

**Resolución No. 000049**

***“Por la cual se declara el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 6 de 2009 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN”.***

**LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA DE LA CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA**

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

**CONSIDERANDO**

**I. COMPETENCIA**

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

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

Que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de febrero de 2018, sobre la la naturaleza y alcance de la multa, ha señalado: *“la multa como herramienta conminatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena”.*<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón.

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales...”.

## II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

1. La Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. – HOY SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, (el “Concesionario”), radicó solicitud de concesión en abril de 2006, para construir, administrar, operar y explotar un terminal portuario de pasajeros, por un término de veinte (20) años, de conformidad con el Acuerdo 000112 del 22 de agosto de 2005 expedido por CORMAGDALENA.
2. Mediante Resolución No. 000155 del 7 de mayo de 2009, expedida por CORMAGDALENA, se aprueba la solicitud de concesión portuaria presentada por el Concesionario.
3. Mediante Resolución No. 000238 del 24 de julio de 2009 expedida por CORMAGDALENA, se otorgó formalmente una Concesión Portuaria sobre la zona de uso público determinada en la Cláusula Segunda de dicha resolución al Concesionario.
4. El 05 de agosto de 2009, se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, entre CORMAGDALENA y el Concesionario, cuyo objeto corresponde al “...uso y goce en forma temporal y exclusiva de un bien de uso público localizado en el cauce del río Magdalena y el área adyacente junto con sus construcciones, de propiedad de Cormagdalena, en la jurisdicción del Municipio de Magangué – Bolívar. 1.2. El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación y los bienes fiscales de propiedad de CORMAGDALENA por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Séptima de este contrato”.
5. El 5 de agosto de 2009, se suscribió entre CORMAGDALENA y el Concesionario el Acta de Entrega de bienes de uso público.
6. Mediante oficio CE-SGC- 202003002734 del 18 de noviembre de 2020, CORMAGDALENA requirió a la Interventoría del contrato para “...analizar si es procedente iniciar proceso administrativo sancionatorio a la Sociedad Portuaria por el no pago de la contraprestación, no pago de los servicios públicos y no pago de los salarios teniendo en cuenta lo indicado por la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect...”

## III. HECHOS SUSCEPTIBLES DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES Y MULTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 06 de 2009 Y PRUEBAS

Mediante el oficio CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de las comunicaciones interna No. 202001002644 del **16 de diciembre de 2020**, y alcance a través del oficio con número de



radicado CII-257-RL de **fecha 24 de febrero de 2021**, y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena, a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000334 del **25 de febrero de 2021**, se solicitó por parte de la Interventoría del Contrato (INGEPROYECT LTDA), la apertura de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en contra de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato de Concesión Portuaria No. 06-2009. Dichos oficios, fueron complementados por la doctora Claudia Morales Esparragoza, Subdirectora de Gestión Comercial, en calidad de supervisora del contrato de concesión portuaria No. 06 de 2009, mediante comunicación CI-SGC-202101000550 del **29 de marzo de 2021**.

### 3.1. Hechos que generan el presunto incumplimiento:

#### 3.1.1. No pago de las contraprestaciones anuales.

- a) En *el Contrato de Concesión* se fijó en la Cláusula Séptima, el valor de la contraprestación, en los siguientes términos:

personas. **CLÁUSULA SEPTIMA: CONTRAPRESTACIÓN.** Que realizados los correspondientes ejercicios se determinó el valor de la contraprestación, primero por el uso y goce de la zona de uso público otorgada en concesión por un periodo de veinte (20) años, La Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A, pagará a favor de Cormagdalena veinte (20) cuotas de la siguiente manera: Por el **Primer** año la suma de **VEINTE MILLONES SEICIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS UN PESOS (\$20.683.201)**; por el **Segundo** año **VEINTIUN MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS PESOS (\$21.975.900)**; por el **Tercer** año **VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS UN PESOS (\$23.268.601)**; por el **Cuarto** año **VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS UN PESOS (\$24.561.301)**; y por el **Quinto** año **VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL UN PESOS (\$25.854.001)**. A partir del sexto (06) año hasta el año veinte (20) de la concesión pagara el mismo valor que se cancelara por el Quinto año, es decir la suma de **VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL UN PESOS (\$25.854.001)**. Todas pagaderas por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la firma de este, y las siguientes dentro de los cinco (05) días posteriores al vencimiento de la anterior anualidad. En la Cuenta No. 08417416- 8 del BBVA. **PARÁGRAFO PRIMERO.** Los valores de los pagos correspondientes al cobro de la contraprestación por bienes de uso público, serán revisados periódicamente con base en la misma metodología con que fueron calculados, y se reajustarán conforme al mejor desempeño de las variables con las cuales se desarrolló su cálculo, con el fin de ajustar su monto. En ningún caso el valor anual puede ser inferior a los valores hallados en el paso 3 del Artículo 39 del Acuerdo 135 de 2008; por lo tanto en el evento que existan movimientos de carga superiores a los proyectados se deberá efectuar a CORMAGDALENA el pago del excedente resultante.

## 2. Contraprestación por infraestructura.

Por la infraestructura otorgada cancelara a valor presente la suma de, **DOSCIENTOS CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$204.674.232)** o veinte (20) cuotas de **DIEZ Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS (\$19.246.900)**. Todas pagaderas por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la firma de este contrato, y las siguientes dentro de los cinco (05) días posteriores al vencimiento de la anterior anualidad. Las cuales se actualizarán de acuerdo al IPC de cada año **PARÁGRAFO COMUN** : El solo retardo en el pago de la contraprestación generará intereses por mora, los cuales deberá pagar La Sociedad conforme a la establecida en el Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993 y las normas que lo adicionen o modifiquen. La Sociedad deberá renunciar a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora. **CLAUSULA OCTAVA. VALOR PRESENTE TOTAL DE LA**

- b) Respecto a la anualidad 12 correspondiente al año 2020, CORMAGDALENA expidió Cuenta de Cobro No. 076, por la cual establece como fecha límite de pago el día 12 de agosto de 2020.
- c) A través de oficio del 5 de junio de 2020, el Concesionario requirió a CORMAGDALENA, de la siguiente manera:

*“Autorice el descuento del 100% de la contraprestación que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUE debe cancelar para el presente año.*

*(...)*

*Disminuyan o excluyan de la contraprestación, con el retroactivo correspondiente en su debida proporción el área 551 m2 la cual en ningún momento ha sido usufrutuada por nuestra sociedad como corresponde”.*

- d) Mediante oficio CE-SGC 202003001418 del 2 de julio de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA dio respuesta al requerimiento realizado por el Concesionario, en los siguientes términos:
- a. Respecto al numeral I, la Subdirección de Gestión Comercial no consideró procedente la solicitud realizada por el Concesionario, toda vez que del Decreto 482 de 2020 expedido por el Ministerio de Transporte, “...se colige que las medidas tomadas por el Ministerio de Transporte fueron encaminadas al sector Transporte Terrestre mas no al transporte fluvial, ya que este último no es mencionado dentro de las limitaciones o prohibiciones implementadas por el citado Ministerio, lo que permitiría a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué operar de manera normal ante el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica decretada por el Gobierno Nacional”. Por lo tanto, “las medidas tomadas por el Gobierno Nacional no afectaban las operaciones del contrato de concesión No. 6 de 2009...”<sup>2</sup>.
- b. Referente al numeral IV, la Subdirección de Gestión Comercial de la Corporación informó que dicha solicitud fue atendida en su momento dando respuesta de fondo mediante oficio No. 201903001740 del 12 de junio de

<sup>2</sup> Página 1 del Oficio CE-SGC 202003001418 del 2 de julio de 2020.

2019. Oficio por el cual la Corporación rechazó la solicitud impetrada por el Concesionario, con base en el concepto remitido por INGEOCIM S.A.S. radicado bajo el No. 201902003613 del 8 de julio de 2019, a través del cual se concluyó *“...se considera inviable la solicitud elevada por la Sociedad Portuaria Regional de Magangué, por no encontrarse debidamente acreditada que la eventual existencia de condiciones adversas para el Contrato de Concesión, correspondan a hechos no imputables a la Sociedad Portuaria...”*<sup>3</sup>.

- e) Mediante oficio del 21 de agosto de 2020, el Concesionario solicitó a CORMAGDALENA que, teniendo en cuenta que el terminal Portuario se encuentra cerrado desde el 24 de marzo de 2020 y que no han generado ingresos económicos ni realizado operaciones durante este periodo, le sea extendido el plazo para el pago de la cuenta de cobro de la referencia y llegar a un acuerdo de pago para el primer semestre del año 2021.
- f) Mediante oficio CE-SGC. 202003002189 del 22 de septiembre de 2020, CORMAGDALENA dio respuesta al requerimiento realizado por el Concesionario, indicando los requisitos y documentos que debía remitir para poder suscribir un Acuerdo de Pago.
- g) A través de oficio SPM905 del 29 de septiembre de 2020, el Concesionario informó que: *“varios de estos requisitos no se pueden cumplir por parte de la Sociedad, debido a que no se dispone de ingresos para hacerlo”*.
- h) Mediante oficio radicado en CORMAGDALENA bajo el No.202002005336 del 19 de octubre del 2020, el Concesionario solicitó a la Corporación, lo siguiente: *“Conceder Alivios en el pago de la Contraprestación correspondiente al año 2020”*.
- i) Mediante oficio SPM915 del 10 de noviembre de 2020, en respuesta al requerimiento realizado por la Interventoría a través de oficio CII-048-RL, el Concesionario informó que: *“...la anualidad 12 de la contraprestación a Cormagdalena correspondiente para el año 2020 no ha sido pagada a la fecha. La empresa estuvo cerrada durante más de 7 meses, sin operaciones y sin ingresos, lo cual, no ha permitido realizar el pago correspondiente a la contraprestación. Hemos solicitado un acuerdo de pago a Cormagdalena, sin embargo, las condiciones para la firma del acuerdo están fuera del alcance de sociedad Portuaria...”*.
- j) La Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, con base en el requerimiento realizado por el Concesionario sobre alivios en el pago de la contraprestación del año 2020, solicitó a la interventoría a través de oficio CE-SGC-202003002640 del 12 de noviembre de 2020, lo siguiente: *“revisar y conceptuar respecto de la solicitud allegada por la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. mediante comunicado 202002005336 por medio del cual solicitan la suspensión del pago de la contraprestación”*.

<sup>3</sup> Página 6 del Oficio NO. CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, de Citación Audiencia artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 – Por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 06-2009 suscrito entre la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA.



- k) Teniendo en cuenta que el Concesionario no especificó el tipo de alivio solicitado para el pago de la contraprestación correspondiente al año 2020, la *Interventoría* procedió a solicitar al Concesionario, mediante oficio CII-052-RL del 13 de noviembre de 2020, información respecto del tipo de alivio requerido.
- l) El Concesionario no aportó la información solicitada por la *Interventoría*, mediante oficio CII-052-RL del 13 de noviembre de 2020.
- m) Mediante Oficio CII-077-RL del 27 de noviembre de 2020, radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 202002006468, la *Interventoría* presentó el concepto solicitado, concluyendo sobre el pago de la anualidad No. 12, lo siguiente: *“Sí es posible realizar un acuerdo de pago con Cormagdalena respecto del valor de la cuota No. 12 correspondiente al año 2020. No obstante, para ello, el Concesionario deberá dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 63 de la Resolución No. 311 de 2019 y deberá así mismo regularse lo establecido al reconocimiento y pago del interés de mora de acuerdo con el artículo 69 de dicha Resolución. Es de resaltar que, de acuerdo a lo indicado en el artículo 68 de la Resolución 311 de 2019, ‘En ningún caso procederá la condonación de los intereses’”.*
- n) De acuerdo con la liquidación de la deuda realizada por la *Interventoría* de la anualidad No. 12, correspondiente al año 2020, se encontró lo siguiente:

**Infraestructura**

10/08/2020										
VALOR DE LA ANUALIDAD # 12 ACTUALIZADA	FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIA S EN MO RA	IPC	IPC DIARIO	TASA DE ACTUA LIZACI ÓN	TASA DE INTERESE S DE MORA DIARIA	VALOR INTERES ES DE MORA	VALOR SALDO CUOTA ACTUALIZA DA	VALOR TOTAL
27.572.806	10/08/2020	31/10/2020	82	3,80 %	0,0104%	12%	0,0329%	743.333	27.808.194,85	28.551.527,49
			82							

**Zonas de Uso Público**

10/08/2020							
VALOR DE LA CUOTA #12	FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIAS EN MORA	TASA DE ACTUALIZACIÓN	TASA DE INTERESES MORA DIARIA	VALOR INTERESES DE MORA	VALOR TOTAL A PAGAR
25.854.001	10/08/2020	31/10/2020	82	12%	0,0329%	696.995,53	26.550.996,53
			82				

Como resumen, la cuota de contraprestación 12 correspondiente al año 2020, es por valor de CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO DOS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON DOS CENTAVOS (\$55.102.524.02)

DEUDA CON CORTE A 31 DE OCTUBRE DE 2020	
INFRAESTRUCTURA	28.551.527,49
Z.U.P	26.550.996,53
<b>TOTAL</b>	<b>55.102.524,02</b>

- o) Teniendo en cuenta lo anterior, mediante comunicación CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, dicha *Interventoría* indicó a CORMAGDALENA, que se observó un incumplimiento total del Concesionario respecto de sus obligaciones contractuales establecidas en el *Contrato de Concesión*. Las obligaciones presuntamente incumplidas son: “...A. *Pagar la Contraprestación portuaria...*”.
- p) Mediante oficio CI-OAJ-202101000242 del 11 de febrero de 2021, la jefe de Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA requirió a la Subdirección de Gestión Comercial de la misma entidad, a fin de solicitar complementación del informe de incumplimiento CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, presentado por la *Interventoría*.
- q) A su vez, la Subdirección Comercial de CORMAGDALENA remitió a la *Interventoría* oficio CE-SGC-202103000446 del 16 de febrero de 2021, por el cual remitió las observaciones realizadas por la Oficina Asesora Jurídica.
- r) Mediante oficio con número de radicado CII-257-RL de fecha 24 de febrero de 2021, la *Interventoría* procedió a ajustar el informe de incumplimiento radicado mediante comunicación CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, en donde indicó a esta Corporación con fines de imposición de multa, que el Concesionario presentó un incumplimiento TOTAL respecto del pago de la Contraprestación correspondiente al pago de la anualidad No. 12, e informó que hasta el momento no existía evidencia de que tales incumplimientos impedían la ejecución del proyecto portuario objeto del *Contrato de Concesión*.
- s) Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de actualizar los valores adeudados por el Concesionario referente a la contraprestación de la anualidad 12 correspondiente al año 2020, la *Interventoría* con base en la solicitud realizada por CORMAGDALENA, presentó la siguiente liquidación:

a) Infraestructura:

	10/08/2020									
VALOR DE LA ANUALIDAD # 12 ACTUALIZADA	FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIAS EN MORA	IPC	IPC PROPORCIONAL DIARIO	TASA DE ACTUALIZACIÓN	TASA DE INTERESES DE MORA DIARIA	VALOR INTERESES DE MORA	VALOR SALDO CUOTA ACTUALIZADA	VALOR TOTAL
27.572.806	10/08/2020	31/12/2020	143	3,80%	0,0104%	12%	0,0329%	1.776.746	27.983.301,05	29.825.466,95
	1/01/2021	23/02/2021	53	1,61%	0,0044%				28.048.720,64	
			196							

b) Zona de Uso Público:

	10/08/2020						
VALOR DE LA CUOTA #12	FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIAS EN MORA	TASA DE ACTUALIZACIÓN	TASA DE INTERESES DE MORA DIARIA	VALOR INTERESES DE MORA	VALOR TOTAL A PAGAR
25.854.001	10/08/2020	31/12/2020	143	12%	0,0329%	1.665.989,32	27.519.990,32
	1/01/2021	23/02/2021	53				
			196				



Como resumen, la cuota de contraprestación 12 correspondiente al año 2020, es por valor de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS (\$57.345.457,27).

DEUDA 23 DE FEBRERO DE 2021	CON	CORTE	A
Concepto	Anualidad	Intereses	Total
INFRAESTRUCTURA	28.048.720,64	1.776.746,31	29.825.466,95
Z.U.P	25.854.001,00	1.665.989,32	27.519.990,32
<b>TOTAL</b>	<b>53.902.721,64</b>	<b>3.442.735,63</b>	<b>57.345.457,27</b>

- t) La verificación del presunto incumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación consiste en contrastar el monto y plazo de la obligación dineraria respectiva con el efectivo recibo o no de los recursos. Por lo anterior, el Concesionario, se encuentra presuntamente incumplido por el no pago de la Contraprestación de la anualidad No. 12, a corte 23 de febrero de 2021, por valor de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS (COP\$57.345.457,27).

### 3.1.2. No pago de los servicios públicos.

- a) En *el Contrato de Concesión* se fijó en el numeral 12.16 de la Cláusula Décima Segunda, la obligación en el pago de los servicios públicos, en los siguientes términos:

**CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD**

**CONCESIONARIA:** Además de las disposiciones legales vigentes sobre la materia y las generales pactadas en el presente contrato, la SOCIEDAD CONCESIONARIA, deberá cumplir con las siguientes obligaciones especiales que constituyen la causa del otorgamiento de la concesión: **12.1.** Pagar la contraprestación. **12.2.** en el contrato. **12.16.** Corresponderá a la Sociedad la cancelación oportuna de los servicios públicos tales como energía, gas, acueducto, teléfono, recolección de basuras y demás servicios públicos. Al momento de la reversión, los servicios públicos vinculados a la zona de uso público y área adyacente objeto de la concesión deberán estar a paz y salvo. La demora en cualquiera de los pagos a que se refiere este numeral se considerara como incumplimiento de este contrato

- b) Mediante comunicación CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, la *Interventoría* indicó a esta Corporación, que se observó un incumplimiento parcial del CONCESIONARIO respecto de sus obligaciones contractuales establecidas en el *Contrato de Concesión*. Las obligaciones presuntamente incumplidas son: “...B. Pagar los servicios públicos”.
- c) Mediante oficio SPM905 del 29 de septiembre de 2020, el Concesionario anexó certificado de pago de servicios públicos debidamente firmada por la revisora fiscal de la sociedad. En este, el revisor fiscal indicó que el Concesionario, hasta el mes de agosto de 2020, se encontraba al día en el pago de servicios de acueducto, alcantarillado y servicio de internet. Respecto del servicio de energía informó que, debido a la falta de

flujo de caja por el cierre del terminal, no había cancelado este servicio desde el mes de marzo.

- d) A través de oficio CII-048-RL del 5 de noviembre de 2020, la *Interventoría* requirió al Concesionario el envío de información actualizada, respecto del cumplimiento de dicha obligación.
- e) Mediante oficio SPM915 del 10 de noviembre de 2020, en respuesta al requerimiento realizado por la *Interventoría* a través de oficio CII-048-RL, el Concesionario anexó certificado de pago de servicios públicos del 10 de noviembre de 2020, debidamente firmada por la revisora fiscal de la sociedad, en el cual se indicó que: *“Al 31 de octubre de 2020, se encuentra al día y a paz y salvo en el pago de servicios públicos tales como: acueducto, alcantarillado y servicio de internet”, y que “Se encuentra pendiente por cancelar los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre del presente año, debido a la falta de flujo de caja por el cierre del Terminal Fluvial con ocasión de la pandemia del Covid-19.”*
- f) Teniendo en cuenta lo anterior, el Concesionario se encuentra parcialmente incumplido respecto del cumplimiento de la obligación establecida en el numeral 12.16 de la Cláusula Décima Segunda del *Contrato de Concesión*, toda vez que, como se evidenció, no ha cancelado el servicio de energía desde el mes de marzo de 2020.
- g) De conformidad con lo informado en la Guía para orientación y seguimiento a los alivios económicos a usuarios en medio de la emergencia del Covid 19, <sup>4</sup> los usuarios no residenciales, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 517 de 2020 expedido por el Ministerio de Minas y Energía y las Resoluciones CREG 058, 059 y 064 abril de 2020, pudieran convenir con el prestador del servicio el pago diferido de las facturas de energía de los meses de abril y mayo de 2020, con un periodo de gracia de dos meses el cual era hasta el 31 de julio de 2020.
- h) Pese a lo anterior, el Concesionario no informó a la *Interventoría*, si accedió a dicho beneficio o no, manteniendo su incumplimiento por el no pago del servicio de energía, desde el mes de marzo de 2020.
- i) Mediante oficio con número de radicado CII-257-RL de fecha 24 de febrero de 2021, la *Interventoría* procedió a ajustar el informe de incumplimiento radicado mediante comunicación CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, en donde indicó a CORMAGDALENA con fines de imposición de multa, que el Concesionario presentó un incumplimiento parcial respecto del pago de servicios públicos, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los servicios públicos, adeudando únicamente el pago del servicio de energía, e informa que hasta el momento no existe evidencia de que tales incumplimientos impidan la ejecución del proyecto portuario objeto del *Contrato de Concesión*.

### 3.1.3. No pago de salarios y prestaciones sociales.

<sup>4</sup> <https://www.superservicios.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/superservicios-publica-guia-para-orientacion-y-seguimiento-a-los-alivios>

- a) En el *Contrato de Concesión* se fijó en los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda, la obligación en el pago de los salarios y prestaciones sociales, en los siguientes términos:

**CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD**

**CONCESIONARIA:** Además de las disposiciones legales vigentes sobre la materia y las generales pactadas en el presente contrato, la SOCIEDAD CONCESIONARIA, deberá cumplir con las siguientes obligaciones especiales que constituyen la causa del otorgamiento de la concesión: **12.1.** Pagar la contraprestación. **12.2.** ejercer sus funciones de control y vigilancia. **12.13.** La Sociedad se obligará a seleccionar, remover y pagar los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que legalmente corresponda a los trabajadores vinculados por cuenta suya para la ejecución de la concesión, así como deberá atender todas las obligaciones parafiscales. En ningún caso tales obligaciones corresponderán a la Corporación. En consecuencia la Sociedad deberá responder por toda acción, demanda, reclamo o gastos que se originen en las relaciones laborales. La reversión al terminar el contrato, no conlleva el traspaso a la Nación - Corporación Autónoma regional del Río Grande de La Magdalena- CORMAGDALENA, de carga laboral o sustitución patronal o continuidad de las relaciones laborales de la Sociedad. **12.14.** La Sociedad Portuaria deberá acreditar el pago de los aportes que trata el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificada por la ley 828 de 2003. Dicha relación de pagos se hará semestralmente. **12.15** La Sociedad deberá adelantar las obras necesarias

- b) Mediante oficio SPM905 del 29 de septiembre de 2020, el Concesionario informó a CORMAGDALENA que tiene pendiente por pagar los salarios de los meses de junio a agosto a sus trabajadores, además de vacaciones, primas de servicios y seguridad social del mes de agosto de 2020 y reiteró que lo anterior se debe a la no operación de la empresa.
- c) Mediante comunicación CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, la *Interventoría* indicó a CORMAGDALENA, que observó un incumplimiento parcial de el Concesionario respecto de sus obligaciones contractuales establecidas en el *Contrato de Concesión*. Las obligaciones presuntamente incumplidas son: "... C. Pagar salarios y Prestaciones Sociales."
- d) A través de oficio CII-048-RL del 5 de noviembre de 2020, la *Interventoría* requirió al Concesionario el envío de información actualizada respecto del cumplimiento de dicha obligación.
- e) Mediante oficio SPM915 del 10 de noviembre de 2020, en respuesta al requerimiento realizado por la INTERVENTORÍA a través de oficio CII-048-RL, el Concesionario indicó que "...tiene pendiente por pagar salarios de los meses de julio a octubre a sus trabajadores, además de vacaciones, primas de servicios y seguridad social del mes de agosto, septiembre y octubre de 2020. Toda esta situación es derivada por la no operación de la empresa..."
- f) Por lo anterior, el Concesionario se encuentra incumplido respecto del cumplimiento de la obligación establecida en el numeral 12.13 de la Cláusula Décima Segunda del *Contrato de Concesión*, toda vez que, como se evidenció, no ha cancelado los salarios de sus trabajadores desde el mes de julio de la presente anualidad; así mismo, les adeuda vacaciones, primas de servicio y el pago de la seguridad social desde el mes de agosto de 2020.

- g) Mediante oficio con número de radicado CII-257-RL de fecha 24 de febrero de 2021, la INTERVENTORÍA procedió a ajustar el informe de incumplimiento radicado mediante comunicación CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, en donde indicó a CORMAGDALENA con fines de imposición de multa, que el Concesionario presentó un incumplimiento parcial respecto del pago de salarios, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los salarios de sus trabajadores, e informó que hasta el momento no existió evidencia de que tales incumplimientos impidan la ejecución del proyecto portuario objeto del *Contrato de Concesión*.

### 3.1.4. No renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías contractuales.

- a) La Cláusula Octava del *Contrato de Concesión*, indicó que el Concesionario debía suscribir las garantías contractuales, de la siguiente manera:

mora. **CLAUSULA OCTAVA. VALOR PRESENTE TOTAL DE LA CONTRAPRESTACIÓN Y GARANTIAS: DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$224.228.000)** y el valor presente de la contraprestación por concepto de uso y goce de zona de uso público e infraestructura asciende a un total de **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$348.437.870)**. De acuerdo con las normas reglamentarias para tal efecto a favor de la Nación a través de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena son las siguientes: **8.1** El Solicitante ha constituido a favor de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena la garantía de la construcción de las obras anunciadas según póliza No. 85-44- 101009908 de fecha 13 de enero de 2009, expedida por seguros del Estado con un valor asegurado de **DIEZ Y SIETE MILLONES CIENTO DIEZ Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$17.116.250)**, con una vigencia hasta el 2 de diciembre de 2009. **8.2.** Teniendo en cuenta que el valor de las inversiones a realizar en el puerto son de **DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$224.228.000)** y el valor presente de la contraprestación por concepto de uso y goce de zona de uso público e infraestructura asciende a un total de **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$348.437.870)**,



las garantías se establecerán de la siguiente manera. **8.2.1 Garantía De Cumplimiento De Las Condiciones Generales De La Concesión.** Por medio de la cual se garantiza a la Nación a través de La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena que ocupará y utilizará los terrenos dados en concesión y ejercerá las actividades autorizadas en debida forma y dará cumplimiento a todas sus obligaciones, en especial las relacionadas con el pago de la contraprestación, mantenimiento de las inversiones portuarias y la reversión de acuerdo con la Ley y los Acuerdos de Cormagdalena que reglamentan esta materia, con las resolución de otorgamiento de la concesión y con las reglamentaciones generales expedidas por el Ministerio de Transportes y la Superintendencia de Puertos y Transporte, en cuantía del **DOS PUNTO CINCO (2.5%)** del valor total de las inversiones a realizar en el puerto, es decir la suma de **CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS PESOS (\$5.605 700)**, sin que supere la cantidad equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y seis (6) meses más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y seis (6) meses más. La garantía se expedirá por periodos de un (01) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento, de tal manera que se garantice el término anterior. La garantía se encuentra suscrita y aprobada y es la No. 85-44-101015454. **8.2.2 Garantía De Responsabilidad Civil Extracontractual.** Por medio de ésta, se garantiza a la Nación a través de la Corporación Autónoma

Regional del Río Grande de la Magdalena, el pago de la indemnización, como consecuencia, o con ocasión de daños causados a operadores portuarios, titulares de mercancías bienes y derechos de terceros en que incurra el concesionario. La cuantía del seguro será del **DIEZ POR CIENTO (10%)** del valor total de la contraprestación, o sea la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE (\$34.843.787)**. El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y seis (06) meses más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y seis (06) meses más. Se expedirá por periodos de un (1) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento. La garantía se encuentra suscrita y aprobada y es la No 85-40-101003557 **8.2.3 Garantía Para El Pago De Salarios, Prestaciones Sociales, E Indemnización De Personal.** Por medio de ésta, se asegura a la nación a través de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, que el concesionario pague los salarios, prestaciones sociales, e indemnización de personal a que haya lugar, y en especial con lo establecido en el artículo 50 de la ley 789 de 2002. La cuantía del seguro será del **DIEZ POR CIENTO (10%)** del valor total de la contraprestación, o sea la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE (\$34.843.787)**. El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y tres (3) años más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y tres (3) años más. Se expedirá por periodos de un (1) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento. La garantía se encuentra suscrita y aprobada y es la No. 85-44-101015454.

