas las circunstancias hacer un acuerdo con ustedes conforme a lo que diga la ley eso si por favor queremos tomarnos este tiempo para que ustedes estudien el tema y por favor ustedes que están nuevos acá conozcan la situación y nos puedan dar una respuesta al tema para llegar a un acuerdo que sea viable para ustedes y viable para nosotros el interés de ustedes es que su concesionario le cumpla y el interés de su concesionario es cumplirle a la entidad así que como representante legal de **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR** les manifiesto abierto y públicamente en esta audiencia que nuestro interés es colocarnos al día con esa obligación y como se dice seguir hacia adelante.

Acto seguido, retoma el uso de la palabra el doctor Gabriel Del Toro, para manifestar: “Concedemos el uso de la palabra al representante del Garante por favor”

Bueno pues muchísimas gracias, de nuevo muy buenas tardes quisiéramos pues dingimos básicamente sobre los dos puntos de una manera muy breve a propósito de lo que el contratista y su apoderado le han comentado, en primer lugar y respecto del tema de funcionamiento del puerto se nos parece importante que se debe analizar de cara a la actividad contractual que se están poniendo en presente y con lo cual tener en cuenta en que consiste como tal la operatividad o no de un puerto, si hay un contrato en ejecución por ende se concluye que el mismo está operando así materialmente no se estén en algún momento en alguna etapa no se esté utilizando como se manifestaban en tanto el con base en el contrato la empresa que está contratando ha decidido abstenerse de utilizarlo en algún momento de la ejecución de este contrato lo cual no obsta para que se diga que el mismo no está en operación. En este mismo sentido nos parece importante igualmente solicitar en calidad de prueba una visita una inspección ocular al puerto en la que pues sería lo ideal acordar tanto la entidad como el contratista como la aseguradora para determinar y salir digamos un poco detener la certeza de que el mismo ya está funcionando para que luego podamos ya tomar este tema o este punto ahora bien respecto al punto de las contraprestaciones pues hombre nosotros en posición de galantes tenemos que manifestamos es que esto corresponde al devenir usual de ejercicio económico del contrato este es un contrato de concesión que constituye un contrato estatal pero no deja de pertenecer al mundo en el que hay dos extremos cada uno con alguna interpretación con alguna visión y que eventualmente sobre algunos de los puntos no halla cierta certeza o seguridad y por lo mismo puede haber alguna inconformidad; en este sentido pues primero voy a resaltar la actitud que ha tomado el contratista al venir acá a demostrar que la situación no es definitiva es una situación que el muy fácilmente se puede solventar y se solicita revisar los conceptos específicamente al tema de la TRM y el tema de la liquidación de los intereses para de esta forma si eventualmente llegara a ver pues una disparidad en la sumas que debieran cobrarse pues arreglarla y poseer inmediatamente con el pago de las sumas adeudadas en ese mismo sentido entonces nosotros no nos manifestamos en dirección a que de nuevo se suspenda esta diligencia se analicen los puntos se practiquen las pruebas que hemos solicitado para que esta manera la entidad, una vez analizado todo el bagaje que se alcance a surtir en la etapa probatoria pueda tomar una decisión

COMUNICACION


CORMAGDALENA
 Revisor: Jefe Oficina Asesora Jurídica

proba y pues que beneficie tanto a la entidad como a las partes que están aquí presentes muchas gracias"

En este estado de la Actuación Administrativa siendo las 2:45 minutos hora legal en Colombia del día 28 de diciembre del año en curso, procedemos a suspender la audiencia que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 con el objeto, con el propósito que la entidad se pronuncie frente a la solicitudes presentadas por la sociedad portuaria y por la aseguradora y se fija entonces nueva fecha para continuar con este proceso que será el día 18 de enero en el año 2017 a las 11:00 de la mañana. La cual, es reprogramada a solicitud de las partes para el día 20 de enero de 2017 a las 11:00 de la mañana. Quedan notificados en estrado.

SESIÓN DEL 20 DE ENERO DE 2017

GABRIEL DEL TORO BENAVIDES, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica encargado de **CORMAGDALENA** según Resolución No. 362 de 3 de octubre de 2016 y Acta de Posesión No. 196 de 3 de octubre de 2016, facultado para dirigir la presente audiencia conforme a la función asignada a mi cargo para el trámite de procesos administrativos sancionatorios que adelante la entidad según la Resolución No. 00424 de 2016, procedo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 a **REANUDAR la audiencia por el presunto incumplimiento parcial y multa de las obligaciones Contrato de Concesión No. 043 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, precisando los siguientes aspectos:“(…)

I. ANTECEDENTES

En la sesión que se llevó a cabo el 27 de diciembre de 2016, se procedió a instalar la pluricitada audiencia, y acto seguido la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** y la compañía aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** presentaron los descargos en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndoles que en las sesiones que se lleven a cabo en el desarrollo del mencionado proceso no es viable presentar nuevamente descargos.

