

Resolución No. **00 00 5 5**

***“Por la cual se declara el incumplimiento definitivo de las obligaciones y se afecta la cláusula penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018 suscrito con CONSORCIO INTER-PUERTOS 02”***

**LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA 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 217 de 2007, Resolución 00215 de 2017, y

**CONSIDERANDO**

**I. COMPETENCIA**

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

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

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

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



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

Que, en concordancia con lo anterior, los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: *"(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza."*

*"Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales."*

*"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)"*.

Que el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que *"(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia."*

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

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 *"Por 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:

*"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”, conforme al procedimiento establecido en la misma disposición.*

El artículo 2.2.1.2.3.1.19 del decreto 1082 de 2015, que estipula: “(...) 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Decreto 1510 de 2013, artículo 128)”

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 procedimientos administrativos sancionatorios, incluyendo la recepción de los descargos, y surtir todo el debate probatorio hasta su culminación y adoptar la decisión de fondo correspondiente.

## **II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.**

Mediante la Resolución No. 00063 del 14 de marzo de 2018, el Director Ejecutivo de Cormagdalena ordenó la apertura del Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-18.

A través de la Resolución No. 00096 del día 27 de abril de 2019, fue adjudicado el Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-18 al CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con Nit. 901.177.949-2, por un valor de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$477.475.600) M/Cte., incluido IVA y demás tributos que se causen.

El CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con NIT 901.177.949-2 integrado por: CELQO S.A.S. NIT 900.090.780-6 con el 49% y ARENAS DE LA HOZ INGENIERA S.A.S. NIT 900.883.757-1 con el 51%.

El día 7 de mayo de 2018 se suscribió el contrato No. 0-0180-2018 entre CORMAGDALENA y CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera del contrato, es el siguiente:

### **“CLÁUSULA 1.1. Objeto.**

*EL objeto del presente Contrato es REALIZAR LA INTERVENTORÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA, FINANCIERA, CONTABLE Y JURÍDICA para los siguientes contratos de Concesión Portuaria-Grupo 1: 1) No. 003-1993, 2) No. 019-1997, 3) No. 023-1998, 4) 027-2004, 5) No. 026-2004, 5) No. 026-2004, 6) No. 029-2004, 7) No. 31-2008, 8) No.36-2007, 9) No. 39-2009, 10) No. 30-2006, 11) No. 3-0035-2007, 12) No. 3-0037-2008, 13) No. 40-2009, 14) No. 41-2010, 15) No. 43-2010, 16) No. 47-2011, 17) No. 9-2010, 18) No. 38-2008, 19) No. 032-2006, 20) No. 44-2010. (los “Contratos de Concesión”).*

El alcance de dicho objeto se determinó en la cláusula 1.3. así:

### **“CLÁUSULA 1.3. Alcance**

*Las OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR serán entre otras las siguientes: las previstas en los Contratos de Concesión, e sus Apéndices, Anexos y modificaciones, y las demás que CORMAGDALENA en sus Pliegos y el Contrato de Interventoría se*



*estipulen, las cuales podrán ser consultadas en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA. (...)*

El plazo inicialmente acordado fue de siete (7) meses, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada el día primero (1°) de junio de 2018.

El presente contrato de interventoría no tuvo adiciones, prórrogas, suspensiones ni modificaciones.

El Subdirector de Gestión Comercial fue designado como supervisor del contrato, quien, en cumplimiento de sus funciones, a través de las comunicaciones No. 201901000239 del 15 de febrero de 2019 y alcance No.201901000501 del 19 de marzo de 2019, puso en conocimiento de CORMAGDALENA un informe con los presuntos incumplimientos presentados por el Contratista, manifestando que, *“remito informe del Contrato de Interventoría previamente indicado a la Oficina Asesora Jurídica para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio derivado del presunto definitivo cometido por el interventor Consorcio Inter-Puertos 02”* y solicitando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por los siguientes hechos.

### **III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DE LAS OBLIGACIONES PARA AFECTAR CLÁUSULA PENAL DEL CONTRATO INTERVENTORÍA NO. 0-0180 DE 2018 SUSCRITO CON CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 Y PRUEBAS.**

1. Mediante las comunicaciones No. 201901000239 del 15 de febrero de 2019 y alcance No.201901000501 del 19 de marzo de 2019, el Supervisor del contrato No. 0-0180-2018, el Subdirector de Gestión Comercial puso en conocimiento a la Oficina Asesora Jurídica un informe con los presuntos incumplimientos presentados por el Contratista en la ejecución del Contrato, manifestando que, *“remito informe del Contrato de Interventoría previamente indicado a la Oficina Asesora Jurídica para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio derivado del presunto definitivo cometido por el interventor Consorcio Inter-Puertos 02”*.

En el informe de incumplimiento se exponen como antecedentes:

- *“Mediante reunión de trabajo de fecha trece (13) de junio de 2018, el Grupo de Trabajo No. 2 revisó junto con el ingeniero civil del equipo interventor, los asuntos a los cuales se debía dar prioridad por parte del equipo interventor. (...)*
- *A través de comunicado No. 201803001737 del diecinueve (19) de julio de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial, solicitó a la interventoría emitir informe por presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca S.A., por el no pago de la contraprestación.*
- *Mediante Oficio No. 201803002078 de fecha treinta (30) de agosto de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la interventoría emitir concepto técnico, financiero y jurídico sobre la actualización de los valores correspondientes al plan de inversiones asociados al Contrato de Concesión Portuaria No. 041 de 2010 (Sociedad Portuaria BITCO S.A).*
- *A través de Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la interventoría dentro del marco de las obligaciones contractuales emitir conceptos e informes de incumplimiento para*

los siguientes contratos de concesión portuaria: 1- S.P Parques Urbanos (Contrato de Concesión Portuaria No. 019 de 1997), 2- Bocas de Ceniza S.A. (Contrato de Concesión Portuaria No. 028 de 1993), 3 - Monómeros Colombo Venezolanos (Contrato de Concesión Portuaria No. 026 de 2004), 4- Monómeros Colombo Venezolanos (Contrato de Concesión Portuaria No. 027 de 2004), 5- Vopak Colombia S.A. (Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 1993), 6- Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín (Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007), 7- Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla (Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009). Adicionalmente, se requirió al interventor en dicho oficio ajustar el informe Mensual No. 1.

- Mediante reunión de trabajo de fecha veintiséis (26) de septiembre de 2018, el Grupo de Trabajo No. 2 revisó junto con el ingeniero civil del equipo interventor, aquellos asuntos pendientes a cargo de la interventoría respecto a conceptos y que a la fecha de dicha reunión se encontraban sin ser entregados.
- Mediante Comunicado No. CIP02-IN-076-2018, radicado el dos (2) de octubre de 2018, e identificado con el número interno 201802003835 de Cormagdalena, la interventoría presentó informe sobre presunto incumplimiento en el pago de la contraprestación por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. (Contrato de Concesión Portuaria No. 043 de 2010).
- Mediante Comunicado No. CIP02-IN-112-2018, radicado el diez (10) de octubre de 2018, e identificado con el número interno 201802003953, la interventoría presentó informe sobre presunto incumplimiento en el pago de la contraprestación por parte de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. (Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007).
- Mediante Oficio No. 201803002593 de fecha nueve (9) de noviembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 realizar ajustes al primer informe entregado referente al presunto incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A.
- Mediante Oficio No. 201803002594 de fecha nueve (9) de noviembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 realizar ajustes al primer informe entregado referente al presunto incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.
- Mediante Oficio No. 201803002630 del catorce (14) de noviembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 realizar ajustes y/o correcciones al concepto jurídico emitido por este y en el cual dicho contratista dio respuesta al numeral 1 del Oficio No. CE-SGC-201803002233.
- Mediante Comunicado No. CIP02-IN-135-2018, radicado el día veintisiete (27) de noviembre de 2018 e identificado con el número interno 201802004637 de Cormagdalena, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 presentó los ajustes solicitados al informe sobre presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A. (Contrato de Concesión Portuaria No. 019 de 1997)
- Mediante Comunicado CIP02-IN-137-2018, radicado el día veintiocho (28) de noviembre de 2018 e identificado con el número interno 201802004674 de Cormagdalena, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 dio respuesta al Oficio No. 2018030002297 del 27 de septiembre de 2018.

- Mediante Oficio No. 201803002826 del veintinueve (29) de noviembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial se reiteró la entrega de los conceptos solicitados en el Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018.
- Mediante Comunicado No. CIP02-IN-143-2018, radicado el once (11) de diciembre de 2018 e identificado con el número interno 201802004914 de Cormagdalena, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 solicitó información para poder dar respuesta a los oficios No. 201803002233 y 201803002826.
- Mediante Oficio No. 201803002923 del doce (12) de diciembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta a los Oficios No. 201802004672 y 201802004673 presentados por la Interventoría.
- Mediante Oficio No. 201803002982 del catorce (14) de diciembre de 2018, Subdirección de Gestión Comercial reiteró al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 la presentación de los conceptos requeridos por parte de la entidad referente a la Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A. y Sociedad Portuaria Bitco S.A.
- Mediante Oficio No. 201803002984 del catorce (14) de diciembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó ajuste al concepto radicado el veinticinco (25) de octubre de 2018 bajo el radicado número 201802004185, referente a la actualización de inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009.
- Mediante Oficio No. 201803003035 del diecisiete (17) de diciembre 2018, La Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta al comunicado radicado en la Corporación mediante número interno 201802004914 (CIP02-IN-143-2018), en el cual se manifestó al interventor que los documentos requeridos para validar las inversiones de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y No. 027 de 2004 fueron entregados al inicio de la ejecución contractual en medio magnético para su respectiva validación.
- Mediante Oficio No. 201803003036 del diecisiete (17) de diciembre de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial reiteró al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 la entrega del informe por presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. respecto al no pago de la contraprestación portuaria y la no actualización de las garantías que respaldan el Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.
- Mediante Comunicado No. CIP02-IN-151-2019, radicado el diecisiete (17) de enero de 2019, e identificado con el número interno 201902000174 de Cormagdalena, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 presentó la segunda corrección al informe de sobre el posible incumplimiento de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. requeridos a través del Oficio No. 201803002379 del diez (10) de octubre de 2018.
- Mediante Comunicado CIP02-IN-167-2018, radicado el veintidós (22) de enero de 2019, e identificado con el número interno 201902000269 de Cormagdalena, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 presentó la segunda corrección al informe sobre el presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Bocas de ceniza S.A. (Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998).
- Mediante Oficio No. 201903000222 del veintiocho (28) de enero del año en curso, se remitieron observaciones a los informes CIP02-IN-151-2019 y CIP02-IN-167-2019, toda vez que, los mismos no contaban con todos los requisitos para dar traslado a la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena y dar apertura a los

*procesos administrativos sancionatorios por presuntos incumplimientos de las obligaciones contractuales a cargo de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. y la Sociedad Portuaria Michellmar S.A.”*

Teniendo en cuenta el informe del presunto incumplimiento allegado por el supervisor del contrato, se relacionan los presuntos hechos susceptibles de incumplimiento definitivo de las obligaciones para afectar cláusula penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018 suscrito con el CONSORCIO INTER-PUERTOS 02, así:

*“(…) **Incumplimiento No. 1:** A la fecha de elaboración de este informe, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 ha dado cumplimiento parcial a las solicitudes efectuadas a través de reunión de trabajo de fecha trece (13) de junio de 2018, encontrándose pendiente de respuesta las siguientes solicitudes:*

- Sociedad Portuaria Michellmar S.A.: Se solicitó al interventor emitir concepto referido a la aprobación de los compromisos de inversión ejecutados por la citada Sociedad Portuaria.*
- Sociedad Portuaria Bitco S.A.: Se solicitó al interventor emitir concepto sobre la tasa de actualización del plan de inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 041 de 2010.*
- Sociedad Portuaria Terminal de las Flores S.A.: Se solicitó concepto jurídico sobre la procedencia del presunto silencio administrativo positivo alegado por la Sociedad Portuaria respecto del trámite de suspensión contractual.*

***Incumplimiento No. 2:** A través del Oficio No. 201803001737 del diecinueve (19) de julio de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial, solicitó a la interventoría emitir informe por presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., por el no pago de la contraprestación.*

*En este sentido, el interventor hizo entrega del informe No. CIP02-11-112-2018 de fecha diez (10) de octubre de 2018 (Radicado Cormagdalena No. 201802003953) sobre presunto incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín.*

*Posteriormente, la Subdirección de Gestión Comercial una vez revisado el citado informe, procedió a solicitar los ajustes a través del Oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018 en los siguientes términos:*

*“En atención al oficio del asunto, a través del cual se hizo entrega a esta Corporación de un informe por presunto incumplimiento en el pago de la contraprestación portuaria a cargo de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., se tiene que el mismo debe ser ajustado con el propósito de que cumpla con los requisitos exigidos por la normatividad vigente sobre la materia y poder dar traslado del mismo a la Oficina Asesora Jurídica con el propósito de que dé inicio formal al respectivo procedimiento administrativo sancionatorio.*

*En este sentido, se debe ajustar y complementar el mencionado informe de incumplimiento con el propósito de que cumpla con la estructura (formato) que se relaciona a continuación:*

1. *Determinar el tipo de procedimiento sancionatorio al que se dará inicio de acuerdo con el incumplimiento, esto es, parcial (multa) o definitivo (Cláusula Penal) o en su defecto, caducidad en caso de que se estime que paraliza la ejecución del contrato o amenaza paralizarlo.*
2. *Determinar la clase de garantía, número de la garantía, amparo a afectar, porcentaje, descripción del amparo a afectar e identificación de la compañía de seguros indicando nombre, Nit, fecha de aprobación de la garantía, anexos o modificaciones a las garantías y aprobación de dichas modificaciones en caso de que proceda, la vigencia de estas (desde/hasta) y dirección de notificación de la aseguradora.*
3. *Identificación detallada del Contrato de Concesión Portuaria que sería objeto del procedimiento administrativo sancionatorio que se espera apertura, tales como, número, objeto, fecha de suscripción, plazo, fecha de inicio, fecha de terminación del contrato, nombre del contratista, dirección del contratista, antecedentes, suspensiones, modificaciones contractuales (descripción), sanciones impuestas con anterioridad (clase de sanción), y demás información que el interventor considere relevantes.*
4. *Información sobre los hechos que generan el presunto incumplimiento (discriminación detallada, específica y en orden cronológico de los hechos que dan origen al presunto incumplimiento) en este aspecto, se debe enunciar los requerimientos realizados y en caso de que el contratista haya dado respuesta a dichos requerimientos, se deberá señalar los argumentos presentados por éste.*
5. *Relacionar las obligaciones presuntamente incumplidas derivadas del contrato.*
6. *Fundamentos de derecho para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio (Artículo 3º, 4º, 26 de la Ley 80 de 1993, Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y Artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto de 1082 de 2015).*
7. *Señalar las normas presuntamente vulneradas (ej. Artículo 5º y 52 de la Ley 80 de 1993), adicionalmente, se debe transcribir el texto de la cláusula del contrato donde se estipularon caducidad, multas o declaratoria de incumplimiento para afectar cláusula penal, o los siniestros respectivos según corresponda y la cláusula de Garantías.*
8. *Señalar las consecuencias que podrían derivarse del presunto incumplimiento y/o siniestro, si se trata de una: Multa – cláusula penal / declaratoria de caducidad; de igual forma, deberá cuantificarse el perjuicio o la sanción correspondiente.*
9. *Relacionar los anexos, que constituyen todos los soportes probatorios, los cuales deberán ser entregados en orden cronológico.*

*Agradecemos hacer entrega del informe de incumplimiento con los ajustes y modificaciones previamente referenciadas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de recibo del presente oficio.”*

*En este orden de ideas, se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe persiste el incumplimiento asociado a la entrega de los ajustes solicitados por esta Subdirección a través del Oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018.*

**Incumplimiento No. 3:** Mediante Oficio No. 201803002078 de fecha treinta (30) de agosto de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la interventoría emitir concepto técnico, financiero y jurídico sobre la actualización de los valores correspondientes al plan de inversiones asociados al Contrato de Concesión Portuaria No. 041 de 2010 (Sociedad Portuaria BITCO S.A).

Sobre el particular, se tiene que a la fecha de elaboración del presente informe la interventoría Consorcio Inter-Puertos 02 no ha realizado la entrega del citado concepto.

**Incumplimiento No. 4:** De los requerimientos efectuados a través de Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 hizo entrega parcial de los mismos, de la manera que se detalla a continuación:

- 1- En lo que respecta al numeral 6 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, el interventor hizo entrega del informe No. CIP02-11-112-2018 de fecha diez (10) de octubre de 2018 (Radicado Cormagdalena No. 201802003953) sobre presunto incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca, sobre el cual, la Subdirección de Gestión Comercial tal como se mencionó en el incumplimiento No. 2 del presente informe, requirió al interventor realizar ajustes al informe de incumplimiento allegado por medio del Oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018.

Dicha solicitud no ha sido respondida a la fecha de elaboración del presente informe.

- 2- A través del concepto jurídico No. CIP02-IN-113-2018 de fecha dieciocho (18) de octubre de 2018, la interventoría dio respuesta al numeral 1 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018 referente al Contrato de Concesión Portuaria No. 019 de 1997 (Sociedad Portuaria Parques Urbanos).

El citado concepto luego de ser revisado por la Subdirección de Gestión Comercial remitió a la interventoría el Oficio No. 201803002630 del catorce (14) de noviembre de 2018, en el cual se solicitó su ajuste de la siguiente manera:

“ 1. Dentro del análisis de los antecedentes, no se tuvo en cuenta una de las dos suspensiones contractuales acaecidas durante la ejecución del mencionado contrato de concesión portuaria, en especial la decretada por la Resolución No. 005444 del 25 de abril de 2002 emitida por el Ministerio de Transporte, la cual suspendió dicho contrato por el término de dos (2) años. Posteriormente, se ordenó una segunda suspensión, también por el término de dos (2) años de conformidad con la Resolución No. 000208 de 2004 proferida por Cormagdalena.

2. El numeral 10 hace alusión a una norma no vigente, toda vez que, el Decreto No. 1370 de 2007 fue derogado por el Decreto 4735 de 2009, el cual a su vez fue derogado por el Decreto 474 de 2015.

3. En el numeral 11 se debe corregir el año del contrato de concesión portuaria.

4. El análisis jurisprudencial de la sentencia C-068 de 2009 no contempló un aspecto relevante de la misma, relativo a la prorrogas

*sucesivas de los contratos de concesión portuaria, teniendo en cuenta que, la Corte Constitucional dispuso en la mencionada sentencia que la posibilidad de prórroga de los contratos de concesión portuaria debían limitarse a una sola vez y no podían darse de manera sucesiva e ilimitada, procediendo a declarar inexecutable las expresiones por "periodos", "de" y "y sucesivamente", contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª. de 1991. Este aspecto guarda relación directa con el objeto de la consulta planteada a su equipo interventor.*

*5. Sobre el aspecto relativo a la facultad que le asiste a Cormagdalena para prorrogar de forma unilateral el contrato de concesión portuario de conformidad con el concepto emitido por el Consejo de Estado, surgen dudas de índole práctico para la puesta en marcha de dichas prerrogativas a cargo de la administración, puesto que, la normatividad vigente sobre modificaciones a contratos de concesión portuaria establece que la iniciativa de modificación debe provenir del titular de la concesión portuaria y fija reglas alusivas a la publicidad y oponibilidad de tales iniciativas para dar trámite a la respectiva modificación contractual. Adicionalmente, el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 como se mencionó en párrafos precedentes, establece que excepcionalmente el plazo podrá ser mayor a 20 años, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que, en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos; en este sentido, no es claro en el concepto allegado por ustedes, si dicha facultad de modificación unilateral tiene sustento en la mencionada disposición normativa.*

*6. Por último, respecto a las alternativas y procedimientos para la terminación anticipada del contrato de concesión portuaria, sólo se limitó a transcribir la cláusula Décima Octava del contrato y los supuestos de hecho para su procedencia, sin realizar un análisis de los posibles riesgos jurídicos asociados a su aplicación ni la puesta en marcha de dichos procedimientos.*

*Agradecemos hacer entrega del concepto ajustado con las indicaciones previamente referenciadas dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la fecha de recibo del presente oficio (...)"*

*Consecuentemente, el interventor hizo entrega del informe ajustado No. CIP02-IN-135-2018 de fecha veintisiete (27) de noviembre de 2018 dando respuesta así a la solicitud de ajuste efectuada por la entidad a través de Oficio No. 201803002630 del catorce (14) de noviembre de 2018.*

- 3- Por medio del informe No. CIP02-IN-115-2018 de fecha diecinueve (19) de octubre de 2018, el interventor hizo entrega del informe por presunto incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998 (Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.) dando respuesta al numeral 2 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018.*

*Una vez revisado este primer informe, la Subdirección de Gestión Comercial remitió el Oficio No. 201803002594 de fecha nueve (9) de noviembre de 2018, solicitando al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 realizar ajustes al mencionado informe.*

*Posteriormente, la Subdirección de Gestión Comercial por medio del Oficio No. 2018030003036 del diecisiete (17) de diciembre de 2018 reiteró la entrega del citado informe de incumplimiento con los ajustes requeridos en virtud del Oficio No. 201803002594 de fecha nueve (9) de noviembre de 2018.*

*En razón a lo anterior, el interventor radicó a través del comunicado No. CIP02-IN-167-2019 de fecha veintidós (22) de enero de 2019, el informe por presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.*

*Sin embargo, la Subdirección de Gestión Comercial no dio trámite al mencionado informe al considerar que él mismo seguía manteniendo inconsistencias que debían ser ajustadas y corregidas, para ello, remitió el Oficio No. 201903000222 del veintiocho (28) de enero del año en curso solicitando ajustar el mencionado informe, el cual a la fecha de elaboración del presente informe no ha sido entregado.*

- 4- *En el caso del numeral 7, el interventor dio respuesta a dicha solicitud por medio del Comunicado No. CIP02-IN-116-2018 de fecha veinticuatro (24) de octubre de 2018. El citado informe fue revisado por el área encargada de la Subdirección de Gestión Comercial, encontrándose que él mismo no era útil para los fines perseguidos por esta entidad, razón por la cual, se solicitó su respectivo ajuste a través del Oficio No. 201803002984 del catorce (14) de diciembre de 2018 en los siguientes términos:*

*“De conformidad con el oficio del asunto, a través del cual su interventoría da respuesta al punto No. 7 de la solicitud de conceptos requeridos por esta Corporación a través del oficio No. CE-SGC-201803002233, se hace necesario solicitar aclaración y/o alcance al mismo con el propósito de dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018.*

*Sobre el primer interrogante, referido a determinar la tasa actual a la cual se deberán actualizar los montos de inversión contenidos en el Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009, su interventoría estableció como condición necesaria para llevar a cabo dicha actualización que la tasa utilizada conserve como mínimo los valores pactados inicialmente en el contrato aplicando a estos montos una actualización de valor presente neto, en especial cuando el contrato no fija una tasa de actualización, bajo esta premisa, ¿ en caso de trasladar el valor del plan de inversiones en el tiempo del citado contrato de concesión portuario, esta actualización deberá realizarse a una tasa del 12% o bajo que otra porcentaje debería realizarse dicha actualización?.*

*En lo atinente al segundo aspecto a tratar, esto es, determinar en caso de una eventual cesión contractual el plazo de ejecución que resta para finalizar dicho contrato, su concepto sólo se refirió a los requisitos para autorizar la cesión del contrato y que el plazo de ejecución contractual seguirá siendo el mismo pactado en el contrato, sin que se*

*tuviese en cuenta otros aspectos relevantes como el acta de entrega de las zonas de uso público, la liquidación unilateral del contrato y la reactivación del mismo, razón por la cual, solicitamos a su interventoría conceptuar de fondo sobre este aspecto, toda vez que, existen antecedentes contractuales relevantes para absolver de fondo dicha inquietud.*

*Por otra parte, el tercer punto de la consulta, referido a la posibilidad de ampliar el plazo contractual, su concepto únicamente se limita a transcribir lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 sin ahondar en el condicionamiento jurisprudencial sobre el particular dado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 068-09 y sin resolver de fondo la consulta planteada por esta entidad, puesto que, no señalan de forma clara y precisa en concordancia con el desarrollo del Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009 la manera y consideraciones necesarias para una eventual prórroga contractual.*

*Sobre el punto 4 de la consulta realizada respecto del Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009 asociada a la posibilidad de reconocer a favor de un nuevo cesionario los montos pagados con anterioridad por concepto de contraprestación portuaria, no se tuvo en cuenta el hecho que el contrato del asunto fue liquidado unilateralmente y posteriormente fue reactivado tal como se señaló en párrafos precedentes, motivo por el cual, se reitera a su interventoría emitir concepto sobre estos aspectos de forma integral y en concordancia con la realidad jurídica del contrato de concesión.*

*Por último, es importante precisar que las respuestas a los interrogantes anteriormente mencionados deberán quedar plasmadas en una conclusión total que articule de forma integral todos los aspectos a conceptuar y no de manera aislada como se presentó en el concepto inicial.*

*Agradecemos realizar los ajustes solicitados en el presente oficio en un plazo no mayor a **cinco (5) días** calendarios una vez recibido este comunicado, resaltando la importancia de efectuar un adecuado trabajo en la medida que los conceptos por ustedes emitidos como interventores y apoyo especializado de la entidad son indispensables para una adecuada gestión contractual de los contratos de concesión portuaria a su cargo.”*

*Se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe la mencionada solicitud no ha sido respondida por el interventor.*

- 5- *A través del Comunicado No. CIP02-IN-143-2018 de fecha once (11) de noviembre de 2018, la interventoría con el propósito de dar respuesta al numeral 3 y 4 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018 solicitó a Cormagdalena la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y 027 de 2004.*

*Sobre el particular, la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta a través del Oficio No. 2018030003035 del diecisiete (17) de diciembre de 2018 a la precitada solicitud de información.*

*Se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe la mencionada solicitud no ha sido respondida por el interventor.*

- 6- *Para el caso del numeral 5 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, el interventor dio respuesta por medio de la comunicación No. CIP02-IN-141-2018 del tres (3) de diciembre de 2018, en el cual manifestaron no reconocer como parte de las inversiones realizadas los ítems que representan salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, requiriendo así el ajuste pertinente de los formatos de inversión por parte de la Sociedad Vopak Colombia S.A.*

***Incumplimiento No. 5:*** *De conformidad con a la reunión de trabajo sostenida el día veintiséis (26) de septiembre, el Grupo de Trabajo No. 2 revisó junto con el ingeniero civil del equipo interventor, aquellos asuntos pendientes a cargo de la interventoría respecto a conceptos y que a la fecha de dicha reunión se encontraban sin ser entregados.*

*Sobre el particular, se tiene que la información requerida de acuerdo con lo consignado en el acta de dicha fecha no ha sido entregada por el interventor Consorcio Inter-Puertos 02, por lo que persiste el incumplimiento de esta obligación.*

***Incumplimiento No. 6:*** *Mediante Comunicado No. CIP02-IN-076-2018, radicado el dos (2) de octubre de 2018, e identificado con el número interno 201802003835 de Cormagdalena, la interventoría presentó informe sobre presunto incumplimiento en el pago de la contraprestación por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. (Contrato de Concesión Portuaria No. 043 de 2010).*

*Posteriormente, la Subdirección de Gestión Comercial por medio del Oficio No. 2018030002379 del diez (10) de octubre de 2018 solicitó realizar ajustes al informe por presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A.*

*En razón a lo anterior, el interventor radicó a través del comunicado No. CIP02-IN-151-2019 de fecha diecisiete (17) de enero de 2019, el informe por presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 043 de 2010.*

*Sin embargo, la Subdirección de Gestión Comercial no dio trámite al mencionado informe al considerar que él mismo seguía manteniendo inconsistencias que debían ser ajustadas y corregidas, para ello, remitió el Oficio No. 201903000222 del veintiocho (28) de enero del año en curso solicitando ajustar el mencionado informe, el cual a la fecha de elaboración del presente informe no ha sido entregado.*

***Incumplimiento No. 7:*** *Mediante Oficio No. 201803002982 del catorce (14) de diciembre de 2018, Subdirección de Gestión Comercial reiteró al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 la presentación de los conceptos requeridos por parte de la entidad referente a la actualización del valor de las inversiones de los Contratos de Concesión Portuaria No. 047 de 2011 y No. 041 de 2010.*

*Se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe la mencionada solicitud no ha sido respondida por el interventor.*

En igual sentido a través del alcance al informe de supervisión con radicado No. CI-SGC-201901000501 del 19 de marzo de 2019, señala:

**“(...) se informa que el citado contrato termino el treinta y uno (31) de diciembre de 2018, no obstante, lo anterior, la supervisión ha aprobado el cuarenta y dos puntos ochenta y seis por ciento (42.86%) de la ejecución contractual y presupuestal, por lo que se encuentra pendiente la aceptación del cincuenta y siete punto catorce por ciento (57.14%) del contrato.”**

#### **IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.**

El CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 allegó la Garantía Única de Cumplimiento No. GU077099 expedida por la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”**, que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficio No. CE-OAJ-201903000792 del 27 de marzo de 2019 al **CONSORCIO INTER-PUERTOS 02** y oficio No. CE-OAJ-201903000813 del 28 de marzo de 2019 a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”**, con la finalidad que comparecieran a la audiencia a la que hace referencia el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

#### **V. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA**

##### **Instalación de audiencia del 13 de mayo de 2019**

El día 13 de mayo de 2019, a la hora señalada para tal efecto, se realizó la instalación de la audiencia, tras la verificación de los poderes otorgados, se reconoció personería al abogado Luis Alejandro Quintero Saénz como apoderado del Contratista y a la abogada Lorena Medina Cascavita como apoderada de la Compañía Aseguradora Confianza S.A.