- b) Por su parte, la cláusula Décima Segunda, del Contrato de Concesión No. 06 de 2009 estableció lo siguiente:

seguridad portuaria. **12.11** Mantener vigentes las pólizas que se constituyan durante la ejecución de la concesión y reponer su monto cada vez que se reajuste, disminuya o agote. **12.12.** Suministrar a la Superintendencia de Puertos y

- c) A través de Resolución No. 087 del 11 de marzo de 2013, “*Por medio de la cual se conceptúa sobre la norma aplicable en materia de garantías concesiones marítimas y portuarias a cargo de CORMAGDALENA*”, la Corporación resolvió lo siguiente:

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.** Las disposiciones previstas en el Decreto 0320 de Febrero 27 de 2013 son las normas aplicables a los contratos de concesión portuaria suscritos a partir de la vigencia del año 2013, a partir de la publicación de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Las garantías que respaldan el cumplimiento de las obligaciones de los contratos de concesión portuaria suscritos en vigencias anteriores al año 2013, deberán ser actualizados conforme a lo previsto en el Decreto 0320 de Febrero 27 de 2013.

**ARTÍCULO TERCERO:** La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

- d) Mediante oficio 2015100185 del 3 de febrero de 2015, la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena requirió al Concesionario ajustar los valores de las pólizas de Cumplimiento y de R.C.E. conforme al Salario Mínimo Mensual Legal Vigente de dicho año, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 320 de 2013.
- e) En respuesta a lo anterior, a través de oficio SPM 269, de fecha 6 de abril de 2015 el Concesionario remitió a CORMAGDALENA con número de registro 2015301076 del 8 de abril de 2015, las pólizas de Cumplimiento No. 85-44- 101055523 y de R.C.E. No. 85-40-101018150 con los ajustes solicitados.
- f) Mediante oficio 2015100582 del 16 de abril de 2015, CORMAGDALENA aprobó las pólizas presentadas por el Concesionario.
- g) Mediante oficio 2016100054 del 21 de enero de 2016, CORMAGDALENA requirió al Concesionario ajustar los valores de las pólizas de Cumplimiento y de R.C.E. conforme al Salario Mínimo Mensual Legal Vigente de dicho año, de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente.
- h) En respuesta a lo anterior, a través de oficio SPM 407, de fecha 9 de febrero de 2016, y radicado CORMAGDALENA 2016300571 del 11 de febrero de 2016, el Concesionario remitió a la Corporación las pólizas de Cumplimiento No. 85-44-101055523 y de R.C.E. 85- 40-101018150 con los ajustes solicitados, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 0320 de 2013.
- i) A través de oficio 2016100276 del 29 de febrero de 2016, CORMAGDALENA requirió al Concesionario realizar los siguientes ajustes a las pólizas presentadas:

**PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES  
N. 85-44-101055523 ANEXO 3 - SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**Se requiere:**

- \*Ampliar el objeto contractual descrito en la caratula de la póliza, acorde con lo detallado en el contrato de concesión 07
- \*Corregir el valor asegurado el correcto es \$68'945.500,00 (100 smmlv de 2016 \$689.455,00) 07

**PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL  
N. 85-40-101018150 ANEXO 2 - SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**Se requiere:**  
 \*Ampliar el objeto contractual descrito en la caratula de la póliza, acorde con lo detallado en el contrato de concesión  
 \*Corregir el valor asegurado el correcto es \$137'891.000,00 (200 smmlv de 2016 \$689.455,00)

- j) Posteriormente, en el expediente contractual se evidenció lista de chequeo de la póliza de Cumplimiento No. 85-44-101055523, expedida por CORMAGDALENA el 11 de abril de 2016 aprobando la póliza presentada por el Concesionario.
- k) Así mismo, se evidenció lista de chequeo de la póliza de R.C.E. No. 85-40- 101018150, expedida por CORMAGDALENA el 11 de abril de 2016 aprobando la póliza presentada por el Concesionario.
- l) Mediante oficio 2016100598 del 13 de abril de 2016, la oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA, aprobó las pólizas Cumplimiento No. 85-44-101055523 y 85- 40-101018150, presentadas por el Concesionario.
- m)En el Informe Mensual No. 4 presentado por la interventoría Ingeocim S.A.S. el 24 de enero de 2019, radicado CORMAGDALENA No. 201902000306, señaló lo siguiente respecto de las pólizas:

“

De acuerdo con seguimiento adelantado por la Corporación, las garantías contractuales presentadas por el concesionario se encuentran vigentes en virtud de lo establecido en el Oficio No. 201803000920 corresponden a las siguientes:

ASEGURADORA	NO. PÓLIZA	AMPARO	VIGENCIA	APROBACIÓN
SEGUROS CONFIANZA S.A.	GU108226	CUMPLIMIENTO	1/03/2019	N. 2015100649 DEL 05-05-2015
SEGUROS CONFIANZA S.A.	GU108226	SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	1/03/2022	N. 2015100649 DEL 05-05-2015
MAPFRE DE COLOMBIA	4205211000141	RCE	1/12/2017	ACTA DE APROBACION FECHADA EL 29/12/2016

No obstante lo anterior, de conformidad con lo establecido en el informe de la Corporación, el Concesionario no ha dado cumplimiento a su obligación de actualización de las garantías contractuales, razón por la cual se recomienda verificar su cumplimiento previo al impulso del proceso conminatorio correspondiente.

”

- n) Posteriormente la información señalada anteriormente, en relación a la no actualización de las garantías contractuales, fue reiterada en el Informe Mensual No. 5 presentado por la interventoría Ingeocim S.A.S. el 24 de enero de 2019, radicado CORMAGDALENA No. 201902000305.
- o) Mediante oficio CE-SGE-201903000290 del 5 de febrero de 2019, CORMAGDALENA requirió al Concesionario renovar para los próximos CINCO (5) años, las pólizas de Cumplimiento y de R.C.E., toda vez que, según lo indicado, “vencen 31 de marzo de 2019”.
- p) Por oficio SPM799 del 21 de marzo de 2019, y radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902001540 del 26 de marzo de 2019, el Concesionario dio respuesta al oficio de CORMAGDALENA No. CE-SGE-201903000290 del 5 de febrero de 2019, en donde manifiestan la imposibilidad de que el asegurador expida las pólizas, hasta tanto no se



- abra una cuenta fiduciaria, y solicitan un plazo de 30 días para la renovación de dichas pólizas.
- q) A través de oficio CE-SGE-201903001540 del 28 de marzo de 2019, CORMAGDALENA, en respuesta al oficio No. 20190300812 del 28 de marzo de 2019, le otorgó al Concesionario un plazo adicional de 30 días para presentar las nuevas pólizas, esto es, hasta el 29 de abril de 2019.
- r) Por oficio SPM814, radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 201902002080 del 24 de abril de 2019, el Concesionario remitió las pólizas Nos. 2345265-3 correspondiente a Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales, y 623383-1 correspondiente a R.C.E., expedidas por Suramericana de Seguros.
- s) En la Versión 2 del Informe Mensual No. 5, presentado por la interventoría Ingeocim S.A.S. el 3 de mayo de 2019, radicado CORMAGDALENA No. 201902002348, se informó, respecto de las pólizas contractuales, lo siguiente:

De acuerdo con seguimiento adelantado por la Corporación, las garantías contractuales presentadas por el concesionario se encuentran vigentes en virtud de lo establecido en el Oficio No. 201803000920 corresponden a las siguientes:

ASEGURADORA	NO. PÓLIZA	AMPARO	VIGENCIA	APROBACIÓN
SEGUROS DEL ESTADO S.A.	85-44-101055523	CUMPLIMIENTO	1/04/2019	N. 201703001327 DEL 8-05-2018
SEGUROS DEL ESTADO S.A.	85-44-101055523	SALARIOS PRESTACIONES SOCIALES	1/04/2022	N. 201703001327 DEL 8-05-2018
SEGUROS DEL ESTADO S.A.	85-40-101018150	RCE	1/04/2019	N. 201703001327 DEL 8-05-2018

- t) Mediante oficio SPM822, radicado bajo el No. 201902003112 del 12 de junio de 2019, en respuesta al oficio CE.SGE-201903001320 emitido por CORMAGDALENA, el Concesionario remitió a CORMAGDALENA 2 pólizas otorgadas por Seguros Suramericana S.A. de la siguiente manera: i) Póliza No. 0623383 – 1, cuya cobertura corresponde a responsabilidad civil extracontractual (R.C.E.) por valor asegurado de COP\$165.633.200.00 con vigencia desde 01 de abril de 2019 hasta el 01 de abril de 2024 y Acta de Aprobación del 08 de julio de 2019; ii) Póliza No. 2345265 - 3, la cual corresponde a cumplimiento a favor de Entidades Estatales por valor total asegurado de \$98.738.494.00, no se evidencia Acta de aprobación, cuyas coberturas son las siguientes:



Garantía	Fecha inicio cobertura	Fecha finalización cobertura	Valor asegurado
Estabilidad y calidad de obra	Se detalla en vigencia y valor a partir del Acta Final de entrega de obras debidamente firmada por las partes como lo establece el Literal c del Art. 41 del Decreto 474 de 2015		
Calidad de mantenimiento de las construcciones e inmuebles por destinación	Se detalla en vigencia y valor a partir del Acta de Reversión debidamente firmada por las partes como lo establece el Literal b del Art. 41 del Decreto 474 de 2015		
Cumplimiento del contrato	01abr 2019	01 oct 2024	\$ 82. 816.600.00

Pago de Salarios, Prestaciones Sociales e Indemnizaciones laborales	01abr 2019	01 abr 2027	\$ 15.921.894.00
---	------------	-------------	------------------

- u) Por medio de Oficio CE-SGE-201903001803 del 18 de julio del 2019, CORMAGDALENA remitió al Concesionario el Acta de Aprobación del 8 de julio de 2019, por la cual apróla póliza de R.C.E. No. 06230623383 – 1, con vigencia desde el 1 de abril de 2019 hasta el 01 de abril de 2024, por valor de COP\$165.633.200.
- v) Mediante oficio CCM-418-RL del 23 de junio de 2020, la *Interventoría* requirió al Concesionario realizar los siguientes ajustes a las pólizas contractuales:
- “Respecto de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 2345265-3, se evidenció que la misma NO CUMPLE con lo estipulado en el Contrato ni en la normatividad vigente, por las siguientes razones: - El Amparo de Cumplimiento: con vigencia desde el 01 de abril de 2019 hasta 1 de octubre de 2024, debe ajustarse el valor de COP\$82.816.600 a COP\$87.780.200 correspondiente a 100 SMLMV de 2020. - El Amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización de personal con vigencia desde el 01 de abril de 2019 hasta 1 de abril de 2027 debe ajustarse de COP\$15.921.894 a COP\$34.843.787. El Decreto 1079 de 2015 establece que el valor asegurado será como mínimo del 5% del valor total de la Contraprestación, por lo tanto y teniendo en cuenta que en el Contrato No. 6 de 2009, se estableció que será del 10% del valor total de la Contraprestación, por lo tanto, el Concesionario debe proceder a ajustar el valor asegurado conforme a lo pactado Contractualmente.”*
- w) Mediante oficio CE-SGC-201903001803 del 18 de julio de 2020, CORMAGDALENA informó al Concesionario que la póliza de RCE No. 0623383-1 expedida por Suramericana S.A. se encuentra aprobada mediante Acta de aprobación de pólizas del 8 de julio de 2019. Así mismo informó que mediante oficio 202003001090 del 15 de mayo

- de 2020 y un segundo requerimiento (Oficio No. 202003001300 del 12 de junio de 2020), requirió al Concesionario realizar ajustes a la póliza de Cumplimiento.
- x) Mediante oficio del 31 de julio de 2020, el Concesionario informó que, respecto del ajuste a la póliza de cumplimiento requerido, el Concesionario solicitó a la aseguradora SURA el ajuste respectivo sobre la póliza, pero dicha aseguradora ha requerido una serie de información, entre ellas, un estado de cuenta de la contraprestación emitido por CORMAGDALENA. Y señaló además que: *“Este estado de cuenta se solicitó a Cormagdalena mediante correo electrónico el día 7 de julio y nuevamente el día 28 de julio, sin que a la fecha se haya recibido respuesta, lo cual ha demorado el trámite del ajuste de la póliza.”*
- y) Mediante oficio fechado del 25 de agosto de 2020 el Concesionario remitió oficio de la fecha informó a la *Interventoría*, que reiterando lo informado en el oficio del 31 de julio respecto de que *“...no ha sido posible dar cumplimiento a su solicitud, debido a que la entidad encargada de hacer este ajuste, (Sura) nos requirió una serie de documentos, entre ellos un certificado de cumplimiento de las obligaciones por parte de Cormagdalena, el día 7 de julio se envió al correo de Cormagdalena norha.ovalle@cormagdalena.gov.co solicitando este documento, sin tener respuesta alguna, nuevamente se reenvió el correo el día 28 de julio de 2020, y hasta la fecha no se ha recibido respuesta por parte de Cormagdalena, el día de hoy 25 de agosto volvimos a reenviar este correo. Cabe resaltar que sin este documento la entidad Sura, no puede empezar el proceso de ajustes a las pólizas”*.
- z) Mediante oficio SPM905 del 29 de septiembre de 2020, en respuesta al requerimiento realizado por la *Interventoría* a través de oficio CCM-529-RL, el Concesionario informó que CORMAGDALENA no les ha remitido el estado de cuenta solicitado el cual es requisito por parte de la aseguradora para la expedición de las pólizas.
- aa) Que, mediante correo electrónico del 20 de octubre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial remitió estado de cuenta del *Contrato de Concesión* al correo electrónico sprmagangue@hotmail.com.
- bb) Mediante oficio CE-SGC-202103000075, remitido vía correo electrónico el 22 de enero de 2021, la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA requirió al Concesionario ajustar la póliza de cumplimiento No. 2345265-3, de la siguiente manera:

CONCESIONARIO	CONTRATO	GARANTÍA (TIPO)	VIGENCIA “Actualización”	OBSERVACIONES CORMAGDALENA
SP REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. <sup>3</sup>	06 /2009	Póliza de Cumplimiento No. 2345265-3.	2019-2020	- Valor que corresponde a 100 SMMLV del año 2019, sin embargo para el año 2020, debe ajustar el valor a la suma de \$87.780.300.00 pesos.  En razón de lo anterior, la Póliza de Cumplimiento debe ajustarse en el valor asegurado del amparo de cumplimiento, para dar su aprobación.

*Es del interés de la Corporación, agilizar el trámite que permita aprobar la(s) garantía(s) señaladas anteriormente, lo cual no es posible hasta tanto, sean subsanados la totalidad de los requerimientos previamente notificados a la Sociedad Portuaria Regional Magangué S.A., por lo cual se concluye lo siguiente:*



CONTRATO C.P.	POLIZA /DESCRIPCIÓN	RESULTADO
06-2009	POLIZA CUMPLIMIENTO 2345265-3,	NO CUMPLE PARA APROBACIÓN.

cc) Por lo anterior, mediante oficio CII-240-RL del 16 de febrero de 2021, la *Interventoría* requirió al Concesionario, teniendo en cuenta el estado de cuenta remitido por CORMAGDALENA, para que le informará respecto de si presentaron ante CORMAGDALENA la póliza de cumplimiento con los ajustes solicitados por dicha Corporación.

dd) En respuesta al oficio CE-SGC-202103000075 emitido por CORMAGDALENA, el Concesionario, mediante oficio del 21 de febrero de 2021, informó, entre otras, que:

*“1. La póliza de cumplimiento actualmente está en proceso de autorización por la aseguradora SEGUROS SURA en la oficina central que se encuentra en la ciudad de Barranquilla, debido a que tiene un tratamiento especial por 2 causas, la primera es una póliza de responsabilidad civil con el estado y segundo debido a la emisión errónea de la primera póliza de cumplimiento en su momento por la asesora.*

*ubicada en la ciudad de Barranquilla, misma en la que se suscita su autorización y revisión para modificaciones y ajustes el tiempo empleado puede variar entre 1 – 10 hábiles, teniendo en cuenta que puede presentarse otros retrasos debido a múltiples factores externos.*

*(...)*

*5. Envío anexos de solicitudes de ajustes realizadas a la aseguradora para fecha de noviembre del año 2020, pero con el cambio de Gerente en noviembre del año pasado, toca empezar de nuevo el proceso debido a que el pagare que genera la aseguradora para la compra de la póliza después de realizados los ajustes correspondientes debe ser a nombre del actual Gerente y ya no es el Señor Oscar Cardona, para ello la aseguradora hasta el día de hoy 22 febrero del año 2021, le notifico vía telefónica a la Ingeniera Lety Baldovino Acuña quien es la nueva asistente administrativa y contable, que se deben enviar los documentos nuevamente y comenzar el proceso otra vez.”*

ee) Que la subdirectora de Gestión Comercial, mediante oficio CI-SGC-202101000550 del 29 de marzo de 2021, señaló: *“...e) Que a la fecha de elaboración del presente informe la sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. no ha presentado las garantías actualizadas correspondientes a los Amparo de cumplimiento a favor de entidades Estatales y Amparo de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales”.*

#### IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.

**Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN,** allegó la póliza de cumplimiento No. 2345265-3, expedida por Seguros Generales Suramericana S.A. que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-202103001517 del 6 de mayo de 2021 enviada a la compañía garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 2 de junio de 2021 a las 10:00 A.M.

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

### **Audiencia del 2 de junio del 2021**

El día 2 de junio del 2021, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia, y se procedió a reconocer personería al doctor **JORGE MANUEL DELGADO ROCHA**, para actuar en calidad de apoderado principal de la Compañía Aseguradora, y quien a su vez sustituyó poder en la doctora **LUISA FERNANDA CASTAÑEDA SANTANA**, para actuar en calidad de apoderada del Garante. De otra parte, y en relación con el Concesionario, se presentó a la audiencia en señor **ROBERTO SUÁREZ CÁRCAMO**, en calidad de gerente suplente, sin designar apoderado para los efectos de dicha audiencia. Se concedió la palabra al representante legal suplente del Concesionario para que presentara los argumentos de defensa, quien expuso:

*“(...) podría establecer los elementos de juicio que tenemos como sociedad portuaria, para para justificar el está incumplimiento, el incumplimiento que hasta ahora se establece.*

*Lo primero para anotar en primer término es, que el contrato de concesión se firmó desde el año 2009 ya sabemos que ese es el contrato número 6 y, sólo inicia operaciones en noviembre del 2015 o sea 5 años después. Ese es un tiempo en el cual también debemos anotar que la sociedad portuaria cumplía con sus compromisos aun no estando en operación el contrato y cuando se inicia la operación, que en el año 2015 noviembre de 2015 sólo se inicia con dos empresas de 7 u 8 empresas que estaban debidamente autorizadas en Magangué para utilizar la terminal de transportes multimodal como se conoció desde un principio. Pese eso reiteró la sociedad portuaria cumplió durante ese tiempo una vez empezaron las operaciones con todos los compromisos legales, prestaciones sociales, sueldo de trabajadores, se le pagaba a Cormagdalena formalmente si no se le pagaba se hacían acuerdo de pago y se estaba cumpliendo estrictamente con esos acuerdos.*

*Además de eso, la sociedad portuaria recibió la concesión con un sector que no estaba, no fue entregado debidamente porque estaba ocupado por particulares y en la sociedad portuaria contribuyó que fue la que rescató ese espacio físico para poder operar y volver el espacio ya para el servicio de la comunidad como se tenía previsto.*

*Lo segundo que podemos anotar es, lo de la pandemia para marzo de 2020 llega la pandemia y se cierra el país por 8 meses, eso no sólo fue la sociedad portuaria, fue todo el país que estuvo cerrado por 8 meses indudablemente esto causa un detrimento económico al de altísimo costo y sobre todo para la sociedad portuaria que vivía era su ingreso era a partir del transporte y el transporte estuvo cerrado en el país. Ese confinamiento que fue decretado por el estado dudablemente que es uno de los grandes elementos de juicio para tener en cuenta de por qué la sociedad portuaria el día de hoy se encuentra en ese estado que ya ustedes conocen.*



*El tercer elemento para anotar es, la apertura de los puentes. La apertura de los puentes roncador y quitasueño que son ya muy conocidos en el país también acaba con la mayor empresa de transporte fluvial que había en ese momento operando en la sociedad que era, el 70% de los pasajeros dejaron de pasar por el por el terminal precisamente por la apertura de los puentes eso indudablemente los puentes para el país para la región trae unos avances de importantes pero para la sociedad portuaria fue definitivamente otro detonante para llegar a estar en la situación que estamos.*

*Y un cuarto elemento con el que quiero cerrar porque ese es la realidad en cuanto tiene que ver con esa situación de la sociedad portuaria es el incumplimiento de las autoridades tanto nacionales como regionales como locales para hacer cumplir la normatividad a que las empresas de transporte fluvial operaran desde terminal, no fue posible a pesar de las diferentes gestiones que la sociedad portuaria hizo con el Ministerio de transporte, con el mismo Cormagdalena que se les solicitaba el apoyo, con la base del militar que está en la región, con la policía, con las mismas empresas y ese incumplimiento también en la misma alcaldía de Magangué, la misma administración municipal nunca nos apoyó ese proceso. La inspección fluvial mucho menos entonces, ese es el otro de los elementos de juicio muy importante como argumento para tener en cuenta de por qué la sociedad portuaria el día de hoy está en ese detrimento económico.*

*Esos 4 elementos son los 4 elementos esenciales y que éste ha llevado a la sociedad portuaria a un detrimento incluso llevarla al proceso de reorganización empresarial en estos momentos se está espera de ver qué planteamiento se está trabajando para hacer planteamientos y ver cómo se continúa con el proyecto...”*

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

*“(...) Segundo, en cuanto a las observaciones del pliego de cargos. Si esta la entidad en el escrito de cargos que presuntamente existen incumplimientos pero a la fecha no tiene en cuenta que en la medida de las posibilidades el contratista ha dado avance del objeto contractual asunto distinto ha sido la presencia de circunstancias externas en efecto, para el presente caso debe colegirse necesariamente que de ninguna manera parece que haya intención del contratista el dar con algún atraso pues, es evidente la existencia de eventos que escapan de la voluntad del mismo y no obran en el expediente o en el informe de supervisión el perjuicio causado por la presencia de las mencionadas causas extrañas que, han delimitado el buen obrar del contratista.*

*Ahora bien, en ese orden de ideas y con respecto a la póliza es necesario igualmente recordar que para poder operar el amparo de cumplimiento es necesario que se determine de manera fidedigna la causa real del daño que supuestamente se está presentando, pues eventos tales como causa extraña, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero no son objeto de cobertura y por lo tanto los daños que tengan como origen los eventos anteriormente enunciados no serían objeto de indemnización por parte de la aseguradora que represento.*

*Tercero, la responsabilidad objetiva está porque está proscrita del Derecho Administrativo sancionatorio. En Colombia se ha planteado la discusión para indagar*

*si la responsabilidad objetiva está proscrita en el Derecho Administrativo pues, en este caso la administración debe sustentar bajo supuestos legales si resulta válido imputarle responsabilidad al contratista sin que se llegara a establecer su actuar bajo la óptica de una responsabilidad objetiva. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que la responsabilidad por las infracciones administrativas se impone a los infractores en la medida en que su acción delictuosa haya causado un verdadero perjuicio a la administración y es claro para el presente caso que dicho daño no resulta plenamente demostrado y no se establecen ni al contratista actuador disculpa o dolo o si verdaderamente pueden estar hechos extraños que no exonera de responsabilidad como es la presencia repito de caso fortuito o fuerza mayor, hechos de terceros o en eventos que resulten ajenos a la voluntad del contratista o sí dentro de la ejecución del contrato a podido darse eventualmente circunstancias que revistan imprevisibilidad y irresistibilidad. Respecto a la Corte Constitucional indica siguiente “de conformidad con el artículo 29 constitucional toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable, la introducción del elemento de estabilidad como condicionamiento de la imposición de la sanción constituye la declaración inequívoca de que el régimen sancionatorio colombiano proscribe la responsabilidad objetiva como fuente de responsabilidad personal. Lo anterior implica que el régimen sancionatorio nacional impide la asignación de sanciones por las sola realización de la conducta el modelo de responsabilidad objetiva persigue la sanción de la conducta que se ajusta a la descripción del tipo punible sin reparar en el grado de conocimiento, involución del sujeto que la realiza ello quiere decir que el modelo de responsabilidad objetiva niega de suyo el principio de culpabilidad”. Esta sentencia que acabo de dar lectura a la sentencia C 545 del 18 de julio de 2017 magistrado ponente marco Gerardo Monroy cabra, en efecto, para el caso presente la entidad intentar sacarle responsabilidad o imputarle exposición completa del contratista bajo supuestos de una responsabilidad objetiva pues nos indica claramente ni se prueba la causa eficiente del presupuesto en cumplimiento ni en qué medida se le puede indicar culpa o dolo en las en las actuaciones dadas por el mismo. Motivo por el cual se solicita respetuosamente a la entidad revisar las razones que funda la motivación de la citación a audiencia que no ocupa en este momento.*

*De la determinación de los perjuicios corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa el perjuicio y no de manera supuesta pues, en todo contrato de seguro se debe acreditar y cuantificar los perjuicios de carácter indemnizatorio creciente al contrato asegurador pues no sería posible que el asegurado pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio. Esta premisa es plenamente aplicable no sólo a los contratos de seguros celebrados entre particulares sino también a aquellos que es parte de una entidad estatal.*

*Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado alterado entidad estatal pretende afectar una póliza de cumplimiento en los perjuicios sufridos por el presunto incumplimiento del contratista dicho perjuicio no puede ser supuesto sino que debe ser plenamente determinado, motivado y tasado pues no puede darse lugar a un enriquecimiento sin causa del ente estala, en el caso de autos se hace efectiva la garantía pero no se determina ni se demuestra o evidencia cuál es el perjuicio real que supuestamente sufrió la entidad ni se establece su certeza.*

*Cuarto, responsabilidad de la aseguradora hasta el límite del valor asegurado para el amparo afectado. Como quiera que la póliza de cumplimiento que nos ocupa contiene varias coberturas frente al caso de la presente actuación administrativa la*

*responsabilidad de la aseguradora se debe limitar el monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar, sin perjuicio de estimar los saldos a favor del contratista para que se compense y así mediante la deducción de sus saldos a favor imputársele al mismo el valor de la eventual sanción en términos tanto legales como contractuales. Igualmente, es necesario precisar que en términos del artículo 1077 del código de Comercio el contrato de seguros al ser netamente indemnizatorio solamente se puede afectar si: en primer lugar, existe un daño real y probado y en segundo lugar, se establece por parte de la entidad el monto exacto de la cuantía a afectar que, en ningún caso puede ser superior al valor asegurado de la póliza de cumplimiento expedidas por la aseguradora y finalmente, compensación. Solicito respetuosamente a la entidad que en el evento de confirmar la decisión de imponer una sanción al contratista en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista y que al momento de efectuar pago al mismo se descuentan las sumas que correspondan al valor de la función impuesta. En efecto, la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a dicho conocimiento y anterior al pago de la indemnización si fuera deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, deberá disminuir la indemnización en el monto de las acreencias siempre y cuando éstas sean compensables según la ley de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y siguientes del Código Civil y por lo tanto que los montos compensados se disminuirán del valor de la indemnización...”*

Concluida la intervención por parte de los apoderados y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 18 de junio de 2021.

#### **Audiencia del 18 de junio del 2021**

Continuando con la audiencia, se dio apertura al periodo probatorio, señalando que tanto el representante legal suplente del Concesionario, como el apoderado del Garante, no aportaron o solicitaron en sus descargos prueba alguna.

Adicionalmente, este Despacho decretó de oficio prueba por informe a cargo del consorcio CARLEP-0121, quien funge como interventor del presente contrato, a fin que respondiera varias preguntas. De igual forma se le otorgó la palabra al representante legal principal del Concesionario, quien se hizo presente en dicha audiencia, el cual solicitó al Despacho 17 pruebas documentales, frente a lo cual se suspendió la audiencia con el fin de estudiar la solicitud de dichas pruebas antes señaladas.

#### **Audiencia del 22 de julio de 2021**

A la hora señalada para tal efecto, se continuó con la audiencia, y se procedió a reconocer personería al doctor **JOSE JORGE MADERA LASTRE**, para actuar en calidad de apoderado principal del Concesionario, una vez le fue otorgado poder en esta audiencia, por parte de la nueva representante legal principal Sra. LUZ LAINIS Menco Salas. Por tanto, encontrándose la actuación en la etapa de pruebas, se decretaron de oficio aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe a cargo del CONSORCIO CARLEP-0121.

