

**Resolución No.0000105**  
( 29/04/2022 )

***“Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 043 de 2010 y se impone multa a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.”***

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

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

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

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

1



**El futuro  
es de todos**

**Gobierno  
de Colombia**

*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: "(...) *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 (...)"*.

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

Que mediante 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 – CORMAGADALENA- delega en el Jefe de la Oficina Jurídica "*el respectivo inicio al trámite de los procesos de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento de qué trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los contratos, incluyendo el periodo*

*probatorio y adopción de la decisión de fondo, esto es la suscripción del respectivo oficio de citación, recepción de descargos, período probatorio, nulidades, saneamientos, adopción de la decisión y el correspondiente recurso de reposición cuando haya lugar (...).*

## **II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.**

- 2.1. La Superintendencia General de Puertos, ahora Superintendencia de Transporte, con la expedición de la Resolución 1183 de 1994 homologó la autorización portuaria otorgada por la DIMAR a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. en C. La homologación es concedida por un término de veinte (20) años, la cual finalizó el día 05 de julio de 2008.
- 2.2. Mediante Resolución 211 del 05 de febrero de 2004, el Ministerio de Transporte cedió a CORMAGDALENA los derechos y obligaciones, derivados del contrato de concesión portuaria suscrito por la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S.
- 2.3. Mediante Decreto 5748 del 20 de diciembre de 2007, expedido por el Ministerio de Transporte, mediante el cual se determinó el procedimiento y las condiciones que permitían la autorización temporal para el uso público y/o infraestructura de propiedad de la Nación para la actividad Portuaria.
- 2.4. CORMAGDALENA, otorgó mediante Resolución No. 000162 del 01 de julio de 2008, una autorización temporal a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S., para continuar con el uso de las zonas homologadas a favor de la mencionada Sociedad.
- 2.5. El término de la autorización temporal finalizó el día 05 de julio de 2009, no obstante, mediante Resolución No. 211 del 03 de julio de 2009, expedida por CORMAGDALENA, fue prorrogada la autorización por un año más, finalizando el 05 de julio de 2010.
- 2.6. Mediante el comunicado 2008002647 del 27 de junio de 2008, la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. solicitó a CORMAGDALENA, una concesión portuaria para la ocupación, en forma temporal y exclusiva, del área de la ribera occidental del Río Magdalena, la cual ha venido ocupando de conformidad con los actos anteriormente descritos.
- 2.7. Mediante la Resolución Nro. 000137 del 25 de mayo de 2010, se aprobó una concesión portuaria a la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S.
- 2.8. Conforme a lo establecido en el numeral 2 y 20 del Artículo 5 de la Ley 1 de 1991 la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. pasa a ser SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
- 2.9. Se expide Resolución Nro. 165 del 29 de junio de 2010, por medio de la cual se otorgó una Concesión Portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

- 2.10. Se firmó el contrato de concesión portuaria el día 02 de julio de 2010 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., con el número de contrato de concesión portuaria 43-2010.
- 2.11. El Consorcio INCOPLAN - INGEPROJECT, mediante contrato No. 0-187 de 2020, ejerció la interventoría del contrato de Concesión No.43 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
- 2.12. Mediante informe de incumplimiento No. CGD-326-RL elaborado por la Interventoría Consorcio INCOPLAN - INGEPROJECT, remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000776 del 25 de abril de 2021, solicitó a la Oficina Asesora Jurídica el inicio del procedimiento, por los siguientes hechos.

**III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA NO. 043 DE 2010 Y PRUEBAS.**

En el informe de incumplimiento No. CGD-326-RL, el CONSORCIO INCOPLAN-INGEPROJECT en calidad de Interventor del Contrato de Concesión Portuaria No. 43 de 2010, manifestó la presunta renuencia por parte del Concesionario para remitir información requerida por la Interventoría, para ejercer la correcta labor de vigilancia y control del contrato.

Sobre el particular, el informe de interventoría señaló que:

*... “de la revisión de la información remitida a esta Interventoría por parte de Cormagdalena, se identificó un compendio de soportes de ejecución de inversiones realizados por un tercero: TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S. En aras de establecer la viabilidad legal de permitir la ejecución de las inversiones que hacen parte del compromiso de inversión por parte de terceros, es menester contar con al menos, la siguiente información: i) relación legal/contractual entre el Concesionario y TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S.; ii) explicación de la forma de registro contable del Concesionario en relación con las inversiones realizadas por dicho tercero; iii) derechos y/o obligaciones de dicho tercero en relación con las inversiones realizadas; iv) compromiso de reversión de tales inversiones, en aras de dar cumplimiento a la obligación de reversión establecida en el Contrato de Concesión Portuaria.*