Acto seguido, se realizó la lectura del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 e inmediatamente se les preguntó a los representantes de las convocadas si requerían que se hiciera lectura de las circunstancias de hecho que motivaban la actuación y las normas que la regulan como quiera que ya fueron debidamente expuestas en los escritos de citación No. CE-OAJ-201903000792 del 27 de marzo de 2019 y No. CE-OAJ-201903000813 del 28 de marzo de 2019 o si se proseguía con la diligencia. Las partes manifestaron conocer el contenido de la citación y autorizaron continuar con la audiencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, se les concedió la palabra a los representantes de las citadas para que presentaran sus descargos.

El abogado Luis Alejandro Quintero Saénz en nombre del Contratista manifestó, previo a la presentación de descargos:

*“(...) En virtud de la economía procesal que ya hemos aplicado en este procedimiento, le solicitaría muy respetuosamente una intervención de tres (3) minutos donde le solicito respetuosamente la cesación de procedimiento por cumplimiento de los supuestos expuestos por el supervisor, lo primero espero su respuesta en cualquiera de los sentidos.*

*Lo segundo, muy respetuosamente con base en dos normas inicialmente la que usted lee la 103, que por solicitud cualquiera de las partes el juez tendrá en consideración si el tiempo es adicional yo le solicitaría sino se aprueba la cesación que me otorgue una hora para intervenir, teniendo en cuenta que la amplitud de los hechos en los dos informes de supervisor, la amplitud de la comunicación donde se da inició al procedimiento y en especial que (y esto lo pongo como una consideración subsidiaria) que en ninguna parte el código general del proceso sea norma subsidiaria al artículo 86, este tema ya fue revisado por el Consejo de Estado Sección Tercera del 22 de octubre de 2012 Subsección C Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, en la misma en resumida cuentas lo que dice es que como el artículo 86 es imposible que regule todo un procedimiento el va a las normas sancionatorias del CPACA y de ahí a las normas generales del CPACA pero nunca hay una remisión normativa al Código General del Proceso. Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo.”*

La Oficina Asesora Jurídica resolvió la anterior petición, señalando que la comunicación referida por el apoderado fue radicada la semana anterior, por esta razón se preguntó a la Subdirección de Gestión Comercial, si estaba en la posibilidad de manifestar si se ha superado el incumplimiento frente a lo cual señalaron que no estaban en la posibilidad.

Frente a la segunda petición de otorgar una hora de intervención y no tener en cuenta el tiempo limitado de veinte (20) minutos del Código General del Proceso por no ser la norma supletiva, la Oficina Asesora Jurídica señaló que no se encontró ninguna norma dentro del CPACA que regule este aspecto, razón por la cual se aplicará el artículo 306 del mismo donde señala que *“En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”* Y se otorgaron 40 minutos de intervención y presentación de los descargos.

Así las cosas, el apoderado del contratista manifestó al respecto:

*“Consideraciones Preliminares*

*I. Reconocimiento de Cumplimiento*

*Analizado la citación el informe de la supervisión y el documento que es la única prueba sine quoniam que se requiere para el inicio del presente procedimiento se observan que son varios los acápite que lo dejan a uno confundido, porque en una parte aparece el Título de incumplimiento y si uno lee el contenido del mismo habla es de cumplimiento.*

*(...)*

*II. Hechos Repetidos*

*Hay varios incumplimientos que son copias de otros, hablan de un incumplimiento a otro numeral pero el contenido del mismo hace relación a la misma información, un ejemplo el incumplimiento 5 y el incumplimiento 6 (...)*

*III. Irregularidad en las normas presuntamente violadas que lo dice el artículo*

86 que debe contener la citación, porque hay normas que aparecen que son del procedimiento y no las presuntamente vulneradas por ejemplo la de la cláusula 6.6 que sería la consecuencia legal del procedimiento y la cláusula 5.1. que hablan de las características de la garantía única de cumplimiento, es decir son las normas en las que se basa el procedimiento, pero no se pueden decir que sean normas de incumplimiento como lo requiere el artículo 86, igualmente hay unas normas incongruentes con los supuestos de hecho, es decir hacia un lado va el supuesto de hecho del presunto incumplimiento y hacia el otro van las normas que se citan. Entonces se cita la cláusula 1.1. que es el objeto total del contrato, entonces como el mismo supervisor lo dice la totalidad del contrato no se incumplió, entonces no vemos pues como se cita como cláusula de incumplimiento.

Tenemos la cláusula 1.2. del plazo, el plazo tampoco se incumplió.

Tenemos el tema de gestión de seguros, donde no hay ningún supuesto fáctico donde la interventoría haya incumplido ni siquiera en ninguno de los comunicados aparece en ese sentido, frente a la vigencia, frente al siniestro por afectación de pólizas.

IV. Irregularidad frente a las consecuencias.

(...)

Frente a las consecuencias (...) bajo el principio de congruencia a la Entidad no está permitido citar todas las consecuencias legales que aparecen dentro del proceso, sino que debe limitar dentro del ejercicio de defensa y contradicción la consecuencia de encontrarse probado los supuestos incumplimientos (...) por ejemplo si se pretende declarar el incumplimiento parcial del contrato o la afectación de la cláusula penal pecuniaria, en el último es decir en la cláusula penal pecuniaria de acuerdo a la naturaleza de la misma definida por el Consejo de Estado debe probarse sumariamente la existencia de perjuicio ocasionados a la Entidad como su misma naturaleza lo establece. Es decir, son cláusulas que son contradictorias cuando existe incumplimiento son hechos fácticos hay unas obligaciones contractuales las cuales fueron incumplidas donde hay cláusula penal pecuniaria de manera precedente se refiere al incumplimiento, pero de manera posterior que se hayan generados perjuicios y como todo en derecho los perjuicios deben ser probados para afectar la cláusula penal, (...)

V. La falta de proporcionalidad de la Sanción (...)

La cláusula penal pecuniaria nace del derecho anglosajón, es una cláusula donde se establece el cálculo anticipado de perjuicios, sin importar el número de incumplimientos se establece una cifra entre las partes acordada donde me dicen, sin importar si es más grave o más atenuante el incumplimiento va a tener este valor, esa la naturaleza propia el nacimiento de esta figura jurídica.

Sin embargo cuando se trae a Colombia, el Consejo de Estado en jurisprudencia reiterada que ya lo vamos a ver, va en contra de esa naturaleza, que esté de acuerdo o no es la normatividad que tenemos y es que se dice que la cláusula penal pecuniaria debe ser proporcional al incumplimiento y proporcional a los perjuicios ya no es valedero por parte de la Entidad Pública porque lo hemos notado en muchos contratos estatales decir el incumplimiento es el 30% , es el 20% o el 40% , no la cláusula debidamente elaborada habla, de acuerdo a la magnitud del incumplimiento se habla del 0.5 al 30% por qué, porque un incumplimiento de un día no puede ser igual al incumplimiento de la totalidad del contrato y ahí es cuando hablamos de proporcionalidad.

Entonces en gracia de discusión si el despacho no acoge lo que vamos a manifestar de la inexistencia del incumplimiento si debe tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción.

*Tal y como se ha expresado la cláusula es una institución contractual que surge del derecho privado, la cual ha sido acogida en la contratación Estatal, estadio donde ha encontrado modificaciones e interpretaciones que han variado su naturaleza iusprivatista.*

*La proporcionalidad de esta es la más importante porque en el ámbito privado no se requiere sino que se puede ejecutar total o completo, en el ámbito público si requiere proporcionalidad.*

*Me permito citar sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 4 de noviembre de 2004 Exp. 24.255 "(...) la Administración declara la caducidad del contrato, en ejercicio del privilegio de la decisión previa tiene competencia para ordenar la efectividad de la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista incumplido, y así lo ha sostenido la Corporación. Ahora si los perjuicios causados fueron inferiores al valor establecido en la cláusula penal pecuniaria resultaría lógico que el afectado con la decisión de la administración pidiera en vía gubernativa y luego en ejercicio de la acción contractual ante el juez natural la modificación del acto par que este ajustara la liquidación de los perjuicios anticipados al porcentaje real de incumplimiento, pero, si la cláusula penal no alcanzara a cubrir el monto de los perjuicios ocasionados la entidad estaría también en condiciones de solicitar al juez del contrato el reconocimiento de la totalidad de los perjuicios que excediera la penalidad pactada."*

*Así mismo en reciente también de la misma jurisprudencia, dice: "De otra parte, la cláusula penal, en principio, excluye la posibilidad de cobrar perjuicios, salvo estipulación expresa en contrario. Así lo establece el artículo 1594:*

*"Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal: ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal"*

*También el Código Civil en el artículo 1596 se encarga de lo mismo y también tenemos jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio, Sentencia del 26 de noviembre de 2015 radicación número 53877 donde dice lo anterior en las conclusiones finales.*

*"Todo lo anterior se traduce en la razonable, proporcionalidad y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.*

*En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública"*

*Entonces vemos como es de manera clara que la cláusula penal no aplica en un 100% sino que dicha cláusula debe aplicarse de manera proporcional al incumplimiento en este caso específico nosotros hicimos el ejercicio estableciendo que hay 38 comunicaciones que hicieron durante la ejecución son 2 los que se centran en los incumplimientos hablando de unos contratos específicos lo cual me*

da el 5% de incumplimiento frente al contrato total el cual aplicado en un juicio de proporcionalidad en una regla de tres a la cláusula de incumplimiento del 20% me da el 1% de proporcionalidad de dicha cláusula.

A su vez solicitamos respetuosamente que como normatividad subsidiaria se aplique el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 y se repite sin perjuicio que no existió incumplimiento, como procederemos a exponerlo, en cuanto se exige que la autoridad administrativa haga un juicio de proporcionalidad de acuerdo a 8 elementos que discrecionalmente debe utilizar para cuantificar los mismos, existen más normatividad, más sentencias de proporcionalidad la cual como se aportara al escrito la dejaremos para análisis del despacho.

Una vez acabado las consideraciones preliminares continuaremos con los argumentos de defensa.

### **EL CONTRATO SE HA CUMPLIDO**

(...) Que todas las comunicaciones que se citan como incumplimiento se encuentran en firme, es decir fue CORMAGDALENA porque sabemos que el contrato estatal en teoría es bilateral en realidad es un contrato por adhesión yo no he logrado negociar el primer contrato estatal, establece que el contenido del mismo y hace parte como un acápite del anexo del proceso de selección es el contrato, fue el mismo CORMAGDALENA que establece una cláusula donde aplicándolo de manera expresa a la figura jurídica estableció un silencio administrativo positivo frente a las comunicaciones y me permito leer, cito 4.2.2.

“Procedimiento para la aprobación de documentos y de las demás solicitudes. (a) El interventor deberá entregar un ejemplar impreso y uno en medio magnético a CORMAGDALENA del informe o documento correspondiente, dentro de los términos fijados para el efecto. (b) Dentro de los diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente al recibo el Informe, CORMAGDALENA previo el análisis y el estudio correspondiente, presentará por oficio al Interventor las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes para efecto de aprobar los documentos presentados. Vencido este término sin que haya un pronunciamiento escrito por parte de CORMAGDALENA, se entenderá que el Informe correspondiente fue aprobado en los términos presentados por el interventor.”

Ustedes se darán cuenta que cada uno de los incumplimientos que cita la supervisión todos cumplieron con el término de los 10 días, por lo tanto dados los efectos que las mismas partes le dieron a este término legal hubo un silencio administrativo donde se aprobaron. (...)

#### **Cargo 1**

Mediante oficio CIP02-IN-239 de 2019 de fecha 8 de mayo, la interventoría radicó en CORMAGDALENA las respuestas a los compromisos del acta de 13 de junio de 2018.

Igualmente, la información del punto 2 se aportó en los informes 5 y 6 y en las mesas de trabajo que se realizaban en conjunto con CORMAGDALENA.

La información del punto 3 se aportó en el informe 2.

Teniendo en cuenta que el Consorcio radicó en las instalaciones de CORMAGDALENA, la respuesta a las solicitudes efectuadas a través del acta de reunión del trece (13) de junio de 2018, podemos concluir que el fundamento factico que dio lugar al incumplimiento No. 1 desapareció, es decir se eliminó el perjuicio que pudiera estarse ocasionado a la Entidad. Por lo que jurídicamente lo que correspondería sería despachar este incumplimiento en favor del CONSORCIO INTERPUERTOS 02, toda vez que superó las supuestas deficiencias en sus obligaciones contractuales.

#### **Cargo 2**

Mediante respuesta oficio CIP02-IN-240 2019 de fecha 8 de mayo de 2019 la Interventoría radicó en las Oficinas de Cormagdalena el informe por presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007, con los ajustes solicitados por la Entidad mediante oficio CE-SGC-201803002593 del 9 de noviembre de 2018.

Teniendo en cuenta que el Consorcio radicó en las instalaciones informe por presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. por el no pago de la contraprestación, con los ajustes solicitados por la entidad, podemos concluir que el fundamento fáctico que dio lugar al incumplimiento No. 2 desapareció, es decir se eliminó el perjuicio que pudiera estarse ocasionado a la Entidad. Por lo que jurídicamente lo que correspondería sería despachar este incumplimiento en favor del CONSORCIO INTERPUERTOS 02, toda vez que superó las supuestas deficiencias en sus obligaciones contractuales.

### **Cargo 3**

Se dio respuesta en los informes 5 y 6 en las mesas de trabajo. Igualmente, mediante oficio CIP02-IN-244-2019 radicado el 29 de marzo de 2019, la interventoría radica en las oficinas de Cormagdalena respuesta al oficio 201903000785 el cual era una reiteración del oficio 201803002078.

Aunado a lo anterior mediante CIP02-IN-244-2019 radicado el día 29 de abril de 2019 y CIP02-IN-249-2019 de fecha 8 de mayo de 2019, la interventoría ahonda en la respuesta al oficio CIP02-IN-232-2019.

Teniendo en cuenta que el CONSORCIO radicó en las instalaciones de CORMAGDALENA, concepto técnico, financiero y jurídico sobre la actualización de los valores correspondientes al plan de inversiones asociados al Contrato de Concesión Portuaria No. 041 de 2010 (Sociedad Portuaria BITCO S.A.), podemos concluir que el fundamento fáctico que dio lugar al incumplimiento No. 3 desapareció, es decir se eliminó el perjuicio que pudiera estarse ocasionado a la Entidad. Por lo que Jurídicamente lo que correspondería sería despachar este incumplimiento en favor del Consorcio.

### **Cargo 4**

Se reitera lo dicho en las consideraciones preliminares es el mismo requerimiento 2 y mediante comunicado 240-2019 de fecha 8 de mayo la interventoría radica el informe de presunto incumplimiento de las obligaciones con los ajustes dados a dicho oficio de 9 de noviembre de 2018; este frente al numeral 1 del cargo 4.

Frente al numeral 2 la misma Entidad manifiesta que el interventor dio cumplimiento, esto también unido frente a las consideraciones preliminares donde el informe de supervisor se da conocimiento que existió cumplimiento por parte de la interventoría frente a unos ítems y esto fue mediante oficio CIP02-IN.135-2018 de 27 de noviembre de 2018 donde se dio respuesta a la solicitud de ajuste efectuada por la entidad a través de oficio No. 201803002630 del 14 de noviembre de 2018.

Frente al numeral 3 del cargo 4, mediante CIP02-IN174-2019 de 27 de febrero de 2019 la interventoría radicó en las oficinas de Cormagdalena el informe por presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998 con los ajustes solicitados por dicha entidad mediante oficio No. 20190300222 del 28 de enero de 2019.

Frente al numeral 4 cargo 4, la Entidad mediante comunicación CIP02-IN-241 2019 del 8 de mayo de 2019 la interventoría radicó en las Oficinas de Cormagdalena respuesta al oficio No. 201803002884 y se reitera tal y como lo dice el supervisor se trató de un formalismo porque se trató de un formalismo, de cambio de formatos y que se ha realizado frente al informe de presuntos incumplimientos.

Frente al numeral 5 del cargo 4 mediante comunicado CIP02-IN-245-2019 y CIP02-IN-246-2019 de 8 de mayo de 2019 la interventoría radicó en las oficinas de

CORMAGDALENA respuesta adicional al oficio No. 2018030003035, dicha información igualmente se encuentra en el informe número 3.

Igualmente, el 17 de septiembre de 2018 se había enviado una comunicación dejando claridad que la información entregada por la entidad no era suficiente para dar respuesta frente al requerimiento.

Frente al numeral 6 del cargo 4.

La Entidad manifiesta que el interventor mediante informe CIP02-IN-141-2018 de fecha 17 de septiembre de 2018 dio respuesta a la solicitud, es decir se reconoce el cumplimiento de la obligación.

Teniendo en cuenta que el Consorcio, radicó en las instalaciones de CORMAGDALENA, lo siguiente:

1. Informe por presunto incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, sobre el cual, la Subdirección de Gestión Comercial tal como se mencionó en el incumplimiento No. 2 el presente informe, con los ajustes solicitados por la entidad mediante oficio No. CE-SGC-201803002593 del 9 de noviembre de 2018.

Por lo tanto podemos concluir que los fundamentos fácticos que dieron al incumplimiento No. 4 desaparecieron es decir se eliminó el perjuicio ocasionados a la Entidad y debe entenderse cumplido dicha obligación contractual.

#### **Cargo 5**

Sobre la validación de bienes de Siduport se evidencia la terminación del contrato para las vigencias 2017 según fallo arbitral que está en el acta 9 del 13 de julio de 2018 debido al cambio en el POT de Barranquilla y el proyecto turístico que adelanta la alcaldía de Barranquilla, la Avenida del Río.

Esta Sociedad Portuaria presenta inversiones entre el año 2012 al año 2015, las cuales no son posibles validar en campo ya que cuando esta interventoría empezó el contrato ya se estaba realizando el proyecto del río y en la información existente entregada por Cormagdalena no estaban validadas estas inversiones.

En cuanto a los soportes de inversión de la Sociedad Portuaria del Caribe, mediante comunicación del 22 de agosto de 2018 el concesionario remitió a esta interventoría copia de los formatos FRN-02 y FRN-03 correspondiente al periodo del 1 de enero de 2018 a junio 30 de 2018 en el cual se evidencia que la inversión en el citado periodo es cero por lo tanto nos es susceptible de revisión.

El informe de incumplimiento para levantar el sancionatorio a Michellmar por el no pago de contraprestación fue radicado por la interventoría mediante comunicado CIP02-IN171-2019 de 27 de febrero de 2019.

Teniendo en cuenta que el Consorcio, radicó en las instalaciones de Cormagdalena, las respuestas a las solicitudes efectuadas a través del acta de reunión 26 de septiembre de 2018, podemos concluir que el fundamento factico que dio lugar al incumplimiento No. 5 desapareció.

Adicionalmente la interventoría radicó el 8 de mayo de 2019 los oficios CIP02-IN-247-2019 y CIP02-IN-248-2019 dando alcance a la solicitud.

Es así como el punto 1 se respondió en el informe 4.

Y también el punto 2 se respondió en los informes 6 y 7 ya con anterioridad.

#### **Cargo 6**

Se reitera es el mismo incumplimiento 5 mediante comunicado CIP02-IN171-2019 de fecha 27 de febrero de 2019 la Interventoría radico en las oficinas de Cormagdalena el informe por presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 43 de 2010 con los ajustes solicitados por dicha entidad mediante oficio No. 201903000222 del 28 de enero del 2019.

Es así que teniendo en cuenta que se cumplió enviando el informe del presunto incumplimiento de la Sociedad Michellmar S.A. contrato de concesión Portuaria No.

43 de 2010 por el no pago de la contraprestación, con los ajustes solicitados, podemos concluir que el fundamento fáctico que dio lugar al incumplimiento No. 6 desapareció.

#### **Cargo 7**

Se tiene que esta información ya se contestó oportunamente en los informes 3,4,5 y 6.

Igualmente, mediante oficio CIP02-IN-243 2019 y CIP02-IN-244 2019 de fecha 29 de abril de 2019 la Interventoría radicó en las Oficinas de Cormagdalena respuesta al oficio No. 201803002982.

Es así que teniendo en cuenta que el CONSORCIO, radicó en Cormagdalena conceptos referentes a las actualizaciones de las inversiones de los Contratos de Concesión No. 047 de 2011 y No. 041 de 2010 de acuerdo a lo referido por la Entidad podemos concluir que el sustento fáctico que dio lugar al incumplimiento 7 desapareció.

Finalmente, respecto a la consideración final del porcentaje, que la supervisión calcula en el 42,86%, debemos manifestar que nada más alejado de la realidad, en cuanto éste porcentaje no corresponde a la ejecución sino al estado financiero del contrato, pues son las facturas que ha pagado Cormagdalena; el cumplimiento del contrato se encuentra en un 100% pues ya se entregaron todos los informes, habiendo transcurrido como se manifestó al inicio de esta defensa el término de firmeza ya citado, los tropiezos que se hubieran presentado son hechos superados.

#### **Para resumir esta primera parte:**

1. Hay una pérdida de oportunidad legal de la Entidad, para hacer solicitudes de aclaraciones o ampliaciones frente a los informes en cuanto se establecieron las consecuencias legales de un retardo de 10 días sin manifestar nada frente a los informes que es un silencio administrativo positivo a favor del Contratista.
2. Toda la información y por eso solicito que estos descargos se han vistos frente a la solicitud de cesación que presentaron donde hay una tabla para cada incumplimiento y que cuando se dio respuesta, ya fueron respondidos en las diferentes herramientas o mecanismos de comunicación establecidas entre las partes para el contrato, es decir o se entregaron los informes mensuales o ya se habían respondido comunicaciones o en las mesas de trabajo que realizaba la Entidad fueron contestadas.
3. Como nuestro deber es ser colaboradores de la Entidad, como este procedimiento de la forma en lo que establece el artículo 86 es para que cumpla el contratista porque nadie gana con una declaratoria de siniestro de unas pólizas, sino lo que se quiere lograr es una herramienta legal de presión al contratista para que cumpla teniendo en consideración que para la Entidad desde su perspectiva puede ser que no se hubiera dado o faltado un complemento una información que como se reitera ya se había entregado volvimos a radicar el 8 de mayo el alcance de acuerdo a lo solicitado por el supervisor

De acuerdo a estos tres elementos, es decir el silencio administrativo positivo ya se había dado respuesta y sin embargo se volvió a dar respuesta consideramos que no existe ningún incumplimiento.

Ahora bien, como argumento subsidiario se solicita se **declare la existencia de excepción de contrato no cumplido. (...)**

Elemento número uno, nos encontramos frente a un contrato sinalagmático (...).

Número dos (...), existió un incumplimiento a cargo de la Entidad (...) donde están las obligaciones de Cormagdalena en la cláusula 2.2. (...) porque Cormagdalena

*nunca aseguró la entrega de la información para resolver cada una de las consultas elevadas, estableciendo una obligación no contractual de mayor carga obligacional consistente contar con el tiempo de archivo en cuanto no hay persona que atendiera de manera permanente e ir hasta al archivo y obtener copia de toda la documentación y efectivamente demoraba la respuesta oportuna a requerimientos. (...) Existe un incumplimiento de las obligaciones de Cormagdalena. (...) Yo que necesito para responder una solicitud de información como su nombre lo dice, información, yo necesito tener los documentos necesito tener conocimiento del contrato, necesito hacer un seguimiento de una ejecución contractual para poder dar respuesta pero de quien dependía esa información de la Entidad, por lo tanto hay una correlativa relación entre la obligación de Cormagdalena y mis tiempos de oportunidad para responder con dicha información. Finalmente, el último es que cuando a mí me solicitaban la información pues el primero en incumplir era Cormagdalena por lo tanto nos es dado a nosotros presentar la excepción de contrato no cumplido. (...) Solicitud de pruebas (...) Acta de 5 de diciembre de 2018 (...)"*

En el mismo sentido, se le concedió la palabra a la apoderada de la aseguradora, quien manifestó:

*"En primer lugar en calidad de garantes del Consorcio Interpuertos 02, manifestamos que coadyuvamos los argumentos del apoderado de la interventoría así mismo como las solicitudes que se hicieron con ocasión de los mismos. En segundo lugar y ya de cara al contrato de seguro, el incumplimiento del contrato deberá ser imputable al Contratista garantizado y me permito manifestar lo siguiente: Es fundamental que la Entidad acredite que el incumplimiento del contrato obedeció exclusivamente por causas imputables al contratista garantizado, toda vez que en el caso que se demuestren la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad en favor de aquel, la Entidad queda impedida para su declaratoria de incumplimiento. Así pues, me permito citar el numeral 2 de las condiciones generales de la póliza que manifiesta lo siguiente: "Los amparos previstos en la presente póliza no ampararan en los siguientes casos, causa extraña esto es la fuerza mayor y el caso fortuito, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima o en este caso el asegurado, es así como la Entidad deberá evaluar las pruebas que presente el contratista en caminadas a demostrar el incumplimiento de las obligaciones contractuales y aclarar la situación dada a conocer por la Entidad asegurada enmarcad dicha evaluación en el principio de la buena fe la cual se presume en favor de esta. Ya de cara a lo que manifiesta el contratista y lo que se pretende hacer valer en el presente caso, encontramos que existen dos eximentes de responsabilidad, el primero relacionado con el silencio administrativo positivo que muy bien lo dejó claro el apoderado en la que se tenía una de las obligaciones por parte de Cormagdalena era dentro de los 10 días siguientes al recibo de los informes un pronunciamiento, sin embargo se pasaron los 10 días y no se hizo su pronunciamiento respectivo por lo tanto se aplica el silencio administrativo positivo y la Entidad no podrá utilizar su misma normatividad contra lo que dejó de realizar. En segundo lugar, se solicita información al contratista interventor sin embargo esa información no se encontraba en manos o en cabeza de este, sino que la misma Entidad tenía que hacer un proceso en cuanto la investigación del archivo de la misma Entidad, cosa que no lo podía pues tampoco realizar.*

*Entonces si encontramos como compañía aseguradora que existe un eximente de responsabilidad en este caso culpa exclusiva de la víctima el asegurado, entendiendo esta de la siguiente manera la legislación colombiana frente a la culpa exclusiva de la víctima en este caso el asegurado lo señaló en el artículo 2357 del C.C. lo siguiente: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

*Así pues, quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión con culpa o sin ella a la producción del daño sufrido debe asumir las consecuencias en su actuar.*

*En el mismo sentido el Consejo de Estado ha reiterado en diversas jurisprudencias que para que sea aplicable dicha figura exonerativa la víctima es decir el asegurado Cormagdalena por sus propios hechos y actuaciones se puso en condiciones de soportar el daño. (...)*

*Solicitamos se aplique el principio de proporcionalidad y compensación de la siguiente manera, en el evento de no ser acogidos los argumentos aquí expuestos es importante mencionar que tratándose de un siniestro la responsabilidad del asegurador consiste en indemnizar a la Entidad asegurada del daño o perjuicio real que se derive en un incumplimiento imputable al garantizado razón por la cual resulta indispensable que en cumplimiento del artículo 1077 del CoCo la Entidad no solo determine sino que demuestre la cuantía del perjuicio, lo anterior por cuanto el artículo 1088 del CoCo señala “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.*

*(...) no consideramos que se aplique la cláusula penal pecuniaria se habla del incumplimiento total de un contrato, en este caso corresponde a un porcentaje de cumplimiento el cual la Entidad deberá analizar y deberá ajustar su decisión a la realidad contractual y a lo que realmente ejecutó el contratista interventor sacando pues así un porcentaje pues del mismo aplicando el principio de proporcionalidad frente al cumplimiento del contratista. (...)*”

Una vez oídos los descargos, se dejó constancia de que la oportunidad procesal fue agotada y se procedió a suspender la actuación.