Así mismo, la Oficina Asesora Jurídica se pronunció respecto a las pruebas solicitadas de forma verbal por el anterior representante legal del CONCESIONARIO, en sesión anterior, con lo cual se procedió a suspender la audiencia con el fin de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa, informando que se reanudaría la audiencia con el objetivo de incorporar las aclaraciones y complementaciones.

#### **Audiencia del 24 de agosto de 2021**

En la sesión llevada a cabo el día 24 de agosto de 2021, encontrándose el procedimiento en periodo probatorio, se procedió a poner en conocimiento de los intervinientes e interesados dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, de las aclaraciones, complementaciones y ajustes decretados respecto de la prueba por informe ordenada a la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, y solicitados por esta Oficina Asesora Jurídica.

Así mismo, se procedió a correr traslado a los convocados de las respuestas a las pruebas documentales solicitadas de forma verbal por el representante legal del concesionario en la pasada sesión del 22 de julio del corriente, y solicitadas a la SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL de esta Corporación, a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MAGANGUEBOLÍVAR, LA INSPECCIÓN FLUVIAL DE MAGANGUÉ - MINISTERIO DE TRANSPORTE, SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS – SUPERTRANSPORTE, FONDO ADAPTACIÓN, COOMULTRAMAG, y COOTRAIMAG. De igual forma, esta Oficina Asesora Jurídica, ordenó al CONCESIONARIO, para que un término no mayor a cinco (5) días hábiles siguientes, fuera remitido a esta CORPORACIÓN las explicaciones que considere pertinentes, a fin de dar respuesta a las afirmaciones realizadas por la empresa COOTRAIMAG.

Finalmente, esta Oficina Asesora Jurídica ordenó PRUEBA POR INFORME A CARGO DE LA INTERVENTORÍA CONSORCIO CARLEP-0121, a fin que respondiera una pregunta. Concluido lo anterior y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia.

#### **Audiencia del 22 de septiembre de 2021**

En sesión de audiencia del 22 de septiembre de 2021, esta Oficina Asesora Jurídica, de conformidad con lo señalado en el artículo 276 del CGP, solicitó al CONSORCIO CARLEP-0121, que procediera a ampliar, complementar o aclarar unos puntos de dicha prueba por informe No. 1, concediéndole un término de cinco (5) días hábiles para presentar dichas aclaraciones, complementaciones o ajustes decretados, los cuales fueron presentados el pasado 24 de agosto de 2021, y radicados en esta CORPORACIÓN bajo el número 202102002935, en 9 folios para ser valorados en el momento de la toma de la decisión.

Así mismo, se procedió a informar a los convocados que frente al traslado de las pruebas documentales solicitadas por el representante legal del CONCESIONARIO, coadyuvadas por la apoderada del GARANTE, y ordenadas por esta Oficina Asesora Jurídica, tanto el CONTRATISTA, como la apoderada de la compañía GARANTE no presentaron ninguna manifestación frente a las respuestas dadas por la SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL DE ESTA CORPORACIÓN, la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MAGANGUEBOLÍVAR, la INSPECCIÓN FLUVIAL DE MAGANGUÉ - MINISTERIO DE TRANSPORTE,



la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS – SUPERTRANSPORTE, el FONDO ADAPTACIÓN, COOMULTRAMAG, y COOTRAIMAG.

De otra parte, frente a la prueba documental solicitada de oficio por parte de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica al CONCESIONARIO, a fin que rindiera las explicaciones que considerase pertinentes, para dar respuesta a las afirmaciones realizadas por la empresa COOTRAIMAG, el CONCESIONARIO dio respuesta mediante correo electrónico del 31 de agosto de 2021, en 23 folios, con un alcance a la misma, mediante correo electrónico del 6 de septiembre de 2021, en 1 folio, los cuales se procedieron a incorporar, para ser valorados en el momento de la toma de la decisión, y de las cuales se ordenó correr traslado a la apoderada del GARANTE por el término de tres (3) días.

Finalmente, frente a la prueba por informe No. 2 a cargo del CONSORCIO CARLEP-0121, decretada por esta Oficina Asesora Jurídica en sesión del 24 de agosto del corriente, recibió el pasado 31 de agosto por parte del interventor, oficio a esta CORPORACIÓN respecto a la no práctica de la prueba ordenada, sobre el cual, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica reiteró a la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 la prueba por informe decretada en la anterior sesión, y le reiteró que deberá presentar dicho informe dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

Concluido lo anterior y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia.

#### **Audiencia del 26 de octubre de 2021**

En dicha audiencia, se procedió a informar a los convocados que respecto a la PRUEBA POR INFORME A CARGO DE LA INTERVENTORÍA CONSORCIO CARLEP-0121, decretada en la sesión del 24 de agosto de 2021 y reiterada en la sesión del 22 de septiembre por parte de esta Oficina Asesora Jurídica, se recibió el 5 de octubre de 2021, mediante correo electrónico la prueba por informe solicitada en 31 folios y radicado 2021-200- 3908, los cuales se procedieron a incorporar, para ser valorados en el momento de la toma de la decisión, y de las cuales se corrió traslado a los convocados, por el término de tres (3) días hábiles siguientes, para presentar sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste. Frente al anterior traslado, tanto el CONTRATISTA, como la apoderada de la compañía GARANTE no presentaron ninguna manifestación.

Finalmente, una vez evacuada la totalidad de las pruebas decretadas dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio, y finalizada la contradicción de las mismas, se procedió por parte de la Secretaria General encargada **de las funciones de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA**, al cierre del periodo probatorio, señalando que, en la reanudación de la misma, se recibirán los alegatos finales por parte de los convocados.

Concluido lo anterior y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, y continuarla el 18 de noviembre del corriente.

#### **Actuación por fuera de audiencia**

Antes de comenzar la audiencia programada para el 18 de noviembre, se recibió a las 7:53 am, correo electrónico por parte de la representante legal del CONCESIONARIO, mediante el cual solicitaba la reprogramación de la audiencia por incapacidad médica, y aportó copia de dicha incapacidad. De la misma forma, posteriormente se recibió a las 8:59 am, correo electrónico por parte del apoderado del CONCESIONARIO mediante el cual, solicitaba también el aplazamiento de la audiencia programada, y manifestaba que *“...a la incapacidad de la representante legal de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A, se suma una afección que me impide la asistencia, toda vez, que debo acudir a los servicios de salud en Santa Marta...”*. Sobre el particular esta Oficina Asesora Jurídica, contestó el correo del apoderado señalándole que *“...Teniendo en cuenta lo señalado en su correo, comedidamente le solicitamos que aporte el soporte respectivo de la excusa o incapacidad, para la asistencia a la audiencia del PAS en contra de la SPR de Magangué - En reestructuración, programada para el día de hoy, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 43 del CGP...”*.

Con base en lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica, procedió a reprogramar la audiencia para el día de 26 de noviembre del corriente.

### **Audiencia del 26 de noviembre de 2021**

Teniendo en cuenta el cierre del periodo probatorio en la sesión pasada, se procedió a dar paso a los alegatos finales, para lo cual, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena otorgó el uso de la palabra al apoderado del Concesionario, el cual señaló:

*“(...) Muchas gracias doctora y procedimos en consecuencia a presentar los alegatos, quisiera presentar una solicitud respetuosa a usted como directora de esta audiencia, de que la primera parte sea una presentación breve de la gerente de la Sociedad Portuaria y finalmente, pues yo apuntalare los elementos jurídicos...”*

A la anterior solicitud, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena, accedió a la solicitud, y se le cede la palabra a la representante legal del Concesionario, la cual señaló:

*“(...)Queríamos empezar y esta intervención recordando que Sociedad Portuaria ceso sus operaciones desde el día 24 de marzo, fecha en la cual inició el aislamiento autorizado por el Gobierno, obligatorio lo cual conllevó a que todos los despachos de las cooperativas que operaban en la terminal cerrarían y por ende la sociedad portuaria tuvo que cerrar sus puertas. esta situación se presentó durante 7 meses consecutivos en los que no hubo operaciones, no hubo ingresos y lo cual no nos permitió recaudar recursos para cumplir con nuestras obligaciones incluida la contraprestación.*

*Cuando reiniciamos operaciones nuevamente que fue el 01/11/2021, después de una serie de reuniones que se realizaron y concertaciones porque las empresas de transporte fluvial no querían trabajar en la terminal, no querían desplazarse hasta la terminal se reinició operaciones solamente como una empresa que la de Cotrainmag que es la que tiene la ruta hacia sur de Bolívar y Sucre.*

*En mayo se abrieron de 2020, se abrieron los puentes lo cual terminó con la ruta a Magangué-bodega-Magangué, la ruta que más representan ingresos para la terminal fluvial pues se movilizaban más de 600 pasajeros diarios en esa ruta y representaba nuestros mayores ingresos. al abrir el puente esa ruta desapareció y*

26

*la empresa Comultramag que manejaba esa ruta también cesó operaciones. teniendo en cuenta esto cuando reiniciamos operaciones los ingresos recibidos no eran suficientes para nuestras operaciones para cumplir con nuestros gastos y costos, esa situación se mantuvo hasta el 11 de abril donde nuevamente la empresa Cotrimag abandonó nuestra terminal de transporte y cerramos nuevamente, situación que se mantiene hasta la actualidad.*

*Queríamos empezar recordando esos eventos que dieron lugar a la crisis que todavía crisis económica, financiera y operacional que todavía se mantiene en la Sociedad Portuaria. El doctor José le cedo la palabra...”*

Finalizada la introducción de la representante legal del Concesionario, continúa con la intervención el apoderado del Concesionario, en los siguientes términos:

*“(...)Muchas gracias doctora Luz, yo quisiera partir de la siguiente premisa: las concesiones como estas, buscan el equilibrio financiero para lado y lado. en este caso nos estamos refiriendo a una concesión de un servicio público de transporte fluvial de pasajeros que no ha alcanzado su equilibrio por diferentes circunstancias ya conocidas, pero que quisiera traer a cuento nuevamente.*

*Una vez hecha la concesión en el año 2009, los primeros 5 o 6 años la operación de la terminal como tal fue nula toda vez de que se estaban construyendo digamos las instalaciones que permitían el atraque de las embarcaciones sumado a esto, entendemos que en la operación a partir del momento en que se dio 6 años después de la digamos del contrato de concesión y como está demostrado en un informe de la interventoría, siempre nos ha tocado padecer una competencia en toda la Ribera del río en jurisdicción de Magangué por lo tanto, hay una resistencia al uso de la terminal de transporte habilitada como tal y eso ha causado un grave impacto económico a la sociedad que se vio abocada además a una reestructuración empresarial.*

*Indicó esta parte en el sentido de que las obligaciones que derivan de un contrato de concesión también están asociadas a una serie de factores como el hecho de que digamos si hay un control efectivo al tema del flujo de pasajeros en Magangué hacia las otras zonas que por supuesto que los ingresos de la ciudad portuaria permitirían pagar no sólo la contraprestación sino los gastos operativos que esta sociedad implica.*

*Es importante, además de los eventos básicos digamos que aluden concretamente a este evento de investigación para efectos sancionatorios de la SPRM nos parecería totalmente injusto y contrario a la legalidad de un contrato que se ha ejecutado con una carga toda para la SPRM, a tal punto que hemos perdido la capacidad, el capital social con el cual se constituyó la sociedad en el año 2013 y tomo esta fecha porque el 2013 se constituyó la SPRM y la concesión fue dada mucho tiempo después es decir, en el 2019.*

*Estas líneas de tiempo son importantes para entender que la SPRM, aún sin operar cumplió con todas sus obligaciones desde punto de vista contractual de la concesión para efectos de un servicio público y subrayo del servicio público. pareciera ser que Cormagdalena se sustrae a entender que esta terminal es una terminal de pasajeros fluvial de pasajeros que tiene 3 componentes concesionados: una terminal físicamente, que tocó adecuarla para colocarla en servicio, pero que fue el primer*

*elemento entregado en el año 2009; las otras 2 días concedidas que son el área adyacente es decir, la orilla entre la orilla y el área propiamente acuática fueron entregadas muchísimo tiempo después es decir, que esta es una concesión que tiene 3 elementos del punto de vista estructural: una terminal, unos accesos y unos muelles que construimos posteriormente o construyó digamos la Nación del departamento de Bolívar concretamente y es decir, solamente esta ecuación perfecta para una prestación de un servicio público de pasajeros se dio solamente 6 años después de firmado el contrato.*

*Existen toda la evidencia de paso solicito que se tenga como parte de esta audiencia una petición que hicimos al propio Cormagdalena y de esto llamó la atención para que entre la Oficina Asesora Jurídica y la Gestión Comercial se comuniquen, en el entendido que hemos solicitado insistentemente la suspensión de la relación contractual porque no podemos seguir cargando con una carga onerosa sin ingresos hasta que tratemos de regularizar este tipo de contratos, es un contrato a mayor tiempo aún faltan por ejecutarse 8 años.*

*Paso para indicar lo siguiente, realmente la terminal de transporte, terminal de pasajeros de Magangué, es un servicio inédito en toda la Cuenca del río Magdalena y sus afluentes, existen embarcaderos en todo el trayecto de del río en digamos en el trazado del río Magdalena, pero la terminal como establecen como modelo económico sólo se predica de Magangué y pareciera ser que Cormagdalena se ha sustraído digamos a entender eso.*

*Como quiera que es un negocio es un modelos financiero, el modelo financiero hoy perjudica es decir, se desequilibra en contra de la SPRM que dicho por las cifras de 2020 alucina a 134 asociados accionistas pequeños y minoritarios es decir, que el Estado colombiano a través de Cormagdalena, está llamado a preservar digamos la motivación de quienes creyeron en un servicio público, prestado por una entidad privada como la SPRM, pero también ese plural de accionistas creyó en el estado colombiano y el estado colombiano a través de los organismos asociados al transporte el Ministerio de transporte, Superintendencia de transporte y Cormagdalena parece ser que no tiene en cuenta todos estos esfuerzos particulares para efectos de hacer un mejor país, los eslogan pareciera ser que se quedaron cortos en este momento porque la SPRM padece una crisis y la crisis no es de la SPRM es la crisis del transporte fluvial de pasajeros en el área de influencia de Magangué y paso a indicar lo siguiente, ya lo indicó la gerente de láser donde los mayores ingresos estaban dados por la conexión bodega-Magangué, una vez habilitado el puente, por supuesto que los ingresos bajaron ostensiblemente es decir que, sumado a la crisis primaria de la SPRM que tuvo que esperar 6 años para poder operar, se suma a un evento que por supuesto escapa a Cormagdalena y escapa a la SPRM pero esto no puede seguir asumiendo digamos los costos de una operación por una resistencia de Cormagdalena de revisar la condición contractual con la SPRM.*

*Invito entonces, insto mejor a que Cormagdalena en este caso las 2 instancias que nos atañen a la Oficina Asesora Jurídica que dirige digamos este sancionatorio y la Oficina de Gestión Comercial se compaginen y entiendan que están causando un grave perjuicio a la SPRM si no procedemos digamos a renegociar la contraprestación y el modelo de negocios de este digamos de esta concesión que data del año 2009, es decir, a 12 años de esta, hemos venido incurriendo en unos costos en aras de cumplir con la concesión, pero Lo imposible no es jurídico, no es*



*justo digamos aquí estamos apegando a elementos de Justicia no solamente estrictamente legales y uno encuentra siempre en cada pronunciamiento de Cormagdalena apegado a un modelo Kelseniano de interpretación de la norma sin entender la realidad.*

*Yo pudiera indicar pero para abreviar dado que tengo 20 minutos, adjuntare a esta audiencia la petición que le hicimos a Cormagdalena a principios del segundo semestre del 2021, que da cuenta digamos de una razón histórica digamos de peticiones reiteradas a Cormagdalena diciéndole este negocio no está resultando y nosotros hoy a más de un 50% en la mirada, el modelo apunta a que el concesionario tenga una utilidad hoy, no tiene esa utilidad y a una mirada de 8 o 9 años digamos para que se culmine digamos este ciclo contractual del Estado con los particulares, va a dar cuenta de que este modelo quebró a una sociedad portuaria en el Caribe colombiano y esto no habla bien del Estado, un estado responsable nosotros creemos que estamos ante autoridades responsables con el patrimonio de los particulares en este caso, con el patrimonio de la SPRM que además se vio abocada en el 2017 a una reestructuración administrativa como reza cada vez que haya un pronunciamiento en este tipo de audiencia que nos referimos a una sociedad portuaria es reestructuración.*

*Además de eso, le voy a agregar qué es contundente el argumento para no sancionar el hecho de que lo no pagado digamos en un ciclo del ciclo 2020-2021 esté asociado al periodo pandémico, siempre Cormagdalena se resistió a reconocer esa realidad nosotros o sea no entendemos como una entidad pública de estas características, se sustraiga a la legalidad colombiana. el Ministerio de salud a marzo del año 2020 pues reconoció que el país y aún sucede que está sometido a una presión epidemiológica seria, que imposibilita digamos el traslado de pasajeros si eso se aplicó para terminales terrestres para prestación de servicios públicos oye y ¿por qué no aplicarlo para una sociedad portuaria como la de Magangué? que prestaba un servicio público que tienen que ver con personas y combinación de estas digamos en todo el río Magdalena en concretamente la influencia de Magangué.*

*Además de esto, uno no puede entender que digamos estas audiencias el primer evento de ellas es el reconocimiento de la pandemia como limitación para efectos de acudir presencialmente a ellos, pero desconocemos que el flujo de pasajeros que es un contacto más directo pues no tenga que ver con la decisión por supuesto. Entonces, nos apoyamos para efectos de que no cada vez no es justo, no es legal, no es proporcionar una sanción a la SPRM por Cormagdalena dadas las condiciones de liquidez que se encuentra la sociedad máxime a esto sumado a un tema pandémico en el año 2020 y recalco lo siguiente, no es posible que ante un evento digamos de cesación de pagos la oficina o perdón Cormagdalena embarguen las cuentas de la SPRM es decir, dónde llegarán los recursos de la sociedad portuaria, de los deudores de las personas que tienen obligaciones con la sociedad si no puedes consignar en su cuenta consignar en su cuenta me parece un contrasentido que a su vez tengamos nosotros que vernos abocados a que la gente no nos pague por que las cuentas están embargadas.*

*Entonces de paso solicitó muy respetuosamente que se Revise el tema de los embargos de las cuentas porque eso no garantiza que cumplamos con la obligación, muy a pesar del esfuerzo económico que hagamos de hecho lo hacemos y creo que la gerente en momentos anteriores, hizo saber digamos a esta dependencia de los*

esfuerzos para efectos de vía autorización de venta de acciones que deben llegar a la cuenta por supuesto que Cormagdalena no podemos hacer un esquinque a la ley y que se consiguen en otra parte entonces digamos todos estos eventos sumados hacen imposible digamos la operación de la concesión como tal. entonces estamos nosotros antes un evento esencialmente donde emana de unas contradicciones y unas tensiones entre el concesionario y el concedente, donde el concedente pues no reconoce las limitaciones propias del servicio público y recalco del servicio público esta no es una concesión donde se entra en una terminal y unas áreas para efectos de embarque y desembarque de pasajeros sino que su servicio público de pasajeros sólo que está asociado a una vía fluvial como la nuestra la de la República del río Magdalena.

Entonces nosotros solicitamos que no existen elementos de juicio para efectos de sancionar a la SPRM por un incumplimiento cuando no tuvo ingresos es decir, lo imposible es jurídico y lo estoy diciendo además de eso, seguramente si la sociedad portuaria no hubiese asumido las cargas anteriores en que no opero la terminal, el capital social hubiese estado intacto pero no, hemos tenido doctora Deisy y presentes en esta audiencia hemos tenido que recurrir al capital social de la empresa es decir las 134 personas que confiaron en el estado colombiano ya perdieron su recursos, porque lo hemos puesto en una apuesta una apuesta de 20 años de operar un servicio.

Indico lo siguiente y eso está en el escrito que vamos a adjuntar, la solicitud de concesión en el 2000 perdón formalizada en el 2009, data del año 2004 a 2010, que diríamos que es el primer año de ejecución que las condiciones ambientales de la zona variaron a tal punto que el Estado decretó la emergencia del punto de vista ambiental por efecto de las inundaciones en todo lo que se llama la descripción Momposina y la Mojana colombiana. por supuesto, que tiene que ver con Magangué y su jurisdicción esto, también afecta toda la operación de la SPRM Sumado a que han mejorado digamos las condiciones viales y terrestres en la zona lo que reduce sustancialmente los ingresos digamos de la sociedad portuaria.

Es importante atender aquí a lo encontrado por la interventoría en sus visitas que es un elemento probatorio, un elemento probatorio en este proceso es que efectivamente todavía persiste el uso irregular de la Ribera del río y eso compete necesariamente a las autoridades de transporte del país en este caso, el Ministerio de transporte y segundo, las tarifas, las tarifas siempre han sido un elemento que han tensionado este contrato no tenemos tarifas definitivas sino provisionales acordadas más por concesión nuestra que por interés del Estado es decir, ese negoció cuando se presentó al estado colombiano a Cormagdalena se hizo a través de unas tarifas fijadas en dólares y eso no ha sido posible lo que dio lugar digamos a la descapitalización de la empresa.

Entonces estamos ante un servicio público desfinanciado donde el responsable no solamente Cormagdalena sino también la SPRM, el Ministerio de Transporte y el propio municipio de Magangué. es decir, hoy la iliquidez de la SPRM se le quiere sumar un sancionatorio totalmente injusto y desproporcionado dada las condiciones de operación de este servicio público en el proyecto en jurisdicción de Magangué concretamente. entonces solicito doctora Deisy que se desestime los argumentos que darían lugar a un sancionatorio porque estos no existen dadas las circunstancias propias de un servicio público donde Cormagdalena ha llevado digamos ha recibido una contraprestación por 2 periodos importantes de tiempo,

*pero la SPRM parece una crisis porque el servicio público que presentó como una operación privada no ha alcanzado el equilibrio muchas gracias con esto damos por terminado y adjuntare a estos alegatos el escrito presentado a Cormagdalena, al directo y a la Gestión comercial y por lo tanto en conclusión no existen argumentos sólidos que permitan sancionar a la SPRM de las circunstancias presentadas previamente por la gerente y por mí, muchas gracias...”*

Concluida la intervención del Concesionario, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena, le concedió el uso de la palabra a la apoderada del Garante, la cual señala:

*“(...)Gracias doctora. Bueno, como apoderado sustituta de Seguros Generales Suramericana SA, dentro del término legal me permito presentar alegatos de conclusión de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso administrativo y de las disposiciones del CGP lo haré en los siguientes términos:*

*Primero, coadyuvancia a los argumentos y alegatos de conclusión expuestos por parte del representante legal y del jurídico de la SPRM; en segunda medida me permito reiterar la totalidad de los argumentos expuestos por la parte por parte de nosotros como aseguradora a lo largo de la presente actuación administrativa específicamente los descargos rendidos en audiencias previas. Así las cosas, solicito a esta entidad tener en cuenta que a la fecha en la medida de las posibilidades del contratista no ha dado avance al objeto contractual disculpe, asunto distinto ha sido la presencia de circunstancias externas pues es evidente que de ninguna manera aparece que haya sido intención del contratista el dar con algunos atrasos pues dentro de la ejecución contractual, han existido eventos que escapan de la voluntad del contratista no obrando pues en el expediente un informe del supervisor el perjuicio causado por la presencia de causas extrañas que han delimitado el buen obrar del contratista.*

*En lo que respecta a la póliza es necesario volver o recordar a la entidad que para poder operar el amparo de cumplimiento, es necesario que se determine de manera fidedigna la causa real del daño que supuestamente se está presentando, pues eventos tales como causa de extraña, fuerza mayor o caso fortuito; el hecho del tercero no son objeto de cobertura por parte de la compañía aseguradora por lo tanto, los daños que tengan como origen los eventos que enuncie anteriormente no serían objeto de indemnización.*

*Adicionalmente, queremos reiterar que como quiera que la póliza de cumplimiento que nos ocupa contiene varias coberturas frente al caso de la presente actuación administrativa la responsabilidad de la aseguradora se debe limitar al monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar. Igualmente, es necesario precisar, que en términos del artículo 1077 del código de Comercio, el contrato de seguros al ser netamente indemnizatorio solamente se puede afectar si en primer lugar existe un daño real y probado y en segundo lugar se establece por parte de la entidad el monto exacto de la cuantía a afectar. en ningún caso puede ser superior al valor asegurado en la póliza de cumplimiento expedida por esta aseguradora.*

*Finalmente, solicitó a la entidad aplicarle la figura de compensación de saldos en el evento de proferir la decisión en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, se proceda a la compensación de los altos que resulten a favor del contratista al momento de efectuar pago al contratista se descuenta de las*

*sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y subsiguientes del Código Civil por lo tanto, los montos aquí compensado se disminuirían al valor de la indemnización.*

*Doctora de la anterior manera, pues doy por rendido los alegatos de conclusión dentro del asunto de la referencia...”*

Escuchados los alegatos finales, se suspendió la audiencia para entrar a decidir.

## **VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste tanto a SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. EN REESTRUCTURACIÓN – SPRM, como a su garante Compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. EN REESTRUCTURACIÓN – SPRM, así como a la Compañía Aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con la finalidad que tanto Contratista como Compañía Aseguradora durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-202103001517 del 6 de mayo de 2021, enviada a la compañía garante con ocasión del presunto incumplimiento parcial y multa del contrato de concesión No. 06 de 2009.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD PORTUARIA en virtud del Contrato de Concesión No. 06 de 2009, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el



análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (6.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (6.2); el caso en concreto; y (6.3) consideraciones finales.

## 6.1. EL MARCO JURÍDICO

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

### 6.1.1 Naturaleza jurídica de la multa

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

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

*“Así entonces, queda claro que la multa, a diferencia de la cláusula penal con naturaleza resarcitoria o compensatoria, tiene una naturaleza conminatoria o de apremio dirigida a actuar en forma compulsiva sobre el contratista obligado para constreñirlo al cabal cumplimiento de sus deberes contractuales, por tanto, cuando ese carácter se le atribuye, la cláusula penal - multa - conlleva también una función sancionatoria.*

*En cuanto a los efectos y el alcance de las multas, ha de señalarse que debido a que se considera como un medio de apremio, puede, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, acumularse tanto al cumplimiento de la obligación principal, como al cobro de indemnización de perjuicios, siempre que” las partes así lo hayan estipulado.<sup>5</sup>*

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

*“Ahora bien, en materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio “es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñido al más exacto cumplimiento de sus obligaciones”.<sup>6</sup>*

*A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o*

<https://www.superservicios.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/superservicios-publica-guia-para-orientacion-y-seguimiento-a-los-alivios>

otá D.C., dieciséis (16) de agosto de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702).

<sup>6</sup> BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415

*indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual".<sup>7</sup>*

*Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que "tienen naturaleza conminatoria — sancionatoria y no indemnizatoria"<sup>8</sup>."*<sup>9</sup>

En esta misma línea jurisprudencial, la misma Corporación ha reiterado sus pronunciamientos, a saber:

*"A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual*

*Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que "tienen naturaleza conminatoria –sancionatoria y no indemnizatoria–*

*Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa"<sup>10</sup>*

Lo cual fue acogido en el Laudo Arbitral de septiembre de 2021, así:

*En esencia, la facultad de imponer multas en desarrollo de los contratos estatales es una manifestación particular del poder sancionatorio del Estado, que le permite conminar al contratista para el cabal cumplimiento de sus obligaciones.  
(...)*

*De allí se desprende que la función que cumple la cláusula penal se dirige, en principio, a tasar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento y*

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de febrero de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación interna 28.278

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de febrero de 2018. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549)

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 630012333000201800132 01 (64.154)

desde ese ángulo su pacto adquiere un carácter resarcitorio e indemnizatorio; en ese orden, la multa como herramienta conminatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena (Ver auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón. “Adicionalmente, esa Corporación (se refiere a la Corte Suprema de Justicia) 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”. Sobre este punto, también consultar el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2006, Rad. 1.748, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo: “Es interesante también insistir en la forma de interpretar las cláusulas penales, pues por lo general se deben entender como tasación anticipada de perjuicios, y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios”).

- Con todo, en ambos casos su naturaleza genérica **es de estirpe sancionatoria**, en tanto se dirige a derivar consecuencias de una conducta antijurídica y censurable de uno de los extremos del contrato, consistente en la desatención de sus compromisos negociales.”<sup>11</sup>

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

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

### 6.1.2 La función de la interventoría en los contratos estatales

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

La norma establece que “*las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato*”, por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración–

<sup>11</sup> Tribunal Arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario VS INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS.  
Laudo Arbitral del 9 de septiembre de 2021.