Aunado a lo anterior, el concesionario y su garante con la presentación de los descargos solicitaron la práctica de una inspección ocular.

Adicionalmente, la apoderada del concesionario solicitó “la reliquidación de la contraprestación”, teniendo en cuenta los aspectos esbozados con la presentación de los descargos.

II. A CONTINUACIÓN, PROCEDE LA ENTIDAD A PRONUNCIARSE SOBRE LA SOLICITUD DE RELIQUIDACION DE LA CONTRAPRESTACIÓN A CARGO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) de **CORMAGDALENA**, en virtud de las facultades legales conferidas, especialmente las regladas en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, procede a decretar la práctica de una prueba por informe técnico y financiero por el **ÁREA DE TESORERÍA** de **CORMAGDALENA** relativo a la solicitud de reliquidación de la contraprestación de que trata el Contrato de Concesión No. 43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, por ser esta información esencial dentro de la presente actuación administrativa, en el cual se debe emitir un pronunciamiento frente a la viabilidad de efectuar la reliquidación de la referida contraprestación en lo atinente al tema de la cifra de los intereses y la TRM con la cual fue liquidada inicialmente la misma, teniendo en cuenta lo estipulado en el contrato y en los términos y condiciones del artículo 275 y ss del Código General del Proceso.

Así las cosas, la prueba decretada por la entidad de manera oficiosa se debe allegar a más tardar el día **1 de febrero de 2017**, advirtiéndole al funcionario competente que el referido informe se entenderá rendido bajo la gravedad de juramento del responsable del mismo.

III. ACTO SEGUIDO, PROCEDE ESTA ENTIDAD A PRONUNCIARSE FRENTE A LA SOLICITUD PROBATORIA PRESENTADA POR LA SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) de **CORMAGDALENA**, en virtud de las facultades legales conferidas, especialmente las regladas en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia

Sede Principal
Carrera 1 No 52-10 Sector Muelle
PBX (5) 8214422
FAX (5) 8214607
Barranquilla - Colombia

Oficina Gestión y Enlace - Bogotá
Calle 89B No 17-25 Of. 504
Edificio Centro Internacional de Negocios
PBX (1) 6366664 - 6366033 - 6366022
FAX 6366062
Bogotá D.C. - Colombia

Oficina Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 280 Of. 519
Centro de Negocios MIX
PBX (5) 3565914 - 3566930
Atlántico - Colombia

Oficina Florencia
Calle 9 No. 9-32 El Retiro
TELEFAX (5) 2512888
Tolima - Colombia

Oficina Magangué
Muelle Marquetalia Vía Yali
Tel: (5) 6875583
TELEFAX 6875583
Bolíver - Colombia

Oficina Neiva
Cra. 1 No 60-79 Barro Las Mercedes
Tel: (8) 8766282 - 8766017
Huila - Colombia



con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, procede a decretar la práctica de una Inspección ocular técnica, para el esclarecimiento o verificación de los hechos materia del presente proceso administrativo sancionatorio, con el fin de verificar el estado actual de ejecución de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**

En este sentido, para la práctica de la citada prueba debe comparecer **UN REPRESENTANTE DEL CONCESIONARIO, LA COMPAÑÍA ASEGURADORA Y LA INTERVENTORÍA**, por lo cual se establece que el lugar y fecha para la práctica de la prueba decretada corresponde al lugar de ejecución del referido contrato, y el punto de encuentro para dar inicio a la diligencia es Carrera 87 No. 85-81 de la ciudad de Barranquilla, departamento del Atlántico, el día **3 de febrero de 2017 a las 2:00 p.m. (...)**.

Se deja constancia, que la diligencia de inspección ocular fue reprogramada para el día 14 de febrero de 2017, por razones de índole laboral del jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

DILIGENCIA DE INSPECCIÓN OCULAR – 14 DE FEBRERO DE 2017

GABRIEL DEL TORO BENAVIDES, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica encargado de **CORMAGDALENA** según Resolución No. 362 de 3 de octubre de 2016 y Acta de Posesión No. 196 de 3 de octubre de 2016, facultado para dirigir la presente audiencia conforme a la función asignada a mi cargo para el trámite de procesos administrativos sancionatorios que adelante la entidad según la Resolución No. 00424 de 2016, procedo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011; el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, a practicar la prueba de Inspección Ocular Técnica decretada en sesión del 20 de enero de 2017 en el marco del proceso **por el presunto incumplimiento parcial y multa de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**

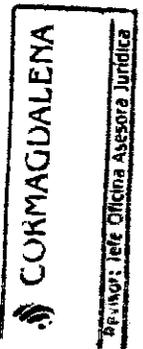
En este estado de la actuación, se pone de presente a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A Y A LA COMPAÑÍA ASEGURADORA**, que podrán intervenir o interrumpir el desarrollo de la práctica probatoria en los términos del artículo 238 del Código General del Proceso.

PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE INSPECCIÓN OCULAR TÉCNICA

En este estado de la actuación administrativa, procede el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA, a practicar la Inspección Ocular Técnica decretada en sesión del 20 de enero de 2017, cuyo objeto es: *“el esclarecimiento o verificación de los hechos materia del presente proceso administrativo sancionatorio, con el fin de verificar el estado actual de ejecución de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 43 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.”*

Para lo cual, en aras de facilitar el orden de la diligencia y lograr el cometido de la prueba, durante el desarrollo de la Inspección Ocular Técnica, se adelantará el recorrido. Les aclaro que:

1. Las partes podrán dejar las constancias del caso. Código General del Proceso. Art. 238. Numeral 3.
2. En la diligencia el (juez) identificará las personas, cosas o hechos examinados y expresará los resultados de lo percibido por él. El (juez), de oficio o a petición de parte, podrá ordenar las pruebas que se relacionen con los hechos materia de la inspección. Código General del Proceso. Art. 238. Numeral 3.
3. El (juez) podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron y tomar cualquier otra medida



Adicionalmente, se decretó la práctica de una prueba por informe técnico y financiero por el **ÁREA DE TESORERÍA** de **CORMAGDALENA** relativo a la solicitud de reliquidación de la contraprestación de que trata el Contrato de Concesión No. 43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, por ser esta información esencial dentro de la presente actuación administrativa, en el cual se debía emitir un pronunciamiento frente a la viabilidad de efectuar la reliquidación de la referida contraprestación en lo atinente al tema de la cifra de los intereses y la TRM con la cual fue liquidada inicialmente la misma, teniendo en cuenta lo estipulado en el contrato y en los términos y condiciones del artículo 275 y ss del Código General del Proceso.

Acto seguido, se procede a dar lectura al pronunciamiento efectuado por el **ÁREA DE TESORERÍA DE CORMAGDALENA**, por parte de la secretaria del proceso; el cual obra en el expediente.

En este sentido, se pone a disposición del **CONCESIONARIO** y su **GARANTE** el referido informe, en los términos del artículo 277 del Código General del Proceso con la finalidad que soliciten aclaración, complementación o ajustes al mismo, y por ende se pregunta a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, que indica lo siguiente: "**Artículo 277. Facultades de las partes.** Rendido el informe, se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados".

SESIÓN DEL 29 DE MARZO DE 2017

GABRIEL DEL TORO BENAVIDES, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica encargado de **CORMAGDALENA** según Resolución No. 362 de 3 de octubre de 2016 y Acta de Posesión No. 196 de 3 de octubre de 2016, facultado para dirigir la presente audiencia conforme a la función asignada a mi cargo para el trámite de procesos administrativos sancionatorios que adelante la entidad según la Resolución No. 00424 de 2016, procedo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 a **REANUDAR** la audiencia por el presunto incumplimiento parcial y multa de las obligaciones Contrato de Concesión No. 043 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**

I. ANTECEDENTES

En la sesión que se llevó a cabo el 16 de marzo de 2017, se puso a disposición del **CONCESIONARIO** y su **GARANTE** la prueba por informe de carácter financiero elaborada por el **ÁREA DE TESORERÍA** de **CORMAGDALENA** relativo a la solicitud de reliquidación de la contraprestación de que trata el Contrato de Concesión No. 43 de 2010 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, de conformidad con lo establecido en el Artículo 277 del Código General del Proceso que indica "**Facultades de las partes.** Rendido el informe, se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados".

II. INTERVENCIÓN DEL CONCESIONARIO

En cumplimiento a lo establecido en el Artículo 277 del Código General del Proceso, se concede el uso de la palabra al **representante legal o apoderado** de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, con la finalidad que presente la solicitud de aclaración, complementación o ajuste frente al pluricitado informe, advirtiéndole que no se considera una nueva oportunidad para presentar descargos.

"Se indica que existe una discrepancia entre el modelo utilizado por el área de tesorería de CORMAGDALENA para la tasación del estado financiero la Sociedad Portuaria MICHELLMAR S.A. y los modelos financieros presentados por este concesionario en los años 2009 y 2010; y en ese orden de ideas, no hay correspondencia entre los valores que se adeudan según CORMAGDALENA y según el concesionario. Y se solicita que se aclaren estas diferencias con el fin de presentar una



CORMAGDALENA
Revisor: Jefe Oficina Asesora Jurídica

Página 22