#### **Audiencia del 21 de mayo de 2019**

Se dio continuación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 instalada el 13 de mayo de 2019. Agotada la oportunidad para presentar descargos, se dio apertura a la etapa probatoria incorporando para su valoración las pruebas documentales solicitadas por el Contratista, así:

1. Se remita copia del acta de 5 de diciembre de 2018 por parte de la Subdirección de Gestión Comercial.

A continuación, se decretó el testimonio solicitado por la defensa del Contratista, consistente en la citación como testigo a la Profesional Financiera María Paula Tamayo para declarar respecto a la forma en la que se respondió cada uno de los requerimientos, para lo cual se fijó fecha y hora de recepción del testimonio.

Adicionalmente, se decretó de oficio una prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial.

Una vez decretados los testimonios y fijadas las fechas de su recepción y presentación de la prueba por informe se suspendió la audiencia, determinando su reanudación para el día 13 de junio de 2019.

### **Audiencia del 13 de junio de 2019**

Siendo las 10:50 am y conforme a las pruebas decretadas en la sesión anterior, se procedió a recibir el testimonio de la señora MARÍA PAULA TAMAYO quien fungió como profesional financiera de la Interventoría, medio probatorio solicitado por el apoderado del Contratista.

La práctica del referido testimonio se realizó de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 220 y 221 del Código General del Proceso.

Tras la lectura de las formalidades del testimonio y la verificación de la identidad de la testigo se procedió por parte de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica a preguntar:

Jefe OAJ preguntó:

1. *Por favor indique su nombre completo, domicilio, ocupación y estudios realizados*

**Testigo:** *Mi nombre es María Paula Tamayo Gaviria, fecha de nacimiento 16 de octubre del 74 mi profesión es administradora de empresas de pregrado, de postgrado de marketing estratégico, domicilio calle 140#6-20 Torre 8 Apto 301*

Jefe OAJ preguntó:

2. *¿ Por favor, indíquenos su tiempo de experiencia, ocupación actual y por favor me puede repetir los estudios realizados?*

*Pregrado administración de empresas, postgrado marketing estratégico.*

Jefe OAJ preguntó:

3. *¿Qué tiempo de experiencia tiene?*

*Testigo: Tengo experiencia desde 1999, que me da alrededor de 20 años de experiencia profesional, en cargos de gerencia media y gerencia alta y actualmente me desempeño como gerente financiera de CRISTAL & COMPAÑÍA S.A.*

Jefe OAJ preguntó:

4. *¿Usted conoce los motivos por los cuales ha sido llamada a rendir testimonio?*

*Testigo: Sí, los conozco el Dr Luis Alejandro me pide que rinda testimonio sobre la ejecución del contrato y sobre lo que respecto de mis obligaciones sobre el contrato.*

Jefe OAJ preguntó:

5. *¿Usted sabe porque ha sido llamada la empresa a este procedimiento?*

*Testigo: Si conozco el motivo por el cual hemos sido llamados.*

Jefe OAJ preguntó:

6. *¿Me puede indicar cuál es ese motivo?*

*Testigo: Por un posible incumplimiento.*

Jefe OAJ preguntó:

7. *¿Por favor, señora María Paula, sírvase explicar qué tipo de vínculo contractual tenía con Consorcio Interpuertos en virtud del contrato 180 de 2018, suscrito con Cormagdalena y al referirnos con vinculo contractual nos referimos qué tipos de obligaciones cumplía?*

*Testigo: EL tipo de vínculo contractual que tenía con el Consorcio Interpuertos es empleada de ellos, cumpliendo como profesional financiera, específico asignado al contrato 180*

Jefe OAJ preguntó:

8. *¿Qué tipos de obligaciones tenía qué desarrollar?*

*Testigo: En general las obligaciones que se encuentran en el contrato 180, específicas de la parte financiera.*

Jefe OAJ preguntó:

9. *¿En la actualidad está vigente ese vínculo contractual con el Consorcio Interpuertos o con alguno de sus integrantes estos son CELCO S.A. ó ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.?*

*Testigo: En la actualidad no tengo vínculo contractual o laboral ni con el Consorcio ni con ninguno de los integrantes.*

Jefe OAJ preguntó:

10. *¿Quisiéramos tener mayores especificaciones de sus labores en el contrato?*

*Testigo: Las labores asignadas al profesional financiero específicamente en el contrato, era la revisión de los planes de inversión en los temas financieros que le compete, la revisión de los formatos de inversión entregados por cada concesionario durante el período del contrato, conceptuar sobre las modificaciones financieras que se presentaran en su momento de acuerdo a los diferentes puertos asignados, conceptuar cuando la interventoría así lo requiriera en temas financieros específicos postulados por cada concesionario realizar una revisión específica de los soportes contables y financieros entregados por los concesionarios cuándo alegaban inversiones en el período, esas eran las obligaciones principales.*

Jefe OAJ preguntó:

11. *¿Tenía interacción con la supervisión de este contrato, con Cormagdalena, con el equipo de la Subdirección de Gestión Comercial?*

*Testigo: Generalmente tenía interacción con el profesional financiero de Cormagdalena, Claudia Mayorga, en algunos momentos con los apoyos técnicos cuando ellos lo requerían.*

Jefe OAJ preguntó:

12. *¿Tiene constancia de los requerimientos que realizó Cormagdalena al Consorcio Interpuertos 02 durante el desarrollo del Contrato?*

*Testigo: Tengo constancia de los requerimientos y de lo expuesto en el presunto incumplimiento y debo anotar que algunos de los requerimientos que realizó la Entidad los conocí en el momento que se citó el presunto incumplimiento.*

Jefe OAJ preguntó:

13. *¿En todo caso, para su mayor claridad vamos a citar la relación de esos requerimientos y voy a realizar un cuestionamiento frente a cada uno sobre si tiene conocimiento frente a ellos.*

*Conforme a lo que obra en el expediente sancionatorio, se van a relacionar los requerimientos realizados al CONSORCIO INTERPUERTOS 02 por parte de CORMAGDALENA, para que usted nos señale lo siguiente: si le consta, la forma cómo se dio respuesta a cada uno de ellos y si esa respuesta lo que usted tiene conocimiento fue oportuna, así:*

- Reunión de trabajo de 13 de junio de 2018(se leyó lo relacionado en la citación)*

*Testigo: Dentro de lo que yo tengo conocimiento, lo primero que quiero expresar es que el acta firmada en junio 13 tuve conocimiento el día en que nos llega el proceso de presunto incumplimiento, posteriormente a esto leo el acta y leo los ítems que en ella están plasmados de manera general encuentro que varias de las solicitudes han sido plasmadas en el transcurso del contrato en diferentes informes o en diferentes documentos allegados. Fueron resueltas, pero no sabría decirte con exactitud si fue a satisfacción de la Entidad, porque una cosa es lo que el interventor contesta y otra lo que la Entidad acoja, pero fueron resueltas y muchas de ellas en los informes*

Jefe OAJ preguntó:

- Comunicación No. 201803001737 del 19 de julio de 2018(se leyó lo relacionado en la citación)*

*Testigo: Si conozco el caso, si se dio respuesta, no conozco si la respuesta fue oportuna.*

- Oficio No. 201803002078 del 30 de agosto de 2018 (se leyó lo relacionado en la citación)*

*Testigo: En gran parte de los informes se dio respuesta a este requerimiento, pero no solamente al informe sino de manera escrita, debo advertir que para esos ítems específicos en lo que se refiera a autorizaciones a planes de inversión que incluye a Bitco y a algunos otros citados en el incumplimiento se dieron reuniones y mesas de trabajo acá en Cormagdalena con el equipo de Barranquilla y con el equipo en Bogotá, no fue una reunión fueron dos, fueron tres, fueron varias la cual concluyó con un pronunciamiento formal de nuestra interventoría y de la otra interventoría presente también en las otras reuniones el 5 de diciembre.*

- *Oficio No. 201803002233 del 17 de septiembre de 2018 (se leyó lo relacionado en la citación)*

*Testigo: De este oficio lo quiero dividir en dos partes, uno donde solicitan corrección al informe No. 1, que me dices está fechado el 17 de septiembre, cuando el informe No. 1 corresponde al período del 1° al 30 de junio, pero sin embargo aún así tres meses después solicitan corrección al informe y se presentan esta interventoría de buena fé aun cuando estaba por fuera del período, de lo que la Entidad podría requerir corrección al informe se presentan las correcciones, y no solamente del informe 1 sino del informe 1 y 2 porque están los dos relacionados.*

*En cuanto a los posibles incumplimientos, el abogado de la parte jurídica envió varios documentos donde relacionaba la postura de la interventoría y en algunos casos tasaba unas multas de una manera específica a lo cual la Corporación solicitó que los tasara de una manera diferente, había diferencia de conceptos los mismos fueron ajustados en el transcurso del contrato.*

- *Reunión de trabajo de fecha 26 de septiembre de 2018 (se leyó lo relacionado en la citación)*

*Testigo: Que se haya realizado la reunión no me consta, ni siquiera se realizó en Bogotá, no se realizó con medios de conexión como estamos ahora, la única constancia de esa reunión es el acta que ustedes aportan en el presunto incumplimiento, igual no sé si alguien la tenga ahora si quisiera hacer una precisión específica sobre las respuestas de las actas contenidas o de las actas aportadas, no se si ustedes la tengan, porque si quisiera señalar un tema específico sobre la reunión del 13 de junio y esta de septiembre 26.*

*Se le pone de presente el acta "Acá esta el acta, firma nuestra ingeniera, firma Christian de la Cruz, Carlos Herrera, y dice por ejemplo vitko, actualización del plan de inversiones si es 12% o si es IPC; Marinas del Caribe plan de inversiones si es 12% o si es IPC, quiero ser reiterativa en esto específico y es que, acordado con la Corporación realizaríamos mesas de trabajo para establecer si era el 12% o el IPC, porque yo quisiera dejar claro que en los primeros informes no recuerdo si fue en el 2 o en el número 3 se citaba una primera postura de nosotros donde debía ser el 12% entonces la solicitud de la Corporación solicitaron se revisara un valor diferente porque era muy honeroso para el Concesionario, esta interventoría accede a entrar a revisar números financieros y a entrar a revisar otro tipo de información. Para la solicitud del 26 de*

septiembre, donde lo dejan como un pendiente está interventoría no tenía conocimiento de los modelos financieros que tenían ni Bitco, ni Marinas del Caribe, ni ningún otro contrato que requiriera actualización de su plan de inversiones, desde el punto de vista financiero es realmente imposible establecer un valor actualizar las inversiones sino sé el modelo financiero el cual fue presentado a la concesión y otorgada, por qué, porque hay que conservar un valor presente neto, debo informar que después de varias mesas de trabajo las cuales principalmente dos se llevaron en el mes de noviembre y la conclusión se dio el 5 de diciembre, se estableció que esta actualización debía ser el 12%, por lo tanto para mí es importante que establezcamos que a la fecha el 26 de septiembre con la información suministrada era imposible dar respuesta y claridad al concepto solicitado. En mi opinión no, en la realidad no contaba con los documentos para presentar el informe.

- Oficio No. 201803002594 del 9 de noviembre de 2018. (se leyó lo relacionado en la citación)

Testigo: Conozco que se dio respuesta a este informe y hay una primera solicitud de levantamiento de incumplimiento al que la Corporación solicita se realicen ajustes como usted bien lo menciona, y conozco que el abogado entregó los ajustes con posterioridad se solicitó una tasación de multa la cual también se entregó y se solicitaron ajustes a esta tasación de multa, la cual también se entregó con posterioridad. Me consta porque la tasación de la multa la hice yo.

- Oficio No. 201803002630 del 14 de noviembre de 2018. (se leyó lo relacionado en la citación y posteriormente se leyó el oficio)

Testigo: En este particular y en varios ajustes de los conceptos jurídicos que se pedían se evidenció que había una ausencia de información importante que no había sido transmitida a la interventoría por lo cual debíamos solicitarla directamente a Cormagdalena para poder emitir los conceptos específicamente, quiero hacer claridad en este punto o por lo menos poner como un ejemplo y es que al inicio de la interventoría cuando comienza la interventoría en el mes de junio es reunida por un supervisor donde entrega un CD con toda la información contenida en los contratos. C.D. que va a hasta una fecha específica no puedo dar fe hasta que fecha contenía los documentos, lo que si puede dar fe es que estaban anteriores por supuesto al inicio de nuestra interventoría, cuando se piden ese tipo de correcciones que no es la primera vez que piden una ampliación, una solicitud y en específico el que acabas de leer, donde piden que se ignoró un documento que reposaba del Puerto específico o alguna condición específica el área jurídica, financiera y técnica, todos evidenciamos que hacían falta documentos dentro de la información entregada razón por la cual la interventoría solicita nuevamente a Cormagdalena que sea entregado todas las actuaciones jurídicas que ha tenido la Corporación en el período en el que hemos sido interventores ya que conceptuar sin tener la información a la mano es muy complicada, esta información es entregada el 20 de diciembre en un CD, conozco la fecha puntualmente porque vine personalmente a retirarla acá en Cormagdalena que fue entregada a la mano del mismo señor Iván en un C.D. con toda la información de las actuaciones jurídicas.

*A eso también debo hacer claridad en 2 puntos específicos jurídicos, que aunque no fungían como profesional jurídico los conozco y es tuvimos un primer abogado asignado al contrato el cual por solicitud de la misma Corporación se cambió porque la postura del abogado en muchos de los contratos era proceder a caducarlos de manera inmediata por los incumplimientos reiterativos, la Corporación solicita cambiar el abogado nosotros cambiamos el abogado y este abogado nuevo que ingresa pues encuentra las dificultades que ya hemos mencionado, que hay ausencia de la documentación o se solicita conceptuar sobre aspectos puntuales en donde la Corporación no le ha dado traslado de los documentos soporte a la interventoría. Se me olvidó el segundo punto.*

*Entrega Información de las actuaciones jurídicas a eso también debo hacer Claridad en dos puntos específicos jurídicos que, aunque no conozco y estuvimos un abogado el contrato del abogado en muchos de los contratos serán procesados de manera inmediata por los incumplimientos relativos Felicita conceptual sobre aspectos puntuales en donde la corporación no le ha dado traslado de los documentos soporte a la interventoría se me olvidó.*

*El segundo punto, es que hay un cambio importante en la Oficina Jurídica de Cormagdalena, donde nos refieren después de una reunión para que los incumplimientos y los procedimientos sancionatorios surtan el efecto que se pretende debían realizarse de cierta forma y eso también implica un cambio en la forma como el abogado expresa sus posiciones de los documentos radicados en la Entidad, esa era el segundo punto.*

- *Oficio No. 201803002826 del 29 de noviembre de 2018 (se leyó lo indicado en la citación, y el oficio en su totalidad)*

*Testimonio: El primer informe de Vopak la Corporación pide que nos pronunciemos de manera técnica, financiera y jurídica, modificación que está proponiendo el Concesionario, la forma como se evalúa estas modificaciones porque todo va ligado, lo primero que se establece es que se tenga claridad de las inversiones realizadas en el tiempo que venía transcurrido el contrato. Si bien es cierto esa parte es fundamental para la modificación es importante aclarar que la Corporación en su momento dice le reitero el concepto, pero la pregunta ni siquiera la pregunta es en ausencia de una problemática que tenía el concesionario que no ha sido resuelta ni por el concesionario ni por la corporación Y en donde la interventoría anunciado varias veces y voy a explicar ese punto el concesionario Bopac presenta unos planos, unas inversiones realizadas en los cuales la interventoría se pronuncia y dice que no son imputables al plan de inversiones, es una situación que debe resolver la corporación si las imputa o no porque eso modifica el valor de las inversiones acumuladas y el Punto de partida para la modificación contractual. Hasta que esto no se resuelva la interventoría no puede pronunciarse de ninguna manera porque cualquier pronunciamiento está por fuera del contexto que debe realizar. Nosotros tenemos el radicado enviado al consorcio por parte del concesionario marzo en 2019 donde el deciden finalmente hacer caso a la postura que expresó la interventoría y retirar las inversiones mostradas como acumuladas dentro de sus formatos, entonces lo que significaría que el plazo en el que el concesionario decida ajustar la interventoría pide que es en marzo del 2019 está por fuera completamente de nuestro plazo contractual que venció el 31 de*

diciembre del 2018 con referencia a la parte financiera vuelve y digo esto es un punto de partida importantísimo de ahí hacia delante con posterioridad y de acuerdo a los presuntos incumplimientos ésta interventoría se el trabajo de llamar al concesionario porque ni la información no ha sido aportada por parte de la corporación llama al concesionario y le solicito que me envíe los documentos y puedo darme cuenta que existe no sé el número exacto pero existen varias comunicaciones no menos de 5 donde el modifica su postura en la parte técnica y financiera radicada a la corporación para dicho concepto. La parte técnica y financiera radica finalmente en marzo 2019 para análisis de la Corporación, tiempo que esta por fuera del contrato de la interventoría, lo cual presupone que solicitar y reiterar un concepto cuando la información es insuficiente y no está completa pues no da lugar a que la interventoría se pronuncie de forma sensata y concordante con los documentos que reposaban o que habían sido entregados.

La solicitud de Monómeros que pide la Corporación revise por favor las inversiones acumuladas de Monómeros, de los dos Monómeros, piden exactamente los mismo 026 y 027.

El 026, que no tiene un plan de inversiones imputables específicamente a las inversiones que el puerto realiza, pero aún así la Corporación solicita al Consorcio que entremos a revisar inversiones pasadas yo quiero hacer la anotación importante que revisar y dar fe de pronunciarse en versiones pasadas realizadas en un contrato como éste que viene desde 2004 ejecutándose es perfectamente imposible para cualquier interventoría porque generaría una responsabilidad no solamente para la interventoría que se están pronunciando sino para los funcionarios que en ese momento están fungiendo, yo no puedo a través de un concepto o de una de una posición frente a las inversiones que ni siquiera tengo constancia que se realizaron muchas de ellas obedecen voy a poner un ejemplo a un confinamiento yo como voy a dar fe que efectivamente se hizo en las calidades que el puerto me está diciendo si es que en el 2004 yo no una interventora no tenía ninguna relación con la Corporación y mucho menos firmar actas de recibo de obra como como bien lo ha solicitado la corporación no es lo mismo recibir una obra hecha en el 2004 por quién supervisaba el contrato que yo recibí en el 2019 entonces entrar lo máximo que puede hacerse interventoría cómo lo hizo como ya lo radicó, es revisar que las facturas correspondan a lo que el Puerto está diciendo que invirtió pero extralimitarse en cualquier certificación está por fuera del objeto del contrato nosotros tenemos un contrato de interventoría no de auditoría y son dos temas completamente diferentes, el interventor revisa y supervisa lo que sucede en su periodo pero no audita lo anterior, porque hemos firmado contratos con esta Corporación de auditoría donde efectivamente nos asista la obligación de revisar años anteriores

- 201803002984 del 14 de diciembre de 2018. (se leyó lo indicado en la citación)

Testigo: Me resulta sorprendente, de algo que el 5 de diciembre en reunión convocada por Cormagdalena donde todos firmamos un acta de asistencia, se concluyó que era el 12% para todos los contratos que requerían actualización en el plan de inversiones, no entiendo porque lo solicitan reiterativamente 10 días después en un oficio pero adicionalmente a eso, es importante resaltar que se revisa el informe mensual está escrito y siempre se hace la

salvedad donde se dice que él tiene que ir de acuerdo al modelo Financiero. También es importante anotar que en el requerimiento específico de Bitco nunca fue dada la información a la interventoría para revisar el modelo financiero.

- Oficio No. 201803002984 del 14 de diciembre de 2018. (se leyó lo indicado en la citación)

Testigo: El contrato 039 específicamente tenía la misma problemática de los demás contratos con las actualizaciones al plan de inversión volvemos nuevamente a las mesas de trabajo que se realizaron, lo más sorprendente es que las mesas de trabajo son convocadas por el contrato 029;031;039 que pertenecen a la misma Sociedad Portuaria, pero con el agravante que el 039 es un contrato en el que está interventoría se pronunció diciendo que para nosotros era un contrato que no había iniciado, que ni siquiera había iniciado porque las condiciones mínimas de su inicio Cormagdalena no los había entregado que era entregar la totalidad del área al Puerto. Solicitaron el concepto pedían que lo ampliaríamos porque el abogado se pronunció en que efectivamente se podía ceder, peor solicitaron que se ampliara para que tuviera en cuenta más aspectos jurídicos, sin embargo en reiteradas ocasiones esta interventoría mencionó que casi Qué es un contrato que ni siquiera se le daba inicio pero además con respecto a la actualización de plan de inversiones ya había un pronunciamiento clarísimo de los informes que solicitaban de la mano el informe financiero que fueran actualizados al 12 o al IPC.

Jefe OAJ preguntó: ¿Específicamente este oficio tuvo pronunciamiento, posterior a esta fecha, al 14 de diciembre?

Testigo: Después del 14 de diciembre la información que solicitaban en el oficio está plasmada en los informes financieros, perdón en los informes mensuales que se entregan en el mes de diciembre, pero creo que también está en el mes de noviembre donde desde la parte financiera les informó nuevamente que el a cualquier actualización que realizan debe ir de la mano al modelo financiero el modelo financiero nunca fue entregado por la corporación.

- Oficio No. 201803003035 del 17 de diciembre de 2018 (se leyó lo indicado en la citación)

Testigo: Tengo conocimiento del oficio la interventoría le envió un oficio a la corporación solicitándole a la ampliación de la información para poderse pronunciar sobre los puertos monómeros 026 y el otro es el 027 para poder pronunciarse adecuadamente de acuerdo a la solicitud realizada en ausencia de la información a lo que la corporación contesta que ya entregó la información pero cuando nos remitimos al CD entregado pues no hay ninguna información que pueda que nos permita nosotros validar adecuadamente porque no digo que no hay información sino que no la hay completa adecuadamente esta situación que están solicitando, adicionalmente solicita la validación de inversiones que como bien lo citan son del 2004 y sobre todo unos puertos particularmente el 026 tiene un ítem específico y es que su plan de inversiones como no tiene plan de inversiones, pero si tiene una obligación de invertir está en dólares lo que supondría que quien haga esa revisión tiene que entrar a mirar fecha exacta de cada pago que realizó el puerto desde el 2004 que

corresponda a la TRM en específica para poderlo aplicar al plan de inversiones pero máxime en ausencia de la información esta interventoría se la solicita al puerto ya que la corporación no la envía se la solicita el puerto y el puerto la entrega en las condiciones que el puerto considera adecuada y de esta manera con la información disponible, la interventoría presenta su informe.

- Oficio No. 201803003036 del 17 de diciembre de 2018

*Testigo: La interventoría presenta un informe, pero recuerdo el contenido porque fue algo que se conversó al interior de la interventoría, ese informe tiene una aclaración del abogado dice que el 10% de la cláusula penal y la corporación le pide el favor que cambie su multa que no está acorde con las multas y procedemos hacer una nueva tasación de multa, la cual se radica no sé exactamente qué día será en los primeros días de enero donde se tasa la multa como lo solicita la corporación, no es como una única respuesta si no se tuvo dos respuestas adicionales, para Bocas de Ceniza, se presenta su incumplimiento del no pago de la contraprestación creo que la fecha es 28 de agosto para ver hecho el pago y no lo realiza, en septiembre se recuerda la obligación de pago y ya pues en diciembre ya es solicitado el informe de cumplimiento.*

- Oficio No. 201903000222 del 28 de enero de 2019

*Testigo: Tengo conocimiento que nuestro profesional jurídico presenta las aclaraciones a esos oficios, de acuerdo a los lineamientos de la Corporación, pero por supuesto debíamos seguir contestando los requerimientos que la Entidad solicitará, que se habían dado dentro del período que habíamos sido interventoría.*

*Jefe OAJ preguntó: ¿Podría por favor indicarnos cómo tuvo conocimiento sobre estos requerimientos?*

*Testigo: Porque tuve una reunión con el abogado y revisamos puntualmente el requerimiento y que le diera la respuesta adecuada.*

En este punto, se le concede el uso de la palabra al apoderado del Contratista quien solicitó el interrogatorio.

*Abogado del Contratista preguntó: ¿De la respuesta anterior, que los requerimientos por parte de la Entidad están por fuera de la oportunidad para solicitarlos, a qué se con la oportunidad de respuesta de la entidad?*

*Testigo: Podemos mencionarlos en dos aspectos diferentes, primero cada vez que nosotros radicábamos un documento había un plazo específico para que la Entidad nos informará si teníamos algún cambio o algún ajuste y en muchas ocasiones encontramos oficio sobre presentamos un oficio en el mes de julio y llega la primera observación en el mes de octubre. También nos sucede con los informes mensuales, entonces cuando digo tiempo y oportunidad por ejemplo en caso de los informes mensuales en forma mensual es una foto específica de lo que sucedió en el mes en el puerto y se hace en el mes de julio pero me piden una aclaración en el mes de octubre es lo que yo voy a plasmar en documentos jamás*

*es coincidente con lo que sucedió, porque ya ni siquiera ya pasaron tres meses eso es un poco a lo que me refiero con el término de oportunidad.*

*Por el otro lado el Otro aspecto es que continuamos recibiendo requerimientos que para sorpresa mía cuando trate de buscar la trazabilidad de los requerimientos los mismos eran modificados en su contenido y todos realizados en marzo y abril del presente año cuando llevamos tres y cuatro meses sin ser interventores de la corporación. Y con esto vale la pena aclarar que no era un alcance a un oficio preexistente, porque podría suceder que, aunque fuera del término, pero podría suceder que la Corporación relacionara algún informe como promoviendo como mención ahorita la doctora Deisy en el último que me pregunto llegó en enero y me preguntó si se había contestado así se contestaron pero digamos que hace alusión a algo que había sido mencionado en diciembre como un hilo conductor. Pero este es el caso puntual donde relacionan un período específico lo citan como un presunto incumplimiento cuando si nos remitimos al documento que genera el presunto incumplimiento no tiene nada que ver con lo relacionado en el oficio y esta extemporáneo.*

*Abogado del Contratista preguntó: ¿Con qué frecuencia se realizan los comités entre la interventoría y la entidad y usted participó en dichos comités?*

*Testigo: En lo que tenía que ver con la parte técnica se realizaban en Barranquilla pero será a solicitud de la corporación o la interventoría, en Bogotá en los comités que fueron citados todos asistió la interventoría, frecuencia no era que fuera pactada específica sino en algunas situaciones puntuales como era las actualizaciones de los planes de inversión.*

*Ahora, como profesional Financiero me reuní en varias ocasiones varias muchas con el profesional financiero del Cormagdalena donde yo personalmente cuadrado con Claudia Mayorga las reuniones y revisamos temas puntuales financieros de las concesiones.*

*Abogado del Contratista preguntó: ¿Cómo eran los comités en cuánto a la situación de discusión del levantamiento del acta del tema discutido?*

*Testigo: Bueno la citación se hacía vía correo electrónico los citaba el interesado, en todas las oportunidades lo citó Cormagdalena, vía correo electrónico las discusiones eran interactivas la corporación preguntaba tenía preguntas específicas sobre los puertos la interventoría respondía desde su perspectiva de lo que opinaba Cómo se podría abordar la problemática se firmaron acta de asistencia al igual a la que la doctora Sonia círculo en este momento y leyeron en este espacio y las actas de dichas reuniones no conozco la primera, como se lo mencione a la doctora Deisy viene a conocer en los presuntos incumplimientos dos actas firmadas en Barranquilla y en las reuniones en las que yo participe no conozco la primera acta.*

*Abogado del Contratista preguntó: ¿Qué sucedió en el comité del 5 diciembre 2018?*

*Testigo: El comité de 5 de diciembre 2018, es un comité que se da como resultado de varios reuniones anteriores, buscábamos establecer con Cormagdalena cuál era la mejor manera de actualizar los planes de inversión de las concesiones, explicando un poco esto cuando se corre el modelo financiero 2% encontramos qué tremendo oneroso para las concesiones*

realizar inversiones tan altas cuando las pactadas en el contrato eran diferentes, sin embargo la posición de la interventoría siempre fue muy clara y está plasmada en todos los informes mensuales donde expresamos que todo debía ir de la mano del modelo Financiero, en una primera etapa nosotros solicitamos que nos entreguen los modelos financieros. Entonces el 5 de diciembre presento los modelos financieros no los modelos reales que tiene cada puerto, sino una simulación y les muestro específicamente qué sucedería si se hacen modificaciones al plan de inversión sin mantener lo sostenido en el modelo financiero, hacen sus respectivas preguntas y concluimos de manera unánime por lo menos de las dos interventorías presentes que el valor a actualizar las inversiones era del 12%. No sé si haya acta levantada de este procedimiento, pero si sé con certeza que hubo un acta de asistencia por lo menos en Bogotá.