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

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

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

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

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

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

*Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una*



*función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.”<sup>12</sup>*

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

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

Sobre el particular, el Consejo de Estado sostuvo:

*"El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátase de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.”<sup>13</sup>*

## 6.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme a lo relacionado anteriormente, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-202103001517 del 6 de mayo de 2021, enviado a la compañía Garante, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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

<sup>12</sup> Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente:

ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

1. La Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. – HOY SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, (el “Concesionario”), radicó solicitud de concesión en abril de 2006, para construir, administrar, operar y explotar un terminal portuario de pasajeros, por un término de veinte (20) años, de conformidad con el Acuerdo 000112 del 22 de agosto de 2005 expedido por CORMAGDALENA.
2. Mediante Resolución No. 000155 del 7 de mayo de 2009 expedida por CORMAGDALENA, se aprueba la solicitud de concesión portuaria presentada por el Concesionario.
3. Mediante Resolución No. 000238 del 24 de julio de 2009 expedida por CORMAGDALENA, se otorgó formalmente una Concesión Portuaria sobre la zona de uso público determinada en la Cláusula Segunda de dicha resolución al Concesionario.
4. El 05 de agosto de 2009 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, entre CORMAGDALENA y el Concesionario, cuyo objeto corresponde al “...uso y goce en forma temporal y exclusiva de un bien de uso público localizado en el cauce del río Magdalena y el área adyacente junto con sus construcciones, de propiedad de Cormagdalena, en la jurisdicción del Municipio de Magangué – Bolívar.  
1.2. El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación y los bienes fiscales de propiedad de CORMAGDALENA por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Séptima de este contrato”.
5. El 5 de agosto de 2009 se suscribió entre CORMAGDALENA y el Concesionario el Acta de Entrega de bienes de uso público.
6. Mediante oficio CE-SGC- 202003002734 del 18 de noviembre de 2020, CORMAGDALENA requirió a la Interventoría del contrato para “...analizar si es procedente iniciar proceso administrativo sancionatorio a la Sociedad Portuaria por el no pago de la contraprestación, no pago de los servicios públicos y no pago de los salarios teniendo en cuenta lo indicado por la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect...”
7. Mediante el oficio CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de las comunicaciones interna No. 202001002644 del 16 de diciembre de 2020, y ajustado a través del oficio con número de radicado CII-257-RL de fecha 24 de febrero de 2021, y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000334 del 25 de febrero de 2021, se solicitó por parte de la Interventoría del Contrato (INGEPROYECT LTDA), la apertura de Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en contra de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato de Concesión Portuaria No. 06-2009. Dichos oficios, fueron complementados por la doctora Claudia Morales Esparragoza, Subdirectora de Gestión Comercial, en calidad de supervisora del

contrato de concesión portuaria No. 06 de 2009, mediante comunicación CI-SGC-202101000550 del 29 de marzo de 2021.

### 6.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones y multa del Contrato de Concesión No. 06 de 2009, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

1. *No pago de la contraprestación anual No. 12.*
2. *No renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías contractuales.*
3. *No pago de los servicios públicos.*
4. *No pago de salarios y prestaciones sociales.*

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para imponer multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato de Concesión No. 06 de 2009, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. EN REESTRUCTURACIÓN – SPRM, en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se procederá a establecer si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia, por lo que se procederá a analizar los presuntos incumplimientos propuestos y demás argumentos de defensa del Concesionario.

#### 6.3.1. No pago de la contraprestación anual No. 12:

El Contrato de Concesión No. 06 de 2009 estableció en su numeral 1.2., de la Cláusula Primera lo siguiente:

Municipio de Magangue - Bolívar. **1.2.** El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación y los bienes fiscales de propiedad de CORMAGDALENA por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Séptima de este contrato. **CLÁUSULA SEGUNDA – ÁREA**

Por su parte, la cláusula Séptima, del Contrato de Concesión No. 06 de 2009 estableció el valor de la contraprestación, en los siguientes términos:

personas. **CLÁUSULA SEPTIMA: CONTRAPRESTACIÓN.** Que realizados los correspondientes ejercicios se determinó el valor de la contraprestación, primero por el uso y goce de la zona de uso público otorgada en concesión por un periodo de veinte (20) años, La Sociedad Portuaria Regional de Magangue S.A, pagará a favor de Cormagdalena veinte (20) cuotas de la siguiente manera: Por el **Primer** año la suma de **VEINTE MILLONES SEICIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS UN PESOS (\$20.683.201)**; por el **Segundo** año **VEINTIUN**



**MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS PESOS (\$21.975.900); por el Tercer año VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS UN PESOS (\$23.268.601); por el Cuarto año VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS UN PESOS (\$24.561.301); y por el Quinto año VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL UN PESOS (\$25.854.001).** A partir del sexto (06) año hasta el año veinte (20) de la concesión pagará el mismo valor que se cancelara por el Quinto año, es decir la suma de **VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL UN PESOS (\$25.854.001).** Todas pagaderas por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la firma de este, y las siguientes dentro de los cinco (05) días posteriores al vencimiento de la anterior anualidad. En la Cuenta No. 08417416- 8 del BBVA. **PARÁGRAFO PRIMERO.** Los valores de los pagos correspondientes al cobro de la contraprestación por bienes de uso público, serán revisados periódicamente con base en la misma metodología con que fueron calculados, y se reajustarán conforme al mejor desempeño de las variables con las cuales se desarrolló su cálculo, con el fin de ajustar su monto. En ningún caso el valor anual puede ser inferior a los valores hallados en el paso 3 del Artículo 39 del Acuerdo 135 de 2008; por lo tanto en el evento que existan movimientos de carga superiores a los proyectados se deberá efectuar a CORMAGDALENA el pago del excedente resultante.

## **2. Contraprestación por infraestructura.**

Por la infraestructura otorgada cancelara a valor presente la suma de, **DOSCIENTOS CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$204.674.232)** o veinte (20) cuotas de **DIEZ Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS (\$19.246.900).** Todas pagaderas por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la firma de este contrato, y las siguientes dentro de los cinco (05) días posteriores al vencimiento de la anterior anualidad. Las cuales se actualizaran de acuerdo al IPC de cada año **PARÁGRAFO COMUN :** El solo retardo en el pago de la contraprestación generara intereses por mora, los cuales deberá pagar La Sociedad conforme a la establecida en el Estatuto General de Contratación, Ley 80 de 1993 y las normas que lo adicionen o modifiquen. La Sociedad deberá renunciar a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora. **CLAUSULA OCTAVA. VALOR PRESENTE TOTAL DE LA**

Así mismo, de acuerdo con el numeral 12.1 de la Cláusula Décima Segunda, el Concesionario está en la obligación de:

### **CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD**

**CONCESIONARIA:** Además de las disposiciones legales vigentes sobre la materia y las generales pactadas en el presente contrato, la SOCIEDAD CONCESIONARIA, deberá cumplir con las siguientes obligaciones especiales que constituyen la causa del otorgamiento de la concesión: **12.1.** Pagar la contraprestación. **12.2.**

A razón de lo anterior, Cormagdalena respecto a la anualidad 12 correspondiente al año 2020, expidió Cuenta de Cobro No. 076, por la cual establece como fecha límite de pago el día 12 de agosto de 2020.

De lo anterior se evidencia la obligación en cabeza del Concesionario de pagar la contraprestación a Cormagdalena para el adecuado cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de actualizar los valores adeudados por el Concesionario referente a la contraprestación de la anualidad 12 correspondiente al año

40



2020, la Interventoría con base en la solicitud realizada por CORMAGDALENA presentó la siguiente liquidación:

a) Infraestructura:

	10/08/2020									
VALOR DE LA ANUALIDAD # 12 ACTUALIZADA	FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIAS EN MORA	IPC	IPC PROPORCIONAL DIARIO	TASA DE ACTUALIZACIÓN	TASA DE INTERESES DE MORA DIARIA	VALOR INTERESES DE MORA	VALOR SALDO CUOTA ACTUALIZADA	VALOR TOTAL
27.572.806	10/08/2020	31/12/2020	143	3,80%	0,0104%	12%	0,0329%	1.776.746	27.983.301,05	29.825.466,95
	1/01/2021	23/02/2021	53	1,61%	0,0044%				28.048.720,64	
			196							

b) Zona de Uso Público:

	10/08/2020						
VALOR DE LA CUOTA #12	FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIAS EN MORA	TASA DE ACTUALIZACIÓN	TASA DE INTERESES DE MORA DIARIA	VALOR INTERESES DE MORA	VALOR TOTAL A PAGAR
25.854.001	10/08/2020	31/12/2020	143	12%	0,0329%	1.665.989,32	27.519.990,32
	1/01/2021	23/02/2021	53				
			196				

Como resumen la cuota de contraprestación 12 correspondiente al año 2020 es por valor de \$57.345.457.27.

DEUDA	CON	CORTE	A
23 DE FEBRERO DE 2021			
Concepto	Anualidad	Intereses	Total
INFRAESTRUCTURA	28.048.720,64	1.776.746,31	29.825.466,95
Z.U.P	25.854.001,00	1.665.989,32	27.519.990,32
TOTAL	53.902.721,64	3.442.735,63	57.345.457,27

Así las cosas y de acuerdo con la solicitud de apertura de Procedimiento Administrativo Sancionatorio presentado por INGEPROYECT LTDA, en calidad de Interventor del Contrato de Concesión Portuaria No. 06-2009, bajo el número de oficio CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de las comunicaciones interna No. 202001002644 del 16 de diciembre de 2020, ajustado a través del oficio con número de radicado CII-257-RL de fecha 24 de febrero de 2021, y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000334 del 25 de febrero de 2021, y complementado por la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena, mediante comunicación CI-SGC-202101000550 del 29 de marzo de 2021, y demás documentos que obran en el expediente, incorporados en etapa probatoria del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y que se dieron a conocer a las partes convocadas, se evidencia que no se superó el presunto incumplimiento endilgado en la citación CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, respecto a este cargo.

Por lo anterior, el Concesionario se encuentra incumplido por el no pago de la Contraprestación de la anualidad No. 12 a corte 23 de febrero de 2021, por valor de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS (COP\$57.345.457,27).

Sobre los anteriores argumentos, el representante legal suplente del Concesionario se pronunció en sus descargos, realizados en la audiencia llevada a cabo el 2 de junio de 2021.<sup>14</sup>

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario<sup>15</sup>.

Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas anexas a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo, esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio la presentación de prueba por informe a cargo de la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 la cual se rigió por lo contemplado en el Código General del Proceso artículos 275, 276 y 277.

A la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 se le solicitó responder las siguientes preguntas, así:

1. *¿Los presuntos incumplimientos endilgados dentro de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 y CE-OAJ-202103001517, ambas del 6 de mayo de 2021, esto es, el Incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 06 de 2009 que versa sobre las obligaciones contenidas en: i) las Cláusulas Primera, Séptima y el numeral 12.1 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de la Contraprestación, toda vez que el Concesionario no ha pagado la anualidad No. 12 de la Contraprestación, ii) el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de servicios públicos, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los servicios públicos, adeudando únicamente el pago del servicio de energía, y iii) los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de salarios, incumplimiento parcial, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los salarios de sus trabajadores, así como Incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en la Cláusula Octava, y el numeral 12.11 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto de la renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías, toda vez que el Concesionario no ha presentado las garantías actualizadas correspondientes a los Amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales, y de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales, los*

<sup>14</sup> Ver Página 20 a 21 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Concesionario.

<sup>15</sup> Ver Página 21 a 24 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Garante.

cuales están basados en el informe presentado por la supervisión, persisten o no?  
Explíque el motivo de sus razones.

La prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, allegada a CORMAGDALENA mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado con No. 202102002444, y a esta OAJ el pasado 8 de julio de 2021 mediante correo electrónico, se señaló frente al no pago de la contraprestación anual No. 12, lo siguiente:

*“(…) Con respecto a la obligación contenida en las Cláusulas Primera, Séptima y el numeral 12.1 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de la Contraprestación, toda vez que el Concesionario no ha pagado la anualidad No. 12 de la Contraprestación, se debe indicar que la causal del presunto incumplimiento PERSISTE toda vez que el concesionario no aporta prueba o soporte alguno de pago de la cuota No.12 contraprestación portuaria para el año 2020.”* (Subrayas fuera de texto)

En aplicación del Código General del Proceso se les corrió traslado a los convocados vía correo electrónico, para que en el término de tres (3) días solicitaran aclaración, complementación y/o ajuste al mismo. Frente al anterior traslado, tanto el Concesionario, como la apoderada de la compañía garante no presentaron ninguna manifestación frente a la prueba por informe.

Finalmente, cerrado el periodo probatorio se dio paso a los alegatos finales, en los cuales el Concesionario expuso sus argumentos.<sup>16</sup>

De igual forma, concluida la intervención del Concesionario, la Compañía Aseguradora expuso sus argumentos pertinentes.<sup>17</sup>

Por tanto, y teniendo en cuenta el material probatorio que obra en expediente, y en especial la prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado No. 202102002444, es evidente para esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la causal de presunto incumplimiento por no pago de la contraprestación anual No. 12, objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio PERSISTE, por incumplimiento de esta obligación contractual.

### **6.3.2. La no renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías contractuales:**

El Contrato de Concesión No. 06 de 2009 estableció en sus numerales 8.2.1., y 8.2.3., de la Cláusula Octava lo siguiente:

<sup>16</sup> Ver página 27 a 33 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Concesionario, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

<sup>17</sup> Ver página 33 a 34 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Garante, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

las garantías se establecerán de la siguiente manera. **8.2.1 Garantía De Cumplimiento De Las Condiciones Generales De La Concesión.** Por medio de la cual se garantiza a la Nación a través de La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena que ocupará y utilizará los terrenos dados en concesión y ejercerá las actividades autorizadas en debida forma y dará cumplimiento a todas sus obligaciones, en especial las relacionadas con el pago de la contraprestación, mantenimiento de las inversiones portuarias y la reversión de acuerdo con la Ley y los Acuerdos de Cormagdalena que reglamentan esta materia, con las resolución de otorgamiento de la concesión y con las reglamentaciones generales expedidas por el Ministerio de Transportes y la Superintendencia de Puertos y Transporte, en cuantía del **DOS PUNTO CINCO (2.5%)** del valor total de las inversiones a realizar en el puerto, es decir la suma de **CINCO MILLONES SEICIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS PESOS (\$5.605 700)**, sin que supere la cantidad equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y seis (6) meses más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y seis (6) meses más. La garantía se expedirá por periodos de un (01) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento, de tal manera que se garantice el término anterior. La garantía se encuentra suscrita y aprobada y es la No. 85-44-101015454. **8.2.2 Garantía De Responsabilidad Civil Extracontractual.** Por

101003557 **8.2.3 Garantía Para El Pago De Salarios, Prestaciones Sociales, E Indemnización De Personal.** Por medio de ésta, se asegura a la nación a través de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, que el concesionario pagara los salarios, prestaciones sociales, e indemnización de personal a que haya lugar, y en especial con lo establecido en el artículo 50 de la ley 789 de 2002. La cuantía del seguro será del **DIEZ POR CIENTO (10%)** del valor total de la contraprestación, o sea la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE (\$34.843.787)**. El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y tres (3) años más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y tres (3) años más. Se expedirá por periodos de un (1) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento. La garantía se encuentra suscrita y aprobada y es la No. 85-44-101015454.

Por su parte, la cláusula Décima Segunda, del Contrato de Concesión No. 06 de 2009 estableció lo siguiente:

seguridad portuaria. **12.11** Mantener vigentes las pólizas que se constituyan durante la ejecución de la concesión y reponer su monto cada vez que se reajuste, disminuya o agote. **12.12.** Suministrar a la Superintendencia de Puertos y

Sobre los anteriores argumentos, el representante legal suplente del Concesionario se pronunció en sus descargos, realizados en la audiencia llevada a cabo el 2 de junio de 2021.<sup>18</sup>

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario<sup>19</sup>.

Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas anexas a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo, esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio la presentación de prueba por informe a

<sup>18</sup> Ver Página 20 a 21 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Concesionario.

<sup>19</sup> Ver Página 21 a 24 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Garante.



cargo de la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 la cual se rigió por lo contemplado en el Código General del Proceso artículos 275, 276 y 277.

A la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 se le solicitó responder las siguientes preguntas, así:

1. *¿Los presuntos incumplimientos endilgados dentro de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 y CE-OAJ-202103001517, ambas del 6 de mayo de 2021, esto es, el Incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 06 de 2009 que versa sobre las obligaciones contenidas en: i) las Cláusulas Primera, Séptima y el numeral 12.1 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de la Contraprestación, toda vez que el Concesionario no ha pagado la anualidad No. 12 de la Contraprestación, ii) el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de servicios públicos, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los servicios públicos, adeudando únicamente el pago del servicio de energía, y iii) los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de salarios, incumplimiento parcial, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los salarios de sus trabajadores, así como Incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en la Cláusula Octava, y el numeral 12.11 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto de la renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías, toda vez que el Concesionario no ha presentado las garantías actualizadas correspondientes a los Amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales, y de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales, los cuales están basados en el informe presentado por la supervisión, persisten o no? Explique el motivo de sus razones.*

La prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, allegada a CORMAGDALENA mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado con No. 202102002444, y a esta OAJ el pasado 8 de julio de 2021 mediante correo electrónico, se señaló frente a la no renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías contractuales, lo siguiente:

*“(…) Con respecto al incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en la Cláusula Octava, y el numeral 12.11 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto de la renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías, toda vez que el Concesionario no ha presentado las garantías actualizadas correspondientes a los Amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales, y de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales, el incumplimiento PERSISTE en razón a que el concesionario no aportó la Póliza de Cumplimiento a favor de entidades actualizada y en el expediente entregado por la Corporación solo obra el acta de aprobación de la póliza de RCE el 18 de julio de 2019, sin que se haya encontrado tampoco la constancia de que dicha póliza haya sido actualizada al s.m.m.l.v. de 2021.” (Subrayas fuera de texto)*

En aplicación del Código General del Proceso se les corrió traslado a los convocados vía correo electrónico, para que en el término de tres (3) días solicitaran aclaración,

complementación y/o ajuste al mismo. Frente al anterior traslado, tanto el Concesionario, como la apoderada de la compañía garante no presentaron ninguna manifestación frente a la prueba por informe.

Así mismo, la Oficina Asesora Jurídica permitió en la sesión del 18 de junio de 2021, abierto el periodo probatorio, que el representante legal del Contratista, solicitara de manera verbal 17 pruebas, las cuales fueron coadyuvadas por la apoderada del garante, de las cuales se pronunció en la sesión del 22 de julio de 2021, aceptando 12, entre las que se encuentra una prueba documental a la Subdirección de Gestión Comercial de esta CORPORACIÓN, para que respondiera:

*e. ¿Si el contratista actualizó de manera cumplida las pólizas correspondientes?*

Dicha respuesta fue radicada mediante comunicación interna No. CI-SGC-202101001470, del 4 de agosto de 2021, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En la mencionada respuesta se señala que:

*“...Respecto de este punto se debe indicar que el concesionario no ha presentado la póliza de Cumplimiento No. 2345265-3, las cuales se vencieron en el año 2019. A fecha de elaboración del presente documento la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. sigue incumplida en su obligación de presentar la póliza a de cumplimiento actualizada...”*

Finalmente, cerrado el periodo probatorio se dio paso a los alegatos finales, en los cuales el Concesionario expuso sus argumentos.<sup>20</sup>

De igual forma, concluida la intervención del Concesionario, la Compañía Aseguradora expuso sus argumentos pertinentes.<sup>21</sup>

Por tanto, y teniendo en cuenta el material probatorio que obra en expediente, y en especial la prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado No. 202102002444, así como la prueba documental rendida por la Subdirección de Gestión Comercial de esta CORPORACIÓN, mediante comunicación interna No. CI-SGC-202101001470, del 4 de agosto de 2021, es evidente para esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la causal de presunto incumplimiento por no renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías establecidas en el *Contrato de Concesión*, objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio PERSISTE, por incumplimiento de esta obligación contractual, al no haber presentado el Concesionario las garantías actualizadas correspondientes a los Amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales.

### **6.3.3. El no pago de los servicios públicos:**

<sup>20</sup> Ver página 27 a 33 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Concesionario, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

<sup>21</sup> Ver página 33 a 34 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Garante, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

El Contrato de Concesión No. 06 de 2009 estableció en su numeral 12.16., de la Cláusula Décima Segunda, lo siguiente:

en el contrato. **12.16.** Corresponderá a la Sociedad la cancelación oportuna de los servicios públicos tales como energía, gas, acueducto, teléfono, recolección de basuras y demás servicios públicos. Al momento de la reversión, los servicios públicos vinculados a la zona de uso público y área adyacente objeto de la concesión deberán estar a paz y salvo. La demora en cualquiera de los pagos a que se refiere este numeral se considerara como incumplimiento de este contrato

Sobre los anteriores argumentos, el representante legal suplente del Concesionario se pronunció en sus descargos, realizados en la audiencia llevada a cabo el 2 de junio de 2021.<sup>22</sup>

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario<sup>23</sup>.

Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas anexas a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo, esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio la presentación de prueba por informe a cargo de la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, que se rigió por lo consagrado en los artículos 275, 276 y 277 del Código General del Proceso.

A la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 se le solicitó responder las siguientes preguntas, así:

1. *¿Los presuntos incumplimientos endilgados dentro de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 y CE-OAJ-202103001517, ambas del 6 de mayo de 2021, esto es, el Incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 06 de 2009 que versa sobre las obligaciones contenidas en: i) las Cláusulas Primera, Séptima y el numeral 12.1 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de la Contraprestación, toda vez que el Concesionario no ha pagado la anualidad No. 12 de la Contraprestación, ii) el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de servicios públicos, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los servicios públicos, adeudando únicamente el pago del servicio de energía, y iii) los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de salarios, incumplimiento parcial, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los salarios de sus trabajadores, así como Incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en la Cláusula Octava, y el numeral 12.11 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto de la renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías, toda vez que el Concesionario no ha presentado las garantías actualizadas correspondientes a los Amparos de cumplimiento a favor de entidades*

<sup>22</sup> Ver Página 20 a 21 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Concesionario.

<sup>23</sup> Ver Página 21 a 24 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Garante.

*Estatales, y de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales, los cuales están basados en el informe presentado por la supervisión, persisten o no? Explíque el motivo de sus razones.*

La prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, allegada a CORMAGDALENA mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado con No. 202102002444, y a esta OAJ el pasado 8 de julio de 2021 mediante correo electrónico, se señaló frente al no pago de los servicios públicos, lo siguiente:

*“(…) Con respecto a la obligación contenida en el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de servicios públicos, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los servicios públicos, adeudando únicamente el pago del servicio de energía, se informa que mediante comunicación del 29 de junio de 2021, el concesionario aportó certificación suscrita por el revisor fiscal de la sociedad, en la cual consta que se ha dado cumplimiento con el pago oportuno de los servicios públicos del terminal, incluyendo la energía y que se encuentra a paz y salvo por dicho concepto hasta el mes de mayo de 2021.*

*Con el fin de verificar la veracidad de la certificación enviada, mediante correo electrónico del 30 de junio de 2021, la interventoría CARLEP-0121, requirió al concesionario que aportara el certificado de existencia y representación legal de la sociedad expedido por la cámara de comercio, para constatar el nombre del revisor fiscal de la misma confrontando el nombre del revisor fiscal que suscribió la certificación entregada el 29 de junio, y efectivamente se pudo verificar que la firma de la certificación aportada corresponde con la del Revisor Fiscal de la sociedad que aparece registrado en el certificado fechado 29 de junio de 2021, expedido por la Cámara de Comercio de Magangué.*

*Adicionalmente, el concesionario aportó las facturas del servicio de energía con sus correspondientes recibos de pago, donde consta el pago de la obligación así:*

Factura No.	Fecha de Emisión	Valor	Fecha de Pago
23102012000499	03/12/2020	\$2.151.480	14/12/2020
23102102014573	04/02/2021	\$829.890	24/02/2021
23102103009963	03/03/2021	\$816.540	23/03/2021
23102104004898	04/04/2021	\$744.890	27/04/2021
23102105000447	01/05/2021	\$821.810	04/06/2021

*De tal manera que se puede afirmar que la causal de presunto incumplimiento parcial por el pago parcial de los servicios públicos NO PERSISTE.* (Subrayas fuera de texto)

Junto con la prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, allegada a CORMAGDALENA mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado con No. 202102002444, y a esta OAJ el pasado 8 de julio de 2021 mediante correo electrónico, se adjuntaron certificación suscrita por el Revisor Fiscal del Concesionario fechada el 29 de junio de 2021, en donde certifica el pago cumplido de los servicios de acueducto, alcantarillado, Energía, Aseo, e Internet, junto con algunos recibos de la luz y soportes de pago correspondientes.



En aplicación del Código General del Proceso se les corrió traslado a los convocados vía correo electrónico, para que en el término de tres (3) días solicitaran aclaración, complementación y/o ajuste al mismo. Frente al anterior traslado, tanto el Concesionario, como la apoderada de la compañía garante no presentaron ninguna manifestación frente a la prueba por informe.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica en audiencia del 22 de julio del 2021, decretó de oficio la ampliación, complementación o aclaración de lo correspondiente a los siguientes puntos:

- i. *Sírvase aclarar al Despacho respecto a la obligación contenida en el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de servicios públicos, ¿Si al mes de Junio de 2021 el Concesionario adeuda el servicio público de energía? Y ¿si al mes de Junio de 2021, el concesionario adeuda algún otro servicio público?*
- ii. *Sírvase aclarar al Despacho respecto a la obligación contenida en los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de salarios, ¿Si al mes de Junio de 2021 el Concesionario adeuda algún pago de salarios a sus trabajadores?*
- iii. *Sírvase aclarar al Despacho ¿Si la apertura del puente Roncador, ocasionó al contratista la perdida de 255.000 pasajeros que se movilizaban anualmente por el terminal, y si dicha situación significó la pérdida de lo que el contratista cobra como tasa de uso, así como de aquello que cobra a las empresas por tasa de abordaje?*

Dichas aclaraciones, complementaciones o ajustes decretadas, fueron presentados el pasado 4 de agosto de 2021, y radicados en esta CORPORACIÓN bajo el número 202102002935, en 9 folios, poniéndose en conocimiento de los intervinientes, y en donde se señaló frente al no pago de los servicios públicos, lo siguiente:

*“(…) En cuanto a la obligación contenida en el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, en particular lo referente al pago de servicios públicos, mediante correo electrónico del 3 de agosto de 2021, el concesionario aportó los recibos de pago de los servicios públicos de energía y acueducto así:*

*O Factura NIC 7527917 – Afinia Grupo EPM, correspondiente al servicio de energía por el periodo facturado de mayo a junio de 2021, por un valor total de \$575.400 cancelados el 27 de julio de 2021, en operación en caja.*

*O Factura No. M – FS – 00724484 Grupo Veolia, correspondiente al servicio de acueducto y alcantarillado, por el periodo facturado de mayo a junio de 2021, por un valor total de \$38.660 cancelados el 29 de julio de 2021, en operación en caja.*

*Con base en ello se puede afirmar que el concesionario se encuentra al día con el pago de dichos servicios públicos...* (Subrayas fuera de texto)

Finalmente, cerrado el periodo probatorio se dio paso a los alegatos finales, en los cuales el Concesionario expuso sus argumentos.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Ver página 27 a 33 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Concesionario, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

De igual forma, concluida la intervención del Concesionario, la Compañía Aseguradora expuso sus argumentos pertinentes.<sup>25</sup>

Por tanto, y teniendo en cuenta lo establecido en las pruebas por informe rendidas por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado No. 202102002444, y del 4 de agosto de 2021 radicado No. 202102002935, es evidente para esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la causal de presunto incumplimiento parcial por el pago parcial de los servicios públicos se encuentra superada, razón por la cual cesará el reproche por el no cumplimiento de esta obligación contractual.