Abogado del Contratista preguntó: ¿Hubo dificultades en la ejecución del contrato, si es así cuáles fueron y si persistieron una vez acabado el mismo?

Testigo: La dificultad principal que nosotros encontramos en el contrato es el manejo de la información nosotros como puntualmente estas dos firmas por las que fui contratada en el consorcio hemos hecho proyectos por ejemplo con la ANI, interventoría de puertos particularmente donde el manejo de información es completamente diferente, cada vez que un puerto escribe una hoja así sea porque cambió su celador, se le da traslado a la interventoría y se le solicita que se pronuncie, el principal inconveniente la encontramos en este contrato es que es entregado un CD al inicio de la interventoría y después la corporación asume que nosotros no sé de qué manera deberíamos obtener la información para realizar nuestros pronunciamientos pero no hay ningún traslado de los documentos que los concesionarios van radicando en el tiempo de la interventoría lo que no le permite a la interventoría al pronunciarse adecuadamente sobre los requerimientos que van llegando ni darle el espacio a la corporación de ser un soporte para ellos.

Abogado del Contratista preguntó: ¿Cómo se manejaba el tema de la entrega la información para emitir conceptos o responder oficios?

Testigo: Quiero hacer la claridad ahí, que no, entrega de información si tuvimos 50 requerimientos creo que entregaron información para 2, acá no había entrega de información acá había siempre donde nos reiteran en varias comunicaciones vaya al archivos y busque, yo debo decirles a mi perspectiva profesional fui contratada como un profesional financiero con una dedicación del 100% del tiempo pero en ninguna parte en mis obligaciones financieras está ir a buscar el archivo la información me parece delicado me parece grave que nosotros asistamos al archivo de la corporación como bien lo planteé una reunión en esta misma oficina donde no consideró adecuado cada vez que por ejemplo en interventorías como hemos tenido con la ANI de proyectos de la 4G, envergadura que hoy llevamos como la 4G en la que debo decir que somos socios también con ARENAS INGENIEROS y CELCO SAS en la vida entramos al archivo de la ANI, nosotros la ANI nos da traslado de absolutamente todo y como interventor nos pronunciamos al respecto la principal problema que encontramos es el traslado de la información la corporación solicita que nos pronunciamos sobre algo pero no entrega la información a la que hay que

*pronunciar o no sé si nuestro contrato especificara que nosotros debíamos buscar la información para podernos pronunciar, porque lo desconozco.*

*Abogado del Contratista preguntó: ¿Qué puede manifestar respecto a los presuntos incumplimientos que fueron señalados respecto al concesionario Michellmar o sea que usted nos cuenta cómo fue la retroalimentación la información que solicitó por qué no supo responder inmediatamente?*

*Testigo: Arranquemos el incumplimiento se fundamenta, por el presunto incumplimiento se fundamenta en una acta firmada el 13 de junio en Barranquilla yo no sé si ustedes la tengan ahí pero sí quiero poner la de presente porque el acta dice puntualmente Michellmar: revisar soportes de inversión, qué entendemos todos por revisar soportes de inversión, durante el período la interventoría los concesionarios presentan sus formatos de inversión de las inversiones realizadas cada 6 meses, a la interventoría le compete revisar del primero al 30 de junio y del primero de julio al 31 de diciembre, Michellmar presenta sus inversiones en ceros, no es susceptible de ninguna revisión financiera por parte de nosotros con posterioridad en el mes de marzo radican un presunto incumplimiento por ese ítem en específico del acta y nosotros lo contestamos diciéndole yo ya le certifique que ellos están en ceros y ahí le envió la respuesta veo con gran sorpresa que en la prueba por informe toman un oficio que nosotros mandamos, puedo sacar la prueba por informe entonces voy a tener las fechas aproximadas porque no la recuerdo pero con la sorpresa que mandan en la prueba por informe redactan porque tienen 5 ó 6 renglones, no sé si la tengas ahí le puedo dar lectura por favor porque la lo que antes a ese párrafo hablan de un archivo Ese párrafo que la doctora Deisy acaba de leer jamás hizo parte de ningún acta del 13 de junio, la cual es el procedimiento número, entonces yo sí realmente me encuentro sorprendida de pensar que el incumplimiento está levantado de una manera con un acta pero donde la corporación dice que persistimos en el incumplimiento es en un párrafo que nunca fue solicitado a la interventoría en el plazo contractual ahora encontramos que salta de ese oficio donde contesta que está incumplido tiene fechas en este mes de marzo luego nosotros damos respuesta diciendo usted está pidiendo algo extemporánea y con posterioridad la corporación contesta que se reitera, pero no existe ningún oficio que la corporación pueda entregar demostrarle a esta interventoría lo plasmado en ese párrafo, solicitado con anterioridad y lo que está relacionado como incumplimiento número uno tiene una única frase que dice solicitud de revisión de soportes, los soportes de la inversión me reitero en el tiempo de la interventoría estaban en ceros, lo cual no permiten revisión de nosotros de absolutamente nada.*

*Abogado del Contratista preguntó: Me preguntan frente al terminar las flores que nos puede manifestar sobre los presuntos incumplimientos, ¿que nos solicitaron o si continúa el incumplimiento?*

*Testigo: En el acta del 13 de junio dice Terminal las Flores pronunciamiento sobre el silencio administrativo, es importante aclarar que este silencio administrativo tres años antes de que entrara en vigencia la interventoría pero aun así nos pronunciamos en un oficio de 8 de mayo del cual considero puede ver si un error de la corporación de no haberlo leído completo pronunciamiento está cerrado y está recibido por la entidad.*

*En Terminar las Flores el profesional jurídico había plasmado ya información sobre el terminal las flores en sus informes mensuales también sin embargo ante levantamiento de presunto incumplimiento él nuevamente volvió lo radica como una prueba adicional, pero veo que en la prueba por informe no está tenido en cuenta desconozco porque no sé si se les perdió radicado o algo no sé doctor Luis Alejandro si nosotros tengamos copia para poder dejar de presente de una vez lo que ya radicamos.*

*Abogado del Contratista preguntó: Y la última pregunta nos señale que conoce sobre los incumplimientos sobre Sociedad Portuaria del Caribe si faltó de información por parte de interventoría, ¿cuándo se requirió y si decir eso ya se encuentra superado de acuerdo a la documentación que tiene el consorcio?*

*Testigo: El consorcio Interpuertos dio respuesta de la Sociedad Portuaria del Caribe, tanto en un informe específico ampliado como no nos correspondía porque la solicitud del acta puntual se fundamenta en el incumplimiento nuevamente solicitud de soportes de inversión, inversión que reporta el puerto en el periodo en el que fuimos interventores es de ceros, cuando la inversión es reportada en ceros, no es susceptible a ninguna revisión pero la interventoría de buena fe decidió hacer un recuento mayor de la sociedad portuaria del Caribe para dar por como una avance en esta serie de notificaciones por parte de la corporación y entregamos su informe el cual ya fue radicado en el mes de junio de 2019, se presenta la ampliación, porque es la solicitud de ampliación de un concepto es importante que seamos reiterativos que están solicitando como ampliación no hace parte de un contrato de interventoría sino de auditoría nosotros no tenemos ni potestad y mal haríamos de llevar a la corporación a un proceso de auditoría cunado para eso no hemos sido contratados.*

*Abogado del Contratista preguntó: ¿Si tiene conocimiento, por favor nos puede indicar el porcentaje de ejecución financiera del contrato?*

*Testigo: Tengo entendido que, al Consorcio de las 7 facturas, se le ha pagado 3 facturas del resto no habido pagos, han pago el mes de junio, de julio y de agosto, porque me deben salarios por el no pago de la Entidad."*

Una vez practicado el testimonio, se decretaron aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial, se suspendió la audiencia y se señaló su reanudación para el día 21 de junio de 2019, se reprogramó para el día 26 de junio de 2019.

#### **Audiencia del 26 de junio de 2019**

Se reanudó audiencia, se verificó la asistencia, se procedió a recapitular lo sucedido en la sesión anterior con respecto a la recepción del testimonio practicado, la presentación de la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial y el decreto de aclaraciones y complementaciones de la prueba por informe.

Siendo así, fueron presentadas las aclaraciones y complementaciones a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial, se suspendió la audiencia para el día 11 de julio para la presentación de los alegatos finales.

### Audiencia del 11 de julio de 2019

Así las cosas, se les concedió la palabra a los apoderados del Contratista y de la Compañía Aseguradora para que presentaran los alegatos de conclusión. El apoderado del contratista manifestó:

*“La carga de la prueba es una figura jurídica que establece la ley, donde a cada una de las partes tiene la carga obligacional de probar lo que afirma, “La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.”<sup>1</sup>”*

*Es así frente a este procedimiento que es un procedimiento administrativo, aplican curioso la carga de la prueba nosotros como contratistas tenemos la carga de demostrar que hemos dado cumplimiento pleno al contrato y del otro lado tengo que una doble carga porque debe buscar tanto lo favorable como desfavorables para buscar lo que es la finalidad al proceso que es la verdad verdadera es decir que se refleje mediante los medios probatorios unos hechos que se vendan como probados. Es así como es la primera consideración la carga de la prueba frente al presente proceso, la segunda consideración es el tema de la prueba de informe la cual vamos a relacionar cuando cada una de las pruebas practicadas vamos a ver que hay tres medios probatorios que se usaron, una prueba documental es la que conlleva mayor acervo probatorio y cuántos son todas la trazabilidad comunicaciones que se han cruzado las partes, la otra es la prueba testimonial que estuvo a cargo por la doctora Paula Tamayo y la otra es la prueba de informe que fue en la surgió una solicitud de informe compuesta por preguntas de la defensa preguntas de la entidad junto a un trámite posterior de aclaraciones y complementaciones frente a esta prueba de informe queremos hacer una consideración previa en cuanto se observa que la supervisión confunde la prueba de informe con un dictamen pericial emitiendo juicios de valor personales y desnaturalizando ese medio de prueba. Por lo que el despacho debe tener en consideración lo que dice los informes pero de excluir las consideraciones personales que se ven de manera evidente dentro del contenido de los documentos referidos por la supervisión, es así como traemos una diferencia entre dictamen pericial y la prueba de informe es importante de la prueba informe es una prueba que nace con el código general del proceso, no existía como medio de prueba aparecía en la ley 1434 es el primer antecedente que existe sobre la prueba de informe dice que las entidades de control pueden solicitarla entidades públicas y privadas que se cerciore o certifique datos o informaciones que aparecen en sus registros, vamos a ver cómo tener la prueba por informe es una prueba diferente a la pericia, que es importante y estamos citando el artículo 226 del dictamen pericial 226 del Código General del Proceso, veamos muy bien el tema que dice abajo cuando citamos dice que su opinión es independiente y corresponde a su real*

---

<sup>1</sup> PARRA Quijano Jairo, MANUAL DE DERECHO PROBATORIO, Décima Sexta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Página 249.

*convicción profesional es decir el peritazgo es una prueba donde un experto sea científico, técnico o artístico emite un concepto, asume una posición de un tema específico que él está solicitando al despacho, esa es la prueba pericial. Que otra cosa tiene la prueba pericial de acuerdo al CPACA se permite la objeción por error grave del peritazgo, es decir su trámite de traslado de contradicción conlleva una aclaración o complementación y una contradicción porque se está emitiendo un juicio de valor, el juez puede tomar la decisión de o cuestionar al perito, solicitar un nuevo peritaje o excluir el peritaje, sin embargo la prueba de informe como un medio de prueba diferente aparece en el artículo 275 dice que se puede solicitar informes sobre hechos, actuaciones, cifras o datos que resulten de los archivos y registros de quién rinde el informe en ningún momento de la prueba de informes se le permite esa persona que lo está generando que emita un juicio de valor lo que hace es que tiene una información que puede ser técnico-científica y se la traduce al operador jurídico sin que le sea permitido generar juicios, perspectivas, subjetivas, sobre el contenido de dicha información, no puede asumir posición, el traduce ese contenido científico para que lo conozca el operador jurídico que como su mismo nombre lo dice es un experto en temas legales más no científicos y técnicos que otra diferencia vemos que frente a esa prueba de informe, como no se genera un concepto la misma ley me dice que sólo puedo solicitar aclaraciones, que fue el trámite que hicimos acá, tenemos claro que tenemos una prueba de informe así se decretó así se respondió, y por lo tanto no estamos pidiendo que la excluya, es más estamos pidiendo que se acepte evalúe la doctora Deisy como operadora jurídica este proceso tenga en cuenta que en muchas apartes de estos informes se profieren juicios de valor que deben ser excluidos por desnaturalizar el medio de prueba hasta el tema previo.*

*Entonces lo primero que vamos a ver es la verificación del proceso con la finalidad de centrarnos en que actualmente se encuentra en qué, para eso para no ser reiterativo si no estamos entonces, vemos como dentro del primer informe la supervisión dice que se superaron la mayoría de ellos que fueron los incumplimientos enumerados que hacían parte de la citación tenemos que de acuerdo al informe tenemos el 1.1; 1.3; 4.5; 4.6 y 5.3 como incumplimientos posibles incumplimientos dentro de una tabla que anexa la supervisión donde dice que ellos entienden ya superados de acuerdo a la trazabilidad de comunicaciones por parte de esta interventoría, entonces nos vamos a centrar en esos 5 porque pues ya los otros se superaron y pues no habría necesidad de hacer ningún otro análisis probatorio, la fórmula que tenemos organizados los alegatos es que vamos a numerar cada una de las pruebas vamos a hablar primero del tipo de medida para la pertinencia y la conducencia, la utilidad después de que prueba estamos hablando de manera concreta y después que hecho se entiende probado mediante dicho medio probatorio.*

*Es lo primero que tenemos que ver en la cláusula 4.2.2 del contrato dice procedimiento para la aprobación de documentos y las demás solicitudes, esta prueba se analiza junto a las respuestas que habla interventoría que ya fueron ratificadas por la supervisión dentro de sus informes y que hecho permite entrar al*

*proceso que todos los oficios tienen firmeza es decir todo lo que fue inicialmente finalmente los presuntos incumplimientos fueron documentos que presentó la interventoría que pasaron 10 días hábiles la supervisión no manifestó nada y por lo tanto quedaron firmes totalmente porque está interventoría ha hecho el trabajo de seguir respondiéndolos porque nosotros contractualmente tenemos un deber de actuar con lealtad y buena fe y queremos que la entidad quede satisfecha con cada uno de los requerimientos y solicitudes que le ha hecho la interventoría una cosa no contradice la otra para efectos jurídicos existe una firmeza de todos los informes de interventoría pero para efectos prácticos queremos que la entidad tenga claridad frente a sus contratos de concesión.*

*Vamos analizar la cláusula la trajimos acá en amarillo está el tema de los días analicemos muy bien el tema de verde no vamos a hablar ahorita porque vamos a utilizar un ejercicio comparativo que ya vamos a efectuar. La parte amarilla nos dice que se tienen 10 días para que la supervisión solicite aclaraciones complementaciones a los informes y documentos y la parte de abajo dice de manera muy clara, "Vencido éste término sin que haya un pronunciamiento escrito por parte de Cormagdalena se entenderá que el informe correspondiente fue aprobado en los términos presentados por el interventor."; dentro de la aclaración del informe de supervisión nunca se ha negado esta cláusula, es más se acepta que esta cláusula como es propio del contrato Estatal que tiene etapa precontractual fue puesta dentro de los anexos del pliego de condiciones por el mismo Cormagdalena, Qué dice la supervisión que en eso sí permítame solicitaremos que se excluyan cuando es una concepción totalmente subjetiva, dice sí pero es que eso no significa que yo renuncié a mi función de vigilancia control y vigilancia y control, nadie le está diciendo eso, usted puede hacer vigilancia y control dentro del todo el proceso, pero usted mismo estableció un plazo perentorio y preclusivo para dejar en firme información que solicitaba y no estamos yendo en contra de eso es más nos ha pedido información después de ese plazo y se han respondido, otra cosa es que este plazo no se puede omitir para decir que estamos incumpliendo con el contrato. En el informe nos dice que no pasa nada que se terminó no tiene ningún tipo de efecto, que no puede renunciar a la supervisión pero veamos el nuevo proceso de contratación, la primera parte en amarillo es idéntica lo que hicieron fue aumentar 15 días, pero mire que la Entidad ya aprendió y le quita la firmeza a los informes, le quita la firmeza a los 10 días, pero para nuestro contrato si existía ese término, y ese reconocimiento para ese efecto jurídico.*

*Acá les traemos una tabla, porque es una tabla larga, este es frente a todos los incumplimientos, no únicamente frente a los que ya se superaron y los que no se superaron, por qué se hizo así, porque queremos mostrar que siempre ha existido cumplimiento por parte de la interventoría que no se piense que se vino a subsanar ya después de iniciado el procedimiento, siempre hemos cumplido y lo que hemos hecho ahorita con la trazabilidad de informes es que la Entidad se siente cómoda con la información que se está dando y cerrar varios procedimientos que habían quedado abiertos.*

Entonces tenemos el incumplimiento está enumerado de acuerdo al informe de supervisión, después sigue la fecha en que nosotros entregamos esa información y después sigue el plazo máximo de 10 días, hasta cuando tenía la supervisión para pedirme complementar o aclarar y después hablo del plazo que realmente utilizó la supervisión viendo que en algunos tiempos se excedieron 60, 52, 14, 32 días en algunos casos nunca hubo respuesta, es decir como frente a cada uno de esos incumplimientos ya habíamos respondido había un plazo perentorio y preclusivo para solicitar aclaraciones no se hizo y mucho después de ese tiempo es que me van a solicitar ajustes a esos informes o comunicaciones se demuestra que hubo firmeza de todos los informes que son el presunto incumplimiento pero eso no excluye de lo que ya hemos manifestado frente al cual cada uno de esos ítems ya fueron respondidos previamente.

Entonces la siguiente prueba es la prueba de informe, ya agotamos la prueba documental para eso toda la trazabilidad para eso están los cuadros, para que se analicen cada una de las respuestas, el informe aparece 2019 01000913 y la misma supervisión está diciendo que nunca hubo un incumplimiento sino que se trata de un trámite de ajustes, resaltamos varias partes porque lo que siguen la defensa frente al tema de los 10 días y la firmeza dice que el costo así hizo entrega de los informes que por tal motivo se requirieron ajustes dentro de los plazos de información no exonera a que se hagan correcciones y aclaraciones, es decir acá hay tres hechos importantes, el Consorcio cumplió dentro del plazo la misma supervisión, hizo entrega de los informes pero todo estaba en trámite de ajustes lo cual bajo ningún motivo más cuando analizamos el tema la firmeza puede traducirse en que exista incumplimiento estamos en trámite de ajustes frente a inconformidades frente aclaraciones frente a complementaciones que manifestaba la supervisión.

Es así como actualmente de acuerdo a los informes tenemos cinco supuestos incumplimientos que de acuerdo a la supervisión persisten.

Entonces en este cuadro que traemos una relación para demostrar Como cada uno de ellos fueron ya contestados el más importante y por el que vamos a empezar fue porque lo dice de manera expresa la supervisión en su aclaración es el del Terminal Las Flores entonces manifiesta en su complementación del informe dice "Por otra parte se señala que el incumplimiento alusivo al numeral 1.1.3 de la comunicación interna tal prueba por informe se encuentra superado", ese ya lo podemos tachar.

Sociedad Portuaria Michellmar S.A. se solicitó al interventor emitir concepto referido a los compromisos de inversión ejecutados por la Sociedad Portuaria; la respuesta "Una vez fueron presentadas no hubo manifestación sobre las mismas, por lo que se entienden superadas. Igualmente, como lo acepta la misma supervisión, ésta solicitud es atemporal, en cuanto se efectúa con oficio No. 201903000676 del 11 de abril de 2019" fuera del término ya se había acabado el contrato de interventoría pero igual a esta de Sociedad Portuaria Michellmar se dio respuesta y esa respuesta no aparece dentro de las aclaraciones la primera pregunta de las aclaraciones es

*de acuerdo a la radicación de los oficios persisten estos incumplimientos, ellos se refieren a estos cuatro pero nunca se refieren a este porque no entendería que ya fue superado no aparece dentro de la complementación del informe pero sumado a eso es un requerimiento que como ellos mismos lo manifiestan el informe de la prueba de informe se hace atemporal por fuera del contrato de interventoría.*

*Ahora bien sigue la sociedad portuaria 027 y 026 que es Monómeros, manifiestan en la solicitud la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos, nosotros respondimos el oficio CIP02-IN-257-2018 el interventor realizó la verificación de las inversiones acumuladas por la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo- Venezolano- Contrato de Concesión Portuaria No. 027 de 2004. (...) el interventor realizó la verificación de las inversiones acumuladas por la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo- Venezolano- Contrato de Concesión Portuaria No. 026 de 2004.” la misma respuesta que ellos están dando en la aclaración donde aceptan que se dio respuesta ya vamos a ver porque ellos manifiestan que sí se dio respuesta, pero que esas respuestas siguen siendo sometidas a ajustes.*

*Y lo mismo frente al 026, el siguiente que dice 4.6 es Vopak piden también los formatos de inversión, manifiesta aclaración en la supervisión, el interventor realizó la descripción del avance del plan de inversiones de la Sociedad Vopak Colombia.*

*La siguientes es, Sociedad Portuaria del Caribe mediante oficio se respondió el 255 “A través del documento del asunto el interventor presenta información relacionada con los soportes de inversión a cargo de la Sociedad Portuaria del Caribe, enlistado las facturas presentadas por el concesionario que soportan una inversión acumulada de COP \$10.129.488.066” entonces que hicimos nosotros somos interventoría y tenemos un plazo específico, nosotros tenemos un contrato de 7 meses y entonces analizamos cada una de las facturas y ustedes lo pueden ver en cada una de estas comunicaciones que ustedes deben analizar porque después de estas respuestas la supervisión dice que entiende que no se ha superado, el entiendo nuevamente se debe excluir un juicio de valor frente a una prueba que no admite este tipo de criterio, entonces cada uno se dio respuesta, entonces tengo la factura, tengo la inversión y ratifico la inversión acumulada, pero ellos me dicen que es por lo que están diciendo que es por lo que se continúa, que yo debo verificar obra física y debo avalar obra física que no se construyó dentro de mí período ósea que no está dentro del término contractual.*

*Ahora bien Ustedes han observado que nosotros hemos sido colaboradores hemos continuado respondiendo cada uno de los oficios que han enviado Pero todavía no se ha aclarado debidamente qué es lo que se requiere frente a todos estos requerimientos y si se puede ver una comparación cada una de las cosas que solicitaron que es la función de la interventoría que especificar obras que se ejecuten dentro de su periodo todas se cumplieron haciéndose todo el análisis financiero y revisando con base la información que teníamos porque era imposible tener a porqué dependía de otra temporalidades de contratos dimos la verificación de las*

*inversiones acumulada. Frente a este tema es importante ver cómo se continúa juicios de valor, como siempre hemos sido colaboradores de la entidad les decimos no nos han aclarado que es lo que quieren de acuerdo a cada uno de los requerimientos que no han hecho hemos respondido y ustedes ven las palabras que utilizan la supervisión son ajustes nunca se hablan de incumplimientos, entonces que nos digan que es lo que quieren porque acá están todas las respuestas ya se dio de acuerdo a lo solicitado y pues ser consciente de lo que siempre hemos repetido uno que no está dentro de nuestras obligaciones contractuales, ahí dice analizar la inversión acumulada pero nunca nos dicen de contratos anteriores, o de obras físicas anteriores, por eso estamos acá bajo una única fuente obligacional principal que es el contrato y lo otro reiteramos es imposible verificar obras y lo hacemos no tanto por nosotros sino por la Entidad, porque porque yo una vez de certificado de verificar una obra que se hizo anteriormente a los funcionarios de la entidad y al interventoría los estoy responsabilizando por unas obras que no vio construir, no recibió y que uno no tiene ningún tipo de consideración por ser antiguas de verificar que se hicieron realmente bajo qué condiciones bajo qué calidad y bajo qué presupuestos.*

*Entonces el siguiente para continuar con la presentación es la prueba de informe de supervisión donde se demuestra que existió excepción de contrato no cumplido en qué sentido se acepta dentro del informe del interventor no está obligado a ir al archivo de la entidad se manifiesta y se acepta que no existe obligación contractual frente a tener personas de archivo disponibilidad para el archivo y personal que se dedicara únicamente a buscar toda la información del archivo y lo dicen los siguientes términos "Puesto que, por motivos de confidencialidad y seguridad de la información contenida en el archivo de las concesiones portuarias, se hace indispensable un manejo estricto y minucioso de quienes acceden a dichos expedientes, por lo que en todo momento de la ejecución contractual se manifestó al interventor que, para ingresar y revisar los expedientes contractuales de las concesiones portuarias, se debía agendar e indicar la persona que solicitaría los documentos pertinentes." Aunado a lo anterior la aclaración a la supervisión aunque no existe una obligación expresa de acceder al archivo, está reconociendo que está imponiendo una obligación que no estaba dentro de las obligaciones expresas del interventor, esto se propone como un tema para justificar de porque no se tenía las herramientas y es lógico por ejemplo si dice emita un concepto uno no puede emitir sino que debe buscar la información obtener esa información total y si emitir un concepto, o sino sería muy irresponsable por parte de la interventoría emitir un concepto sin información lo que sucedió fue que no existía ninguna obligación para que yo fuera lo lógico y lo que pasa en todas las entidades que a mí me envían toda la información para que yo pueda tener todo el escenario todas las realidades y me obligaba a ir a un archivo bajo unas condiciones restringidas lo cual toma tiempo era un agotamiento de los términos de respuesta para que yo pudiera manifestarme al respecto ellos manifiestan en la aclaración y es lo que nuevamente solicitamos que se excluya por ser una posición personalísima de la supervisión Qué es que al inicio el contrato se dé un C.D. completo y que había un término de un mes yo tenía que*

*empapar de toda la información, eso no es cierto el C.D. estaba incompleto ahí aparecen todas los oficios donde nosotros solicitamos información y lo segundo es que la información que nos envía información pasada que no tiene ningún tipo de correspondencia con lo que se está solicitando información de la ejecución de cada uno de los contratos es decir información que llega y se radica a Cormagdalena por parte de la concesión portuaria nos piden un concepto pero no nos da esa información y obvio como esa información que es posterior no está en los C.D. al inicio del contrato.*

*Finalmente, la prueba testimonial acá vino a la doctora Tamayo donde ella afirmó que Nunca ha existido incumpliendo en cuanto todos los asuntos se cumplieron. La entidad imponía cargas adicionales a la interventoría que dificultaba la celeridad de las respuestas a los requerimientos, tal como no entregarle los recursos documentales para emitir los conceptos y dar contestaciones. Lo que llama la supervisión atraso del 57,14% no es más que la aceptación de la entidad que a la fecha no ha aprobado los informes 4, 5 y 6; y le adeuda a la Interventoría más de la mitad del contrato.*

*Es así como no se logró probar por la parte de supervisión los siguientes puntos Prueba conducente, pertinente y útil que demostrara incumplimiento alguno, No se logró probar dentro de este proceso.*

*Prueba conducente, pertinente y útil que demostrara que no era aplicable la cláusula 4.2.2. del contrato de interventoría. Nunca se logra desvirtuar la existencia de la firmeza dentro de los informes y oficios de la interventoría.*

*Prueba conducente, pertinente y útil que demostrara que la interventoría tenía la obligación de destinar personal de archivo y avalar inversiones FÍSICAS anteriores a su temporalidad. Lo mismo lo dice el alcance del informe no existen pruebas de que existan dichas obligaciones contractuales dentro del contrato.*

*Prueba conducente, pertinente y útil que demostrara afectación alguna del trámite de ajustes, pues sin prueba alguna la supervisión en la aclaración a su informe se limita a afirmar "no pudiera finalizar o tomar decisiones frente a temas sensibles y urgentes."; sin que se mencione por lo menos un caso que requiriera dichas decisiones, cuáles fueron contratos que se pudieran afectar, cuáles fueron las decisiones que no se pudieron tomar, cuáles fueron los efectos de esas decisiones y la naturaleza de esas decisiones es peligrosísimo porque está haciendo una afirmación sin sustento alguno sin probarlo y sin demostrarlo, ya vimos en los antecedentes de la carga de la prueba que cada afirmación, cada aseveración que yo haga tiene que venir con un medio probatorio.*

*Entonces no puede afirmarse de esa manera unas palabras tan peligrosas sin acervo probatorio alguno sabiendo por ejemplo un hecho objetivo que conoces esta interventoría y es que hay puertos con procesos de modificaciones sin resolver más de 10 años, de lo anterior se puede concluir y con esto acabamos intervención primero existió cumplimiento pleno de contrato de interventoría segundo todas las*

*comunicaciones respecto a las cuales se solicita su ajuste es decir el presunto incumplimiento ya quedaron en firme de acuerdo a la cláusula del contrato, tercero a la fecha no falta ningún requerimiento pendiente de ajuste y cuarto de considerarse por parte de este despacho que si pudo haber incumplimiento el mismo no puede imputarse por presentarse la figura de excepción de contrato no cumplido en tanto la entidad omitió su obligación Que aparecía como un propia dentro del contrato interventoría de hacer entrega de la información como un recurso para emitir o pronunciarse Respecto a los diferentes conceptos de gracias.”*

Una vez escuchados los alegatos de conclusión del abogado del contratista, se procedió a dar el uso de la palabra para el mismo efecto a la abogada de la Compañía Garante, quien manifestó:

*“También los descargos van hacer muy concisos presentados inicialmente en la presente que las 4 vamos y calidad de garante del concurso Interpuesto por el apoderado del consorcio y todas las aseveraciones afirmaciones también que se realizan dentro del mismo ya dentro del contrato de seguro relacionado con los argumentos expuestos al cumplimiento por presunto incumplimiento que señala entidad no es imputable al contratista garantizado insistimos que existen eximentes de responsabilidad en este caso existen culpa del Asegurado por cuanto se han evidenciado durante todo el proceso que primero la Entidad no se pronunció dentro de los 10 días para hacer aclaraciones y por lo tanto hay un silencio positivo que la entidad debe tener en cuenta por cuanto una deficiencia de la misma entidad en lo cumpliré lo mismo que es lo mismo que se estipuló en su contrato por acuerdo de voluntades en segundo lugar encontramos que el consorcio no tenía la obligación de realizar después de ir al archivo la entidad de una carga de remitir toda la información remitiendo información incompleta lo que no pudo realizarse de manera pues adecuada por parte del consorcio por lo tanto insistimos que la entidad y Cómo se manifestó en las primeras audiencias la atención del daño está sujeta a deducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente el decir si remitió información incompleta no le puede endilgar responsabilidad contratista por cuanto esa información incompleta fue culpa del mismo asegurado quiero destacar también la debida diligencia del consorcio Interpuesto debido a que a pesar de a ver entendido en firme los informes siguieron presentando las aclaraciones conforme al deber de lealtad y con el fin de colaborar con la entidad en tercer lugar consideramos que no se cumplen los presupuestos del artículo 1077 del código comercio Estos son ocurrencias y cuantía como bien lo señala el apoderado del garantizado no se señala realmente las consecuencias no se probaron las consecuencias o las situaciones en las que tuvo que incurrir la entidad Por el presunto incumplimiento no se encuentran probadas no hay firmeza en lo que ha señalado la supervisión por lo tanto no se cumplen los artículos ya de cara al contrato de seguro no se cumplen los presupuestos del artículo 1077 del código de comercio.*

*En cuarto lugar y solicitando a la entidad en cuanto no sé si no se tienen en cuenta los argumentos de aplicación del principio de proporcionalidad compensación el informe de la supervisión Establece que hay 57.14% del presunto incumplimiento en*

*la citación se tasó un 100% de la cláusula penal por lo tanto solicitamos que se relaciona los argumentos expuestos sea proporcional.*

*Igualmente es de conocimiento de la entidad que falta los informes 4, 5 y 6 por lo tanto se compensen con los saldos al consorcio interpuertos 02.*

*Sin embargo en conclusión encontramos que se ha superado los incumplimientos se ha demostrado por parte del apoderado que ya fue superado la situación que nos trajo a esta diligencia por lo tanto y conforme al artículo 86 inciso final del literal d) en la que señala la entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento si por algún medio tiene conocimiento de la cesión de la cesación de situación de incumplimiento por lo tanto solicitamos el archivo del proceso por cuanto ya se encuentra superados los incumplimientos que nos citaron en la presente diligencia.”*

Una vez oídos los alegatos, se procedió a suspender la audiencia para toma de decisión, señalándose fecha de reanudación para el día 27 de noviembre de 2019.

## **VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste tanto al contratista CONSORCIO INTERPUERTOS 02, como a su garante COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”, quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de CONSORCIO INTERPUERTOS 02, así como a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. “CONFIANZA”, con la finalidad que tanto el Contratista como la Compañía Aseguradora durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-

201903000792 del 27 de marzo de 2019 y No. CE-OAJ-201903000813 del 28 de marzo de 2019, con ocasión del presunto incumplimiento definitivo de las obligaciones para afectar Cláusula Penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio al CONSORCIO INTERPUERTOS 02, en virtud del contrato interventoría No. 0-0180 de 2018, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico de la cláusula penal y su temporalidad (6.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (6.2); el caso en concreto (6.3); y consideraciones finales (6.4).

## **1.1. EL MARCO JURÍDICO**

### **6.1.1 DE LA CLÁUSULA PENAL Y SU TEMPORALIDAD**

Así las cosas, recordemos que la Cláusula Penal tiene su fundamento en el artículo 1592 del C.C. donde se disciplina:

*“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

En atención a ésta definición, algunos tratadistas colombianos la definen como una cláusula de apremio para inducir al deudor al cumplimiento de la obligación principal, de lo cual se evidencia su connotación sancionatoria, siendo así en un principio para el derecho privado, en la cual la pena se podía exigir junto con la indemnización de perjuicios e incluso en el cumplimiento de la obligación principal.

Posteriormente en el artículo 1600 del C.C., se establece:

*“[...] PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”*

De dicha normatividad se reafirma que la cláusula penal tiene dos connotaciones una sancionatoria (la pena) y otra indemnizatoria, que de conformidad con la autonomía de la voluntad las partes pueden pactarse las dos, siendo acumulables, en el acuerdo de voluntades.

Una vez pactada la cláusula penal, sino se determina la connotación que va a tener en el contrato estatal, la doctrina especializada ha conceptualizado que será entendida como estimación anticipada de perjuicios.

A su vez el artículo 1594 del C.C., establece:

*“[...] TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a*

*menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”*

Ahora, con respecto a la temporalidad de la afectación de la Cláusula Penal y de acuerdo al último pronunciamiento señalado por el Consejo de Estado, la única declaratoria unilateral que puede ejercer la administración, en virtud del incumplimiento del contratista, una vez fenecido el término de ejecución del contrato, pero en vigencia del contrato y en el plazo de liquidación del mismo, es la declaratoria de incumplimiento con el fin de afectar la cláusula penal pecuniaria, lo cual ha sido reiterado en los últimos pronunciamientos de la misma Corporación.

*“[...] “En suma, la Administración podrá declarar el incumplimiento después del vencimiento del plazo contractual de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio mismo, pero no después de la expedición de éste.*

*Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el mismo. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983. [...]”<sup>2</sup>*

De acuerdo a ello, la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal también puede ejercerse una vez vencido el plazo de ejecución del contrato, pero vigente el contrato, es decir que, puede declararse en el plazo de liquidación del contrato o dentro del acto liquidatorio, esto obedece a que la relación entre el contratista y la administración no se ha extinguido sino hasta el acto de liquidación, bien sea bilateral, unilateral o judicial.

Ésta alta Corporación, ha analizado la temporalidad de la afectación de la cláusula penal de acuerdo a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, de la siguiente manera:

*“(...) La Sección Tercera también se ha pronunciado en relación con la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Al respecto sostiene, invariablemente, que no sólo puede hacerlo durante el plazo de ejecución, sino también cuando ha vencido, incluso hasta su liquidación, de manera que la vigencia del plazo no limita la competencia sancionatoria. (...) en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento. (...)”<sup>3</sup>*

En razón a lo anterior, y en voces de ésta misma Corporación, sólo hasta la etapa de liquidación del contrato concluye el negocio jurídico, toda vez que hasta ese momento

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.05001-23-24-000-1993-00931-01 (21.488). Sentencia del 12 de Noviembre de 2014. M.P. Enrique Gil Botero.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C Rad. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). Sentencia del 24 de Octubre de 2013. M.P. Enrique Gil Botero

existen obligaciones que deben resolverse, con el fin de hacer el ajuste de cuentas necesarias. Y en vigencia de todos los estatutos contractuales se puede declarar el incumplimiento definitivo para afectar la cláusula penal hasta antes de la liquidación del contrato estatal.

En el mismo sentido, se debe analizar el término de liquidación de los Contratos Estatales, la cual consiste en el ajuste definitivo de lo que a la terminación normal o anormal del contrato se encuentre pendiente a favor o en contra de cada uno de los contratantes, siendo la actuación administrativa por el cual se extinguen las obligaciones de las partes que suscriben el acuerdo de voluntades.

De acuerdo con ello, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que disciplina el plazo para la liquidación de los contratos estatales, señala:

*"Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

*En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.*

***Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.***

*Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo."(Negrilla fuera de texto).*

En atención a la norma en cita, existen tres formas de liquidación, a saber: i) Unilateral. ii) Bilateral. iii) Judicial.

De la lectura de este artículo se evidencia que en principio debe agotarse la liquidación por mutuo acuerdo, y posteriormente se da un término de dos meses para realizarla unilateralmente, para finalmente decir que se podrá realizar la liquidación unilateral o bilateral dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término relacionado.

## **6.2. LOS HECHOS PROBADOS**

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Contratista como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante el oficio de citación No. CE-OAJ-

201903000792 del 27 de marzo de 2019 y No. CE-OAJ-201903000813 del 28 de marzo de 2019, en el cual se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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

1. Mediante la Resolución No. 00063 del 14 de marzo de 2018, el Director Ejecutivo de Cormagdalena ordenó la apertura del Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-18.
2. Mediante la Resolución No. 00096 del día 27 de abril de 2019, fue adjudicado el Concurso de Méritos Abierto No. CMA-002-18 al CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con Nit. 901.177.949-2, por un valor de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$477.475.600) M/Cte., incluido IVA y demás tributos que se causen.
3. El CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 identificado con NIT 901.177.949-2 fue integrado por: CELQO S.A.S. NIT 900.090.780-6 con el 49% y ARENAS DE LA HOZ INGENIERA S.A.S. NIT 900.883.757-1 con el 51%.
4. El día 7 de mayo de 2018 se suscribió el contrato No. 0-0180-2018 entre CORMAGDALENA y CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera del contrato, es el siguiente:

*“CLÁUSULA 1.1. Objeto.*

*EL objeto del presente Contrato es REALIZAR LA INTERVENTORÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA, FINANCIERA, CONTABLE Y JURÍDICA para los siguientes contratos de Concesión Portuaria-Grupo 1: 1) No. 003-1993, 2) No. 019-1997, 3) No. 023-1998, 4) 027-2004, 5) No. 026-2004, 5) No. 026-2004, 6) No. 029-2004, 7) No. 31-2008, 8) No.36-2007, 9) No. 39-2009, 10) No. 30-2006, 11) No. 3-0035-2007, 12) No. 3-0037-2008, 13) No. 40-2009, 14) No. 41-2010, 15) No. 43-2010, 16) No. 47-2011, 17) No. 9-2010, 18) No. 38-2008, 19) No. 032-2006, 20) No. 44-2010. (los “Contratos de Concesión”).*

El alcance de dicho objeto se determinó en la cláusula 1.3. así:

*“CLÁUSULA 1.3. Alcance*

*Las OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR serán entre otras las siguientes: las previstas en los Contratos de Concesión, en sus Apéndices, Anexos y modificaciones, y las demás que CORMAGDALENA en sus Pliegos y el Contrato de Interventoría se estipulen, las cuales podrán ser consultadas en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA. (...)*

5. El plazo inicialmente acordado fue de siete (7) meses, contado a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual fue firmada el día primero (1º) de junio de 2018.

6. El Subdirector de Gestión Comercial fue designado como supervisor del contrato, quien, en cumplimiento de sus funciones, a través de las comunicaciones No. 201901000239 del 15 de febrero de 2019 y alcance No.201901000501 del 19 de marzo de 2019, puso en conocimiento de la Oficina Asesora Jurídica un informe con los presuntos incumplimientos presentados por el Contratista, manifestando que, *“remito informe del Contrato de Interventoría previamente indicado a la Oficina Asesora Jurídica para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio derivado del presunto definitivo cometido por el interventor Consorcio Inter-Puertos 02”*, solicitando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento definitivo del Contrato para afectar cláusula penal.

### 6.3. EL CASO EN CONCRETO

La actuación administrativa sancionatoria se inició con fundamento en el informe allegado por la Subdirección de Gestión Comercial, en calidad de supervisor del contrato No. 0-0180-2018, mediante las comunicaciones No. CE-OAJ-201903000792 del 27 de marzo de 2019 y No. CE-OAJ-201903000813 del 28 de marzo de 2019, con el fin de iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionatorio por el presunto incumplimiento definitivo de las obligaciones para afectar Cláusula Penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para afectar Cláusula Penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018, se hace necesario establecer si el Contratista se encuentra actualmente en incumplimiento definitivo de sus obligaciones, lo anterior, teniendo en cuenta el carácter indemnizatorio de dicha sanción.

En consecuencia, de lo anterior, se procederá a establecer si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas previamente. Sin embargo, como hay argumentos en común que aplican para varios presuntos incumplimientos se analizarán en un acápite diferente.

***“Incumplimiento No. 1:*** *A la fecha de elaboración de este informe, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 ha dado cumplimiento parcial a las solicitudes efectuadas a través de reunión de trabajo de fecha trece (13) de junio de 2018, encontrándose pendiente de respuesta las siguientes solicitudes:*

- *Sociedad Portuaria Michellmar S.A.: Se solicitó al interventor emitir concepto referido a la aprobación de los compromisos de inversión ejecutados por la citada Sociedad Portuaria.*
- *Sociedad Portuaria Bitco S.A.: Se solicitó al interventor emitir concepto sobre la tasa de actualización del plan de inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 041 de 2010.*
- *Sociedad Portuaria Terminal de las Flores S.A.: Se solicitó concepto jurídico sobre la procedencia del presunto silencio administrativo positivo allegado por la Sociedad Portuaria respecto del trámite de suspensión contractual.”*

De acuerdo con el informe de incumplimiento allegado por la supervisión, el CONSORCIO INTERPUERTOS no emitió tres conceptos relacionadas con las Concesiones de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A.; Sociedad Portuaria Bitco S.A. y la Sociedad Portuaria Terminal las Flores S.A.

En los descargos rendidos por el apoderado del Contratista este manifestó que se dio respuesta a través del oficio CIP02-IN-239 del 8 de mayo de 2019, e igualmente del punto dos los aportó en los informes 5, 6 y en las mesas de trabajo realizadas con CORMAGDALENA. De igual forma indicó que al punto 3 se aportó en el informe 2.

Dentro de la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial tenemos que frente a este punto esta manifestó:

Respecto a la Sociedad Portuaria Michellmar:

*“A la fecha la interventoría no ha dado respuesta a la solicitud efectuada por esta Subdirección tal y como se señaló en los párrafos precedentes. Por lo antes expuesto, se informa que persiste el incumplimiento en lo que respecta a este hecho.”*

Referente con la Sociedad Portuaria Bitco:

*“El concepto referente a la Sociedad Portuaria Bitco S.A., específicamente lo atinentes a la actualización de las inversiones pendientes por ejecutar por parte de este concesionario fue recibido a través del Oficio No. 201902002407 de fecha ocho (8) de mayo de 2019. En este sentido, se tiene que el concepto fue aprobado por parte del área financiera de la Subdirección de Gestión Comercial, motivo por el cual se puede afirmar que **el incumplimiento fue superado en lo atinente a este hecho.**” (subrayado fuera de texto)*

Relacionado con la Sociedad Portuaria Terminal La Flores:

*“En lo que respecta al concepto jurídico referido a la Sociedad Portuaria Terminal las Flores S.A. se informa que a la fecha no se ha recibido ningún documento que atienda dicha petición, razón por la cual, esta supervisión considera que persiste el incumplimiento en lo atinente a este hecho.”*

En el trámite de contradicción de la prueba por informe tenemos que se decretó aclaraciones y complementaciones a la misma, de la cual tenemos que la Subdirección de Gestión Comercial para este primer incumplimiento manifestó:

Referente a la Sociedad Portuaria Michellmar:

*“3. Se aclare ¿Cuál es el antecedente de la solicitud contenida en el oficio CE-SGC-201903000676 de abril 11 de 2019?”*

**Respuesta:** *En las Certificaciones de inversión presentadas bajo el radicado No. 201902001318 del 14 de marzo de 2019, el interventor validó las inversiones acumuladas de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. para fines contables. En este sentido, a través del Oficio No. 201903000676 del 11 de abril de 2019 se requirió a ustedes la remisión de los soportes contables, así como el proceso y la metodología utilizada para certificar dichas inversiones, teniendo en cuenta que el concesionario presentó un avalúo de las inversiones ejecutadas en zona de uso público para ser validadas por la interventoría”*

*“5. Se aclare “¿Por qué no le dio validez los oficios radicados en oficio 2019 020001318 de fecha de 14 de Marzo de 2019 en los formatos F-PGC-01 Y F-PCG-*

*02 respectivamente, en cuanto se respondió que no incluye soportes ni metodología específica ya que la inversión reportada para el periodo especificado se encuentra en ceros y no es susceptible a revisión financiera? ¿Qué información adicional requiere para darle cierre a este tema?"*

**Respuesta:** *Se precisa que dicho requerimiento encuentra sustento en la obligación a cargo del interventor de validar la inversión acumulada y no únicamente a la validación del periodo de ejecución del Contrato de Interventoría No.0-0180-20018"*

Relacionado con la Sociedad Portuaria Terminal La Flores:

*"6. Se aclare "¿Para el análisis de la vigencia de los presuntos incumplimientos se tuvieron en cuenta los oficios radicados el 8 de mayo y 11 de junio de 2019? ¿Si es así, en qué sentido y por qué no se entiende superado el supuesto incumplimiento?"*

*Respuesta: En lo atinente a este aspecto de la consulta se remite a la respuesta dada en el punto 1 del presente oficio. Por otra parte, se señala que el incumplimiento alusivo al numeral 1.1.3. de la comunicación interna No. 201901000913 (prueba por informe) se encuentra superado."*

Sobre este primer incumplimiento, se entiende superado el incumplimiento del numeral 1.1.2. referente a la Sociedad Portuaria Bitco S.A. y del numeral 1.1.3. referente a la Sociedad Portuaria Terminal La Flores S.A. conforme a las pruebas allegadas al procedimiento particularmente la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial.

Así las cosas, tenemos que para este primer punto se encuentra pendiente el incumplimiento referente a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., frente a lo cual el apoderado del contratista manifestó en sus alegatos finales:

*"Sociedad Portuaria Michellmar S.A. se solicitó al interventor emitir concepto referido a los compromisos de inversión ejecutados por la Sociedad Portuaria; la respuesta "Una vez fueron presentadas no hubo manifestación sobre las mismas, por lo que se entienden superadas. Igualmente, como lo acepta la misma supervisión, esta solicitud es atemporal, en cuanto se efectúa con oficio No. 201903000676 del 11 de abril de 2019" fuera del término ya se había acabado el contrato de interventoría pero igual a esta de Sociedad Portuaria Michellmar se dio respuesta y esa respuesta no aparece dentro de las aclaraciones la primera pregunta de las aclaraciones es de acuerdo a la radicación de los oficios persisten estos incumplimientos, ellos se refieren a estos cuatro pero nunca se refieren a este porque no entendería que ya fue superado no aparece dentro de la complementación del informe pero sumado a eso es un requerimiento que como ellos mismos lo manifiestan el informe de la prueba de informe se hace atemporal por fuera del contrato de interventoría."*

Lo cual a su vez, se encuentra expuesto en el testimonio de la profesional María Paula Tamayo quien fungió como profesional financiera del Consorcio, la cual manifestó:

*“(...) Abogado del Contratista preguntó: ¿Qué puede manifestar respecto a los presuntos incumplimientos que fueron señalados respecto al concesionario Michellmar o sea que usted nos cuenta cómo fue la retroalimentación la información que solicitó por qué no supo responder inmediatamente?”*

*Testigo: Arranquemos el incumplimiento se fundamenta, por el presunto incumplimiento se fundamenta en una acta firmada el 13 de junio en Barranquilla yo no sé si ustedes la tengan ahí pero sí quiero poner la de presente porque el acta dice puntualmente Michellmar: revisar soportes de inversión, qué entendemos todos por revisar soportes de inversión, durante el período la interventoría los concesionarios presentan sus formatos de inversión de las inversiones realizadas cada 6 meses, a la interventoría le compete revisar del primero al 30 de junio y del primero de julio al 31 de diciembre, Michellmar presenta sus inversiones en ceros, no es susceptible de ninguna revisión financiera por parte de nosotros con posterioridad en el mes de marzo radican un presunto incumplimiento por ese ítem en específico del acta y nosotros lo contestamos diciéndole yo ya le certifique que ellos están en ceros y ahí le envió la respuesta veo con gran sorpresa que en la prueba por informe toman un oficio que nosotros mandamos, puedo sacar la prueba por informe entonces voy a tener las fechas aproximadas porque no la recuerdo pero con la sorpresa que mandan en la prueba por informe redactan porque tienen 5 ó 6 renglones, no sé si la tengas ahí le puedo dar lectura por favor porque la lo que antes a ese párrafo hablan de un archivo Ese párrafo que la doctora Deisy acaba de leer jamás hizo parte de ningún acta del 13 de junio, la cual es el procedimiento número, entonces yo sí realmente me encuentro sorprendida de pensar que el incumplimiento está levantado de una manera con un acta pero donde la corporación dice que persistimos en el incumplimiento es en un párrafo que nunca fue solicitado a la interventoría en el plazo contractual ahora encontramos que salta de ese oficio donde contesta que está incumplido tiene fechas en este mes de marzo luego nosotros damos respuesta diciendo usted está pidiendo algo extemporánea y con posterioridad la corporación contesta que se reitera, pero no existe ningún oficio que la corporación pueda entregar demostrarle a esta interventoría lo plasmado en ese párrafo, solicitado con anterioridad y lo que está relacionado como incumplimiento número uno tiene una única frase que dice solicitud de revisión de soportes, los soportes de la inversión me reitero en el tiempo de la interventoría estaban en ceros, lo cual no permiten revisión de nosotros de absolutamente nada.”*

En atención a lo manifestado tanto por el apoderado del contratista y referido por la testigo, se desprenden dos argumentos que fueron presentados tanto en los descargos como en los alegatos finales, los cuales versan sobre 1) la firmeza o silencio positivo de las manifestaciones de la interventoría porque pasados los 10 días la Entidad no solicitó aclaraciones a las mismas y 2) se trata de un contrato de interventoría y no de auditoría razón por la cual manifestaron que no pueden aprobar inversiones realizadas en períodos diferentes al plazo de ejecución del contrato de interventoría porque se trataría de un contrato de auditoría. Estos dos argumentos por ser reiterativos y dado que se sostuvieron de manera general a lo largo de toda la defensa desplegada por su apoderado, serán analizados en un acápite posterior.

Como corolario de lo anterior y en razón a lo manifestado por la Subdirección de Gestión Comercial en calidad de supervisor este incumplimiento no se encuentra superado en lo referente a la Sociedad Portuaria Michellmar toda vez que no se emitió concepto respecto a la aprobación de los compromisos de inversión ejecutados por la referida Sociedad Portuaria, y de acuerdo con el acervo probatorio hay una diferencia conceptual referente a si trata de una obligación propia de un contrato de interventoría o se trata de una obligación propia de un contrato de auditoría, razón por la cual tal como está endilgado el incumplimiento no ha sido superado para este cargo. Sin embargo, este tema será analizado más adelante.

Ahora, con respecto al segundo cargo:

**“Incumplimiento No. 2:** A través del Oficio No. 201803001737 del diecinueve (19) de julio de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial, solicitó a la interventoría emitir informe por presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca S.A., por el no pago de la contraprestación.

En este sentido, el interventor hizo entrega del informe No. CIP02-11-112-2018 de fecha diez (10) de octubre de 2018 (Radicado Cormagdalena No. 201802003953) sobre presunto incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca.

Posteriormente, la Subdirección de Gestión Comercial una vez revisado el citado informe, procedió a solicitar los ajustes a través del Oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018 en los siguientes términos:

*“En atención al oficio del asunto, a través del cual se hizo entrega a esta Corporación de un informe por presunto incumplimiento en el pago de la contraprestación portuaria a cargo de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca S.A., se tiene que el mismo debe ser ajustado con el propósito de que cumpla con los requisitos exigidos por la normatividad vigente sobre la materia y poder dar traslado del mismo a la Oficina Asesora Jurídica con el propósito de que dé inicio formal al respectivo procedimiento administrativo sancionatorio.*

*En este sentido, se debe ajustar y complementar el mencionado informe de incumplimiento con el propósito de que cumpla con la estructura (formato) que se relaciona a continuación:*

1. Determinar el tipo de procedimiento sancionatorio al que se dará inicio de acuerdo con el incumplimiento, esto es, parcial (multa) o definitivo (Cláusula Penal) o en su defecto, caducidad en caso de que se estime que paraliza la ejecución del contrato o amenaza paralizarlo.
2. Determinar la clase de garantía, número de la garantía, amparo a afectar, porcentaje, descripción del amparo a afectar e identificación de la compañía de seguros indicando nombre, Nit, fecha de aprobación de la garantía, anexos o modificaciones a las garantías y aprobación de dichas modificaciones en caso de que proceda, la vigencia de estas (desde/hasta) y dirección de notificación de la aseguradora.
3. Identificación detallada del Contrato de Concesión Portuaria que sería objeto del procedimiento administrativo sancionatorio que se espera apertura, tales como,

- número, objeto, fecha de suscripción, plazo, fecha de inicio, fecha de terminación del contrato, nombre del contratista, dirección del contratista, antecedentes, suspensiones, modificaciones contractuales (descripción), sanciones impuestas con anterioridad (clase de sanción), y demás información que el interventor considere relevantes.*
- 4. Información sobre los hechos que generan el presunto incumplimiento (discriminación detallada, específica y en orden cronológico de los hechos que dan origen al presunto incumplimiento) en este aspecto, se debe enunciar los requerimientos realizados y en caso de que el contratista haya dado respuesta a dichos requerimientos, se deberá señalar los argumentos presentados por éste.*
  - 5. Relacionar las obligaciones presuntamente incumplidas derivadas del contrato.*
  - 6. Fundamentos de derecho para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio (Artículo 3º, 4º, 26 de la Ley 80 de 1993, Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y Artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto de 1082 de 2015).*
  - 7. Señalar las normas presuntamente vulneradas (ej. Artículo 5º y 52 de la Ley 80 de 1993), adicionalmente, se debe transcribir el texto de la cláusula del contrato donde se estipularon caducidad, multas o declaratoria de incumplimiento para afectar cláusula penal, o los siniestros respectivos según corresponda y la cláusula de Garantías.*
  - 8. Señalar las consecuencias que podrían derivarse del presunto incumplimiento y/o siniestro, si se trata de una: Multa – cláusula penal / declaratoria de caducidad; de igual forma, deberá cuantificarse el perjuicio o la sanción correspondiente.*
  - 9. Relacionar los anexos, que constituyen todos los soportes probatorios, los cuales deberán ser entregados en orden cronológico.*

*Agradecemos hacer entrega del informe de incumplimiento con los ajustes y modificaciones previamente referenciadas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de recibo del presente oficio."*

*En este orden de ideas, se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe persiste el incumplimiento asociado a la entrega de los ajustes solicitados por esta Subdirección a través del Oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018."*

De acuerdo con el informe de incumplimiento allegado por la supervisión, el CONSORCIO INTERPUERTOS no emitió el informe de presunto incumplimiento para la concesión suscrita con la Sociedad Portuaria de Terminal de Mallorquín S.A. en debida forma.