#### 6.3.4. El no pago de salarios y prestaciones sociales:

El Contrato de Concesión No. 06 de 2009 estableció en sus numerales 12.13., y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda lo siguiente:

ejercer sus funciones de control y vigilancia. **12.13.** La Sociedad se obligará a seleccionar, remover y pagar los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que legalmente corresponda a los trabajadores vinculados por cuenta suya para la ejecución de la concesión, así como deberá atender todas las obligaciones parafiscales. En ningún caso tales obligaciones corresponderán a la Corporación. En consecuencia la Sociedad deberá responder por toda acción, demanda, reclamo o gastos que se originen en las relaciones laborales. La reversión al terminar el contrato, no conlleva el traspaso a la Nación - Corporación Autónoma regional del Río Grande de La Magdalena- CORMAGDALENA, de carga laboral o sustitución patronal o continuidad de las relaciones laborales de la Sociedad. **12.14.** La Sociedad Portuaria deberá acreditar el pago de los aportes que trata el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificada por la ley 828 de 2003. Dicha relación de pagos se hará semestralmente. **12.15** La Sociedad deberá adelantar las obras necesarias

Sobre los anteriores argumentos, el representante legal suplente del Concesionario se pronunció en sus descargos, realizados en la audiencia llevada a cabo el 2 de junio de 2021.<sup>26</sup>

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario<sup>27</sup>.

Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas anexas<sup>28</sup> a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo,

<sup>25</sup> Ver página 33 a 34 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Garante, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

<sup>26</sup> Ver Página 20 a 21 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Concesionario.

<sup>27</sup> Ver Página 21 a 24 del presente documento, donde están transcritos los descargos esbozados por el Garante.

<sup>28</sup> Sobre el particular, es de destacar que en la Prueba No. 1 (Oficio CII-089-RL del 3 de diciembre de 2020, presentado por el Interventor, como Informe de incumplimiento del Contrato de Concesión 6 de 2009, se señala que respecto de los: “...Alivios decretados por el Gobierno Nacional durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del

esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio la presentación de prueba por informe a cargo de la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 la cual se rigió por lo contemplado en el Código General del Proceso, artículos 275, 276 y 277.

A la interventoría CONSORCIO CARLEP-0121 se le solicitó responder las siguientes preguntas, así:

1. *¿Los presuntos incumplimientos endilgados dentro de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 y CE-OAJ-202103001517, ambas del 6 de mayo de 2021, esto es, el Incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 06 de 2009 que versa sobre las obligaciones contenidas en: i) las Cláusulas Primera, Séptima y el numeral 12.1 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de la Contraprestación, toda vez que el Concesionario no ha pagado la anualidad No. 12 de la Contraprestación, ii) el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de servicios públicos, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los servicios públicos, adeudando únicamente el pago del servicio de energía, y iii) los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de salarios, incumplimiento parcial, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los salarios de sus trabajadores, así como Incumplimiento parcial de las obligaciones contenidas en la Cláusula Octava, y el numeral 12.11 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto de la renovación y/o prórroga de las pólizas o garantías, toda vez que el Concesionario no ha presentado las garantías actualizadas correspondientes a los Amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales, y de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales, los cuales están basados en el informe presentado por la supervisión, persisten o no? Explique el motivo de sus razones.*

La prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, allegada a CORMAGDALENA mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado con No. 202102002444, y a esta OAJ el pasado 8 de julio de 2021 mediante correo electrónico, se señaló frente al no pago de salarios y prestaciones sociales, lo siguiente:

*“(...) Con respecto a la obligación contenida en los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del*

*Coronavirus COVID-19, o durante el término de cualquier emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19 (...) para esta Interventoría es claro que el Concesionario pudo acceder a diferentes beneficios para cumplir con su obligación contractual y no lo hizo, por lo tanto, el alegar la falta de ingresos producto del estado de emergencia, no es suficiente para justificar el incumplimiento referido (...)”es claro que, para el caso que nos ocupa, el Concesionario tiene la posibilidad de acceder a diferentes programas y beneficios otorgado por el Gobierno para el pago de salarios y prestaciones de sus trabajadores, sin embargo, el Concesionario no aportó información de si accedió a ellos, únicamente alegó la falta de ingresos para sustentar el incumplimiento en los pagos...”* Página 16 y sig.

*pago de salarios, incumplimiento parcial, toda vez que el Concesionario ha pagado parcialmente los salarios de sus trabajadores, se indica que mediante correo electrónico del 29 de junio de 2021, el concesionario aportó el Certificado Histórico de Pagos de la Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes en seguridad social y parafiscales en la cual consta el pago de esa obligación desde el mes de febrero de 2020 hasta el mes de mayo de 2021, sin embargo no aporta copia del recibo de pago de la nómina ni una relación de los empleados directos a su cargo donde se pueda evidenciar el número de trabajadores a los cuales corresponde el pago de los aportes en seguridad social por cada mes, razón por la cual se debe indicar que el presunto incumplimiento PERSISTE hasta tanto el concesionario no aporte la constancia de pago de los salarios y la relación de empleados directos suscrita por el Revisor Fiscal." (Subrayas fuera de texto)*

En aplicación del Código General del Proceso se les corrió traslado a los convocados vía correo electrónico, para que en el término de tres (3) días solicitaran aclaración, complementación y/o ajuste al mismo. Frente al anterior traslado, tanto el Concesionario, como la apoderada de la compañía garante no presentaron ninguna manifestación frente a la prueba por informe.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica en audiencia del 22 de julio del 2021, decretó de oficio la ampliación, complementación o aclaración de lo correspondiente a los siguientes puntos:

- i. Sírvasse aclarar al Despacho respecto a la obligación contenida en el numeral 12.16, de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de servicios públicos, ¿Si al mes de Junio de 2021 el Concesionario adeuda el servicio público de energía? Y ¿si al mes de Junio de 2021, el concesionario adeuda algún otro servicio público?*
- ii. Sírvasse aclarar al Despacho respecto a la obligación contenida en los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, respecto del pago de salarios, ¿Si al mes de Junio de 2021 el Concesionario adeuda algún pago de salarios a sus trabajadores?*
- iii. Sírvasse aclarar al Despacho ¿Si la apertura del puente Roncador, ocasionó al contratista la perdida de 255.000 pasajeros que se movilizaban anualmente por el terminal, y si dicha situación significó la pérdida de lo que el contratista cobra como tasa de uso, así como de aquello que cobra a las empresas por tasa de abordaje?*

Dichas aclaraciones, complementaciones o ajustes decretadas, fueron presentados el pasado 4 de agosto de 2021, y radicados en esta CORPORACIÓN bajo el numero 202102002935, en 9 folios, poniéndose en conocimiento de los intervinientes, y en donde se señaló frente al no pago de pago de salarios y prestaciones sociales, lo siguiente:

*"(...) De otra parte, en lo relativo a la obligación contenida en los numerales 12.13 y 12.14 de la Cláusula Décima Segunda del contrato de concesión No. 6 de 2009, en lo atinente al pago de salarios, mediante correo electrónico del 3 de agosto de 2021, el concesionario aportó el comprobante de pago y la planilla de seguridad social No.7802506815 por el periodo de cotización en salud del mes de julio de 2021, de los empleados de la sociedad. Sin embargo, el mismo concesionario informa que no ha realizado el pago de la nómina de los empleados debido a que el terminal de pasajeros no tiene ingresos operacionales y permanece cerrado..." (Subrayas fuera de texto)*



Finalmente, cerrado el periodo probatorio se dio paso a los alegatos finales, en los cuales el Concesionario expuso sus argumentos.<sup>29</sup>

De igual forma, concluida la intervención del Concesionario, la Compañía Aseguradora expuso sus argumentos pertinentes.<sup>30</sup>

Por tanto, y teniendo en cuenta el material probatorio que obra en expediente, y en especial la prueba por informe rendida por la Interventoría CONSORCIO CARLEP-0121, mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, y radicado No. 202102002444, así como las aclaraciones, complementaciones o ajustes decretadas frente a la anterior prueba por informe, y que fueron presentados el pasado 4 de agosto de 2021 bajo el No. 202102002935, es evidente para esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la causal de presunto incumplimiento por el no pago de salarios y prestaciones sociales de sus empleados, establecido en el *Contrato de Concesión*, objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio PERSISTE, por incumplimiento de esta obligación contractual, hasta tanto el concesionario no aporte la constancia de pago de los salarios y la relación de empleados directos suscrita por el Revisor Fiscal, y teniendo en cuenta que el mismo Concesionario, señala a la Interventoría “...que no ha realizado el pago de la nómina de los empleados...”<sup>31</sup>

#### 6.4. Argumentos de defensa del Concesionario:

Teniendo en cuenta los alegatos expuestos por los citados a lo largo del procedimiento, desde los descargos hasta las conclusiones finales, esta Oficina Asesora Jurídica extrajo los diferentes puntos de defensa con el fin de abordarlos, evaluarlos y tomar la decisión que en derecho corresponda.

Así las cosas, empezaremos por los puntos expuestos por la defensa del Concesionario, así:

- i. El contrato de concesión se firmó desde el año 2009 y sólo inicia operaciones en noviembre del 2015.

Como primer punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que a pesar que el contrato se firma en el año 2009, el Concesionario inicia operaciones en 2015, señalando en sus descargos lo siguiente: “...Ese es un tiempo en el cual también debemos anotar que la sociedad portuaria cumplía con sus compromisos aun no estando en operación el contrato y cuando se inicia la operación, que en el año 2015 noviembre de 2015 sólo se inicia con dos empresas de 7 u 8 empresas que estaban debidamente autorizadas en Magangué para utilizar la terminal de transportes multimodal como se conoció desde un principio. Pese eso reiteró la sociedad portuaria cumplió durante ese tiempo una vez

<sup>29</sup> Ver página 27 a 33 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Concesionario, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

<sup>30</sup> Ver página 33 a 34 del presente documento, donde están transcritos los alegatos finales esbozados por el Garante, en la audiencia del 26 de noviembre de 2021.

<sup>31</sup> Aclaraciones, complementaciones o ajustes decretados, y presentados el pasado 4 de agosto de 2021, bajo el radicado No. 202102002935.

empezaron las operaciones con todos los compromisos legales, prestaciones sociales, sueldo de trabajadores, se le pagaba a Cormagdalena formalmente si no se le pagaba se hacían acuerdo de pago y se estaba cumpliendo estrictamente con esos acuerdos...”.

Dicho argumento es reiterado en los alegatos finales al señalar que “...Una vez hecha la concesión en el año 2009, los primeros 5 o 6 años la operación de la terminal como tal fue nula toda vez de que se estaban construyendo digamos las instalaciones que permitían el atraque de las embarcaciones sumado a esto, entendemos que en la operación a partir del momento en que se dio 6 años después de la digamos del contrato de concesión y como está demostrado en un informe de la interventoría..., ... pareciera ser que Cormagdalena se sustrae a entender que esta terminal es una terminal de pasajeros fluvial de pasajeros que tiene 3 componentes concesionados: una terminal físicamente, que tocó adecuarla para colocarla en servicio, pero que fue el primer elemento entregado en el año 2009; las otras 2 días concedidas que son el área adyacente es decir, la orilla entre la orilla y el área propiamente acuática fueron entregadas muchísimo tiempo después es decir, que esta es una concesión que tiene 3 elementos del punto de vista estructural: una terminal, unos accesos y unos muelles que construimos posteriormente o construyó digamos la Nación del departamento de Bolívar concretamente y es decir, solamente esta ecuación perfecta para una prestación de un servicio público de pasajeros se dio solamente 6 años después de firmado el contrato...”

Teniendo en cuenta este argumento, es de señalar que la Oficina Asesora Jurídica permitió en la sesión del 18 de junio de 2021, abierto el periodo probatorio, que el representante legal del Contratista, solicitara de manera verbal 17 pruebas, las cuales fueron coadyuvadas por la apoderada del garante, de las cuales se pronunció en la sesión del 22 de julio de 2021, aceptando 12, entre las que se encuentra una prueba documental a la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, para que respondiera:

- a. ¿Se consulten sus archivos desde el año 2009 hasta el año 2015, si Cormagdalena cumplió o no cumplió con su deber de entregar la terminal con muelles?
- b. ¿Qué Cormagdalena certifique sí a partir de la entrega de la concesión en el 2009 ese terminal estaba habilitado para prestar servicio?
- c. ¿Si Cormagdalena entre los años 2009 y 2015 construyó los muelles?
- d. ¿En qué año Cormagdalena entregó a la sociedad portuaria esos muelles?
- e. ¿Si el contratista actualizó de manera cumplida las pólizas correspondientes?
- f. ¿Si el estado a través de estas entidades le ha garantizado a la sociedad portuaria el uso y usufructo de esa concesión?

Dichas respuestas fueron radicadas mediante comunicación interna No. CI-SGC-202101001470, del 4 de agosto de 2021, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En la mencionada respuesta señala que:

“...Respecto del cumplimiento o no cumplimiento con el deber de entregar la terminal con los muelles, se debe tener presente de quien era la obligación de la construcción de los muelles para esto, la Subdirección de Gestión Comercial reviso el expediente contractual y se evidencia que la Resolución No. 238 del 24 de julio de 2009 mediante la cual se otorgó una concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. en el numeral 3.2. del artículo tercero se indicó:

3.2. las condiciones espaciales de operación del puerto: descripción general del proyecto, especifícanos técnicas, modalidad de operación: el proyecto consiste en la construcción, administración y adecuación del Terminal de transporte fluvial de pasajeros de Magangué, actualmente en construcción mediante convenio de cofinanciación entre este Municipio y Cormagdalena, el cual señala los elementos (sic)

técnicos de la obra en construcción, y establece que este Terminal será administrado por la sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A., tal como se describe en formato PE-OI, ID-01, ID-02, a planta del proyecto actualmente en construcción contiene una zona de información, oficinas administrativas, taquillas, cafetería, batería de baño, locales comerciales y parqueadero. El solicitante construirá las obras necesarias o complementarias que requiera el Terminal. Para el embarque y desembarque de pasajeros en época de aguas altas se adelantará mediante trasbordo directo los de los pasajeros en época de aguas bajas, se adecuará estructura flotante, el cual se podrá aumentar permitiendo futuras ampliaciones acordes al volumen de pasajeros y embarcaciones, así como el comportamiento de acreción y decreció del cabal del río.” (subrayado fuera de texto)

De lo señalado, identificamos que CORMAGDALENA construyó las siguientes infraestructuras: zona de información, oficinas administrativas, taquillas, cafetería, batería de baño, locales comerciales y parqueadero. Por tanto, el compromiso de la construcción de los muelles no quedo a cargo de CORMAGDALENA.

Sin embargo, en el mismo artículo se resalta lo siguiente: El solicitante construirá las obras necesarias o complementarias que requiera el Terminal. Por tanto, el concesionario asumía el riesgo de las obras complementarias para el funcionamiento del puerto.

En este orden de ideas en el contrato de concesión 06 de 2009 en la Cláusula Segunda en el acápite de “la infraestructura construida sobre la zona de uso público como sobre el área adyacente, de propiedad de Cormagdalena es la siguiente” se indica:

“Se trata de un predio con tres frentes que tiene un área de 4.237,15 metros cuadrados de cabida superficial, con unas construcciones viejas y una módulo nuevo que será el edificio de la Terminal Fluvial de Pasajeros, tiene este último una cabida superficial de 1.327.78 metros cuadrados y las construcciones viejas suman 140.00 metros; adicionalmente los parqueaderos en concreto tienen un área de 930.39 metros cuadrados en concreto rígido (en los archivos del IGAC aparece el predio con 1.713.00M2 de terreno y 479.00 M2 de construcciones). El mantenimiento en las áreas viejas es muy pobre, las áreas nuevas están en proceso de entrega por parte del contratista al contratante. Se identifico el inmueble con la Referencia catastral No. 01-02-0086-0001-000 (...)”

**“En consecuencia, CORMAGDALENA y la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. el 5 de agosto de 2009 suscribieron acta de entrega de bienes de uso público del contrato de concesión portuaria No. 6 de 2009 se indicó los bienes entregados a la Sociedad Portuaria, que se indican a continuación:**

**2 - Infraestructura otorgada en concesión:** se otorga en concesión la siguiente área propiedad de Cormagdalena.

después de verificar en el plano 12 de la cartilla de navegabilidad realizada por la Universidad del Norte, se puede determinar que Los linderos de la zona adyacente de propiedad de Cormagdalena son los siguientes:

**2.1 ZONA ADYACENTE DE SERVICIO:** Esta zona está comprendida por los siguientes linderos: NORTE: de P7 a P8 mide 22.56m y linda can Hielo Cristal. ESTE: de P6 a P7 mide 77.66m y linda can Zona de Uso Público Terrestre. Solicitada. SUR: de P11 a P12 mide 12.37m y linda can Inspección Fluvial, de P12 a P13 mide 5.83m y linda can inspección Fluvial, de P13 a P6 mide 21.66m y linda can inspección Fluvial. OESTE: de P8 a P9 mide 4.52m y linda con Defensa Civil, de P9 a P10 mide 11.4m y linda con Defensa Civil, de PIO a P11 mide 54.57m y linda can vía Magangué - Yati. Esta zona comprende un área de construcción de la Terminal, una parte del predio de aguas capital y dos casas viejas de propiedad de Cormagdalena y está delimitada por las siguientes coordenadas:

ZONA ADYACENTE DE SERVICIOS		
P6	926.866,67	1.513.139,47
P7	926.883,21	1.513.215,35
P8	926.861,53	1.513.221,61
P9	926.856,53	1.513.197,61
P10	926.845,53	1.513.200,61
P11	926.832,53	1.513.147,61
P12	926.844,53	1.513.144,61
P13	926.847,53	1.513.149,61
AREA TOTAL = 2342,66 M2		

**La infraestructura construida sobre la zona de uso público como sobre el área adyacente, de propiedad de Cormagdalena es la siguiente:**

Se trata de un predio con tres frentes que tiene un área de 4.237,15 metros cuadrados de cabida superficiaria, con unas construcciones viejas y una módulo nuevo que será el edificio de la Terminal Fluvial de Pasajeros, tiene este último una cabida superficiaria de 1.327.78 metros cuadrados y las construcciones viejas suman 140.00 metros; adicionalmente los parqueaderos en concreto tienen un área de 930.39 metros cuadrados en concreto rígido (en los archivos del IGAC aparece el predio con 1.713.00M2 de terreno y 479.00 M2 de construcciones). El mantenimiento en las áreas viejas es muy pobre, las áreas nuevas están en proceso de entrega por parte del contratista al contratante. Se identificó el inmueble con la Referencia catastral No. 01-02-0086-0001-000

ITEM	ZONA HOMOGENEA FÍSICA	VARIABLES	ZONA GEOECONOMICA	VALOR/M2
AREA LOTE 4.237,15 M2		USO INDUSTRIAL, VIAS PAVIMENTADAS, CON SERVICIOS BASICOS Y TOPOGRAFIA PLANA		
CONSI. TOTAL 1.122,05 M2	80		02	\$ 28.005,00
AVALUO TOTAL VIGENTE			\$ 153.127.000,00	

Estos datos son extractados del piano de levantamiento del lote, para las áreas del terreno y del piano Arquitectónico de las obras en construcción, diseñado por funcionarios de la Oficina de planeación del Municipio de



Magangué para las construcciones nuevas, que son el Terminal de pasajeros y los parqueaderos. El área de las construcciones viejas está dada por el piano de levantamiento presentado para este estudio

De la construcción:  
Terminal — 1.327,78 M2  
Otras construcciones - 140,00 M2 Parqueaderos en concreto - 939,39 M2

El área de construcción nueva es de 1.327,73 metros cuadrados de la edificación cubierta del Terminal y 930,39 metros cuadrados de Parqueadero con pisos de concreto. Las construcciones viejas son tres: Una caseta de Rebombeo de aguas negras, una casa de habitación y un local ubicado a la extrema derecha del lote, en su frente hacia la carrera tercera; las construcciones nuevas son de reciente ejecución.

**Así las cosas, mediante Resolución No. 221 del 17 de agosto de 2010 Cormagdalena aprobó el plan de inversión a la Sociedad Portuaria, en el cual el concesionario se obligó a cumplir las siguientes inversiones en un plazo de 5 meses:**

3. Muelles flotantes y acceso a la plataforma		
ÍTEM	DESCRIPCIÓN	VALOR APROBADO COP \$
1	Reparación y mejoramiento de las instalaciones	92.936.956,05
2	Adecuación de oficinas y construcción de garita de seguridad	55.761.812,33
3	Muelles flotantes y acceso a la plataforma	78.016.417,71
	Subtotal Obras	226.715.86,09
	AIU 20%	45.343.037,22
	Subtotal costos directos del proyecto	272.058.223,31

	IVA sobre utilidad	1.813.721,49
	TOTAL OBRAS	273.871.944,80

**Como se identifica en las inversiones aprobadas mediante Resolución 221 de 2010, la obligación de la construcción de los muelles y acceso a la plataforma correspondía al concesionario, por tanto, la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. no puede indicar que no podía operar el puerto, tenido en cuenta que esta tenía la obligación de ejecutar dichas obras.**  
**Por tanto, el cumplimiento de la construcción de los muelles flotantes corresponde a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. y no a CORMAGDALENA como lo manifiesta el Representante Legal de la Sociedad Portuaria.**

Ahora bien, CORMAGDALENA en el año 2011 suscribió convenio interadministrativo con el Departamento de Bolívar No. 1-0003-2011 cuyo objeto fue “CONSTRUCCIÓN DE LA PRIMERA ETAPA DE LAS OBRAS PARA LA ADECUACIÓN DEL EMBARCADERO Y ACCESO A LA TERMINAL FLUVIAL DE PASAJEROS DE MAGANGUÉ DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.” Por un plazo de 8 meses del 16 de febrero de 2011.  
Finalmente se concluye que el contrato de concesión portuario No. 06 de 2009 no expreso o señala que CORMAGDALENA se obligaba a realizar obras encaminadas a la construcción de los muelles flotantes, empero se identifica que el

CONCESIONARIO debió realizar inversiones respecto del muelle flotante y acceso a la plataforma. **Lo que realizó CORMAGDALENA con el convenio interadministrativo 1-0003-2011 fueron obras adicionales a la ya existentes que no eran de compromisos contractuales, en consecuencia, no existía impedimento alguno a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. para la operación del puerto.**

(...)

Respecto de este punto se indica que CORMAGDALENA entregó a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. la infraestructura indicada en el punto anterior, que correspondían a las áreas de oficinas y zona comercial la cuales estaban habilitadas para su funcionamiento y prestar servicio.

**El cumplimiento de las obras complementarias estaba a cargo del Concesionario, las cuales eran los muelles flotantes y acceso a la plataforma, las cuales permitían la operación del puerto y el funcionamiento de este.**

**Por tanto, no se puede acceder a la solicitud ya que el riesgo de operación del puerto recae únicamente sobre el Concesionario...** (Negrillas con subrayas fuera de texto)

Adicional a lo anterior, y de conformidad con la respuesta dada por la subdirección de Gestión Comercial, es de resaltar que de conformidad con el Conpes 3107 de 2001, los riesgos de la operación corresponden a:

*“...El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.*

*El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce un incremento de los costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, **por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación**, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales este riesgo puede ser compartido. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica...”* (Subrayado en negrilla fuera de texto)

Por todo lo anterior, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario carece de fundamento, teniendo en cuenta que: a) CORMAGDALENA realizó las gestiones a las que se comprometió en el contrato de Concesión 6 de 2009, para lo cual se suscribió entre las partes “Acta de entrega de bienes de uso público del contrato de concesión portuaria No. 6 de 2009” (Prueba No. 7); b) El Concesionario conocía de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión 6 de 2009, el estado y las actividades que debía desarrollar en la zona a concesionar, tal y como se evidencia en el numeral 3.2. del artículo tercero de la Resolución No. 238 del 24 de julio de 2009 mediante la cual se otorgó una concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A.; c) En el mismo numeral 3.2. del artículo tercero de la Resolución No. 238 del 24 de julio de 2009 se señaló que “El solicitante construirá las obras necesarias o complementarias que requiera el Terminal”. Por tanto, el concesionario asumía el riesgo de las obras complementarias para el funcionamiento del puerto, y el cumplimiento de la construcción de los muelles flotantes corresponde a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A.

58

y no a CORMAGDALENA como lo manifiesta el Representante Legal de la Sociedad Portuaria; d) El riesgo de la operación se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación; e) Por tanto, el inicio de operaciones es responsabilidad del Concesionario, y dependió de las gestiones que realizó en su momento, para poner en marcha el puerto, pues conocía todas las condiciones de la concesión de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión. En consecuencia, se desestima el argumento.

ii. La sociedad portuaria recibió la concesión incompleta.

Como segundo punto en la defensa del Concesionario se hace referencia a que “...Además de eso, la sociedad portuaria recibió la concesión con un sector que no estaba, no fue entregado debidamente porque estaba ocupado por particulares y en la sociedad portuaria contribuyó que fue la que rescató ese espacio físico para poder operar y volver el espacio ya para el servicio de la comunidad como se tenía previsto...”.

Este argumento es reiterado en los alegatos finales al señalar: “(...) pareciera ser que Cormagdalena se sustrae a entender que esta terminal es una terminal de pasajeros fluvial de pasajeros que tiene 3 componentes concesionados: una terminal físicamente, que tocó adecuarla para colocarla en servicio, pero que fue el primer elemento entregado en el año 2009; las otras 2 áreas concedidas que son el área adyacente es decir, la orilla entre la orilla y el área propiamente acuática fueron entregadas muchísimo tiempo después es decir, que esta es una concesión que tiene 3 elementos del punto de vista estructural: una terminal, unos accesos y unos muelles que construimos posteriormente o construyó digamos la Nación del departamento de Bolívar concretamente y es decir, solamente esta ecuación perfecta para una prestación de un servicio público de pasajeros se dio solamente 6 años después de firmado el contrato.

Teniendo en cuenta este argumento, es de señalar que la Oficina Asesora Jurídica permitió en la sesión del 18 de junio de 2021, abierto el periodo probatorio, que el representante legal del Contratista, solicitara de manera verbal 17 pruebas, las cuales fueron coadyuvadas por la apoderada del garante, de las cuales se pronunció en la sesión del 22 de julio de 2021, aceptando 12, entre las que se encuentra una prueba documental a la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, para que respondiera:

- a. ¿Se consulten sus archivos desde el año 2009 hasta el año 2015, si Cormagdalena cumplió o no cumplió con su deber de entregar la terminal con muelles?
- b. ¿Qué Cormagdalena certifique sí a partir de la entrega de la concesión en el 2009 ese terminal estaba habilitado para prestar servicio?
- c. ¿Sí Cormagdalena entre los años 2009 y 2015 construyó los muelles?
- d. ¿En qué año Cormagdalena entregó a la sociedad portuaria esos muelles?
- e. ¿Si el contratista actualizó de manera cumplida las pólizas correspondientes?
- f. ¿Si el estado a través de estas entidades le ha garantizado a la sociedad portuaria el uso y usufructo de esa concesión?

Dichas respuestas fueron radicadas mediante comunicación interna No. CI-SGC-202101001470, del 4 de agosto de 2021, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En la mencionada respuesta se señaló que:

**“(…) Respecto de este punto se indica que CORMAGDALENA entrego a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. la infraestructura indicada en el punto anterior, que correspondían a las áreas de oficinas y zona comercial la cuales estaban habilitadas para su funcionamiento y prestar servicio.**

*El cumplimiento de las obras complementarias estaba a cargo del Concesionario, las cuales eran los muelles flotantes y acceso a la plataforma, las cuales permitían la operación del puerto y el funcionamiento de este.*

*Por tanto, no se puede acceder a la solicitud ya que el riesgo de operación 1 del puerto recae únicamente sobre el Concesionario...” (Negrillas con subrayas fuera de texto)*

Teniendo en cuenta lo anterior, aunado con lo señalado en el punto i) relativo a que **“El contrato de concesión se firmó desde el año 2009 y sólo inicia operaciones en noviembre del 2015.”**, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario carece de fundamento, teniendo en cuenta que: a) no es cierto que CORMAGDALENA le haya entregado al Concesionario la concesión incompleta, pues de conformidad con lo establecido en el **“Acta de entrega de bienes de uso público del contrato de concesión portuaria No. 6 de 2009”, (Prueba No. 7)** la cual fue suscrita por ambas partes, el 5 de agosto de 2009, se hace entrega de una zona de uso público acuática, debidamente delimitada por linderos específicos, una zona de uso público terrestre, igualmente delimitada por linderos específicos, y una zona adyacente de servicio debidamente delimitada por linderos específicos; b) El Concesionario conocía de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión 6 de 2009, el estado y las actividades que debía desarrollar en la zona a concesionar, tal y como se evidencia en la Resolución No. 238 del 24 de julio de 2009 mediante la cual se otorgó una concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A.; c) Adicional a lo anterior y respecto de la perturbación de terceros en la zona pública otorgada por Cormagdalena a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. es claro que el concesionario conocía de la situación que acaecía con los pescadores aun así solicitó la concesión portuaria. Asimismo, en oficio del 3 de diciembre de 2009 No. 2009002083 Cormagdalena le indicó al Concesionario, que la autoridad competente era la Alcaldía Municipal de Magangué y las actuaciones atinentes a la recuperación de los predios estaba en cabeza de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A.<sup>32</sup>; d) Por tanto, es de señalar que el riesgo de la operación se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, por lo cual, el inicio de operaciones es responsabilidad del Concesionario, y dependió de las gestiones que realizó en su momento, para poner en marcha el puerto, pues conocía todas las condiciones de la concesión de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión, lo cual no puede ser óbice para no cumplir contractualmente lo pactado.