En los descargos rendidos por el apoderado del Contratista manifestó que se dio respuesta a través del oficio No. CIP02-IN-240 2019 de fecha 8 de mayo de 2019.

Dentro de la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial tenemos que frente a este punto manifestaron:

Respecto a la Sociedad Portuaria Mallorquín:

*"Respecto del informe solicitado a través del Oficio No. 201803001737 del diecinueve (19) de julio de 2018 y sobre el cual se solicitaron ajustes por medio del oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018, se tiene que el interventor mediante la comunicación No. CIP02-IN-240-2019 (Rad. Interno No. 201902002394 del ocho (8) de mayo de 2019) hizo entrega del informe por*

*presunto incumplimiento al Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007, motivo **por el cual se puede afirmar que el incumplimiento fue superado** en lo atinente a este hecho.”(negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, tenemos que para este segundo incumplimiento se encuentra superado, conforme lo manifestado en la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial quien fungió como supervisor del contrato de interventoría, lo cual no requiere mayor discernimiento por parte de esta Oficina Asesora Jurídica.

Ahora, con respecto al tercer cargo.

*“**Incumplimiento No. 3:** Mediante Oficio No. 201803002078 de fecha treinta (30) de agosto de 2018, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la interventoría emitir concepto técnico, financiero y jurídico sobre la actualización de los valores correspondientes al plan de inversiones asociados al Contrato de Concesión Portuaria No. 041 de 2010 (Sociedad Portuaria BITCO S.A).*

*Sobre el particular, se tiene que a la fecha de elaboración del presente informe la interventoría Consorcio Inter-Puertos 02 no ha realizado la entrega del citado concepto.”*

De acuerdo con el informe de incumplimiento allegado por la supervisión, el CONSORCIO INTERPUERTOS no emitió concepto técnico, financiero y jurídico sobre la actualización de los valores correspondientes al plan de inversiones asociados al Contrato de Concesión Portuaria No. 041 de 2010 (Sociedad Portuaria BITCO S.A.)

En los descargos rendidos por el apoderado del Contratista manifestó que “se dio respuesta en los informes 5 y 6 en las mesas de trabajo. Igualmente, mediante oficio CIP02-IN-244-2019 radicado el 29 de marzo de 2019, la interventoría radica en las oficinas de Cormagdalena respuesta al oficio 201903000785 el cual era una reiteración del oficio 201803002078.

*Aunado a lo anterior mediante CIP02-IN-244-2019 radicado el día 29 de abril de 2019 y CIP02-IN-249-2019 de fecha 8 de mayo de 2019, la interventoría ahonda en la respuesta al oficio CIP02-IN-232-2019.”*

Dentro de la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial tenemos que frente a este punto manifestaron:

Respecto a la Sociedad Portuaria Bitco:

*“El estado sobre la actualización de las inversiones pendientes por ejecutar por parte de la Sociedad Portuaria Bitco S.A. fue recibido mediante el Oficio No. 201902002407 del ocho (8) de mayo de 2019. En este sentido, se tiene que el concepto fue aprobado por parte del área financiera de la Subdirección de Gestión Comercial, motivo por el cual **se puede afirmar que el incumplimiento fue superado en lo atinente a este hecho.**” (negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, tenemos que este tercer cargo se encuentra superado, conforme lo manifestado en la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial quien fungió como supervisor del contrato de interventoría, lo cual no requiere mayor análisis por parte de esta Oficina Asesora Jurídica.

Ahora, con respecto al cuarto cargo.

**“Incumplimiento No. 4:** De los requerimientos efectuados a través de Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, el interventor Consorcio Inter-Puertos 02 hizo entrega parcial de los mismos, de la manera que se detalla a continuación:

- 1- En lo que respecta al numeral 6 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, el interventor hizo entrega del informe No. CIP02-11-112-2018 de fecha diez (10) de octubre de 2018 (Radicado Cormagdalena No. 201802003953) sobre presunto incumplimiento de la obligación de pago a cargo de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, sobre el cual, la Subdirección de Gestión Comercial tal como se mencionó en el incumplimiento No. 2 del presente informe, requirió al interventor realizar ajustes al informe de incumplimiento allegado por medio del Oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018.

*Dicha solicitud no ha sido respondida a la fecha de elaboración del presente informe.*

- 2- A través del concepto jurídico No. CIP02-IN-113-2018 de fecha dieciocho (18) de octubre de 2018, la interventoría dio respuesta al numeral 1 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018 referente al Contrato de Concesión Portuaria No. 019 de 1997 (Sociedad Portuaria Parques Urbanos).

*El citado concepto luego de ser revisado por la Subdirección de Gestión Comercial remitió a la interventoría el Oficio No. 201803002630 del catorce (14) de noviembre de 2018, en el cual se solicitó su ajuste de la siguiente manera:*

*“ 1. Dentro del análisis de los antecedentes, no se tuvo en cuenta una de las dos suspensiones contractuales acaecidas durante la ejecución del mencionado contrato de concesión portuaria, en especial la decretada por la Resolución No. 005444 del 25 de abril de 2002 emitida por el Ministerio de Transporte, la cual suspendió dicho contrato por el término de dos (2) años. Posteriormente, se ordenó una segunda suspensión, también por el término de dos (2) años de conformidad con la Resolución No. 000208 de 2004 proferida por Cormagdalena.*

*2. El numeral 10 hace alusión a una norma no vigente, toda vez que, el Decreto No. 1370 de 2007 fue derogado por el Decreto 4735 de 2009, el cual a su vez fue derogado por el Decreto 474 de 2015.*

*3. En el numeral 11 se debe corregir el año del contrato de concesión portuaria.*

*4. El análisis jurisprudencial de la sentencia C-068 de 2009 no contempló un aspecto relevante de la misma, relativo a la prorrogas sucesivas de los contratos de concesión portuaria, teniendo en cuenta que, la Corte Constitucional dispuso en la mencionada sentencia que la posibilidad de prórroga de los contratos de concesión portuaria debían limitarse a una sola vez y no podían darse de manera sucesiva e ilimitada, procediendo a declarar inexecutable las expresiones por “periodos”, “de” y “y sucesivamente”, contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª. de 1991. Este aspecto guarda relación directa con el objeto de la consulta planteada a su equipo interventor.*

5. Sobre el aspecto relativo a la facultad que le asiste a Cormagdalena para prorrogar de forma unilateral el contrato de concesión portuario de conformidad con el concepto emitido por el Consejo de Estado, surgen dudas de índole práctico para la puesta en marcha de dichas prerrogativas a cargo de la administración, puesto que, la normatividad vigente sobre modificaciones a contratos de concesión portuaria establece que la iniciativa de modificación debe provenir del titular de la concesión portuaria y fija reglas alusivas a la publicidad y oponibilidad de tales iniciativas para dar trámite a la respectiva modificación contractual. Adicionalmente, el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 como se mencionó en párrafos precedentes, establece que excepcionalmente el plazo podrá ser mayor a 20 años, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que, en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos; en este sentido, no es claro en el concepto allegado por ustedes, si dicha facultad de modificación unilateral tiene sustento en la mencionada disposición normativa.

6. Por último, respecto a las alternativas y procedimientos para la terminación anticipada del contrato de concesión portuaria, sólo se limitó a transcribir la cláusula Décima Octava del contrato y los supuestos de hecho para su procedencia, sin realizar un análisis de los posibles riesgos jurídicos asociados a su aplicación ni la puesta en marcha de dichos procedimientos.

Agradecemos hacer entrega del concepto ajustado con las indicaciones previamente referenciadas dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la fecha de recibo del presente oficio (...)

Consecuentemente, el interventor hizo entrega del informe ajustado No. CIP02-IN-135-2018 de fecha veintisiete (27) de noviembre de 2018 dando respuesta así a la solicitud de ajuste efectuada por la entidad a través de Oficio No. 201803002630 del catorce (14) de noviembre de 2018.

- 3- Por medio del informe No. CIP02-IN-115-2018 de fecha diecinueve (19) de octubre de 2018, el interventor hizo entrega del informe por presunto incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998 (Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.) dando respuesta al numeral 2 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018.

Una vez revisado este primer informe, la Subdirección de Gestión Comercial remitió el Oficio No. 201803002594 de fecha nueve (9) de noviembre de 2018, solicitando al interventor Consorcio Inter-Puertos 02 realizar ajustes al mencionado informe.

Posteriormente, la Subdirección de Gestión Comercial por medio del Oficio No. 2018030003036 del diecisiete (17) de diciembre de 2018 reiteró la entrega del citado informe de incumplimiento con los ajustes requeridos en virtud del Oficio No. 201803002594 de fecha nueve (9) de noviembre de 2018.

*En razón a lo anterior, el interventor radicó a través del comunicado No. CIP02-IN-167-2019 de fecha veintidós (22) de enero de 2019, el informe por presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.*

*Sin embargo, la Subdirección de Gestión Comercial no dio trámite al mencionado informe al considerar que él mismo seguía manteniendo inconsistencias que debían ser ajustadas y corregidas, para ello, remitió el Oficio No. 201903000222 del veintiocho (28) de enero del año en curso solicitando ajustar el mencionado informe, el cual a la fecha de elaboración del presente informe no ha sido entregado.*

- 4- *En el caso del numeral 7, el interventor dio respuesta a dicha solicitud por medio del Comunicado No. CIP02-IN-116-2018 de fecha veinticuatro (24) de octubre de 2018. El citado informe fue revisado por el área encargada de la Subdirección de Gestión Comercial, encontrándose que él mismo no era útil para los fines perseguidos por esta entidad, razón por la cual, se solicitó su respectivo ajuste a través del Oficio No. 201803002984 del catorce (14) de diciembre de 2018 en los siguientes términos:*

*“De conformidad con el oficio del asunto, a través del cual su interventoría da respuesta al punto No. 7 de la solicitud de conceptos requeridos por esta Corporación a través del oficio No. CE-SGC-201803002233, se hace necesario solicitar aclaración y/o alcance al mismo con el propósito de dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018.*

*Sobre el primer interrogante, referido a determinar la tasa actual a la cual se deberán actualizar los montos de inversión contenidos en el Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009, su interventoría estableció como condición necesaria para llevar a cabo dicha actualización que la tasa utilizada conserve como mínimo los valores pactados inicialmente en el contrato aplicando a estos montos una actualización de valor presente neto, en especial cuando el contrato no fija una tasa de actualización, bajo esta premisa, ¿ en caso de trasladar el valor del plan de inversiones en el tiempo del citado contrato de concesión portuario, esta actualización deberá realizarse a una tasa del 12% o bajo que otra porcentaje debería realizarse dicha actualización?.*

*En lo atinente al segundo aspecto a tratar, esto es, determinar en caso de una eventual cesión contractual el plazo de ejecución que resta para finalizar dicho contrato, su concepto sólo se refirió a los requisitos para autorizar la cesión del contrato y que el plazo de ejecución contractual seguirá siendo el mismo pactado en el contrato, sin que se tuviese en cuenta otros aspectos relevantes como el acta de entrega de las zonas de uso público, la liquidación unilateral del contrato y la reactivación del mismo, razón por la cual, solicitamos a su interventoría conceptuar de fondo sobre este aspecto, toda vez que, existen antecedentes contractuales relevantes para absolver de fondo dicha inquietud.*

*Por otra parte, el tercer punto de la consulta, referido a la posibilidad de ampliar el plazo contractual, su concepto únicamente se limita a transcribir lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 sin ahondar en el condicionamiento jurisprudencial sobre el particular dado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 068-09 y sin resolver de fondo la consulta planteada por esta entidad, puesto que, no señalan de forma clara y precisa en concordancia con el desarrollo del Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009 la manera y consideraciones necesarias para una eventual prórroga contractual.*

*Sobre el punto 4 de la consulta realizada respecto del Contrato de Concesión Portuaria No. 039 de 2009 asociada a la posibilidad de reconocer a favor de un nuevo cesionario los montos pagados con anterioridad por concepto de contraprestación portuaria, no se tuvo en cuenta el hecho que el contrato del asunto fue liquidado unilateralmente y posteriormente fue reactivado tal como se señaló en párrafos precedentes, motivo por el cual, se reitera a su interventoría emitir concepto sobre estos aspectos de forma integral y en concordancia con la realidad jurídica del contrato de concesión.*

*Por último, es importante precisar que las respuestas a los interrogantes anteriormente mencionados deberán quedar plasmadas en una conclusión total que articule de forma integral todos los aspectos a conceptuar y no de manera aislada como se presentó en el concepto inicial.*

*Agradecemos realizar los ajustes solicitados en el presente oficio en un plazo no mayor a **cinco (5) días** calendarios una vez recibido este comunicado, resaltando la importancia de efectuar un adecuado trabajo en la medida que los conceptos por ustedes emitidos como interventores y apoyo especializado de la entidad son indispensables para una adecuada gestión contractual de los contratos de concesión portuaria a su cargo.”*

*Se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe la mencionada solicitud no ha sido respondida por el interventor.*

- 5- *A través del Comunicado No. CIP02-IN-143-2018 de fecha once (11) de noviembre de 2018, la interventoría con el propósito de dar respuesta al numeral 3 y 4 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018 solicitó a Cormagdalena la remisión de información relacionada con el seguimiento anual de las obras ejecutadas de los Contratos de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 y 027 de 2004.*

*Sobre el particular, la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta a través del Oficio No. 2018030003035 del diecisiete (17) de diciembre de 2018 a la precitada solicitud de información.*

*Se precisa que a la fecha de elaboración del presente informe la mencionada solicitud no ha sido respondida por el interventor.*

- 6- Para el caso del numeral 5 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, el interventor dio respuesta por medio de la comunicación No. CIP02-IN-141-2018 del tres (3) de diciembre de 2018, en el cual manifestaron no reconocer como parte de las inversiones realizadas los ítems que representan salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, requiriendo así el ajuste pertinente de los formatos de inversión por parte de la Sociedad Vopak Colombia S.A.”

De acuerdo con el informe de incumplimiento allegado por la supervisión, el CONSORCIO INTERPUERTOS no ajustó el informe de incumplimiento en debida forma de la Concesión suscrita con la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín; de igual forma no ajustó el concepto relacionado con la Sociedad Portuaria Parques Urbanos; no ajustó el informe de presunto incumplimiento de la Sociedad Bocas de Ceniza; no ajustó el concepto sobre la tasa a aplicar para la actualización de montos de inversión, cesión de contrato, prórroga de contrato, reconocer pago de contraprestaciones de un nuevo concesionario del Contrato de Concesión No. 039 de 2009 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional Barranquilla S.A.; no ajustó concepto de grado de cumplimiento de inversión que debía ejecutarse dentro de los Contratos de Concesión No. 026 y 027 del 2004 suscritos con la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos y no presentó la validación de las inversiones del contrato No. 03 de 1993 suscrito con la Sociedad Portuaria Vopak Colombia S.A.

En los descargos rendidos por el apoderado del Contratista manifestó para el numeral 1 del cargo 4, que mediante comunicado 240-2019 de fecha 8 de mayo la interventoría radicó el informe de presunto incumplimiento de las obligaciones con los ajustes dados a dicho oficio de 9 de noviembre de 2018;

Dentro de la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial tenemos que frente a este punto manifestaron:

Respecto a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín:

*“Los ajustes requeridos al informe allegado por medio del Oficio No. CE-SGC-201803002593 del nueve (9) de noviembre de 2018, fueron atendidos a través del Oficio No. 201902002394 del ocho (8) de mayo de 2019, en concordancia con lo también señalado en el Incumplimiento No. 2 del presente informe, razón por la cual **se puede afirmar que el incumplimiento fue superado en lo atinente a este hecho.**” (negrilla fuera de texto).*

Referente a la Sociedad Portuaria Parques Urbanos:

*“El interventor dio respuesta a través del Oficio No. 201802004637 del veintisiete (27) de noviembre de 2018 a la solicitud de ajustes efectuado por medio del Oficio No. 201803002630 del catorce (14) de noviembre de 2018, razón por la cual se puede **afirmar que el incumplimiento fue superado en lo atinente a este hecho.**” (negrilla fuera de texto)*

Relacionado con la Sociedad Bocas de Ceniza:

*“En lo que respecta al informe solicitado a través del Oficio No. 201903000222 del veintiocho (29) (sic) de enero de 2018 (sic) (2ª solicitud de ajustes), el interventor radicó el informe por presunto incumplimiento bajo el radicado No. 201902000990 del veintisiete (27) de febrero de 2019, el cual, fue trasladado por medio del Oficio*

No. 201901000345 a la Oficina Asesora Jurídica para dar apertura al respectivo procedimiento administrativo sancionatorio. **Por lo tanto, se entiende que este incumplimiento fue superado por parte de la interventoría.** (negrilla fuera de texto)

Concerniente a la Sociedad Portuaria Regional Barranquilla S.A:

*“El informe solicitado por medio del Oficio No. 201803002984 del catorce (14) de diciembre de 2018 fue entregado por el interventor a través del Oficio No. 201902002399 del ocho (8) de mayo de 2019 realizando los ajustes solicitados, razón por la cual se puede afirmar que el incumplimiento fue superado en lo atinente a este hecho.”* (negrilla fuera de texto)

Relativo a los Contratos de Concesión No. 026 y 027 del 2004 suscritos con la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos:

*“En lo que respecta al Oficio No. 2018030003035 del diecisiete (17) de diciembre de 2018 a través del cual la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta al requerimiento de información solicitado por el Consorcio Interpuertos 02, se tiene que el interventor dio respuesta al mismo mediante los Oficios Nos. 2019020002405 y 2019020002406 de fecha ocho (8) de mayo de 2018. Sin embargo, la Subdirección de Gestión Comercial a través de los Oficios Nos. 201903001327 y 201903001327 (sic) de fecha veintiocho (28) de mayo de 2019 solicitó aclarar el interventor el contenido de los citados oficios. Por lo anterior, se entiende que el incumplimiento no ha sido superado en la medida que persisten ajustes a los documentos entregados.”* (negrilla fuera de texto)

En el trámite de contradicción de la prueba por informe tenemos que se decretó aclaraciones y complementaciones a la misma, de la cual tenemos que la Subdirección de Gestión Comercial para este cuarto incumplimiento manifestó:

Referente a los Contratos de Concesión No. 026 y 027 del 2004 suscritos con la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos:

**“1. Se complemente En vista a que la entidad manifiesta que persisten 5 incumplimientos complemente: ¿Los mismos siguen vigentes con la respuesta contenida en los oficios CIP02-IN-255-2018, CIP02-IN-256-2018, CIP02-IN-257-2018, CIP02-IN-258-2018?”**

**Respuesta:**

*“(…) 3-Oficio No. CIP02-IN-2578-2018 (Radicado Interno No. 201902003103 del 11 de junio de 2019)*

*Por medio del Oficio No. 2018902003103 el Interventor dio respuesta a lo requerido en el Oficio No. 201903001327, aspecto que se encuentra asociado al numeral 1.4.5. de la comunicación interna No. 201901000913 (Prueba por informe). En este sentido, el interventor realizó la verificación de las inversiones acumuladas por la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolano-Contrato de Concesión Portuaria No. 027 de 2004.*

*En este sentido, se considera que respecto a la verificación y validación de la inversión acumulada de la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolano-Contrato de Concesión Portuaria No. 027 de 2004 no conlleva el desarrollo y*

*ejercicio de actividades de interventoría de obra, consiste en cotejar la existencia de una infraestructura portuaria con los soportes contable y financieros que den fe de dicha inversión. Por consiguiente, hasta tanto no se valide la inversión acumulada en los términos previamente indicados y se presenten los formatos firmados que así lo acrediten se entiende que persiste el incumplimiento endilgado en este aspecto.*

4. Oficio No. CIP02-IN-258-2018 (Radicado Interno No. 201902003129 del 12 de junio de 2019)

*Por medio del Oficio No. 201902003129 el Interventor dio respuesta a lo requerido en el Oficio No. 201903001328, aspecto que se encuentra asociado al numeral 1.4.5. de la comunicación interna No. 201901000913 (Prueba por informe). En este sentido, el interventor realizó la verificación de las inversiones acumuladas por la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolano- Contrato de Concesión Portuaria No. 026 de 2004.*

*En este sentido, se considera que respecto a la verificación y validación de la inversión acumulada de la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolano- Contrato de Concesión Portuaria No. 026 de 2004 no conlleva el desarrollo y ejercicio de actividades de interventoría de obra, consiste en cotejar la existencia de una infraestructura portuaria con los soportes contable y financieros que den fe de dicha inversión. Por consiguiente, hasta tanto no se valide la inversión acumulada en los términos previamente indicados y se presenten los formatos firmados que así lo acrediten se entiende que persiste el incumplimiento endilgado en este aspecto.*

**2. Se aclare ¿Cormagdalena exige que la interventoría realice la verificación de inversiones realizadas bajo anteriores interventorías y fuera de su contrato? ¿Cuál es el alcance de ésta obligación y qué sustento legal tiene que una interventoría pueda corroborar hechos atemporales como trabajos realizados con anterioridad a su contrato?**

**Respuesta:**

*“(…) Se precisa que Cormagdalena exige únicamente al interventor la revisión y diligenciamiento de los Formatos implementados correspondientes a la inversión de capital privado en bienes de uso público y reporte detallado de inversión de capital privado en bienes de uso público. Esta obligación se encuentra claramente determinada y era conocida por el interventor al momento de suscripción del contrato de interventoría, pues así lo exige el literal d del numeral 1.1.2.1. de la Cláusula 1.3. del Contrato de Interventoría No. 0-0180-2018.*

*Asimismo, es importante tener en cuenta que el trabajo de revisión y diligenciamiento de formatos conlleva una incidencia directa en la razonabilidad de los estados contables y de la gestión presupuestal de la entidad. Por lo anterior, Cormagdalena incorpora esta obligación como esencial dentro de la finalidad para contratar esta clase de servicios, con el fin de contratar los servicios de un externo especializado para llevar a cabo esta labor en las mejores condiciones posibles. Adicionalmente, es importante resaltar que las firmas interventoras contratadas por*

*esta Corporación durante los años 2016 y 2017 llevaron a cabo la validación de inversión sobre contratos de concesión portuaria cuyos compromisos de inversión habían sido ejecutados con anterioridad a la celebración de los mencionados contratos de interventoría.*

*Ahora bien, dicho esto, se indica que el alcance de llevar a cabo esta validación y verificación de inversiones consiste en contrastar la infraestructura existente y/o en ejecución con lo soportado contablemente por las sociedades portuarias, y no determinar las calidades o procesos constructivos como si de una interventoría de obra se tratase.”*

En los alegatos finales respecto de este cargo el apoderado del contratista señaló que, dieron respuesta a los contratos suscritos con la Sociedad Portuaria Monómeros a través del oficio No. CIP02-IN-257-2018 verificándose las inversiones acumuladas como lo acepta la supervisión, sin embargo siguen siendo sometidas a ajustes, *“ahí dice analizar la inversión acumulada pero nunca nos dicen de contratos anteriores, o de obras físicas anteriores, por eso estamos acá bajo una única fuente obligacional principal que es el contrato y lo otro reiteramos es imposible verificar obras y lo hacemos no tanto por nosotros sino por la Entidad, porque yo una vez de certificado de verificar una obra que se hizo anteriormente a los funcionarios de la entidad y al interventoría los estoy responsabilizando por unas obras que no vio construir, no recibió y que uno no tiene ningún tipo de consideración por ser antiguas de verificar que se hicieron realmente bajo qué condiciones bajo qué calidad y bajo qué presupuestos.”*

Lo anterior también fue señalado en el testimonio de la profesional financiera María Paula Tamayo que en lo particular manifestó:

*“(…) Oficio No. 201803002826 del 29 de noviembre de 2018 (se leyó lo indicado en la citación, y el oficio en su totalidad)*

*Testimonio: (...) La solicitud de Monómeros que pide la Corporación revise por favor las inversiones acumuladas de Monómeros, de los dos Monómeros, piden exactamente los mismo 026 y 027.*

*El 026, que no tiene un plan de inversiones imputables específicamente a las inversiones que el puerto realiza, pero aun así la Corporación solicita al Consorcio que entremos a revisar inversiones pasadas yo quiero hacer la anotación importante que revisar y dar fe de pronunciarse en versiones pasadas realizadas en un contrato como éste que viene desde 2004 ejecutándose es perfectamente imposible para cualquier interventoría porque generaría una responsabilidad no solamente para la interventoría que se están pronunciando sino para los funcionarios que en ese momento están fungiendo, yo no puedo a través de un concepto o de una de una posición frente a las inversiones que ni siquiera tengo constancia que se realizaron muchas de ellas obedecen voy a poner un ejemplo a un confinamiento yo como voy a dar fe que efectivamente se hizo en las calidades que el puerto me está diciendo si es que en el 2004 yo no una interventora no tenía ninguna relación con la Corporación y mucho menos firmar actas de recibo de obra como como bien lo ha solicitado la corporación no es lo mismo recibir una obra hecha en el 2004 por quién supervisaba el contrato que yo recibí en el 2019*

*entonces entrar lo máximo que puede hacerse interventoría cómo lo hizo como ya lo radicó, es revisar que las facturas correspondan a lo que el Puerto está diciendo que invirtió pero extralimitarse en cualquier certificación está por fuera del objeto del contrato nosotros tenemos un contrato de interventoría no de auditoría y son dos temas completamente diferentes, el interventor revisa y supervisa lo que sucede en su periodo pero no audita lo anterior, porque hemos firmado contratos con esta Corporación de auditoría donde efectivamente nos asista la obligación de revisar años anteriores.(...)”*

En atención a lo anterior tenemos para este incumplimiento frente a los Contratos suscritos con Monómeros y de acuerdo a lo manifestado por la Subdirección de Gestión Comercial en calidad de supervisor este incumplimiento no se encuentra superado toda vez que no se emitió el concepto referido a la aprobación de los compromisos de inversión ejecutados en los Contratos No. 026 y 027 suscritos con la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo-Venezolana S.A., y de acuerdo con el acervo probatorio hay una diferencia conceptual respecto a si se trata de una obligación propia de un contrato de interventoría o de una obligación propia de un contrato de auditoría, razón por la cual tal como está endilgado el incumplimiento no ha sido superado para este cargo. Sin embargo, este tema será analizado más adelante en un acápite diferente, por ser un tema recurrente en varios incumplimientos del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

Frente al numeral 6 del cargo cuarto, el cual hace referencia al ajuste a los formatos de inversión por parte de la Sociedad Vopak Colombia S.A., tenemos:

El apoderado del Contratista en sus descargos señaló frente a este incumplimiento: *“La Entidad manifiesta que el interventor mediante informe CIP02-IN-141-2018 de fecha 17 de septiembre de 2018 dio respuesta a la solicitud, es decir se reconoce el cumplimiento de la obligación.”*

En la prueba por informe rendida por la Subdirección de Gestión Comercial, frente a este punto señaló:

*“Por último, en lo atinente a lo solicitado en el numeral 5 del Oficio No. 201803002233 del diecisiete (17) de septiembre de 2018, se tiene que el interventor dio respuesta por medio de la comunicación No. CIP02-IN-141-2018 del tres (3) de diciembre de 2018 y fue entregado nuevamente por medio del Oficio No. 201902002396 del ocho (8) de mayo de 2019. No obstante, lo anterior, la Subdirección de Gestión Comercial por medio del Oficio No. 201903001300 de fecha veintitrés (23) de mayo de 2019 solicitó aclarar el contenido del citado concepto, motivo por el cual, **se considera que el incumplimiento no ha sido superado por el interventor.**” (negrilla fuera de texto).*

En la contradicción de dicha prueba por informe, la respuesta dada a la aclaración solicitada respecto de este punto, la Subdirección de Gestión Comercial, manifestó:

*“(..) 2- Oficio No. CIP02-IN-256-2018 (Radicado No. 201902003104 del 11 de junio de 2019)*

Por medio del Oficio No. CIP02-IN-256-2018 el interventor da respuesta a la reiteración de información efectuada a través del Oficio No. CE-SGC-201903001300 del 30 de mayo de 2019, información asociada al incumplimiento referenciado en el numeral 1.4.6. de la Comunicación Interna No. 201901000913 (prueba informe).

Sobre el particular se tiene que el interventor realizó la descripción del avance del plan de inversiones de la Sociedad Vopak Colombia. Adicionalmente, por medio de los Oficios Nos. 201902003128, 201902003104 y 201902003130, el interventor dio respuesta a los siguientes requerimientos:

- 1- 201902003128 del 12 de junio de 2019: emitió concepto técnico sobre la solicitud de modificación contractual presentada por Vopak Colombia S.A.
- 2- 201902003104 del 11 de junio de 2019: Se dio respuesta a la información asociada a la ejecución del plan de inversiones de la Sociedad Vopak Colombia S.A.
- 3- 201902003130 del 13 de junio de 2019: El interventor hace entrega de los formatos F-PGC-01 y F-PGC-02 correspondientes a los periodos de enero a junio de 2018 y de julio a diciembre de 2018 correspondientes a la Sociedad Vopak Colombia S.A.

En este sentido, y retomando las ideas expuestas en puntos anteriores, esta supervisión considera que respecto a la verificación y validación de la inversión acumulada de la Sociedad Vopak Colombia no implica en ningún caso el desarrollo de actividades de interventoría de obra, consiste en cotejar la existencia de una infraestructura portuaria con los soportes contable y financieros que den fe de dicha inversión. Por consiguiente, hasta tanto no se valide la inversión acumulada en los términos previamente indicados y se presenten los formatos firmados que así lo acrediten se entiende que persiste el incumplimiento endilgado en este aspecto (...)"

Para este caso tenemos nuevamente la diferencia conceptual respecto de si la obligación correspondiente a validar inversiones acumuladas corresponde a obligaciones propias de un contrato de interventoría o de un contrato de auditoría, por lo cual nuevamente se señala que será materia de análisis en un acápite diferente.

Ahora, con respecto al quinto cargo, el apoderado del Consorcio en sus descargos señaló:

*"(...) Sobre la validación de bienes de Siduport se evidencia la terminación del contrato para las vigencias 2017 según fallo arbitral que está en el acta 9 del 13 de julio de 2018 debido al cambio en el POT de Barranquilla y el proyecto turístico que adelanta la alcaldía de Barranquilla, la Avenida del Río.*

*Esta Sociedad Portuaria presenta inversiones entre el año 2012 al año 2015, las cuales no son posibles validar en campo ya que cuando esta interventoría empezó el contrato ya se estaba realizando el proyecto del río y en la información existente entregada por Cormagdalena no estaban validadas estas inversiones.*

*En cuanto a los soportes de inversión de la Sociedad Portuaria del Caribe, mediante comunicación del 22 de agosto de 2018 el concesionario remitió a esta interventoría copia de los formatos FRN-02 y FRN-03 correspondiente al periodo del 1 de enero de 2018 a junio 30 de 2018 en el cual se evidencia que la inversión en el citado periodo es cero por lo tanto nos es susceptible de revisión.*

*El informe de incumplimiento para levantar el sancionatorio a Michellmar por el no pago de contraprestación fue radicado por la interventoría mediante comunicado CIP02-IN171-2019 de 27 de febrero de 2019.*

*Teniendo en cuenta que el Consorcio, radicó en las instalaciones de Cormagdalena, las respuestas a las solicitudes efectuadas a través del acta de reunión 26 de septiembre de 2018, podemos concluir que el fundamento factico que dio lugar al incumplimiento No. 5 desapareció.*

*Adicionalmente la interventoría radicó el 8 de mayo de 2019 los oficios CIP02-IN-247-2019 y CIP02-IN-248-2019 dando alcance a la solicitud.*

*Es así como el punto 1 se respondió en el informe 4.*

*Y también el punto 2 se respondió en los informes 6 ya con anterioridad (...)"*

Al respecto en la prueba por informe la Subdirección de Gestión Comercial, señaló:

*"(...) 1.5. CARGO Y/O INCUMPLIMIENTO NO. 5: En lo que respecta a este incumplimiento, en especial los compromisos adquiridos en reunión sostenida el día veintiséis (26) de septiembre de 2018, se precisa lo siguiente:*

*1.5.1. Sociedad Portuaria Bitco S.A. y Marinas del Caribe S.A.: mediante los informes Nos. CIP02-IN-249-2019 de fecha ocho (8) de mayo de 2019 (radicado interno No. 201902002407) y CIP02-IN-252-2018 (radicado interno No. 201902002603) el interventor presentó concepto de actualización del valor de las inversiones de los contratos de Concesión Portuaria Nos. 041 de 2010 y 047 de 2011, los cuales fueron aprobados por parte del área financiera de la Subdirección de Gestión Comercial, razón por la cual se puede afirmar que el incumplimiento fue superado en lo atinente a este hecho.*

*1.5.2. Sociedad Portuaria Siduport S.A.: El incumplimiento fue superado.*

***1.5.3. Sociedad Portuaria del Caribe S.A.: Persiste el incumplimiento, toda vez que, el interventor no ha presentado la totalidad de los soportes para acreditar las inversiones ejecutadas por el concesionario.***

*1.5.4. Sociedad Portuaria Michellmar S.A.: El interventor presentó informe por presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de este concesionario, el cual fue acogido por la Subdirección de Gestión Comercial, por lo que se considera superado el incumplimiento endilgado. (...)" (negrilla fuera de texto).*

Respecto a este punto, persiste entonces el incumplimiento frente a la Concesión Sociedad Portuaria del Caribe S.A., de acuerdo con la manifestado por la supervisión del Contrato de Interventoría.

Es así, que en la contradicción de la prueba por informe la Subdirección, señaló:

*"5. ¿Se aclare, Por qué no le dio validez a los oficios radicados en oficio 2019020001318 de fecha 14 de Marzo de 2019 en los formatos F-PGC-01 Y F-PCG-02 respectivamente, en cuanto se respondió que no incluye soportes ni metodología*

*específica ya que la inversión reportada para el período especificado se encuentra en ceros y no es susceptible a revisión financiera? ¿Qué información adicional requiere para darle cierre a este tema?*

*Respuesta: Se precisa que dicho requerimiento encuentra sustento en la obligación a cargo del interventor de validar la inversión acumulada y no únicamente a la validación del periodo de ejecución del Contrato de Interventoría No. 0-0180-2018.”*

Respecto de este punto, se señala que como se dijo en anteriores apartados es un tema recurrente en los incumplimientos endilgados y que existe una diferencia entre lo señalado por el apoderado del Contratista y las manifestaciones realizadas por la Subdirección de Gestión Comercial respecto a si se trata de una obligación de interventoría o de auditoría, que se recuerda se analizará en un capítulo diferente.

Ahora, con respecto al sexto cargo, el apoderado del contratista en sus descargos señaló:

*“(..). Se reitera es el mismo incumplimiento 5 mediante comunicado CIP02-.IN171-2019 de fecha 27 de febrero de 2019 la Interventoría radico en las oficinas de Cormagdalena el informe por presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 43 de 2010 con los ajustes solicitados por dicha entidad mediante oficio No. 201903000222 del 28 de enero del 2019.*

*Es así que teniendo en cuenta que se cumplió enviando el informe del presunto incumplimiento de la Sociedad Michellmar S.A. contrato de concesión Portuaria No. 43 de 2010 por el no pago de la contraprestación, con los ajustes solicitados, podemos concluir que el fundamento factico que dio lugar al incumplimiento No. 6 desapareció.(..)”*

Frente a este incumplimiento en la prueba por informe la Subdirección de Gestión Comercial, señaló:

*“(..). 1.6. CARGO Y/O INCUMPLIMIENTO NO. 6: El estado de cumplimiento del cargo endilgado es el siguiente:*

***El incumplimiento fue superado***, toda vez que, el interventor presentó los ajustes solicitados por el supervisor, mediante informe CIP02-IN-171-2019 (radicado interno No. 201902000773 de fecha dieciocho (18) de febrero de 2019). Sin embargo, el interventor radicó nuevamente informe No. CIP02-IN-171-2019 contentivo del presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. el día ocho (8) de mayo de 2019 en Cormagdalena bajo el número interno 201902002397, es de resaltar que al momento de dar inicio al proceso administrativo sancionatorio el interventor no había presentado los ajustes indicados por la supervisión del contrato. (...)” (negrilla fuera de texto).

En lo relacionado con este incumplimiento por no presentación en debida forma del informe de la Sociedad Michellmar, se encuentra superado conforme lo señalado por la supervisión del Contrato de interventoría, por lo cual no se requiere mayor análisis por parte de este despacho.

Finalmente, con respecto al séptimo cargo, el apoderado del contratista en sus descargos señaló:

*"(..) Se tiene que esta información ya se contestó oportunamente en los informes 3,4,5 y 6.*

*Igualmente, mediante oficio CIP02-IN-243 2019 y CIP02-IN-244 2019 de fecha 29 de abril de 2019 la Interventoría radicó en las Oficinas de Cormagdalena respuesta al oficio No. 201803002982.*

*Es así que teniendo en cuenta que el CONSORCIO, radicó en Cormagdalena conceptos referentes a las actualizaciones de las inversiones de los Contratos de Concesión No. 047 de 2011 y No. 041 de 2010 de acuerdo a lo referido por la Entidad podemos concluir que el sustento fáctico que dio lugar al incumplimiento 7 desapareció. (...)"*

Frente a este incumplimiento en la prueba por informe la Subdirección de Gestión Comercial, señaló:

*"(...) Mediante informes CIP02-IN-249-2019, radicado el día ocho (8) de mayo de 2019 e informe CIP02-IN-252-2018, radicado el día veintiuno (21) de mayo de 2019, el interventor presentó concepto de actualización del valor de las inversiones de los contratos de concesión Nro. 041 de 2010 y Nro. 047 de 2011, los cuales fueron aprobados por parte del área financiera de la Subdirección de Gestión Comercial. Por tanto, **el incumplimiento fue superado por parte de la interventoría.**" (negrilla fuera de texto).*

En lo relacionado con este incumplimiento por concepto de actualización del valor de las inversiones de los contratos No. 41 de 2010 y No. 47 de 2011, se encuentra superado conforme a lo señalado por la supervisión del Contrato de interventoría, por lo cual no se requiere mayor análisis por parte de este despacho.

Como corolario de lo anterior, tenemos que, se encuentran cuatro incumplimientos pendientes por superar, los cuales versan sobre validación de las inversiones acumuladas por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., la validación de inversión acumulada de los contratos No. 26 y No. 27 de 2004 suscrito con la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo-Venezolana S.A., la validación de inversión acumulada dentro del Contrato de Concesión suscrito con la Sociedad Portuaria Vopak S.A., la validación de la inversión acumulada dentro del Contrato de Concesión suscrito con la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. Razón por la cual se hace necesario revisar los argumentos que tanto en los descargos como en los alegatos finales señaló el apoderado del Contratista, de manera general para todos los presuntos incumplimientos endilgados en el oficio citatorio a la presente actuación administrativa, de lo cual se realizará su análisis seguidamente.

### **6.3.1. SE TRATA DE UN CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y NO DE AUDITORÍA**

El apoderado del Contratista con la coadyuvancia de la apoderada de la Compañía Garante, manifestó tanto en los descargos como en los alegatos finales del presente procedimiento administrativo sancionatorio, que se trata de un contrato de interventoría y no de auditoría, razón por la cual el Consorcio Interpuertos no puede aprobar inversiones realizadas en períodos diferentes al plazo de ejecución del contrato de interventoría porque se trataría de un contrato de auditoría y los remitiría a revisar obras realizadas con anterioridad al contrato de interventoría No. 180 de 2018.



Es así como el despacho debe analizar la obligación contenida en el literal d) Obligaciones Financieras y Contables de la Interventoría de la cláusula número 1.1.2.1. Obligaciones concesiones portuarias con plan de inversión vigente, a saber:

*“(...) Certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de conformidad con **la información financiera** suministrada por los concesionarios. (...)”*(negrilla fuera de texto).

De igual forma en el mismo literal y cláusula se señala:

*“(...) Revisar y diligenciar los Formatos que CORMAGDALENA implemente referentes a la Inversión de Capital Privada en Bienes de Uso Públicos y Reporte detallado de Inversión de Capital Privado en bienes de Uso Público por el Concesionario. (...)”*

Por lo cual para este despacho, observa que el CONSORCIO INTERPUERTOS 02 tenía la obligación de revisar la inversión realizada por los Concesionarios desde el inicio del plazo de ejecución de los respectivos Contratos de Concesión Portuaria y no solamente las inversiones realizadas en el tiempo de ejecución del Contrato de Interventoría del CONSORCIO INTERPUERTOS 02, como quiera que las cláusulas transcritas señalan que dicha interventoría debía certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de acuerdo con la información financiera, razón por la cual no le asiste la razón al apoderado del CONSORCIO respecto a este argumento.

En consonancia con lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la página 10 del contrato de Interventoría, se pactó bajo el título de “Otras funciones”, las siguientes obligaciones:

*“Con el fin de buscar el adecuado y oportuno desarrollo del proyecto y, a su vez, una mayor eficiencia en la administración de las mismas, la interventoría comprende, además de la gestión técnica, financiera, contable, administrativa y jurídica del contrato suscrito para la realización de las obras objeto de esta interventoría, por lo cual, deberá apoyar, asistir y asesorar a CORMAGDALENA en todos los asuntos de orden técnico, financiero, contable, administrativo y jurídico que se susciten durante el desarrollo de los trabajos, suministrando oportuna información sobre los mismos, preparando los documentos que al respecto se requieran y rindiendo los conceptos y evaluaciones que sobre la materia se le soliciten. En tal sentido, se establecen entre otras las siguientes funciones: (...) Estudiar y conceptuar oportunamente sobre las solicitudes y consultas de CORMAGDALENA, en materia técnica, financiera, contable, administrativa y jurídica.”*

Así mismo, el punto 1.1.3. Etapa final de la interventoría, se señala en lo pertinente:

*“Previa a la suscripción del acta final de la interventoría, deberá presentar a CORMAGDALENA un informe detallado que deberá contener por lo menos la*

siguiente información: - **Análisis global de la ejecución de cada contrato de concesión, hasta el momento de la elaboración del informe final. (...)**"

Las anteriores cláusulas, evidencian que dentro de las obligaciones que le correspondían a la Interventoría se encontraba realizar análisis globales de la ejecución de cada contrato de concesión, sin limitarse a revisar solo lo acontecido en el lapso de ejecución del contrato de interventoría.

De acuerdo con ello y al concepto de contrato de auditoría que *"es un servicio independiente que evalúa el control interno del proyecto y se convierte en una asesoría a la gerencia de este"*<sup>4</sup>, no se evidencia que con la obligación de validar las inversiones acumuladas se realice una asesoría a la Entidad en los términos de un contrato de auditoría o se realice una obligación de control interno del proyecto propia de las auditorías y que este por fuera del contenido obligación del contrato suscrito.

Sumado a lo anterior, nuestro ordenamiento define el contrato de interventoría en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, señalándose que es una especie de contrato de consultoría, autónomo respecto al contrato que vigila, oneroso, bilateral, de ejecución sucesiva, solemne, con obligaciones de hacer, ejercido con personal interno o externo o contratado e independiente de las partes del contrato, para ejercer un seguimiento y control integral en aspectos técnicos, administrativos, financieros, entre otros y especializados sobre el tema o carencia de personal.

Es por las anteriores razones que, lo exigido al CONSORCIO INTERPUERTOS se encuentra dentro del marco obligacional del Contrato No. 180 de 2018 y responde a las obligaciones naturales de un contrato de interventoría integral.

Es por estas razones que el presente argumento del apoderado del contratista no tiene vocación de prosperar.

### **6.3.2. SILENCIO POSITIVO Y FIRMEZA DE INFORMES PRESENTADOS POR LA INTERVENTORÍA**

Frente a este argumento, **en los descargos** el apoderado del Contratista señaló que de conformidad con el literal b) de la cláusula 4.2.2. del contrato No. 180 de 2018, Procedimiento para la aprobación de documentos y de las demás solicitudes, CORMAGDALENA tenía diez (10) hábiles contados a partir del día siguiente al recibo del Informe, para presentar las observaciones y recomendaciones al interventor, vencido este término sin que haya un pronunciamiento escrito por parte de CORMAGDALENA, se entenderá que el Informe correspondiente sería aprobado en los términos presentados por el interventor. Razón por la cual para el apoderado se configuró un silencio positivo de los informes presentados por el interventor.

---

<sup>4</sup>Memorias seminario internacional de interventoría y seguimiento de proyectos públicos Universidad Nacional Sede Bogotá. Primera edición 2010.

Si bien es resulta cierto que en algunas ocasiones la Entidad superó el tiempo de respuesta de diez (10) días, sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se cumplieron los requisitos para que se configurara un silencio positivo, como quiera que, conforme a lo señalado por la Ley y la jurisprudencia, es un requisito necesario para que produzca efectos la protocolización de este, así:

*“¿cuándo queda en firme un acto ficto positivo? El artículo 42 del C.C.A. dispone que la escritura pública y sus copias –en la que se protocoliza la constancia o copia de la petición debidamente recibida por la administración, junto con la declaración jurada de no haber sido notificada ninguna decisión– producirá todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. La firmeza del acto ficto positivo, entonces, tiene ocurrencia desde el día siguiente a la fecha en que se configuró el silencio, pero se exige la protocolización para hacer valer la decisión ficta positiva ante terceros y, por supuesto, ante la propia administración.”<sup>5</sup>(...)”<sup>6</sup>*

Requisito que se encuentra vigente en el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), a saber:

**“ARTÍCULO 85. PROCEDIMIENTO PARA INVOCAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.** La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, **protocolizará la constancia o copia** de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.

*La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.*

*Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico.”* (negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, la falta de respuestas a los informes señalados, es decir el silencio positivo del acto ficto o presunto aducido por el apoderado de la interventoría, nunca fue protocolizado, al igual que tampoco se cumplió el requisito del artículo 15 de la misma Ley, esto es que no se trataba de una petición o solicitud, sino que se trata de informes presentados en virtud de obligaciones contractuales del contratista interventor.

---

<sup>5</sup> Actualmente, el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) dispone que el acto administrativo ficto derivado del silencio administrativo positivo queda en firme desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 del mismo código. Esto no cambia el hecho de que el acto ficto positivo nace una vez configurados los presupuestos previstos en la ley y que la protocolización se exige para hacer valer la decisión ficta positiva ante terceros y, por supuesto, ante la propia administración.

<sup>6</sup> Consejo de Estado Rad. 760012331000200901219-01. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Es así como, de las normas señaladas, para este caso en concreto no se cumplió el requisito de que dichos informes fueran peticiones o solicitudes, al igual que no se protocolizó el acto ficto o presunto, razón por la cual no se configuró el silencio positivo aducido en los descargos por el apoderado del contratista.

Ahora bien, concretamente en materia de contratación estatal respecto a la configuración del silencio administrativo positivo, la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que no basta con la presentación de cualquier solicitud por parte del contratista durante la ejecución del contrato y el transcurso del plazo establecido en la ley -3 meses- sin obtener respuesta de la administración, para que se entienda configurado el acto administrativo ficto favorable a la petición del contratista, sino que tratándose del surgimiento de derechos a su favor, se requiere además, que de hecho se den los requisitos para su reconocimiento, como lo es la protocolización del acto ficto o presunto y que se trate de una petición o solicitud, circunstancias que, en el presente caso, no se cumplieron <sup>7</sup>

Por otra parte, tenemos que en los alegatos finales el apoderado, manifestó otro argumento señalando que algunos informes se encontraban en firme como quiera que no se realizaron observaciones en los 10 días señalados en el contrato de interventoría, razón por la cual nos centraremos en revisar los incumplimientos que quedaron pendientes por superar así:

No. incumplimiento	Fecha Informe de Interventoría	Plazo máximo	Plazo solicitud de acuerdo apoderado contratista	Lo aportado en el expediente sancionatorio
1.1 Michellmar	Informe 4 del 19 de octubre de 2018 y 5 del 30 de noviembre de 2018	29 de octubre de 2018 y 10 de diciembre de 2018	NUNCA	El informe señalado es una respuesta a la reunión de trabajo del 13 de junio de 2018.
4.5 Monómeros	Informe No. CIP02-IN-143-2018 del 11 de noviembre de 2018	26 de noviembre de 2018	Oficio 201803003035 del 17 de diciembre de 2018 (+ 21 DÍAS)	Oficio 201803003035 del 17 de diciembre de 2018
4.6 Vopak	Informe No. CIP02-IN-141-2018 del 3 de diciembre de 2018	17 de diciembre de 2018	NUNCA	El informe señalado, es una respuesta al requerimiento de la S.G.C. Oficio No. 201803002233 del 17 de

<sup>7</sup> Consejo de Estado Rad. 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199). M.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013)

				septiembre de 2018
5.3 Caribe	CIP02-IN-171-2019 de fecha 18 de febrero de 2019.	4 de marzo de 2019	NUNCA	Reunión sostenida el 26 de septiembre de 2018.

En atención a lo manifestado por el apoderado y lo señalado por la profesional financiera en su testimonio, tenemos que el contratista aduce que nunca conoció las actas de reunión señaladas puntualmente en los numerales 1.1 y 5.3 del cuadro anterior, frente a lo cual podemos señalar que de acuerdo con el Manual de Contratación de la Entidad que hace parte del contrato de interventoría No. 180 de 2018, en su numeral 50.6 señala:

*“(...)50. Funciones Técnicas del Supervisor*

*A manera enunciativa, se identifican las siguientes funciones técnicas:*

*(...)*

*50.6. Convocar las reuniones de seguimiento y las visitas de campo, de las cuales deberá dejar constancia en la respectiva acta;(...)”*

La Entidad estaba facultada para convocar reuniones de las cuales dejaría constancia en las actas respectivas, una vez revisadas las actas se evidencia que se encuentran suscritas por la ingeniera Verónica Soleiman (fl. 42 y 50), siendo personal de la interventoría por lo cual no hay asomo de duda que la interventoría conocía de los requerimientos realizados por la supervisión del contrato de interventoría.

Frente a lo señalado en relación con la extemporaneidad de la respuesta de la Entidad, se tiene que no puede desconocerse la normatividad aplicable en contratación estatal, que de acuerdo a lo normado en el numeral 1 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, dispone: **«Los servidores públicos están obligados 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».**(negrilla fuera texto).

Es por esta razón que el Subdirector de Gestión Comercial de la Corporación en calidad de supervisor del Contrato de Interventoría No. 180 de 2018, actuó conforme a los deberes señalados en la norma y el contrato, buscando el cumplimiento de este, conforme lo señalado en el artículo 4 de la ley 80 de 1993 que consagra dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales, para la consecución de los fines de la contratación que: **“1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.” (...)** **4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan. Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.”**

Asimismo, a la obligación legal que le asiste conforme a lo reglado en los artículos 83 y 84 de la ley 1474 de 2011 donde se expresa la obligación de las entidades públicas de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor e interventor, según corresponda; que para nuestro caso es la supervisión la responsable de mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o **que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente**, por tal motivo no se puede desconocer la obligación legal que le asiste a la supervisión de informar de los posibles incumplimientos y de requerir que el objeto contratado se cumpla conforme a lo pactado.

De acuerdo con lo anterior y al principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, lo sustancial prevalece sobre lo formal, este principio, busca que las formalidades no impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, y siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de alguna formalidad, no debe ser causal para que el derecho sustancial no surta efecto. Para nuestro caso, el derecho sustancial a realizar es el cumplimiento del total del objeto contractual para que se cumplan los fines y cometidos estatales, donde prima el interés general sobre el particular, por esta razón el argumento presentado no está llamado a prosperar como quiera que el objeto del contrato no se cumplió en su totalidad.

Los anteriores presupuestos normativos, son indispensables para la adecuada interpretación del literal b, de la cláusula 4.2.2. titulada "Procedimiento para la aprobación de documentos y de las demás solicitudes", que en su tenor literal señala:

*"Dentro de los diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente al recibo del Informe, CORMAGDALENA previo el análisis y el estudio correspondiente, presentará por escrito al Interventor las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes para efecto de aprobar los documentos presentados. Vencido éste término sin que haya un pronunciamiento escrito por parte de CORMAGDALENA, se entenderá que el Informe correspondiente fue aprobado en los términos presentados por el interventor."*

Debe tenerse en cuenta que, entender la cláusula citada, en el sentido que una vez transcurrido el término consagrado en ella, la entidad contratante no puede requerir la corrección, aclaración o complementación de los informes del interventor, o que éste, por su parte, estaría exonerado de atender tales pedimentos, no solo cercenaría el objeto contractual y el contenido obligacional del contrato de interventoría, sino que también trasgrediría las normas jurídicas que fueron citadas con anterioridad, y que hacen parte de su plexo obligacional, teniendo en cuenta que, con tal sentido, se limitaría, impediría y obstaculizaría la vigilancia y la ejecución eficiente e idónea del objeto contractual.

Tal posición, implicaría una reducción del alcance del objeto contractual, que por tratarse precisamente de un contrato de interventoría, lo desnaturalizaría, afectando el interés público que pretende salvaguardarse, y por ende, no resulta de recibo.

Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado, respecto al criterio de interpretación sistemática del contrato que aplica dentro del presente asunto, ha señalado:

*“De igual modo, no podrá perderse de vista en el presente caso el criterio de interpretación sistemática del contrato o canon hermenéutico de la totalidad que parte de reconocer que la intención o el espíritu del contrato resulta indivisible, razón por la cual no debe atribuirse sentido a una de sus cláusulas de forma inconexa respecto de las demás, sino vinculándola con el todo orgánico en el cual se integra, luego a voces de lo preceptuado por el inciso primero del artículo 1622 C.C., “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.<sup>8</sup>*

Por otra parte, aun aplicando literalmente el contenido de la cláusula, en el sentido que “se entenderá que el Informe correspondiente fue aprobado en los términos presentados”, no impide que, de manera posterior, se acredite que la información contenida en el informe no era exacta, completa o suficiente, y por ende deba ser objeto de ajustes, en aras de cumplir con la calidad con que debe ser ejecutado el objeto contractual de interventoría.

En gracia de reflexión e ilustración, es importante recordar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y aún en la órbita contractual, se puede permitir determinado tipo de presunciones, sin que ello implique, que no pueda admitirse prueba en contrario que las deslegitime.

De tal manera que, la supuesta aprobación de los informes, puede ser desvirtuada de manera posterior, en consideración a la revisión periódica que debe realizar la entidad pública, con el fin de verificar que se cumpla con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, que a su vez, se acompaña del deber de promover las acciones de responsabilidad contra éstos o sus garantes, cuando dichas condiciones no se cumplan, tal como lo dispuesto el numeral 4 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, ya citado.

Así las cosas, el actuar de CORMAGDALENA se circunscribe al cumplimiento de las normas mencionadas, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado, dentro del presente proceso sancionatorio contractual, en los términos que han sido expuestos, que el contratista no cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales en los requerimientos que le fueron formulados por la entidad, y en ese sentido, se encuentra desvirtuada la suficiencia de los informes remitidos por el interventor, y con ello, no se soporta además, la aprobación que se entendía de las mismas.

De igual forma, lo señalado por el apoderado en el nuevo proceso de selección de interventoría de Cormagdalena respecto a que se extendió el plazo de revisión de la Entidad de 10 días a 15 días, conforme a todo lo anteriormente señalado, no es relevante como

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 9 de mayo de 2012, Radicado 22714. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

quiera que se trata de un proceso de selección diferente que no aplica para el presente caso.

### **6.3.3 OTROS ARGUMENTOS DEL CONTRATISTA**

Encontramos otros argumentos presentados por el apoderado del contratista, los cuales se relacionan, así:

#### **6.3.3.1. HECHOS REPETIDOS**

Señala que se repitió en la citación los hechos de incumplimiento tres del punto incumplimiento cinco y el cargo seis respecto de no presentación en debida forma del informe de presunto incumplimiento de no pago de la contraprestación de la Sociedad Michellmar, al igual que el incumplimiento dos e incumplimiento cuatro de no presentación del informe de incumplimiento de la Sociedad Portuaria Mallorquín, sin embargo, estos incumplimientos se encuentran superados por lo cual no se realiza mayor análisis al respecto.

#### **6.3.3.2. IRREGULARIDADES DE LAS NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS.**

Manifestó que en la citación se relacionó normas que no son las presuntamente violadas como lo son, la cláusula penal y la cláusula de la garantía única de cumplimiento, responden a normas de procedimiento, lo cual tiene razón son normas de procedimiento y no presuntamente violadas, respecto a este argumento, ello no inválida la actuación administrativa, como quiera que se relacionaron en su totalidad las normas presuntamente vulneradas.

De igual forma señala que las otras normas son incongruentes con los supuestos de hecho, como lo son la cláusula del objeto y plazo del contrato, respecto de este argumento no se acoge, como quiera que la cláusula penal se encuentra prevista para el cumplimiento total o parcial de las obligaciones lo cual está relacionado con el cumplimiento del objeto y plazo del contrato, conforme lo señalado por la normatividad en la materia, así:

Recordemos que la cláusula penal tiene su fundamento en el artículo 1592 del C.C. donde se disciplina:

*“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

En atención a esta definición, algunos tratadistas colombianos la definen como una cláusula de apremio para inducir al deudor al cumplimiento de la obligación principal, de lo cual se evidencia su connotación sancionatoria, siendo así en un principio para el derecho privado, en la cual la pena se podía exigir junto con la indemnización de perjuicios e incluso en el cumplimiento de la obligación principal.