En efecto, y frente al deber de previsibilidad de los riesgos que tiene el Concesionario, se ha señalado que **“...En los contratos que tiene origen en la iniciativa privada ese deber de previsibilidad recae con mayor rigor en el particular y los postulados señalados por el Consejo de Estado son perfectamente aplicables a la Concesionaria, en cuanto su correcta y oportuna definición tiene por finalidad viabilizar y facilitar la ejecución contractual y por ello la Entidad Estatal como en el caso que nos ocupa, una vez evaluados esos riesgos**

<sup>32</sup> Estos argumentos expuestos por Cormagdalena, frente a los señalamientos del Concesionarios, también fueron reiterados en oficio CE-SGC-202103002719 del 2 de agosto de 2021, como respuesta al Derecho de petición radicado en Cormagdalena el 22 de julio de 2021 con número de registro 202102002687 (Pág. 22 y sig).



los asigna íntegramente al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto...”<sup>33</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, y en relación con los riesgos contractuales, también se ha señalado que: “...De conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1682 de 2013 de Infraestructura, en los procesos de contratación en desarrollo del deber de planeación, debe procurarse una equitativa distribución de riesgo, con base en el principio general de que asume el riesgo quien tiene mayor capacidad de gestionarlo y esta obligación se concreta en adoptar todas las medidas que aconsejen la diligencia y la prudencia de un buen administrador para evitar su ocurrencia o para mitigar sus efectos...”<sup>34</sup>, que para el caso en concreto es el Concesionario, quien tiene la mayor capacidad de gestionar. En consecuencia, se desestima el argumento.

iii. Declaratoria de emergencia sanitaria por COVID-19.

Cómo tercer argumento, el Concesionario señaló que “...Lo segundo que podemos anotar es, lo de la pandemia para marzo de 2020 llega la pandemia y se cierra el país por 8 meses, eso no sólo fue la sociedad portuaria, fue todo el país que estuvo cerrado por 8 meses indudablemente esto causa un detrimento económico al de altísimo costo y sobre todo para la sociedad portuaria que vivía era su ingreso era a partir del transporte y el transporte estuvo cerrado en el país. Ese confinamiento que fue decretado por el estado lamentablemente que es uno de los grandes elementos de juicio para tener en cuenta de por qué la sociedad portuaria el día de hoy se encuentra en ese estado que ya ustedes conocen...”. Este argumento es reiterado en los alegatos finales al señalar: “...Queríamos empezar y esta intervención recordando que Sociedad Portuaria cesó sus operaciones desde el día 24 de marzo, fecha en la cual inició el aislamiento autorizado por el Gobierno, obligatorio lo cual conllevó a que todos los despachos de las cooperativas que operaban en la terminal cerrarían y por ende la sociedad portuaria tuvo que cerrar sus puertas. esta situación se presentó durante 7 meses consecutivos en los que no hubo operaciones, no hubo ingresos y lo cual no nos permitió recaudar recursos para cumplir con nuestras obligaciones incluida la contraprestación (...) Además de eso, le voy a agregar qué es contundente el argumento para no sancionar el hecho de que lo no pagado digamos en un ciclo del ciclo 2020-2021 esté asociado al periodo pandémico, siempre Cormagdalena se resistió a reconocer esa realidad nosotros o sea no entendemos como una entidad pública de estas características, se sustraiga a la legalidad colombiana. el Ministerio de salud a marzo del año 2020 pues reconoció que el país y aún sucede que está sometido a una presión epidemiológica seria, que imposibilita digamos el traslado de pasajeros si eso se aplicó para terminales terrestres para prestación de servicios públicos oye y ¿por qué no aplicarlo para una sociedad portuaria como la de Magangué? que prestaba un servicio público que tienen que ver con personas y combinación de estas digamos en todo el río Magdalena en concretamente la influencia de Magangué...”

Teniendo en cuenta este argumento, es de señalar que en la **Prueba No. 1**, el interventor del contrato realiza el análisis correspondiente a la declaratoria de emergencia sanitaria por Covid 19, y en donde señala que:

<sup>33</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de zona franca Argos S.A.S. Contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, Bogotá D.C., Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 130 y sig.

<sup>34</sup> Ibídem. Pág. 132 y sig.

“...16. Ahora bien, a continuación, nos referiremos a la existencia de alguna disposición legal emitida durante la pandemia que pueda justificar una falta de pago de la contraprestación portuaria.

17. El Decreto 482 del 2020 emitido por el Ministerio de Transporte, el cual tiene como objetivo, de acuerdo a lo indicado en la parte Considerativa del mismo, mantener el equilibrio económico de los Contratos de concesión y compensar la medida transitoria de suspender los términos de las actuaciones administrativas y contractuales adelantadas por las autoridades correspondientes, por lo tanto, surge la necesidad de poder efectuar adiciones en tiempo para garantizar la debida ejecución y desarrollo de los proyectos de infraestructura de transporte a cargo de las autoridades correspondientes.

18. El Artículo 26 establece:

“Artículo 26. Suspensión de contratos de infraestructura de transporte. Las entidades públicas tendrán la facultad de suspender unilateralmente los contratos estatales de infraestructura de transporte a su cargo, en el evento de que dicha suspensión resulte necesaria para el cumplimiento de las medidas derivadas de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica ante la pandemia COVID-19 y no se haya logrado la suscripción del acta de suspensión de mutuo acuerdo dentro de los dos (2) días siguientes a la comunicación que para esos efectos envíe la entidad pública contratante. La suspensión que resulte de aplicar la facultad prevista en este artículo tendrá la misma vigencia de la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica antes mencionada”.

19. El Artículo 27 de dicho Decreto indicó:

“Artículo 27. Plazos de concesiones portuarias. Con independencia de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1 de 1991, las entidades concedentes de concesiones portuarias podrán ampliar los plazos de prórroga de las concesiones previstos en el contrato, por el tiempo que estimen necesario para reconocer los efectos probados que eventualmente generen en la economía del contrato la prestación del servicio en sus puertos, durante el tiempo de declaratoria de emergencia, teniendo como marco los riesgos contractuales y la recuperación del valor de las inversiones hechas”.

20. Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-185 de 2020, aclaró que “el transporte es considerado como un sistema compuesto por dos componentes. El primero se refiere a la infraestructura física y se identifica con las instalaciones fijas, verbigracia la red vial, las terminales, los puertos y las que facilitan los servicios conexos al transporte. El segundo corresponde con el elemento operativo. Se trata de las empresas, los transportadores y la oferta de parque automotor.

De conformidad con los artículos 4o y 6o de la Ley 336 de 1996, el Estatuto Nacional de Transporte, la actividad transportadora ha sido entendida como el conjunto de operaciones que están dirigidas a ejecutar el traslado de personas o cosas, de forma separada conjunta, de un lugar a otro, con la utilización de uno o varios modos, de acuerdo con los permisos de las autoridades competentes, las cuales se basan en los reglamentos del Gobierno Nacional.

El Título I de aspectos generales está compuesto por un capítulo y posee 3 artículos que tienen la finalidad de crear así como regular el Centro de Logística y Transporte –

en adelante CLT- (Art. 1, 2 y 3). Aquí se establecen sus funciones y facultades, las cuales procuran garantizar el servicio público de transporte de personas o de carga, el abastecimiento de alimentos entre otros. El CLT también tiene dentro de sus objetivos orientar a las entidades que pertenecen al sector transporte.

Dentro de la crisis causada por el COVID-19, el CLT tiene la facultad de expedir la reglamentación sobre las condiciones de cooperación y coordinación entre los actores del sector transporte. Así mismo, puede establecer los requisitos para la prestación de ese servicio; modificar la oferta de transporte; asignar temporalmente a las empresas de transporte terrestre intermunicipal de pasajeros a rutas abandonadas o que no estén adjudicadas a ninguna empresa; aprobar los acuerdos de sinergias logísticas eficientes; ratificar previamente los convenios, concertaciones o acuerdos celebrados entre empresas de transporte habilitadas a la modalidad de carga y autorizar medidas concretas, como sería el desembarque de pasajeros en el país por razones de emergencia humanitaria, caso fortuito o fuerza mayor”.

En atención al capítulo 2 del Título III, la Corte señaló que dicho Decreto “establece medidas beneficiosas para las concesiones y la infraestructura, (...). A su vez, durante la vigencia del estado de excepción, los administradores de infraestructura deberán adaptar su operación para mantener los esquemas de servicios determinados por el CLT o el Gobierno Nacional (Par. Art.23). Es más, indica que debe mantenerse el personal mínimo para garantizar la prestación del servicio público de transporte (Ibídem)”.

(...)

El artículo 27 del Decreto Legislativo crea la facultad de las entidades portuarias que celebraron contratos de concesión con particulares para que, si lo estiman necesario, establezcan prorrogas en las concesiones, cuya finalidad será el reconocimiento de los efectos negativos realmente probados en la económica del contrato de prestación del servicio de puertos. Además de (i) crear la facultad para conceder prorrogas en cabeza de las entidades concedentes, la disposición señala que: (ii) la prórroga será fruto de efectos negativos efectivamente evidenciados; (iii) la entidad pública contará con margen para evaluar cuál será el tiempo de prórroga que equilibre la relación económica y reconozca las pérdidas. En todo caso; (iv) la entidad pública que conceda la prórroga de la concesión tendrá que fundar su decisión en “los riesgos contractuales y la recuperación del valor de las inversiones hechas”.

Vale la pena señalar que la norma solo faculta para que se reconozcan los efectos económicos que emerjan durante la declaratoria de la emergencia económica, social y ambiental”. (Negrilla fuera de texto)

Para la Corte, las medidas cumplen con el juicio de conexidad interna, en tanto que se plantean como herramientas encaminadas a resguardar el orden económico por la vía de la ecuación contractual, garantizando la prestación de los servicios esenciales y el sostenimiento de los actores económicos dentro de la estructura comercial.

21. En virtud de lo anterior, los efectos negativos que sufran los concesionarios portuarios podrán justificar una solicitud de ampliación del plazo contractual de acuerdo con el mentado Artículo 27. **Sin embargo, dicho Decreto no estableció que las obligaciones contractuales, individualmente consideradas, pudiera suspenderse su cumplimiento. Por lo anterior, no podría suspender el pago correspondiente a la anualidad No. 12 como consecuencia de la pandemia, sin que se descarte la posibilidad de suscribir un Acuerdo de Pago, tal como se explicó en el concepto rendido por esta Interventoría...**” (Negrillas con subrayas fuera de texto).

Adicional a lo anterior, en la **Prueba No. 11**, la Subdirectora de Gestión Comercial, señaló que:

*“...Revisado el Decreto 482 de 2020 expedido por el Ministerio de Transporte cuyo objeto es “Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica” en su Título II, Capítulo 1 – Transporte de Pasajeros, se evidencia que las medidas de tomadas por el dicho ministerio versan respecto del transporte de pasajero Terrestre como se indican del artículo 4 al 61 del citado Decreto.*

*De lo anterior, se colige que las medidas tomadas por el Ministerio de Transporte fueron encaminadas al sector Transporte Terrestre mas no al transporte fluvial. ya que este último no es mencionado dentro de las limitaciones o prohibiciones implementadas por el citado Ministerio. lo que permitiría a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué operar de manera normal ante el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica decretada por el Gobierno Nacional...” (Negritas con subrayas fuera de texto).*

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario, consistente en la Declaratoria de emergencia sanitaria por COVID-19, para incumplir las obligaciones del contrato de concesión 6 de 2009 carece de fundamento, toda vez que: i) el Decreto 482 del 2020 emitido por el Ministerio de Transporte, está enfocado respecto del transporte de pasajeros Terrestres, tal y como se indican en los artículos 4 al 61, y no al transporte fluvial como pretende señalar el Concesionario; ii) dicho decreto, expedido en el marco de la declaratoria de emergencia sanitaria por Covid 19, no estableció para los concesionarios portuarios, que las obligaciones contractuales, como las emanadas del contrato de concesión portuaria No. 06 de 2009, individualmente consideradas (como la anualidad 12, que se reprocha precisamente al concesionario, por su no cumplimiento en el presente procedimiento administrativo sancionatorio), pudiera suspenderse en su cumplimiento<sup>35</sup>; ii) el Concesionario no agotó la posibilidad de suscribir un Acuerdo de Pago con CORMAGDALENA<sup>36</sup>, para el pago de la obligación emanada de la anualidad 12<sup>37</sup>, y tampoco estableció el tipo de alivio solicitado a CORMAGDALENA,

<sup>35</sup> Prueba 15: Oficio con radicado No.202002005336 del 19 de octubre del 2020 del Concesionario, mediante el cual éste solicitó a la Corporación: “...Conceder Alivios en el pago de la Contraprestación correspondiente al año 2020...”. Con base en dicha solicitud, CORMAGDALENA, solicitó a la interventoría a través de oficio CE-SGC-202003002640 del 12 de noviembre de 2020 (Prueba 17), “...revisar y conceptuar respecto de la solicitud allegada por la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. mediante comunicado 202002005336 por medio del cual solicitan la suspensión del pago de la contraprestación...”

<sup>36</sup> Prueba 13: Oficio CE-SGC. 202003002189 del 22 de septiembre de 2020, mediante la cual CORMAGDALENA dio respuesta al requerimiento realizado por el CONCESIONARIO, indicando los requisitos y documentos que debe remitir para poder suscribir un Acuerdo de Pago.

<sup>37</sup> Prueba 14: A través de oficio SPM905 del 29 de septiembre de 2020, el Concesionario informó que “...varios de estos requisitos no se pueden cumplir por parte de la Sociedad, debido a que no se dispone de ingresos para hacerlo...”



pese al requerimiento realizado por la interventoría<sup>38</sup>. Por tanto, y teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, en consecuencia, se desestima el argumento.

- iv. La apertura de los puentes roncador y quitasueño, bajaron en un 70% los pasajeros que utilizaban la terminal.

El argumento de inconformidad formulado por el Concesionario, frente a la apertura de los puentes roncador y quitasueño, señaló en sus descargos que “...*El tercer elemento para anotar es, la apertura de los puentes. La apertura de los puentes roncador y quitasueño que son ya muy conocidos en el país también acaba con la mayor empresa de transporte fluvial que había en ese momento operando en la sociedad que era, el 70% de los pasajeros dejaron de pasar por el por el terminal precisamente por la apertura de los puentes eso indudablemente los puentes para el país para la región trae unos avances de importantes pero para la sociedad portuaria fue definitivamente otro detonante para llegar a estar en la situación que estamos...*”

Este argumento es reiterado en los alegatos finales, al señalar que: “...*En mayo se abrieron de 2020, se abrieron los puentes lo cual terminó con la ruta a Magangué-bodega-Magangué, la ruta que más representan ingresos para la terminal fluvial pues se movilizaban más de 600 pasajeros diarios en esa ruta y representaba nuestros mayores ingresos. al abrir el puente esa ruta desapareció y la empresa Comultramag que manejaba esa ruta también cesó operaciones. teniendo en cuenta esto cuando reiniciamos operaciones los ingresos recibidos no eran suficientes para nuestras operaciones para cumplir con nuestros gastos y costos, esa situación se mantuvo hasta el 11 de abril donde nuevamente la empresa Cotraimag abandonó nuestra terminal de transporte y cerramos nuevamente, situación que se mantiene hasta la actualidad...*”

Teniendo en cuenta este argumento, es de señalar que esta Corporación ya dio respuesta al mismo<sup>39</sup>, en los siguientes términos:

*“...Respecto de lo señalado el concesionario no puede indicar que dicha obra fue ejecutada sin ser divulgada por la entidad competente a lo que da paso a lo señalado por el Tribunal Arbitral que dirimió las controversias entre Zona Franca Argos S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, concluyendo que cuando la iniciativa es privada se delega en el particular*

<sup>38</sup> Teniendo en cuenta que el Concesionario no especificó el tipo de alivio solicitado para el pago de la contraprestación correspondiente al año 2020, la Interventoría procedió a solicitar al Concesionario mediante oficio CII-052-RL del 13 de noviembre de 2020 (Prueba No. 18), información respecto del tipo de alivio requerido. Sin embargo, el Concesionario no aportó la información solicitada, razón por la cual, mediante Oficio CII-077-RL del 27 de noviembre de 2020 (Prueba No. 19), radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 202002006468, la Interventoría presentó el concepto solicitado, concluyendo que respecto del pago de la anualidad No. 12, “...*Sí es posible realizar un acuerdo de pago con Cormagdalena respecto del valor de la cuota No. 12 correspondiente al año 2020. No obstante, para ello, el Concesionario deberá dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 63 de la Resolución No. 311 de 2019 y deberá así mismo regularse lo establecido al reconocimiento y pago del interés de mora de acuerdo con el artículo 69 de dicha Resolución. Es de resaltar que, de acuerdo a lo indicado en el artículo 68 de la Resolución 311 de 2019, ‘En ningún caso procederá la condonación de los intereses...*”.

<sup>39</sup> Oficio Cormagdalena con radicado No. 2021-300-2968, del 26 de agosto de 2021, Asunto: Respuesta al comunicado radicado el Cormagdalena con No. 202102003159. Páginas 9 y siguientes.

la estructuración del negocio, su viabilidad financiera, operativa y técnica dentro de unos parámetros básicos establecidos en la Ley y en los planes de expansión portuaria. El laudo en mención establece lo siguiente

*‘el particular tiene íntegramente la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto y en ello debe empeñar todo su esfuerzo y todo su conocimiento no solamente de los mercados sino del entorno macroeconómico en el cual va a desarrollar su actividad.*

*Es cierto que la entidad estatal tiene la potestad de revisar el modelo para confirmar que se ajusta a los presupuestos de las normas legales, analizar el monto y naturaleza de las inversiones y el cronograma de ejecución y calcular la contraprestación, pero esta facultad no implica que el Estado asume el deber de planeación como sí ocurre cuando la iniciativa tiene origen un proceso de licitación.’*

En relación con la asunción de los riesgos, lo que complementa el varias veces citado deber de planeación y de previsibilidad, **el mismo laudo establece de manera reiterada que en los contratos que tienen origen en la iniciativa privada el deber de previsibilidad en la estructuración del contrato recae con mayor rigor en el particular**, por lo que el Concesionario asume íntegramente los riesgos contractuales:

*‘En cumplimiento de los deberes de planeación y previsibilidad, recaen en la sociedad concesionaria y en su matriz controlante la responsabilidad de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la evaluación del negocio y en la asunción de riesgos a él asociados, en tanto si bien su obligación no es de resultado, están obligados dentro de sus capacidades y conocimiento a precaver esos riesgos.’*  
(...)

Así y aunque no exista una disposición precisa que lo indique en la Ley 1a de 1991, **en estos proyectos como en las asociaciones público-privadas el particular estructurador asume íntegramente los riesgos contractuales.** [7](Negrillas y subrayas por fuera del texto original)”

Adicionalmente, el laudo arbitral mediante el cual se dirimieron las controversias surgidas entre OCENSA y la Agencia Nacional de Infraestructura, el tribunal sostuvo que en un contrato de concesión portuaria el Concesionario asume los riesgos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada:

*‘En relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que **uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada.** Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta.’* (resaltado en negrilla fuera de texto)

Por tratarse de un contrato estatal le son aplicables los principios establecidos en el artículo 1o de la Ley 1a de 1991 y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentra el **deber de planeación**, así como también le es aplicable el **deber de previsibilidad** consagrado en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el cual reza así:

*“Artículo 4°. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.*

*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.’* (Subrayas por fuera del texto original)

*Por tanto, la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. debió planificar la estrategia de mercado al momento de conocer que se iban a ejecutar las obras de los puentes que menciona para así no ser afectado como lo manifiesta...”*

Teniendo en cuenta este argumento señalado por el Concesionario, es de señalar que la Oficina Asesora Jurídica permitió en la sesión del 18 de junio de 2021, una vez ordenada la apertura del periodo probatorio, que el representante legal del Contratista, solicitara de manera verbal 17 pruebas, las cuales fueron coadyuvadas por la apoderada del garante, de las cuales se pronunció en la sesión del 22 de julio de 2021, aceptando 12, entre las que se encuentra una prueba documental al FONDO ADAPTACIÓN, para que respondiera:

a. *¿En qué fecha fue abierto oficialmente el puente roncador o por lo menos se dio la autorización para el tránsito por el puente roncador?*

Dicha respuesta fue remitida mediante correo electrónico el 5 de agosto de 2021, e incorporada en 10 folios, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En dicha respuesta se señaló que:

**“...El 31 de mayo de 2012 se celebra el Convenio Marco No. 014 de 2012 entre el INVIAS y el Fondo Adaptación, cuyo objeto consiste en “(...) aunar esfuerzos para el desarrollo y ejecución del proyecto “Grandes proyectos y sitios críticos de la red vial nacional no concesionada afectados por el fenómeno de la niña 2010-2011”**

**En el marco de ese convenio, el Fondo Adaptación suscribió con el Consorcio Nacional Yatí el contrato de obra 127 de 2015, para ejecutar la construcción de las obras de la Interconexión vial Yatí – Bodega, en el departamento de Bolívar. El puente Roncador, hace parte del tramo 4 intervenido con este contrato de obra.**

*Teniendo en cuenta el Convenio 014 de 2012, mediante acta suscrita el 30 de marzo de 2020, el Fondo Adaptación hace entrega al INVIAS de las obras correspondientes a la interconexión vial Yatí-Bodega, ruta 7802, PR69+000 al PR80+000, en el departamento de Bolívar, que incluyen el puente Roncador, para su operación y mantenimiento.*

*Por lo tanto, el INVIAS desde el 30 de marzo de 2020, se obliga a la custodia, vigilancia, administración, operación, mantenimiento y puesta en funcionamiento de las obras de la interconexión vial Yatí-Bodega...” (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, respecto al argumento expresado por el Concesionario, es claro que: a) La obra del puente roncador inició en ejecución del Contrato de Concesión 6 de 2009, siendo un hecho notorio en la región, con lo cual, el Concesionario de conformidad con las obligaciones legales que tiene, así como los riesgos asignados en el contrato estatal, debió realizar las gestiones pertinentes, precisamente para mitigar o eliminar el riesgo a sus operaciones que se avecinaba; b) Si bien es cierto que la cooperativa COOMULTRAMAG, señaló en su respuesta<sup>40</sup> que “...Al cuestionamiento: ¿Si de inmediato a la semana de haberse abierto el puente suspendió operaciones porque nadie volvió a utilizar la chalupa para el transporte? Rta: Si. Totalmente. La Cooperativa de Transportes de pasajeros de Magangué, tenía rutas habilitadas, con permiso de operaciones para ejecutar el transporte fluvial en las rutas Magangué-Bodega y Magangué-

<sup>40</sup> Remitida mediante correo electrónico el 4 de agosto de 2021, e incorporada en 1 folio.

pinto. Al quedar en funcionamiento la Interconexión vial Yati-Bodega (Puente Roncador), que cubre terrestremente el trayecto Magangué- isla de Mompo, por sustracción de materia queda totalmente extinguida la ruta fluvial, por lo que no tenía razón de ser seguir despachando nuestras embarcaciones en ese corredor, al eliminarse sus usuarios...”, lo anterior pone de presente y evidencia la falta de planificación del Concesionario para evitar precisamente verse afectado por la apertura del puente, habiendo tenido el tiempo necesario para ello (2012 a 2020), lo cual no se entiende como en 8 años de ejecución de la concesión no se tomaron las medidas necesarias para ello; c) Con base en el material probatorio del presente procedimiento administrativo sancionatorio<sup>41</sup>, el Concesionario no demostró acciones que demostraran que trató de mitigar el riesgo que se podría consolidar con la apertura al servicio público del puente antes referido, por lo cual se comparte la apreciación antes expuesta de la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación al señalarle al Concesionario que “...debió planificar la estrategia de mercado al momento de conocer que se iban a ejecutar las obras de los puentes que menciona para así no ser afectado como lo manifiesta...” d) adicional a lo anterior, tal y como señala la interventoría en su oficio No. CE-CCL0121-120-21 del 4 de agosto de 2021, “...Los datos estadísticos sobre pasajeros y movimientos no obra en los registros de la Interventoría, y esta sólo podría obtenerse con base en los registros propios del concesionario quienes deberían contar con las estadísticas anuales de movimientos de pasajeros desde la solicitud de concesión hasta la fecha, por tratarse de una acción relacionada con la operación y sus proyecciones de ingresos y demanda. (...) Así las cosas, amén de lo expuesto sobre los mencionados hechos de validación de una eventual pérdida de 250.000 pasajeros acaecidos por la “apertura del puente Roncador”, no es posible contractualmente hacer estudios, análisis o proyecciones de impacto al modelo económico del concesionario por efecto de disminución del volumen de pasajeros a movilizar por el terminal lo que implicaría una disminución de los ingresos por el cobro de sus tarifas de uso...”, y sobre lo cual no hay prueba alguna aportada por el Concesionario que demuestre la disminución de volumen de pasajeros por la apertura del puente antes citado. En consecuencia, se desestima el argumento.

<sup>41</sup> El Consorcio Carlep, como interventor del contrato, mediante memorial fechado el 4 de agosto de 2021 (y allegado a esta OAJ el pasado 8 de julio de 2021 mediante correo electrónico), en respuesta al oficio CE – OAJ – 202103002526 donde se informa que se decretó las aclaraciones y complementaciones a la PRUEBA POR INFORME, rendida por parte de la Interventoría mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, señala que: “...Como quiera que no se puede inferir del contrato que esté a nuestro cargo la realización de este tipo de análisis o estudios, lo que ciertamente es un cambio no solo a las obligaciones contractuales, sino al objeto mismo del contrato, fundados en que ellos exigen, entre otros muchos aspectos, conocer a detalle el modelo económico presentado por el concesionario y aceptado por la entidad, realizar estudio de mercadeo, de aforos, proyecciones de crecimiento etc, análisis detallado de los estudios previos que soportaron el análisis técnicos y económicos que se sustentaron para la realización y ejecución del puente Roncador, esto es: i) estudios de ingeniería, (ii) aspectos presupuestales, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto y (v) proyectar la gestión predial. (...) Los datos estadísticos sobre pasajeros y movimientos no obra en los registros de la Interventoría, y esta sólo podría obtenerse con base en los registros propios del concesionario quienes deberían contar con las estadísticas anuales de movimientos de pasajeros desde la solicitud de concesión hasta la fecha, por tratarse de una acción relacionada con la operación y sus proyecciones de ingresos y demanda...” (Negritas y subrayas fuera de texto).



- v. Incumplimiento de las autoridades nacionales, regionales y locales para hacer cumplir la normatividad a que las empresas de transporte fluvial operaran desde terminal.