Posteriormente en el artículo 1600 del C.C., se establece:

*“[...] PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.”*

De dicha normatividad se reafirma que la cláusula penal tiene dos connotaciones, una sancionatoria (la pena) y otra indemnizatoria, que de conformidad con la autonomía de la voluntad las partes pueden pactarse las dos, siendo acumulables en el acuerdo de voluntades.

Una vez pactada la cláusula penal, sino se determina la connotación que va a tener en el contrato estatal, la doctrina especializada<sup>9</sup> ha conceptualizado que será entendida como estimación anticipada de perjuicios, es decir indemnizatoria.

A su vez el artículo 1594 del C.C.C, establece:

*“[...] TRATAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA PENA POR MORA. Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”*

Normatividad donde se evidencia la posibilidad de pedir la pena junto al cumplimiento de la obligación principal, pero condicionado a que se debe pactar la cláusula penal en la función sancionatoria- la pena por el simple retardo-, así como el pacto expreso que por el pago de la pena no se extingue la obligación principal.

Del mismo el artículo 1613 del C.C, disciplina:

*“INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

*Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”*

De lo cual se evidencia que la cláusula penal opera tanto para el incumplimiento total como para el incumplimiento parcial, dado que se puede pactar para incumplimientos imperfectos o por haberse retardado el cumplimiento (extemporáneo, tardío).

De acuerdo con ello, la cláusula penal, ha sido entendida por el Consejo de Estado en auto que condensa pronunciamientos tanto de esa Corporación como de la Corte Suprema de Justicia y de la doctrina, así:

---

<sup>9</sup> REYES, Laura. Ley de contratación administrativa. Reforma a la contratación estatal, Universidad del Rosario Facultad de Jurisprudencia. 2007

*[...] El artículo 1592 de la citada legislación define a la cláusula penal como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”, a voces de la H. Corte Suprema de Justicia, ésta figura del derecho privado es “simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma...”<sup>10</sup>*

*Adicionalmente, esa Corporación ha señalado de manera reiterada que, **si existe pacto inequívoco al respecto**, la cláusula penal puede cumplir una función diferente a la de tasar anticipadamente los perjuicios que puedan surgir con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contractuales. En efecto, en sentencia del 18 de diciembre de 2009 con ponencia del Doctor Pedro Octavio Munar Cadena, expresó lo siguiente:*

*(...)*

*Ahora bien, el artículo 1600 del Código Civil<sup>11</sup> señala que no es posible solicitar a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, **prohibición de carácter supletivo a la voluntad de las partes** que encuentra su razón de ser en los casos en los cuales la cláusula penal deba ser entendida con un carácter compensatorio, en cuyos eventos servirá como tasación anticipada de la indemnización, sin embargo, como lo autoriza la norma en cita, las partes pueden pactar lo contrario, esto es, que puedan reclamarse conjuntamente tanto la pena como la indemnización de perjuicios.*

*Entonces, si media pacto expreso al respecto, el acreedor puede cobrar tanto la indemnización de perjuicios como la sanción pecuniaria pactada entre las partes por el incumplimiento del contrato, porque cada una de ellas obedece a causas jurídicas diferentes.*

*Ahora bien, las partes, en ejercicio de su autonomía<sup>12</sup> bien podrían acordar no limitar el monto de los perjuicios a los que se pacten de manera anticipada y, por el contrario, para efectos de que el lesionado resulte ileso, estipular que si los daños realmente sufridos por él son mayores a los previamente estimados en la cláusula penal, éste quede facultado para cobrar los perjuicios que no hubieren quedado cubiertos por ella, sin embargo, debe advertirse que en este último caso corre a*

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 39702. En cuanto a la naturaleza de la cláusula penal. Auto de 16 de Agosto de 2012. M.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>11</sup> “ARTICULO 1600. <PENA E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS>. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

<sup>12</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 40. “Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades des esta ley y a los de la buena administración.

(...)”

cargo del lesionado la obligación de probar la causación y el monto de tales perjuicios.

(...)

No obstante, reitera la Sala que, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, la función que adopte la cláusula penal en cada caso dependerá de la voluntad que expresen las partes del contrato y, en caso de que ésta no sea explícita o no sea clara, deberá ser entendida como de carácter compensatorio. [...]”<sup>13</sup>

Aunado a lo anterior esa misma Corporación, agregó:

“[...] No obstante, tratándose de obligaciones indivisibles, según se acaba de indicar, es ilógico que el contratista solicite la disminución de la cláusula penal impuesta, pues la naturaleza misma de las obligaciones lo impide, salvo aceptación de la entidad estatal de la parte ejecutada.

En este sentido, los aspectos que debe analizar el juez frente a la solicitud de disminución del monto de la cláusula penal pecuniaria, considerando que dicho análisis se realiza conforme a los postulados del principio de proporcionalidad y al criterio auxiliar de la equidad, son: i) El porcentaje de obra efectivamente ejecutado por el contratista, y ii) si la entidad pública contratante recibió esta parte del objeto contractual. [...]”<sup>14</sup>

Como se observa, el Consejo de Estado señala que tratándose de obligaciones indivisibles, se debe pagar íntegramente dicha cláusula, salvo que la administración acepte la parte ejecutada, por lo cual una de las cláusulas presuntamente violadas en un procedimiento administrativo definitivo para afectar cláusula penal, será el objeto del contrato y su plazo como quiera que está facultad sancionatoria solo podrá hacerse uso después de vencido el término de ejecución del contrato y hasta el vencimiento de la liquidación del contrato, en el cual se evalúa si se cumplió de manera total, parcial, tardía o extemporánea el objeto del contrato y en qué porcentaje, toda vez que ha finalizado el plazo de ejecución del mismo.

Respecto de la gestión de seguros, para el despacho no es de recibo el argumento, como quiera que son las cláusulas del contrato presuntamente violadas las que se deben relacionar en la citación.

### **6.3.3.3. IRREGULARIDADES RESPECTO A LAS CONSECUENCIAS DE LAS CONDUCTAS REPROCHABLES**

Frente a este argumento el apoderado del contratista señala que la Entidad no le está permitido señalar todas las consecuencias frente a las cuales se ve abocado el Contratista

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 39702. En cuanto a la naturaleza de la cláusula penal. Auto de 16 de Agosto de 2012. M.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009). Sentencia de 13 de Noviembre de 2008. M.P. Enrique Gil Botero.

en un procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento comparándolo al proceso penal, al igual que debe probarse sumariamente los perjuicios.

Respecto al primer argumento, este despacho no encuentra ninguna irregularidad respecto a enlistar todas las posibles consecuencias que pueden surgir dentro de la presente actuación como quiera que en el literal a del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 señala:

*“ARTÍCULO 86. 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:*

*a) 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. (...)” (negrilla fuera de texto).*

De acuerdo con ello la Entidad en el oficio citatorio, se relacionó conforme a la ley las consecuencias que podrían derivarse, así:

*“(...)*

- 1. La declaratoria de Incumplimiento definitivo del contrato No. 0-180 de 2018, dando lugar a la afectación de la cláusula penal.*
- 2. Ejecutar la Cláusula Penal como consecuencia del incumplimiento definitivo del Contrato de Interventoría No. 0-0180 de 2018 por la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE (\$95.495.120.), equivalente al 20% del valor total del contrato, conforme al informe de supervisión así:*

*“Atendiendo a la naturaleza jurídica del presunto incumplimiento que se pretende declarar a través del respectivo trámite administrativo sancionatorio, la sanción que procede para el mismo corresponde a la afectación de la Cláusula Penal Pecuniaria contenida en la Cláusula 6.6. del Contrato de Interventoría No. 0-0180-2018, cuyo valor asciende al veinte por ciento (20%) del valor del contrato.*

*- Tasación:*

*Valor total del contrato: CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE (\$477.475.600).*

*Cláusula penal: \$477.475.600 x 20 / 100%: \$95.495.120*

En este sentido, el valor de la Cláusula Penal es la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE (\$95.495.120).”

3. *Afectar el amparo de cumplimiento de la póliza de cumplimiento No. GU077099, expedida por Seguros CONFIANZA S.A., de conformidad con la suma del numeral anterior.*
4. *Adicional al cobro de la cláusula penal, Cormagdalena se reservó el derecho de exigir judicialmente el pago de los perjuicios que le sean generados por el incumplimiento del contrato y excedan el valor de la Cláusula Penal*
5. *De igual manera, como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento y ejecución de la cláusula penal, es menester dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 2.2.1.1.1.5.7. del Decreto 1082 de 2015 que señala: “(...) Información de multas, sanciones, inhabilidades y actividad contractual. Las Entidades Estatales deben enviar mensualmente a las cámaras de comercio de su domicilio copia de los actos administrativos en firme (...)”, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 80 de 1993. Modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012, que indica: “(...) De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias. La parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación (...).”*

Por lo cual no se evidencia que se haya transgredido la norma, al contrario, se observa que al relacionar las posibles consecuencias se está garantizando el debido proceso para que el contratista realice el ejercicio efectivo del derecho de defensa y contradicción.

Respecto al argumento que el perjuicio debe probarse relacionaremos lo que la jurisprudencia y la doctrina especializada ha señalado al respecto.

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal “(...) es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

El Consejo de Estado ha expresado:

*“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. **Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.**”<sup>15</sup> (negrilla fuera de texto).*

<sup>15</sup> Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2005. Exp. 15.011.

De lo anterior se destaca entonces, que la Cláusula Penal tiene como primer objetivo sancionar, o como su nombre lo indica, penalizar al contratista incumplido, indistintamente de si se trata de un incumplimiento total o parcial de las obligaciones, puesto que ello deberá ser objeto de un análisis de proporcionalidad. Ahora, también se destaca que la Cláusula Penal otorga a la administración la facultad para cobrar a título de indemnización anticipada los perjuicios generados por aquel incumplimiento, pese a que no se exige para la administración probar el perjuicio, aunque deberá sí, declararse mediante acto administrativo motivado.

Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que la cláusula como estimación anticipada de perjuicios no requieren ser probados, sin embargo, señala que cuando el perjuicio supera el valor de la cláusula, debe probarse y acudirse al juez natural del contrato, en los siguientes términos:

*“(…) La Sala resalta que, pese a que la cláusula penal es una tasación anticipada y definitiva de perjuicios, pueden presentarse dos situaciones: una, que el monto estipulado no cubra todos los perjuicios irrogados por el incumplimiento, es decir, que estos superan la sanción acordada; y otra hipótesis se constituye en el evento de que la entidad imponga al contratista incumplido el monto total de la cláusula, la cual puede ser considerada por el contratista como excesiva, en consideración a la ejecución parcial que haya hecho del objeto del contrato. **En ambos casos -por defecto o por exceso-, las partes deben solicitar al juez que determine el valor definitivo que una parte le debe pagar a la otra. Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta -para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad -este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen. No obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal -es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena. La primera potestad ha sido otorgada al juez por los artículos 1596 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.(…) . No obstante, es importante hacer una precisión final sobre el tema de la imposición de la cláusula penal y su monto. Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio.”<sup>16</sup> (Negrilla fuera de texto)***

Es por las anteriores razones que los argumentos propuestos por el apoderado del Contratista no están llamados a prosperar, como quiera que no se calculó un valor de perjuicios superior al de la cláusula penal.

---

<sup>16</sup>Sección Tercera del Consejo de Estado. Rad: 540012331000199712590 01. Sentencia del 16 de julio de 2015. M.P. Hernán Andrade Rincón.

#### 6.3.3.4. FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

El apoderado del Contratista señala que debe aplicarse el principio de proporcionalidad y que debe señalarse de manera precisa y sucinta cuáles son los perjuicios sufridos.

De acuerdo con lo anterior, traeremos a colación en este punto, que la tasación de la Cláusula Penal atendiendo el principio de proporcionalidad, esta Oficina debe analizar, el nivel de incumplimiento o de inexecución de las obligaciones para determinar el monto de la sanción.

En tal sentido, el Consejo de Estado ha señalado:

*“Resulta que la ley señala que la cláusula misma es un cálculo anticipado de los perjuicios, de manera que si se incumple el contrato se debe pagar su valor, independientemente del monto del perjuicio. No obstante, esto tiene dos excepciones: i) Según el art. 1600 del C. C. no se puede pedir, a la vez, la pena y la indemnización de perjuicios -de hecho, la cláusula penal es una cálculo anticipado de estos-, salvo que así se haya pactado expresamente, en cuyo caso se puede perseguir lo uno y lo otro, y ii) de acuerdo con el artículo 1596 del C. C.: “Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.” De otro lado, si bien la ley establece la posibilidad de que la cláusula penal se reduzca en proporción a la parte ejecutada del contrato, esto no significa que el parámetro sea el monto del daño. En otras palabras, puede ocurrir que un contrato se haya cumplido en un 40%, de manera que podría reducirse la sanción en ese porcentaje, pero en tal supuesto bien podría ocurrir que no existan perjuicios, no obstante lo cual el deudor debe pagar la pena en la proporción indicada, **como quiera que no es la magnitud del daño lo que define la reducción de la pena, sino la parte de la ejecución del contrato que haya realizado el deudor. Finalmente, cabe agregar que si el objeto del contrato es indivisible, de modo que sólo sirve al contratante su ejecución completa, el valor de la cláusula penal se debe pagar íntegramente; salvo que la administración acepte del contratista la parte ejecutada.**”<sup>17</sup> (Negrilla fuera de texto)*

Conforme con lo anterior, tenemos que frente al Contrato de Interventoría No. 180 de 2018, nos encontramos en el escenario de un objeto de contrato divisible, en consecuencia, la Entidad ha aceptado del contratista la parte ejecutada, lo cual fue señalado por la supervisión del Contrato en la comunicación No. 201901001055 del 25 de junio de 2019 donde respondió las solicitudes de aclaración y complementación a la prueba de informe así:

*“Teniendo en cuenta que los informes 4, 5, 6, y 7 no han sido recibidos a satisfacción por esta supervisión, se entiende que persiste el incumplimiento en un **57.14%**”*

En este orden de ideas, le asiste razón al apoderado del Contratista, en el sentido que dentro de la citación no se aplicó el principio de proporcionalidad de la sanción y atendiendo dicho principio y lo señalado por el Consejo de Estado, los hechos que fueron siendo

---

<sup>17</sup> Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009), noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

superados durante el transcurso del trámite del procedimiento administrativo sancionatorio y tratándose de un objeto de contrato divisible, se procede a tasar la cláusula penal teniendo en cuenta el porcentaje indicado por la Supervisión del Contrato así:

Valor total de la cláusula penal (100%) \_\_\_\_\_ **\$95.495.120**

Valor porcentaje de inexecución del contrato (57.14%) \_\_\_\_\_ **\$ 54,565,911.57**

En este orden de ideas, el valor a afectar de la cláusula penal es de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS (**\$54.565.911,57**).

#### **6.3.3.5. DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**

El apoderado del contratista en este argumentó señaló que, Cormagdalena incumplió la obligación del literal b) de la cláusula 2.2. del Contrato No. 180 de 2018, aduciendo que la Entidad no aseguró la entrega de información para resolver cada una de las consultas previas, estableciendo una carga obligacional, en contar con el tiempo de archivo, en tanto no había una persona que atendiera de manera permanente e ir al archivo a obtener copias de toda la documentación, lo que demoraba la respuesta oportuna a los requerimientos y por ello se configuró la excepción de contrato no cumplido.

La aplicación de este principio en la contratación estatal fue acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado luego de un proceso de análisis cuidadoso, y la misma determinó su procedencia condicionándola al cumplimiento de los siguientes requisitos particulares, a saber:

- (i) Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas;
- (ii) Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes;
- (iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, determinante y de gran significación; lo que debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista; y
- (iv) Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo.

De acuerdo, con lo encontrado en el expediente contractual tenemos que el contratista en virtud de la autonomía e independencia para la ejecución del contrato disponía, de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, pues según las estipulaciones acordadas, dentro del alcance del objeto del Contrato No. 180 de 2018 las partes acordaron:

*“Las OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR serán entre otras las siguientes: las previstas en los Contratos de Concesión, en sus Apéndices, Anexos y modificaciones, y las demás que CORMAGDALENA en sus Pliegos y el Contrato de Interventoría se estipulen, las cuales podrán ser consultadas en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA”*

En atención a lo anterior, estaba dentro de la autonomía e independencia del Contratista determinar la forma en la que daría cumplimiento a la obligación señalada en el alcance del contrato. Las comunicaciones señaladas cruzadas con el contratista de Cormagdalena Iván Chaparro en los descargos, datan de octubre de 2018, por lo cual este despacho no concibe que el Contratista Interventor no disponía de toda la información a esa fecha, cuando el contrato inició en junio de 2018.

Es por esta razón que este despacho no encuentra que se cumplan los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido, dado que el incumplimiento que se le pretende endilgar a la Entidad, por supuestamente no disponer de personal a cargo para entregar los archivos o copias solicitadas no es cierto, como quiera que dentro de la Entidad siempre ha existido una persona encargada del archivo de la Subdirección de Gestión Comercial que atiende de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., al igual que como se mencionó la correspondencia que obra dentro del expediente se encuentra fechada de octubre de 2018, cuando el contrato inició en junio de 2018 y en virtud de la autonomía de ejecución del contrato de interventoría el contratista interventor debía consultar los documentos de los contratos de concesión en la oficina de archivo y correspondencia de CORMAGDALENA como lo estipula el alcance del objeto del contrato No. 180 de 2018.

Por lo que esta Oficina Asesora Jurídica, no observa un incumplimiento de la Corporación, más bien existe por parte de interventor una actuación en contravía del principio general del derecho según el cual, "nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio" -nema auditur propiam turpitudinem-.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en virtud del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, dentro de las facultades y deberes de los interventores, se encuentra:

***“Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.”*** (Cursivas y negrillas nuestras)

De tal manera que, la información pudo gestionarla en la entidad, e incluso con los mismos concesionarios, pero la falta de obtención de esta no puede ser imputada a la entidad contratante, y mucho menos, constituirse en una causal exonerativa para cumplir su propio objeto contractual, cuando la obtención de los Contratos de Concesión, sus Apéndices, Anexos, modificaciones y demás documentos contractuales estaban en el resorte obligacional del interventor y en la manera que autónomamente iba a ejecutar su contrato.

Por estas razones no prospera el argumento de excepción de contrato no cumplido, señalado por el apoderado del contratista.

#### 6.3.3.6. DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Frente a este argumento el apoderado del Contratista señaló que en el presente procedimiento administrativo existe doble carga de la prueba como quiera, que debieron demostrar que han cumplido y a su vez buscar tanto lo favorable como desfavorable para averiguar la verdad verdadera; asimismo señala sobre los tres medios probatorios decretados y practicados en la presente actuación administrativo (prueba por informe, testimonio y documentales).

Referente a estos argumentos tenemos que, frente a la carga probatoria en estos procedimientos administrativos sancionatorios, el Consejo de Estado ha señalado que, no obstante es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de *“in dubio pro administrado”*, admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación; es decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa: se presume la culpabilidad, de forma tal que la carga de la prueba se desplaza al presunto infractor y para que éste no sea declarado responsable debe demostrar durante la actuación administrativa que actuó diligentemente o que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero). No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado.<sup>18</sup>

Así las cosas, para esta Oficina es claro que los cuatro hechos de incumplimiento que persisten, los cuales se ventilaron en la prueba por informe, su contradicción y el testimonio de la profesional financiera, se contraen al hecho que para el contratista no es una obligación de una interventoría sino de un contrato de auditoría porque en su sentir no pueden certificar inversión acumulada diferente al período de ejecución de su contrato.

De acuerdo con lo anterior, para esta Oficina la valoración de las pruebas en este tema, no solo se tuvo en cuenta lo señalado en la prueba por informe y el testimonio, sino que se revisó el clausulado del Contrato No. 180 de 2018, como se encuentra expuesto y ya analizado en el acápite **6.3.1. SE TRATA DE UN CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y NO DE AUDITORÍA**. Es así como el despacho procedió a revisar la obligación que se encuentra en la viñeta 6 del literal d) Obligaciones Financieras y Contables de la Interventoría de la cláusula número 1.1.2.1. Obligaciones concesiones portuarias con el plan de inversión vigente, a saber:

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012).

*“(...) Certificar las inversiones realizadas por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, de conformidad con la **información financiera** suministrada por los concesionarios. (...)”(negrilla fuera de texto).*

De igual forma en la viñeta 14 del mismo literal y cláusula se señala:

*“(...) Revisar y diligenciar los Formatos que CORMAGDALENA implemente referentes a la Inversión de Capital Privada en Bienes de Uso Públicos y Reporte detallado de Inversión de Capital Privado en bienes de Uso Público por el Concesionario. (...)”*

Por lo cual, para este despacho quedó claro que el contratista interventor tenía la obligación de revisar la inversión realizada por los concesionarios en desarrollo de los respectivos contratos de concesión portuaria, no solamente en desarrollo del respectivo contrato de interventoría, con ello se quiere resaltar que no le asiste la razón al apoderado del contratista, como quiera que la cláusula hace relación al desarrollo o ejecución del contrato de concesión y no de lapso o término de ejecución del contrato de interventoría.

De otra parte, respecto al argumento que la prueba por informe que se debatió se parece más a un dictamen pericial *“en cuanto se observa que la supervisión confunde la prueba de informe con un dictamen pericial emitiendo juicios de valor personales y desnaturalizando ese medio de prueba”*, para este despacho no tiene vocación de prosperar, como quiera que para esta oficina fue determinante el contrato con el cual se prueba que la obligación existe para el contratista.

De igual forma frente al testimonio rendido por la profesional financiera, la citada prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato. Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión. (artículo 225 C.G.P.), para nuestro caso la obligación existe en el Contrato por lo cual el testimonio no puede suplir la prueba conforme a lo señalado y con el contrato se probó que existen las obligaciones de carácter financiero y técnico por parte del contratista y ya analizadas en el acápite 6.3.1. **SE TRATA DE UN CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y NO DE AUDITORÍA.**

Finalizadas las explicaciones del Contratista, abordaremos las manifestaciones adicionales expuestas por la Compañía Garante, quien coadyuvó lo señalado por la defensa del CONSORCIO INTERPUERTOS 02, agregando dos argumentos adicionales, así:

#### **6.4 ARGUMENTOS DE LA COMPAÑÍA GARANTE**

La compañía garante coadyuvó los argumentos presentados por el apoderado del Contratista, sin embargo adicionó un argumentó en sus descargos denominado culpa exclusiva de la víctima, *“Entonces si encontramos como compañía aseguradora que existe*

*un eximente de responsabilidad en este caso culpa exclusiva de la víctima el asegurado, entendiéndose esta de la siguiente manera la legislación colombiana frente a la culpa exclusiva de la víctima en este caso el asegurado lo señaló en el artículo 2357 del C.C. lo siguiente: "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*

*Así pues, quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión con culpa o sin ella a la producción del daño sufrido debe asumir las consecuencias en su actuar."*

Para este despacho dicho argumento no está llamado a prosperar como quiera que es claro que las obligaciones incumplidas se encuentran estipuladas en el contrato como ya se probó con antelación, así mismo no existe un incumplimiento por parte de la Entidad en la forma en que de manera autónoma e independiente el contratista interventor debía ejecutar sus obligaciones para acceder al archivo de la Entidad.

Con esto reiteramos que se trata de un contrato de interventoría y no de consultoría, que acceder al archivo de la Entidad para obtener toda la información de los contratos de concesión era posible porque existe una persona encargada de este archivo y disponible en el horario fijado por la Entidad, por lo cual no se prueba que haya un incumplimiento por parte de la Entidad y era el contratista quien se encontraba en la autonomía para cumplir su contrato referente a esta obligación.

Al contrario, no se puede premiar al Contratista cuando su actuación va en contravía del principio general del derecho según el cual, *"nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio"* -nema auditur propiam turpitudinem-.

#### **6.4. CONSIDERACIONES FINALES**

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que en el presente caso existe mérito suficiente para declarar el incumplimiento definitivo de las obligaciones para afectar Cláusula Penal del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y el **CONSORCIO INTER-PUERTOS 02** en relación con cuatro incumplimientos por superar, los cuales versan sobre validación de las inversiones acumuladas por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., igualmente la validación de inversión acumulada de los contratos No. 26 y No. 27 de 2004 suscrito con la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo-Venezolana S.A., de igual forma está pendiente la validación de inversión acumulada dentro del Contrato de Concesión suscrito con la Sociedad Portuaria Vopak S.A., asimismo persiste el incumplimiento frente a la validación de la inversión acumulada dentro del Contrato de Concesión suscrito con la Sociedad Portuaria del Caribe S.A, en los términos del oficio de citación No. CE-OAJ-201903000792 del 27 de marzo de 2019 y No. CE-OAJ-201903000813 del 28 de marzo de 2019 a la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA".

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervinientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se **DECLARA EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO DEL CONTRATO No. 0-0180 de 2018 PARA AFECTAR LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA**, iniciado al **CONSORCIO INTER-PUERTOS 02** y a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA"**, por las razones expuestas con anterioridad, **IMPONER A TÍTULO DE PENA**

LA SUMA DE CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS (\$54.565.911,57) conforme a la Cláusula 6.6. del contrato No. 0-0180 de 2018, SINIESTRAR LA PÓLIZA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO No. **GU077099** y sus anexos modificatorios expedidos por la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA" en su amparo de cumplimiento, la cual se encuentra debidamente aprobada.

En mérito de lo expuesto,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** el incumplimiento definitivo del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018, celebrado entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y el **CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 integrado por: CELQO S.A.S identificado con NIT. 900.090.780-6 (49%) y ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S identificada con NIT. 900.883.757-1 (51%)** cuyo objeto fue *"EL objeto del presente Contrato es REALIZAR LA INTERVENTORÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA, FINANCIERA, CONTABLE Y JURÍDICA para los siguientes contratos de Concesión Portuaria-Grupo 1: 1) No. 003-1993, 2) No. 019-1997, 3) No. 023-1998, 4) 027-2004, 5) No. 026-2004, 5) No. 026-2004, 6) No. 029-2004, 7) No. 31-2008, 8) No.36-2007, 9) No. 39-2009, 10) No. 30-2006, 11) No. 3-0035-2007, 12) No. 3-0037-2008, 13) No. 40-2009, 14) No. 41-2010, 15) No. 43-2010, 16) No. 47-2011, 17) No. 9-2010, 18) No. 38-2008, 19) No. 032-2006, 20) No. 44-2010. (los "Contratos de Concesión)"*, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO: HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA** e imponer a título de pena la suma de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS (\$54.565.911,57) por el incumplimiento definitivo del contrato de interventoría No. 0-0180 de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR EL SINIESTRO DE LA PÓLIZA** única de cumplimiento No. **GU077099** y sus anexos modificatorios expedidos por la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA"**, por la suma de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS ONCE PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS (\$54.565.911,57)**.

**ARTICULO CUARTO: El CONSORCIO INTER-PUERTOS 02 integrado por: CELQO S.A.S identificado con NIT. 900.090.780-6 (49%) y ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S identificada con NIT. 900.883.757-1 (51%),** deberá pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Tesorería de CORMAGDALENA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, CORMAGDALENA descontará dicho valor de los saldos pendientes que le adeude al contratista, o exigirá su pago a la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA"** en virtud del amparo de Cumplimiento General del Contrato de la Póliza Única de Cumplimiento No. **GU077099** y sus anexos modificatorios.



**ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR** la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado del **CONSORCIO INTER-PUERTOS 02**, y al representante legal y/o apoderado de la **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. "CONFIANZA"**, o a quienes hagan sus veces.

**ARTICULO SEXTO:** La parte resolutive del presente acto administrativo, una vez se encuentre en firme, deberá ser comunicada a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (**SECOP**), y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012.

**ARTÍCULO SÉPTIMO: REMITIR** copia ejecutoriada de la presente resolución a la Subdirección de Gestión Comercial, a la Secretaría General y al área encargada de adelantar los procedimientos de Jurisdicción Coactiva de CORMAGDALENA, para el cobro y trámites a que haya lugar.

**ARTÍCULO OCTAVO:** Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción.

#### **NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, a los **19 FEB. 2020**

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

Revisó: -OMAA S.A.S.  
Elaboró: Sonia Yadira Guerrero Silva- Asesora OAJ