Sobre el particular, como quinto argumento expuesto por el Concesionario, se señaló en sus descargos que *“...Y un cuarto elemento con el que quiero cerrar porque ese es la realidad en cuanto tiene que ver con esa situación de la sociedad portuaria es el incumplimiento de las autoridades tanto nacionales como regionales como locales para hacer cumplir la normatividad a que las empresas de transporte fluvial operaran desde terminal, no fue posible a pesar de las diferentes gestiones que la sociedad portuaria hizo con el Ministerio de transporte, con el mismo Cormagdalena que se les solicitaba el apoyo, con la base del militar que está en la región, con la policía, con las mismas empresas y ese incumplimiento también en la misma alcaldía de Magangué, la misma administración municipal nunca nos apoyó ese proceso. La inspección fluvial mucho menos entonces, ese es el otro de los elementos de juicio muy importante como argumento para tener en cuenta de por qué la sociedad portuaria el día de hoy está en ese detrimento económico...”* Este argumento es reiterado en los alegatos finales al señalar que: *“...Cuando reiniciamos operaciones nuevamente que fue el 01/11/2021, después de una serie de reuniones que se realizaron y concertaciones porque las empresas de transporte fluvial no querían trabajar en la terminal, no querían desplazarse hasta la terminal se reinició operaciones solamente como una empresa que la de Cotrainmag que es la que tiene la ruta hacia sur de Bolívar y Sucre.”* (...) *“siempre nos ha tocado padecer una competencia en toda la rivera del río en jurisdicción de Magangué por lo tanto, hay una resistencia al uso de la terminal de transporte habilitada como tal y eso ha causado un grave impacto económico a la sociedad que se vio abocada además a una reestructuración empresarial...”*

Teniendo en cuenta este argumento, es de señalar que la Oficina Asesora Jurídica permitió en la sesión del 18 de junio de 2021, abierto el periodo probatorio, que el representante legal del Contratista, solicitara de manera verbal 17 pruebas, las cuales fueron coadyuvadas por la apoderada del garante, de las cuales se pronunció en la sesión del 22 de julio de 2021, aceptando 12, entre las que se encuentra una prueba documental a la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, para que respondiera entre otros temas, que:

- f. *¿Si el estado a través de estas entidades le ha garantizado a la sociedad portuaria el uso y usufructo de esa concesión?*

Dichas respuestas fueron radicadas mediante comunicación interna No. CI-SGC-202101001470, del 4 de agosto de 2021, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En dicha respuesta se señaló que:

*“(...) CORMAGDALENA solo puede informar y/o pronunciarse respecto de las actuaciones que realiza en le (sic) marco de las competencias designadas por la Ley2 y las estipuladas en el contrato de concesión portuaria 06 de 2009.*

*A lo que respecta esta Corporación a realizó todas las actuaciones necesarias y conducentes ante otras entidades administrativas para que el concesionario pudiera ejecutar su proyecto portuario entre ellas se destacan oficios y reuniones las cuales se indican en el siguiente cuadro:*

Reuniones			
Fecha	Promotor de la reunión	Asistentes	Objeto
27 de febrero de 2018	CORMAGDALENA	Cormagdalena, inspección fluvial de Magangué, Armada, representantes de las empresas transportadores fluviales ubicadas en el municipio de Magangué.	Mesa de trabajo para la activación del puerto
3 de agosto de 2018	CORMAGDALENA	CORMAGDALENA, Sociedad Portuaria Regional de Magangué	Seguimiento al movimiento de pasajeros
Oficios			
No. De oficios	Emisor	Receptor	Asunto
2009002129 del 15 de diciembre de 2009	Cormagdalena	Alcaldía de Magangué	Solicitud de gestión municipal de recuperación de espacio público.
2011000462 del 28 de marzo de 2011	Cormagdalena	Inspector fluvial de Magangué	Empresas de transporte fluvial de pasajeros de Magangué.
2011000600 del 14 de abril de 2011	Cormagdalena	Alcaldía de Magangué	Solicitud de desalojo de zona de uso público acuática y terrestre por parte de empresa transportadoras fluviales
20110001854 del 7 de diciembre de 2011	Cormagdalena	Alcaldía de Magangué	Solicitud de desalojo de zona de uso público acuática y terrestre por parte de empresa transportadoras fluviales
Oficio 201803002043 del 24 de agosto de 2018	Cormagdalena	Alcaldía de Magangué secretaria de General y del interior	Citación de reunión 6 de septiembre de 2018.

Aunado a lo anterior, y dentro de las 12 pruebas documentales aceptadas por la Oficina Asesora Jurídica, de las solicitadas por el Concesionario y coadyuvadas por el Garante, se encuentra la respuesta dada por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE MAGANGUE- BOLÍVAR, en relación a la prueba documental, consistente en *¿Sí la alcaldía ha desplegado operativos de control, para garantizar el funcionamiento de la terminal?* Dicha respuesta fue remitida mediante correo electrónico el 12 de agosto de 2021, e incorporada en 277 folios, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En dicha respuesta se remite:

- Decreto Municipal No. 467 del 9 de agosto de 2011, mediante el cual “...SE DICTAN MEDIDAS ESPECIALES PARA EL TRASLADO A LAS INSTALACIONES DE LA NUEVA TERMINAL DE TRANSPORTES FLUVIAL DE MAGANGUE, DE TODAS Y CADA UNA DE LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE PASAJEROS FLUVIALES QUE OPERAN EN LA CIUDAD”.
- Plan de Acción PARA LA FORMALIZACIÓN DE OPERACIONES FLUVIALES EN LA ZONA PORTUARIA DE MAGANGUE -PLAFLUV.

- Oficios del 3 y 5 de agosto de 2015 del secretario General de la Alcaldía de Magangué, a el Alcalde la época, el Inspector Fluvial, Procurador Provincial, Comandante del tercer distrito de Policía, Comandante de Estación de Policía, Policía Judicial – SIJIN, Comandante Baflim 17, Cootraimag, Coomultramag, Cootraflurmag, Cootraflusuc, La Cabrera SAS, Transporte la Unión, SPRM, Personero Municipal, mediante el cual se convoca a reunión para socializar el plan de acción ordenado en el Decreto Municipal No. 467 del 9 de agosto de 2011.
- Oficios del 30 de julio del secretario General de la Alcaldía de Magangué, a el Alcalde la época, el Inspector Fluvial, Procurador Provincial, Comandante del tercer distrito de Policía, Comandante de Estación de Policía, Policía Judicial – SIJIN, Comandante Baflim 17, SPRM, Personero Municipal, mediante el cual se adjunta el decreto 510 de julio 8 de 2015 *“Por el cual se acata la Sentencia Judicial No. 111 del 31 de octubre de 2012, se ordena ejecutar el decreto 0467 del 9 de agosto de 2011 y se establecen medidas para su eficaz y efectivo cumplimiento...”*.
- Acta de reunión del miércoles 5 de agosto de 2015, con autoridades locales.
- Acta de reunión del miércoles 5 de agosto de 2015, con autoridades locales y transportadores fluviales.
- Decreto Municipal No. 510 de julio 8 de 2015 *“Por el cual se acata la Sentencia Judicial No. 111 del 31 de octubre de 2012, se ordena ejecutar el decreto 0467 del 9 de agosto de 2011 y se establecen medidas para su eficaz y efectivo cumplimiento...”*.
- Oficio de Cormagdalena No. 2009002129 del 15 de diciembre de 2009, con asunto, solicitud de gestión municipal.
- Acta de acuerdo para el traslado de las empresas transportadoras fluviales de pasajeros a la nueva terminal de pasajeros de Magangué (Bolívar), del 2 de septiembre de 2015.
- Acta de socialización del 29 de mayo y 5 de junio de 2015, para concretar traslado de transportadores a SPRM.
- Acta de reunión del 9 de julio de 2015 con autoridades locales.
- Acta de reunión del 6 de agosto de 2015 con autoridades locales y transportadores fluviales.
- Acta de reunión del 2 de julio de 2015 con autoridades locales.
- Acta de reunión del 14 de julio de 2015 con autoridades locales.
- Copia de Comparendos de multa e inmovilización a embarcaciones, fechados el 17 de diciembre de 2015.
- Comunicación del 16 de noviembre de 2018, entre el Inspector Fluvial y el Alcalde de Magangué, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.
- Comunicación del 23 de Octubre de 2018, entre el Superintendente Delegado de Puertos y el Alcalde de Magangué, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.
- Comunicación del 23 de Octubre de 2018, entre el Superintendente Delegado de Puertos y Comandante del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 17, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.

- Comunicación del 31 de Octubre de 2018, entre el Subdirector de Gestión Comercial del Cormagdalena y el Alcalde de Magangué, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.
- Acta de reunión del 19 de septiembre de 2018 de la Alcaldía Municipal de Magangué y transportadores fluviales.
- Acta de reunión del 21 de agosto de 2018 de la Alcaldía Municipal de Magangué y transportadores fluviales.
- Acta de reunión del 21 de junio de 2018 de la Alcaldía Municipal de Magangué y transportadores fluviales
- Acta de acuerdo con los transportadores fechada el 28 de agosto de 2018, entre otros documentos.

Así mismo, dentro de las 12 pruebas documentales aceptadas por la Oficina Asesora Jurídica, de las solicitadas por el Concesionario y coadyuvadas por el Garante, se encuentra la respuesta dada por LA INSPECCIÓN FLUVIAL DE MAGANGUÉ - MINISTERIO DE TRANSPORTE, en relación a la prueba documental, consistente en *¿Certifique sí ha intervenido contra el uso ilegal de la orilla del río que es tomada como una terminal por parte de las empresas transportadoras fluviales?* Dicha respuesta fue remitida mediante correo electrónico el 2 de agosto de 2021, e incorporada en 9 folios, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En dicha respuesta se señaló que:

*“...informe a la Superintendencia de Transporte el abandono de las instalaciones por parte de las empresas que estaban despachando del muelle concesionada a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A., y también envié la circular No. 20179070001052 del 29-08-2017 donde se le informa a las empresas de Transporte Público Fluvial de Pasajeros que no podían atracar en sitios diferentes al muelle concesionada a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A., quienes desacataron lo solicitado por lo cual se procedió a dar traslado a la Superintendencia de Transporte, para lo pertinente. Con base a lo anterior, la Superintendencia de Transporte inició las respectivas investigaciones administrativas a las empresas que no cumplieron lo solicitado tal como consta en el oficio No. 20176101170161 de fecha 28-09-2017 firmado por el Superintendente Delegado de Puertos, Dr. Rodrigo José Gómez Ocampo y dirigido al Gerente de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A...”*

De igual forma, también dentro de las 12 pruebas documentales aceptadas por la Oficina Asesora Jurídica, de las solicitadas por el Concesionario y coadyuvadas por el Garante, se encuentra la respuesta dada por SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS - SUPERTRANSPORTE, en relación a la prueba documental, consistente en *¿Sí ha logrado que todas las empresas de transporte especialmente de moto canoa, sí ha logrado obligarlas a utilizar la única terminal legalmente autorizada allí en esa zona para el zarpe de embarcaciones?* La respuesta fue remitida mediante correo electrónico el 11 de agosto de 2021, e incorporada en 15 folios, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En la mencionada respuesta se señaló que:

*“...la Dirección de investigaciones de Puertos le informa que se han adelantado desde la Dirección de Promoción y Prevención de la Delegatura de Puertos labores para instar a la sociedad portuaria al cumplimiento dentro de la campaña denominada “+ Transporte Marítimo y Fluvial + Formalización”. Así las cosas y con ocasión de la mencionada campaña, se realizaron eventos, operativos y reuniones*



encaminadas a que la operación fluvial del municipio de Magangué tuviese como sitio de operaciones el único embarcadero autorizado concesionado a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ.

Sobre esta base, los días 6 y 7 de septiembre de 2019 se llevó a cabo, en conjunto con la inspección fluvial de Magangué, el Batallón No. 17 de Infantería de Marina y la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional el evento “HACÍA LA CONSOLIDACIÓN DEL TRANSPORTE FLUVIAL COMO MOTOR DE DESARROLLO SOCIAL Y ECONÓMICO EN MAGANGUÉ”, cuyo propósito fue capacitar a las empresas transportadoras sobre la normatividad que regula la prestación del servicio público de transporte fluvial en el municipio.

Seguido de esto, y en el marco de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020 a causa del COVID – 19 se suspendieron todos los operativos, reuniones y eventos, y se reanudó la inspección y vigilancia por parte de la Dirección de Promoción y prevención con el operativo de inspección realizado en Magangué, Bolívar entre el 14 y el 22 de octubre de 2020, donde se evidenció que ninguna de las empresas se encontraba operando desde las instalaciones del puerto.

Así las cosas, y para darle seguimiento a la situación presentada en el muelle autorizado del municipio, del 16 al 22 de octubre de 2020, las empresas de transporte fluvial y la sociedad portuaria, acordaron iniciar de operaciones a partir del 1 de noviembre de 2021. Adicionalmente, el 30 de octubre de 2020, la Dirección de Prevención y Promoción envió comunicaciones a varias de las empresas prestadoras del servicio en la zona con la finalidad de verificar el traslado de los parques fluviales a la terminal de la sociedad portuaria, tal como se relaciona en la siguiente tabla.

Razón Social	NIT	Radicado
Cooperativa Multiactiva de Transporte Terrestre Fluvial y Agropecuario Del Departamento De Sucre (COOTRAFLUVSUC)	892.200.932-4	20206300574931
Cooperativa Integral de Transporte de Magangué (COOTRAIMAG)	890.480.666-2	20206300574941
Transportes El Panseguita S.A.S	900.842.819-2	20206300574951
Transporte Fluvial Rio Chicagua S.A.S	900.897.624-1	20206300574961
Transportes Fluvial Regional E.A.T (TRANSFLUREG E.A.T)	806.011.513-8	20206300574971
Transportes La Unión & Cia. Ltda	806.008.955-9	20206300574981

Cabe resaltar que pese a los esfuerzos de capacitación por parte de esta Superintendencia y con base en el seguimiento de los compromisos por las diferentes empresas que operan desde el municipio de Magangué, las empresas a la fecha presuntamente no han cumplido lo acordado en dichas reuniones...

Teniendo en cuenta todo lo anterior, respecto al argumento de incumplimiento de las autoridades tanto nacionales, como regionales, y locales para hacer cumplir la normatividad a que las empresas de transporte fluvial operaran desde la terminal concesionada al Concesionario, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica, que las pruebas recaudadas dan cuenta de que no obedece a la realidad, lo expresado por el Concesionario.

En efecto, está claro que la institucionalidad ha generado y se siguen generando las acciones pertinentes para el cumplimiento de lo establecido en la normatividad portuaria, lo cual se evidencia no solamente con las acciones desarrolladas por CORMAGDALENA (entre otras, las mesas de trabajo para la activación del puerto, seguimiento al movimiento



de pasajeros, solicitudes de gestión al Alcalde Municipal de Magangué, respecto a la recuperación del espacio público, así como al inspector fluvial de conformidad con sus funciones, en coadyuvancia con las gestiones de la administración municipal), sino también por las acciones desarrolladas por la Alcaldía Municipal de Magangué, quien a su vez realizó lo propio, mediante la expedición de un Decreto Municipal para el traslado de los operadores fluviales a las instalaciones del Concesionario, y además remitió sendos oficios a las autoridades fluviales en apoyo a las gestiones que venía adelantando no solo CORMAGDALENA, sino la propia Alcaldía, citando a reuniones con la comunidad, a las autoridades fluviales y al Concesionario, incluso imponiendo comparendos administrativos a los operadores fluviales incumplidos, entre otras.

De igual forma, tanto la Inspección fluvial, como la Superintendencia de Transporte (antigua Superintendencia de Puertos) adelantaron las gestiones pertinentes, mediante campañas de sensibilización y reuniones, llegando a acuerdos con los operadores portuarios. Por tanto y con todo lo señalado anteriormente y hasta el momento, se desestima el argumento en consecuencia, por carecer de fundamento.

vi. El equilibrio financiero de los contratos de concesión.

Cómo sexto argumento, el Concesionario expuso en sus alegatos finales que: *“...las concesiones como estas, buscan el equilibrio financiero para lado y lado. En este caso nos estamos refiriendo a una concesión de un servicio público de transporte fluvial de pasajeros que no ha alcanzado su equilibrio por diferentes circunstancias ya conocidas...”*

Teniendo en cuenta este argumento, es de señalar que la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, mediante oficio No. 2021-300-2968 del 26 de agosto de 2021, con asunto *“Respuesta al comunicado radicado el Cormagdalena con No. 202102003159”*, dio respuesta al Concesionario, señalándole sobre este tema, lo siguiente:

**“...1- RIESGO DE LA CONCESIÓN.**

*Respecto de este punto se indica lo siguiente:*

*la Ley 1° de 1991, “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”. Esta disposición le dio paso a las concesiones portuarias que permitieron la intervención de inversionistas privados en la construcción y operación de los puertos de la Nación a cambio de una contraprestación[1].*

*Posteriormente, la Ley 80 de 1993 se encargó de determinar los principios generales de la contratación pública. Además, fijó los lineamientos para los contratos de concesión de bienes del Estado entre los que se encuentran los contratos de concesión portuaria.*

*En relación con los contratos de concesión, el numeral cuarto del artículo 32 de la Ley 80 indica que son aquellos en los que el Estado le otorga a un particular llamado concesionario la construcción, operación, entre otros, de un servicio público, o de una obra o bien destinada al servicio público, así como todas las actividades necesarias para su funcionamiento. Lo anterior, **a cuenta y riesgo del concesionario** y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.*

*Al respecto, la Corte Constitucional[2] ha hecho referencia a que los contratos de concesión se desarrollan por cuenta y riesgo del concesionario. Esto significa que **la construcción, la administración, la operación y la prestación del servicio, está a cargo del concesionario a cambio de una remuneración.***

*Además, enfatiza en el hecho de que, **dado que explota el servicio que le fue concesionado “a su riesgo y ventura”, cobra de manera directa al usuario las tarifas por el servicio que presta.***

Al tenor de dicha Corporación:

“(…) la concesión es un tipo de contratación pública. El numeral 4o del artículo 32 de la Ley 80 lo define. Los contratos de concesión son usados por los Estados, en general, para la satisfacción de sus necesidades cuando no poseen recursos suficientes para hacerlo directamente o por razones de eficiencia en la administración o mantenimiento de obras o servicios públicos. **En esas circunstancias el Estado debe propender porque la construcción o las actividades de administración, mantenimiento o prestación de obras o servicios públicos se hagan por cuenta y riesgo del concesionario a cambio de una remuneración.** Esto adquiere mayor relevancia cuando se entregan bienes del Estado para la explotación privada.

(…)

Mediante el sistema de concesiones, el concesionario se compromete a explotar el servicio concesionado a su riesgo y ventura, y por tanto, a cobrar directamente del usuario las tarifas por el servicio prestado<sup>45</sup>. (Negrilla y subraya fuera del texto).

Bajo ese entendido, se tiene que, el concesionario, al conocer que el contrato es a su cuenta y riesgo, y que recibirá una remuneración por ello, **se encuentra dispuesto a asumir la totalidad de los riesgos que de él se deriven**, esto es, **los constructivos, comerciales, de operación, financieros, regulatorios, entre otros**, salvo que exista un pacto expreso en otro sentido.

Ahora bien, en el marco de lo mencionado es importante definir qué se entiende por riesgo. De forma general, el riesgo es “una medida de variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento”.

De manera concreta, el riesgo contractual es definido como “todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo<sup>[3]</sup>”

A su vez, los **riesgos previsibles** se conciben como “todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, **tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero<sup>[4]</sup> del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales<sup>[5]</sup>**”. (Negrilla y subraya fuera del texto).

**Visto lo precedente, y sin perder de vista que los contratos de concesión se desarrollan por cuenta y riesgo del concesionario, se traerán a colación algunas disposiciones mediante las que se han emitido lineamientos en relación con la asignación de riesgos.**

(…)

Para el caso que nos atañe se resaltan los siguientes riesgos:

#### CONSTRUCCIÓN:

“A cargo del concesionario. Solo para aquellos proyectos en los que la información disponible no sea suficiente y confiable para controlar el riesgo las entidades estatales podrán estructurar mecanismos y/o otorgar garantías para cubrir parcialmente este riesgo. Un ejemplo concreto, es el de proyectos que involucran la construcción de túneles”. (Negrilla y subraya fuera del texto).

#### OPERACIÓN:

“A cargo del concesionario.

Depende estrictamente de su gestión el control de los costos de operación, mantenimiento, reposición de equipos y operación, incluidas las cantidades de obra asociadas. Solo para aquellos proyectos en los que la información disponible no sea suficiente y confiable para controlar el riesgo, las entidades estatales podrán estructurar mecanismos y/o otorgar garantías para cubrir parcialmente este riesgo. Un ejemplo de este caso es el mantenimiento de las condiciones de operación en canales navegables. En proyectos aeroportuarios el riesgo puede ser compartido, por cuanto la operación en temas aeroportuarios depende del inversionista y en aspectos aeronáuticos del Estado”. (Negrilla y subraya fuera del texto)

#### COMERCIAL:

“El riesgo comercial es asumido por el concesionario.

En el sector transporte, se han desarrollado concesiones con esquema de plazo variable y de plazo fijo. Un ejemplo de esquemas de plazo variable es el esquema actual de concesiones viales, donde el plazo se cumple cuando el concesionario alcance el ingreso esperado como se explica en el Anexo 1”. (Negrilla y subraya fuera del texto).

**Por todo lo antes indicado, al momento de suscribir el contrato de concesión portuaria el concesionario su(sic) asume la totalidad de los riesgos inherentes del contrato firmado por las partes...**” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así mismo en esta misma comunicación la Subdirección Comercial señaló adicionalmente al Concesionario que:

“...Adicionalmente, el laudo arbitral mediante el cual se dirimieron las controversias surgidas entre OCENSA y la Agencia Nacional de Infraestructura, el tribunal sostuvo que en un contrato de concesión portuaria el Concesionario asume los riesgos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada:

“En relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que **uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada.** Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta.” (resaltado en negrilla fuera de texto)

Por tratarse de un contrato estatal le son aplicables los principios establecidos en el artículo 1o de la Ley 1a de 1991 y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentra el **deber de planeación**, así como también le es aplicable el **deber de previsibilidad** consagrado en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el cual reza así:

**“Artículo 4°. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.**



*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.” (Subrayas por fuera del texto original)*

**Por tanto, la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. debió planificar la estrategia de mercado al momento de conocer que se iban a ejecutar las obras de los puentes que menciona para así no ser afectado como lo manifiesta.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, respecto al argumento del equilibrio financiero de los contratos de concesión, es evidente para esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que: a) Esta corporación ya se pronunció sobre la solicitud elevada por el Concesionario; b) Los contratos de concesión se desarrollan por cuenta y riesgo del concesionario<sup>42</sup>, de

<sup>42</sup> “...Tal y como lo mencionó el Tribunal en aparte anterior, **en materia de concesión portuaria, por política de Estado destinada a incentivar la actividad, (documentos CONPES) el particular concesionario asume un riesgo en el desarrollo de esa actividad en cuanto tiene la carga de efectuar las inversiones necesarias para prestar el servicio, en las condiciones económicas y materiales en que se presentó la solicitud a la entidad pública (CORMAGDALENA) y fue aceptada por ésta. El concepto de asunción de riesgo implica para el particular que, cualquiera que sea el resultado de la actividad, está obligado a pagar la contraprestación fija que se conviene en el Contrato y que, en cuanto no se pacte que durante el plazo, se efectúen ajustes a esa contraprestación, ésta se causa como una suma predeterminada, sea que el particular obtenga utilidad o pérdida en la prestación del servicio...**” (Negrillas y subrayas fuera de texto). Laudo arbitral del 22 de junio de 2015. PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. contra CORMAGDALENA. Contrato de concesión No. 34, suscrito el 1 de febrero de 2007. En igual sintonía a lo ya señalado: “...En relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada. Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta. La obligación de estimar, tipificar, y asignar los riesgos previsibles en ejecución de un contrato estatal aparece en el año 2007 con la Ley 1150, modificatoria de la Ley 80 de 1993. Entonces, lo referente a la transferencia del riesgo como elemento característico de la concesión portuaria en los términos de la Ley 1a de 1991, para el momento de su expedición, resulta posible referenciando lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 222 de 1983 (antigua normativa en materia de contratación pública), el cual señala, en lo referente a la definición del contrato de concesión de obra pública que:

***“ARTICULO 102. Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.”*** (Subrayas y negrita fuera de texto)

conformidad con los postulados señalados por el Consejo de Estado<sup>43</sup>; c) Al momento de suscribir el contrato de concesión portuaria el concesionario asume la totalidad de los riesgos inherentes del contrato firmado por las partes (Construcción, Operación y Comercial), teniendo en cuenta que este el que tiene el control de los mismos. En efecto, frente al deber de planeación y previsión del Concesionario **“...le son aplicables los principios establecidos en el artículo 1° de la Ley 1 de 1991 y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 incluido, el deber de planeación para la celebración del contrato y a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007 aplica también el deber de previsibilidad, consagrado en el artículo 4<sup>44</sup> (...) Conforme a la Ley 1 de 1991 la iniciativa de la concesión puede tener origen en el particular, como ocurrió en este caso, y ello implica que están obligados tanto la Concesionaria como el Estado a atender dichos principios oportunamente. Ahora bien, en la estructura de la normativa portuaria, tanto dicha Ley 1 de 1991, como sus decretos reglamentarios, han delegado en el particular la estructuración del negocio, su viabilidad financiera, operativa y técnica dentro de unos parámetros básicos establecidos en la Ley y en los planes de expansión portuaria y por ello puede concluirse que cuando la iniciativa es privada el deber de planeación y previsión se desplaza al particular concesionario. El particular tiene íntegramente la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto y en ello debe empeñar todo su esfuerzo y todo su conocimiento no solamente de los mercados sino del entorno macroeconómico en el cual va a desarrollar su actividad. Es cierto que la entidad estatal tiene la potestad de revisar el modelo para confirmar que se ajusta a los presupuestos de las normas legales, analizar el monto y naturaleza de las inversiones y el cronograma de ejecución y calcular la contraprestación, pero esta facultad no implica que el Estado asume el deber de planeación como sí ocurre cuando la iniciativa tiene origen un proceso de licitación...”**<sup>45</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto); d) El Concesionario debió realizar las acciones correspondientes, como por ejemplo, planificar la estrategia de mercado al momento de conocer que se iban a ejecutar obras cercanas que podrían afectar sus ingresos, para así no verse afectado. Teniendo en cuenta lo señalado y expuesto hasta el momento, en consecuencia, se desestima el argumento.

*Destaca el Tribunal cómo la norma introduce un señalamiento trascendental al señalar que el concesionario se obligará por su cuenta y riesgo a la realización del objeto contractual de la concesión. Este elemento, en concurrencia con los demás identificados hasta el momento, caracterizan el contrato de concesión portuaria en el marco de la Ley 1a de 1991. A renglón seguido deberá avocarse el estudio específico del contrato que da origen al litigio...”. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudo Arbitral del 26 de julio de 2018. OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA-, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-. Pág. 137.*

<sup>43</sup> Op. Cit. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 128 y sig.

<sup>44</sup> ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

<sup>45</sup> Op. Cit. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 126 y sig.

vii. Solicitud de suspensión del contrato de concesión.

Cómo séptimo argumento, el Concesionario expuso en sus alegatos finales que: *“la SPRM no puede seguir asumiendo digamos los costos de una operación por una resistencia de Cormagdalena de revisar la condición contractual con la SPRM.” (...)* Invito entonces, insto mejor a que Cormagdalena en este caso las 2 instancias que nos atañen a la Oficina Asesora Jurídica que dirige digamos este sancionatorio y la Oficina de Gestión Comercial se compaginen y entiendan que están causando un grave perjuicio a la SPRM si no procedemos digamos a renegociar la contraprestación y el modelo de negocios de este digamos de esta concesión que data del año 2009, es decir, a 12 años de esta, hemos venido incurriendo en unos costos en aras de cumplir con la concesión, pero lo imposible no es jurídico, no es justo digamos aquí estamos apegando a elementos de Justicia no solamente estrictamente legales y uno encuentra siempre en cada pronunciamiento de Cormagdalena apegado a un modelo Kelseniano de interpretación de la norma sin entender la realidad...”

Teniendo en cuenta este argumento, es de señalar que la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, mediante oficio No. CE-SGC. 202003001569 del 16 de julio de 2020, con asunto *“Respuesta al comunicado de fecha 13 de julio de 2020, radicada en Cormagdalena con número de registro 202002003265”*, se pronunció al respecto, señalándole al Concesionario, sobre este tema, lo siguiente:

*“...En primera medida nos permitimos recordar que, según la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión Portuaria 6 de 2009 se manifiesta e indica las causales de suspensión del referido contrato de concesión, la cual se transcribe:*

**VIGESIMA SUSPENSION DEL CONTRATO:** El presente contrato de concesión portuaria podrá ser suspendido por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que impidan el cumplimiento de las obligaciones del contrato, debidamente reconocidos por **LA CORPORACION**, mediante resolución motivada de conformidad con las disposiciones vigentes, entre otras, las causales a continuación se enuncian: **20.1.** Incendio, inundación, perturbaciones atmosféricas, explosión, rayo, tormenta, terremoto, derrumbes, erosión o hundimiento del terreno, temblor de tierra, epidemias que impidan la operación, prestación y continuidad del puerto y/o la construcción o terminación de las obras. **20.2.** Asonadas, guerra, guerra civil, bloqueo, insurrección, sabotaje, actos de enemigos públicos o disturbios civiles, orden público que impidan la operación y prestación del servicio portuario. **20.3.** La expedición de normas legales que impidan sustancialmente el desarrollo del contrato. **20.4** Los actos de autoridad ejercidos por funcionarios público, en los términos del artículo 64 del Código Civil. Al presentarse un evento como los anteriores, **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** deberá tomar las medidas razonables del caso en el menor tiempo posible, para remover el obstáculo que impide la ejecución del contrato. Si esto no es posible y la circunstancia persiste, las partes podrán de común acuerdo: a) Suspender temporalmente la ejecución del contrato hasta por dos (2) arios, mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo, se compute el tiempo de la suspensión. b) Si a los dos (2) arios de haber suspendido el contrato, las causales de fuerza mayor o caso fortuito no han desaparecido, **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** podrá optar por solicitar la terminación del

*cantata por mutuo acuerdo, evento en el cual tal decisión solo surtirá efectos si **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** ha presentado la respectiva solicitud ante **LA CORPORACION**, y esta ha proferido la correspondiente aprobación; o por continuarlo, en ambos casos sin indemnización. **PARAGRAFO PRIMERO:** En todo caso, si **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** optare por no continuar con el contrato, deberá estar a paz y salvo por todo concepto con **LA CORPORACION**, la Superintendencia de Puertos y Transporte”*

*De lo antes señalado, se trae a colación el artículo 1602<sup>1</sup> del Código Civil Colombia, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, resultando obligatorio el cumplimiento de las prestaciones que del contrato.*

*Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de julio de 2009, discurrió:*

*“En síntesis, es principio general el que **los contratos se celebran para ser cumplidos** y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, **por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa**, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato”.*

*El Consejo de Estado, cuyo órgano ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito<sup>2</sup>; es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.*

*Ahora bien, en cuanto a los elementos esenciales de la fuerza mayor, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que se debe probar la imprevisibilidad e irresistibilidad y, además, se debe acreditar que la situación resulta completamente externa o exterior al sujeto que la padece, de tal manera que no tenga control, o pueda imputar alguna injerencia en su ocurrencia.*

**Para el caso concreto, esta Corporación observa que la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. no acreditó o demostró la imprevisibilidad e irresistibilidad que sean conducentes a la existencia de un evento constitutivo que amerite la suspensión del contrato de Concesión Portuaria No. 6 de 2009, es por ello esta corporación no concede la solicitud de suspensión presentada...** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así mismo, la Subdirección Comercial señaló adicionalmente al Concesionario mediante oficio No. CE-SGC-202103002719 del 2 de agosto de 2021, con asunto “*Respuesta al Derecho de petición radicado en Cormagdalena el 22 de julio de 2021 con número de registro 202102002687*”, sobre este tema lo siguiente:



“...Por las razones expuestas en el presente, la alegada configuración del silencio administrativo positivo para el caso que nos ocupa no resulta procedente, toda vez que **la solicitud de suspensión del contrato 06 de 2009, no constituyen derechos preexistentes de parte del contratista, sino por el contrario propuestas de éste que la entidad puede o no encontrar viables y que en todo caso se encuentran sometidas a reglas contractuales especiales y expresas que no puede desconocerse por parte del concesionario.**

Por último, se indica que la solicitud de suspensión del contrato de concesión No. 06 de 2006, fue atendida y contestada por esta Corporación mediante oficio No. 202003001569 del 16 de julio de 2020.

(...)

Como se indicó en la respuesta del punto 2 **no se puede iniciar modificación o suspensión del contrato de concesión 06 de 2009 hasta tanto no se superen el presunto incumplimiento que actualmente ostenta la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A.**

Asimismo, **se debe tener en cuenta la suspensión del contrato debe estar enmarcado dentro de lo dispuesto cláusula Vigésima del contrato 06 de 2009, en la cual señala las causales de suspensión. Respecto del proceso modificación del contrato, este debe ser presentado por el concesionario, la cual será revisada por la Corporación, esto no quiere decir que con la simple presentación de la solicitud de modificación la misma se entiende aceptada...**

Teniendo en cuenta lo anterior, respecto al argumento de la solicitud de suspensión del contrato de concesión, es evidente para esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que: i) La solicitud elevada por el Concesionario, ante la Subdirección de Gestión Comercial de esta CORPORACIÓN, para la suspensión del contrato de Concesión 06 de 2009, es una situación contractual distinta al objeto que motiva el presente procedimiento administrativo sancionatorio; ii) Por tanto, no es del resorte funcional de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, sino del área técnica respectiva (Subdirección de Gestión Comercial de esta CORPORACIÓN), por lo cual este Despacho no es competente para pronunciarse al respecto; iii) Es de recordar a los convocados que mediante los procedimientos administrativos sancionatorios, como este, “...se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas...”<sup>46</sup>; iv) El presente procedimiento administrativo sancionatorio, tiene como finalidad la prevención y la conminatoria al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión portuaria fluvial, por tratarse de una multa. Así las cosas, el argumento esbozado por el Concesionario, y analizado en el presente numeral, no se observa que estén llamados a justificar los presuntos incumplimientos del Concesionario, objeto de reproche por parte de esta CORPORACIÓN. Por tanto, teniendo en cuenta lo señalado, se desestima en consecuencia el argumento, al carecer de fundamento por las razones ya explicadas.

<sup>46</sup> REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Parte General. 5ª Reimpresión de la Undécima Edición. Temis. 1996. Pág. 6). En idéntico sentido, se puede consultar a OSSA ARBELÁEZ. Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. 1º Edición. Legis. 2000. Págs. 167-170.

## 6.5. Argumentos de la Compañía Garante:

Por su parte la compañía garante, en las oportunidades procesales pertinentes ha esgrimido los siguientes argumentos en el presente procedimiento administrativo sancionatorio:

- i. Como primer argumento señala que: “...para poder operar el amparo de cumplimiento es necesario que se determine de manera fidedigna la causa real del daño que supuestamente se está presentando, pues eventos tales como causa extraña, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero no son objeto de cobertura...”

Sobre el particular es de señalar, en primera medida que de conformidad con lo señalado en el punto vi) Equilibrio Financiero de los Contratos de Concesión, del numeral 6.3.5. Argumentos de Defensa del Concesionario, i) “...**le son aplicables los principios establecidos en el artículo 1° de la Ley 1 de 1991 y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 incluido. el deber de planeación para la celebración del contrato y a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007 aplica también el deber de previsibilidad. consagrado en el artículo 4<sup>47</sup>** (...) Conforme a la Ley 1 de 1991 la iniciativa de la concesión puede tener origen en el particular, como ocurrió en este caso, y ello implica que están obligados tanto la Concesionaria como el Estado a atender dichos principios oportunamente. Ahora bien, en la estructura de la normativa portuaria, **tanto dicha Ley 1 de 1991. como sus decretos reglamentarios. han delegado en el particular la estructuración del negocio, su viabilidad financiera, operativa y técnica dentro de unos parámetros básicos establecidos en la Ley y en los planes de expansión portuaria y por ello puede concluirse que cuando la iniciativa es privada el deber de planeación y previsión se desplaza al particular concesionario. El particular tiene íntegramente la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto y en ello debe empeñar todo su esfuerzo y todo su conocimiento no solamente de los mercados sino del entorno macroeconómico en el cual va a desarrollar su actividad.** Es cierto que la entidad estatal tiene la potestad de revisar el modelo para confirmar que se ajusta a los presupuestos de las normas legales, analizar el monto y naturaleza de las inversiones y el cronograma de ejecución y calcular la contraprestación, pero esta facultad no implica que el Estado asume el deber de planeación como sí ocurre cuando la iniciativa tiene origen un proceso de

<sup>47</sup> ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

licitación...”<sup>48</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto); y ii) “...en materia de concesión portuaria, por política de Estado destinada a incentivar la actividad. (documentos CONPES) el particular concesionario asume un riesgo en el desarrollo de esa actividad en cuanto tiene la carga de efectuar las inversiones necesarias para prestar el servicio, en las condiciones económicas y materiales en que se presentó la solicitud a la entidad pública (CORMAGDALENA) y fue aceptada por ésta. El concepto de asunción de riesgo implica para el particular que, cualquiera que sea el resultado de la actividad, está obligado a pagar la contraprestación fija que se conviene en el Contrato y que, en cuanto no se pacte que durante el plazo, se efectúen ajustes a esa contraprestación, ésta se causa como una suma predeterminada, sea que el particular obtenga utilidad o pérdida en la prestación del servicio...”<sup>49</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por tanto, el riesgo de la operación, viabilidad financiera, operativa y técnica de su contrato de concesión, teniendo en cuenta los principios de planeación y previsibilidad, al ser estos a cargo del Concesionario, y al ser éste un especialista en ello, teniendo en cuenta su objeto social, lo colocan en la mejor posición para gestionar la viabilidad financiera, operativa y técnica, precisamente del contrato de concesión Portuaria No 6 de 2009, con el objetivo de prever y manejar los diferentes riesgos que pueden llegar a ocurrir frente a su contrato de concesión. Así las cosas, no se evidencia por parte de esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, eximente alguno de responsabilidad del Contratista, en atención a lo señalado por la apoderada de la aseguradora. Por lo anterior, se desestima el argumento, por carecer de fundamento.

- ii. Como segundo argumento se señala que: “...la responsabilidad objetiva está proscrita del Derecho Administrativo sancionatorio...”. Sobre el particular es de señalar, en primer lugar que “...la responsabilidad objetiva está proscrita en materia penal o disciplinaria y al tenor del artículo 88, in fine, de la Constitución Política, la ley “definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (...) Avalando este planteamiento, la jurisprudencia constitucional, civil y contencioso administrativa, reconoce categorías singulares de responsabilidad objetiva en hipótesis concretas soportadas en la hermenéutica del correspondiente precepto legal...”<sup>50</sup> En segundo lugar, para que se pueda hablar de responsabilidad objetiva en general,

<sup>48</sup> Op. Cit. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 126 y sig.

<sup>49</sup> LAUDO ARBITRAL del 22 de junio de 2015. PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. contra CORMAGDALENA. Contrato de concesión No. 34, suscrito el 1 de febrero de 2007.

<sup>50</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 24 de agosto de 2009 .M.P. Dr. William Namén Vargas. Pág. 57.

se requiere que existan tres elementos, los cuales son a saber: un daño, un nexo y un hecho causal, y en donde el factor de atribución se fija en si hay o no un riesgo. En otras palabras, es necesario determinar si se concreta el daño, y si dicho daño es producto o consecuencia del riesgo generado por el hecho. Por tanto, de concretarse el daño, y que este sea producto o consecuencia del riesgo generado por el hecho objeto de revisión, habrá lugar a la indemnización por ser el riesgo la causa del daño. Por tanto, el riesgo en la responsabilidad objetiva, es el fundamento de la misma, por lo cual, se describen hipótesis de imputabilidad sin culpa, *“...remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social, verbi gratia, la custodia de una cosa, la propiedad sobre ésta, el uso de un animal o el riesgo...”*<sup>51</sup> Teniendo claro lo anterior, la función sancionatoria de la administración *“tiene significativo carácter preventivo, constituyéndose ésta en una de sus más sobresalientes notas”*<sup>52</sup>. En efecto, *“...la sanción administrativa tiene por finalidad normativa -y ello constituye la base de la competencia de la autoridad facultada para su imposición- evitar la comisión de infracciones que atenten contra la integridad de los bienes jurídicos cuya protección le ha sido atribuida por el legislador a la autoridad administrativa...”*<sup>53</sup> Es por ello que el literal d) , del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que *“La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”* Teniendo en cuenta lo anterior, no puede hablarse de responsabilidad objetiva, en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, toda vez que la finalidad del mismo es precisamente preventiva y conminatoria al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión portuaria fluvial, el cual fue suscrito a la luz de la normatividad Colombiana para la materia. Adicional a lo anterior, o en tercer lugar, las conductas que son objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio *“...debe reunir una serie de características que justifiquen la imposición de un castigo. Así, en primer lugar, debe existir una conducta, ya sea por acción o por omisión”*<sup>54</sup>, la cual debe ser

<sup>51</sup> Ibídem. Pág. 26.

<sup>52</sup> JAIME OSSA ARBELAEZ, "Derecho Administrativo Sancionador". Pág.583. Legis, 1era. Edic. 2000; GUSTAVO H. RODRÍGUEZ, Derecho Administrativo Disciplinario. Ed. Librería del profesional. 1.985, pág. 20; REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. Víctor Sebastián Baca Oneto. DOI: 10.18601/21452946.n21.13. Junio 2019.

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO. Concepto de la Sala de Consulta C.E. 1454 de 2002.

<sup>54</sup> MIRIAM CUETO PÉREZ. "Los principios de la potestad sancionadora de la Administración pública. Tipicidad y responsabilidad". Documentación Administrativa: INAP, Madrid, 2008.



*atribuible al sujeto a quien se imputa, quien además debe poder ser pasible de un castigo. Así mismo, dicha conducta debe afectar injustificadamente a un bien jurídico, considerado valioso por el ordenamiento jurídico. Igualmente, dado que la consecuencia es un castigo, la conducta debe ser reprochable<sup>55</sup>, lo que excluye la atribución objetiva de responsabilidad y exige al dolo, o al menos negligencia, pues de otro modo no se podría castigar a quien lo hizo todo bien...*<sup>56</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por tanto, en el presente procedimiento administrativo, como tal no puede hablarse de responsabilidad objetiva, pues ni se dan los elementos del mismo, tal y como ya fue explicado. Adicional a lo anterior, es evidente que existen unas conductas realizadas u omitidas por el Concesionario (objeto del presente procedimiento), reprochables a título de negligencia, las cuales afectaron bienes jurídicos, con lo cual, no se puede hablar por parte de la apoderada del garante de una responsabilidad objetiva. Por tales razones, se desestima el argumento, por carecer de fundamento el mismo.

- iii. Como argumento número 3, se señala por parte de la aseguradora que “...de la determinación de los perjuicios corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa el perjuicio y no de manera supuesta pues, en todo contrato de seguro se debe acreditar y cuantificar los perjuicios de carácter indemnizatorio creciente al contrato asegurador pues no sería posible que el asegurado pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio...”. Dicho argumento fue ratificado en los alegatos de conclusión señalados por la apoderada de la aseguradora al señalar que “...no obrando pues en el expediente un informe del supervisor el perjuicio causado por la presencia de causas extrañas que han delimitado el buen obrar del contratista...”.

Sobre el particular es de señalar que en primer lugar frente a este argumento debemos precisar que en reiterada Jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>57</sup>, se ha manifestado que las normas del Código de Comercio en cuanto a la aplicación en la contratación estatal no aplican en su integridad<sup>58</sup>. En efecto, de

<sup>55</sup> JORGE DANÓS ORDÓÑEZ. "Notas sobre la potestad sancionadora de la Administración", Ius et Veritas: Asociación Civil Derecho y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

<sup>56</sup> Op. Cit. REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. Víctor Sebastián Baca Oneto. DOI: 10.18601/21452946.n21.13. Junio 2019.

<sup>57</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Rad. 250002326000200301705 01. Sentencia del 27 de Marzo de 2014. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>58</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente No. 14667, Sentencia del 22 de abril de 2009. C.P. Dra. Myriam Guerrero de Escobar. “...La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento

acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no hay que probar el daño, y menos aún, en los procedimientos administrativos sancionatorios de multas, dado que su naturaleza es conminatoria, y por ende la tasación de dicha multa, que se realiza de acuerdo a las reglas aritméticas que disponga el contrato (Cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 6 de 2009), pactadas por las partes firmantes, tal cual, como se realizó en el presente caso. Adicional a lo ya señalado “(...) *Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la **demonstración del mismo**<sup>59</sup>, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. **Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento.** Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la*

---

*constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4º) y 5º) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora, pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co, deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños...”*

<sup>59</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14.393 y de 14 de julio de 2005, exp. 14.289.

*infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado<sup>60</sup>...*<sup>61</sup>

Por tanto, es clara la reiterada jurisprudencia<sup>62</sup> en relación a que CORMAGDALENA no tiene la obligación de probar daño o perjuicio, pues se reitera que la multa corresponde a un mecanismo que tiene la administración, cuando se incumplen obligaciones contractuales, y su objeto no es indemnizar o reparar, sino constreñir, coercionar o coaccionar para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al Contratista, para que de cumplimiento al contrato que tiene suscrito con la administración.

Así mismo, y de acuerdo con lo anterior, resulta necesario traer a colación lo expuesto por el Honorable Consejo de Estado, respecto de las normas aplicables en los contratos de seguros de cumplimiento de Entidades estatales, así:

*“(…) Para abordar el análisis de los actos administrativos mediante los cuales se decreta un siniestro contractual o se hace efectivo uno o varios de los amparos otorgados por la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, se debe tener en cuenta que el Régimen de la Contratación Estatal y el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo constituyen normas prevalentes en su aplicación, en virtud de la especialidad de la referida garantía de cumplimiento de la contratación, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80, razón por la cual se advierte que la disposiciones del Código de Comercio no aplican en su integridad. [...]” (Subrayado fuera de texto).*

<sup>60</sup> El autor señala que: En este sentido es preciso citar el artículo 90 de la ley 1474 de 2011 que establece: “Artículo 90. Inhabilidad por incumplimiento reiterado. Quedará inhabilitado el contratista que incurra en alguna de las siguientes conductas: a) Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, durante una misma vigencia fiscal con una o varias entidades estatales; b) Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por los menos dos (2) contratos durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales; c) Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales. La inhabilidad se extenderá por un término de tres (3) años, contados a partir de la inscripción de la última multa o incumplimiento en el Registro Único de Proponentes, de acuerdo con la información remitida por las entidades públicas. La inhabilidad pertinente se hará explícita en el texto del respectivo certificado. Parágrafo. La inhabilidad a que se refiere el presente artículo se extenderá a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”.

<sup>61</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

<sup>62</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Rad: 540012331000199712590 01. Sentencia del 16 de julio de 2015. C.P. DR. Hernán Andrade Rincón.

En tal sentido las normas del Estatuto de Contratación y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), prevalecen sobre las normas del Código de Comercio, que conserva carácter supletivo dentro de la presente escala normativa.

De acuerdo al Consejo de Estado, el contrato de seguro de cumplimiento de Entidades estatales es especial, en el sentido que es diferente de los demás contratos de seguro que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio.<sup>63</sup>

De acuerdo a ello, tenemos que se invierte el procedimiento señalado en el Código de Comercio para realizar la reclamación ante la aseguradora, como lo manifestó el alto tribunal, así:

*“En realidad, lo que acontece con las garantías constituidas en favor de las entidades estatales es que se invierte el procedimiento de reclamación contemplado en el Código de Comercio. pues al paso que en éste el beneficiario y/o el asegurado debe acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño -con su monto-. cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza es a la compañía de seguros a quien le corresponde acudir ante el Estado –debido proceso- a defender su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro. que ya no depende del reconocimiento voluntario que haga la compañía. sino que pasa a manos de la administración decidir si se presentó o no hecho cubierto con la garantía. Esta posibilidad se reforzó con la expedición de la ley 1.150 de 2007, que reiteró esta potestad en manos de la administración [inciso cuarto del art. 7]. Nótese que incluso en vigencia de esta norma la potestad para declarar el siniestro no se limita a las garantías bancarias o a las constituidas con las compañías de seguros, sino a cualquier otra que el decreto reglamentario autorice, lo cual efectivamente materializó el decreto reglamentarios 4828 de 2008, que incorporó garantías nuevas, con la posibilidad indicada aquí.”<sup>64</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

De la jurisprudencia citada, se resalta la inversión en el procedimiento en cuanto a la reclamación contenida en el Código de Comercio, pues entratándose de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, es la Compañía Aseguradora quien debe probar la no ocurrencia del siniestro.

Resulta claro para este Despacho que conforme al acervo probatorio, sí existe obligación legal y contractual de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. -SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, en relación con: i) Pago de la Contraprestación correspondiente a la anualidad No. 12; ii) Pago de los servicios públicos; iii) Pago de salarios de sus trabajadores; iv) Presentación de las garantías actualizadas correspondientes a los

<sup>63</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.05001233100020000172001 (24609).Sentencia del 19 de Febrero de 2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de junio de 210. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494) MP. Enrique Gil Botero



amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales y amparo de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales.

Con base en los fundamentos reproducidos, se desestima el argumento de la Compañía Aseguradora.

- iv. Como argumento número 4, se señala por parte de la aseguradora que “...*El contrato de seguros al ser netamente indemnizatorio solamente se puede afectar si: en primer lugar, existe un daño real y probado y en segundo lugar, se establece por parte de la entidad el monto exacto de la cuantía a afectar que, en ningún caso puede ser superior al valor asegurado de la póliza de cumplimiento expedidas por la aseguradora y finalmente, compensación...*”. Sobre el particular es de señalar que los argumentos explicativos anteriormente expuestos por esta Oficina Asesora Jurídica, respecto a los puntos 1 y 3, son predicables en iguales términos frente a los argumentos expuestos por la apoderada del garante, en el presente punto, razón por la cual, se remite a las explicaciones ya dadas, y se desecha los argumentos por no tener vocación de prosperar.
- v. Finalmente, la apoderada de la aseguradora señaló que “...*Solicito respetuosamente a la entidad que en el evento de confirmar la decisión de imponer una sanción al contratista en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista y que al momento de efectuar pago al mismo se descuentan las sumas que correspondan al valor de la función impuesta...*”.

Sobre el particular es de señalar que en atención a lo establecido en el literal C) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011<sup>65</sup>, esta Oficina Asesora Jurídica, no tiene la facultad expresa o delegada especialmente para realizar compensaciones de ninguna índole. En efecto, este tipo de procedimientos serán objeto de una eventual liquidación del contrato, o en otra instancia, pero no en el presente procedimiento administrativo sancionatorio. Teniendo en cuenta lo anterior, se desestima el argumento presentado por la apoderada de la aseguradora.

Finalmente, por las razones desarrolladas con anterioridad, ninguno de los argumentos expuestos por el Concesionario y la Compañía garante, tienen vocación de prosperar.

## 6.6. CONSIDERACIONES FINALES

---

<sup>65</sup> c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

Con fundamento en las razones expuestas anteriormente, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que:

- a) Con base en lo señalado y verificado por el Interventor del contrato, mediante las respuestas a las pruebas por informe<sup>66</sup> ordenadas por este Despacho, en el presente asunto no procede la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato, e imposición de multa del Contrato de Concesión No. 06-2009 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. – SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, en relación con el presunto incumplimiento por: **i) No pago de servicios públicos**, en los términos de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 y CE-OAJ-202103001517, ambos del 6 de mayo de 2021, y enviados respectivamente al Concesionario y a la compañía Garante, toda vez que se superó por parte del Concesionario la conducta reprochada, situación debidamente verificada por el interventor del contrato.
- b) En el presente asunto, **existe o procede la declaratoria del incumplimiento parcial** del Contrato de Concesión No. 06-2009 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, y en consecuencia, se debe imponer la respectiva multa en relación con los presuntos incumplimientos por: i) No pago de la Contraprestación correspondiente a la anualidad No. 12; ii) No pago de salarios y prestaciones de sus trabajadores; iii) La No presentación de las garantías actualizadas correspondientes a los amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales y amparo de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales, en los términos de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 y CE-OAJ-202103001517, ambos del 6 de mayo de 2021, y enviados respectivamente al Concesionario y a la compañía Garante.

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que impera en el presente procedimiento, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervinientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se **DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 06-2009** suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, y en consecuencia se afecta la póliza de seguro constituida con la Compañía Aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

#### 6.7. TASACIÓN DE LA MULTA.

1. Como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 06-2009, se impone la multa a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, correspondiente a la suma de **DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$19'921.078,70)** que resulta de los siguientes aspectos:
  - i. El valor de la multa impuesta, tiene su origen en la estipulación pactada en el numeral 17.7 de la cláusula décima del contrato de concesión antes mencionado, 1% del valor presente total de la contraprestación fijada, conforme

<sup>66</sup> Oficios Nos. CE-CCL0121-072-21 del 02 de julio de 2021, y CE-CCL0121-120-21 del 4 de agosto de 2021, incorporados como pruebas.

lo señalado por la Interventoría en sus Oficios CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, y CII-257-RL de fecha 24 de febrero de 2021, de conformidad con el numeral 17.7 de la Cláusula Décima Séptima del Contrato, según el cual:

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – SANCIONES: LA SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá someterse al régimen que prevean las leyes, la jurisprudencia y el previsto en este contrato sanciones que serán impuestas por LA CORPORACIÓN, la Superintendencia de Puertos y Transporte, por cada evento sancionatorio dentro del ámbito de sus competencias, las cuales tasara a través de multas en el presente contrato, sin renunciar CORMAGDALENA a la posibilidad de declarar a través de acto motivado la suspensión temporal del derecho a realizar actividades en los puertos y/o la intervención del puerto, las cuales podrá imponer atendiendo a la gravedad de la falta y a la impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y las instituciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia. Las multas se dosificarán de esta forma en los siguientes eventos: (...) **17.7. Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas en artículo Décimo segundo y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente Cláusula, se impondrá una multa equivalente al uno por ciento (1%) del valor total de la contraprestación fijada.**” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Teniendo en cuenta la anterior cláusula del contrato, la multa procedente en este asunto, resulta de la siguiente operación:

#### Tasación:

#### Valor Presente Total de la Contraprestación, Clausula 17 Contrato de Concesión:

Valor Presente de la Contraprestación = COP\$348.437.870\* 1% = COP\$3.484.378,70  
TOTAL, SANCIÓN = COP\$3.484.378,70

En este sentido, el valor a imponer por concepto de multa, dentro del presente procedimiento, corresponde a lo dispuesto en el numeral 17.7. de la cláusula décima séptima “Sanciones” es la suma **TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$3'484.378,70).**

- ii. Atendiendo a la naturaleza jurídica de la multa que se pretende declarar a través del procedimiento administrativo sancionatorio, la sanción que procede para el mismo corresponde a la definición contenidas en el numeral 17.4 de la Cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, el cual señala:

“CLAUSULA 17 SANCIONES El CONCESIONARIO se somete al régimen sancionatorio de multas previsto en el presente contrato de concesión, las cuales serán impuestas por el CONCEDENTE (...).

(...) 17.4. Por incumplimiento de la obligación de prorrogar las garantías contempladas en la cláusula Octava de este contrato, el 10% de los ingresos brutos de un (1) día por cada día de mora en la constitución de las mismas.(...)”

Teniendo en cuenta la anterior cláusula del contrato, y cuyo valor equivale al 10% de los ingresos brutos de un (1) día, por cada día de mora en la constitución de estas, por no renovación de las pólizas.

INGRESOS BRUTOS 2020	
INGRESOS POR MUELLEJE 2020*	\$ 13.415.000
INGRESOS POR PASAJEROS 2020*	\$ 68.768.500
TOTAL INGRESOS BRUTOS 2020	\$ 82.183.500
INGRESOS BRUTOS DIARIOS PROMEDIO	224.545
10%	22.455
INICIO SANCION	2-abr-19
HASTA	2-abr-21
DIAS DE MORA	732
VALOR MULTA	\$ 16.436.700

\*Valores obtenidos de informe de ingresos costos y gastos de la Sociedad Portuaria corte 2020.

En este sentido, el valor de la multa corresponde a la suma de **DIECISÉIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS PESOS. (COP \$16.436.700)**

De acuerdo a lo anterior, y con base en lo señalado en los numerales 17.4 y 17.7 de la cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, el valor TOTAL DE LA MULTA ES DE **DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$19’921.078,70).**

En mérito de lo expuesto,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** el incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 06-2009 por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, NIT 806.014.706 – 6** de conformidad con las razones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN**, identificada con el **NIT 806.014.706 – 6**, a título de multa, con base en lo señalado en los numerales 17.4 y 17.7 de la cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, la suma de **DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$19’921.078,70)**, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de esta resolución.

**ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR** ocurrido el siniestro de incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 06-2009 y, como consecuencia, **AFECTAR** el amparo de cumplimiento de la póliza No. 2345265-3 expedida por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., identificada con el NIT 890.903.407-9.**



**ARTÍCULO CUARTO: CÓRRASE TRASLADO** a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia.

**ARTÍCULO QUINTO: CÓRRASE TRASLADO** a la Superintendencia de Transporte para lo de su competencia.

**ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR** la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, NIT 806.014.706 – 6** y al representante legal y/o apoderado de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** La **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, NIT 806.014.706 – 6**, 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 exigirá su pago a la compañía Aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

**ARTICULO OCTAVO:** La parte resolutive del presente acto administrativo, una vez se encuentre ejecutoriado, 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 NOVENO: REMITIR** copia ejecutoriada de la presente resolución a la Secretaría General para que inicie el cobro y los trámites a que haya lugar; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Resolución 000311 de 8 de octubre de 2019 **expedida por Cormagdalena**

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

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

Dada en Bogotá D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de febrero de 2022.

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

Revisó: Sonia Guerrero – Abogada OAJ.   
Proyectó: Cristhian Urrego – Abogado OAJ.   
Aprobó: OMAA-Abogados Externos OAJ. 