*Esta Interventoría mediante los oficios CGDF-030-RLT del 11 de agosto, CGDF-128-RLT 28 de octubre, CGD-156-RLF 14 de diciembre, CDG-160- RLJ 16 de diciembre de 2020, CGD-212-RLT del 18 de enero, CDG-220-RLJ del 8 de enero, CDG-257-RLJ 15 de febrero de 2021, CGD-292-RLT del 9 de marzo de 2021, solicitó al Concesionario suministrar la información necesaria para que la Interventoría avalará las inversiones realizadas. En los oficios petitorios se requirió:*

*- Estudios, diseños y planos en formato digital (DWG) de todas las obras que se ejecutaron o que se vayan a ejecutar, levantamientos topográficos,*

*batimetrías, presupuestos, estudios y diseños, especificaciones técnicas y todos los documentos técnicos de los que disponga el concesionario de las obras adelantadas o proyectadas en la zona de concesión.*

- *Plan de inversiones, con su respectivo cronograma*
- *Resolución de aprobación del plan de inversiones*
- *Detalle inversiones pendientes por realizar, describiendo ítem de inversión fecha de la inversión y monto.*
- *Detalle de los equipos, especificaciones técnicas de los mismos y plan de mantenimiento.*
- *Solicitud de soportes contables a nombre de la empresa TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA SAS*
- *Certificado de Revisoría Fiscal donde se indique que las inversiones realizadas por la sociedad TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA S.A., como parte del Plan de Inversiones, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, serán objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B.*

*Respecto de las solicitudes presentadas, el Concesionario remitió por correo electrónico el 8 de febrero en respuesta al oficio CGD-156-RLF del 14 de diciembre de la Interventoría, mediante el cual se solicitaron los soportes contables y legales a través del cual la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S, estaba ejecutando las inversiones en el Terminal Portuario Michellmar. En dicha respuesta indicó:*

*El contrato entre TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA SAS y SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR SA, no puede enviarse por encontrarse enmarcado dentro de las causales de confidencialidad establecida entre las partes al momento de la firma. A partir de la información suministrada por el Concesionario no es posible, establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del (sic) al Plan de Inversión, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B.*

*Adicional a lo anterior, a la fecha de presentación de este informe el Concesionario no ha dado respuesta a los demás requerimientos realizados por la Interventoría, por lo tanto, no se cuenta con información suficiente que permita verificar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Concesión” ...*

*... “A continuación, se relacionan las solicitudes de información no atendidas, así como su objeto y las obligaciones cuyo cumplimiento se pretende verificar:*

SOLICITUD	OBJETO	OBLIGACIÓN A SUPERVISAR
CGDF-030-RLT	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades



CGDF-128-RLT	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades
CGDF-156-RLF	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades
CDG-160-RLJ	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades
CGD-212-RLT	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades
CDG-220-RLJ	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades
CDG-257-RLJ	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades
CGD-292-RLT	Solicitud de soportes que permitan verificar la ejecución de las inversiones	<b>Cláusula Décima Sexta:</b> Obligaciones de la Sociedad Concesionaria <b>Cláusula Vigésima Octava:</b> Requerimientos de las Autoridades

*Tal como se indicó, el Concesionario únicamente no ha dado respuesta a los diferentes requerimientos realizados por la Interventoría, por lo tanto, no se cuenta con información suficiente que permita verificar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en dichos numerales.*

*La renuencia en la falta de suministro de información ha impedido a la Interventoría ejercer la función de realizar la constatación del estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales<sup>13</sup>, haciendo imposible a Cormagdalena realizar la supervisión y vigilancia contractual" ...*

Con base en los hechos y antecedentes citados, esta Oficina Asesora Jurídica a través de los oficios No. CE-OAJ- 202103001878 del 25 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ- 202103001877 del mismo 25 de mayo de 2021, enviado a la Compañía Garante, citó la instalación del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento consistente en:

La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, se encuentra presuntamente incumplida respecto de la obligación de Suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a

quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la Cláusula Decima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión

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

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

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE-OAJ- 202103001878 del 25 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ- 202103001877 del mismo 25 de mayo de 2021, enviado a la Compañía Garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 21 de junio de 2021 a las 10:00 A.M.

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

##### **Audiencia del 21 de junio de 2021**

El día 21 de junio de 2021, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia y se hizo referencia a las medidas contempladas por CORMAGDALENA en consideración a la situación de emergencia sanitaria y las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno Nacional con ocasión del COVID-19, recordando a los asistentes las reglas implementadas por la Entidad para la participación virtual en diligencias.

Una vez Instalada la audiencia, se le reconoció personería a la doctora ANGÉLICA HERRERA VELÁSQUEZ mayor de edad, identificada con C.C. N.º 42.165.003 de Pereira y tarjeta profesional de abogado N.º 177.103 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada principal y al doctor JOSÉ VICENTE GUZMÁN, mayor de edad, identificado con la C.C. N.º 79.354.387 de Bogotá, D.C. y tarjeta profesional de abogado N.º 54.730 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado sustituto de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.; igualmente, se le reconoció personería a la doctora MARIETH MARGARITA MONTOYA SANCHEZ identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.090.496.604 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 315596 como apoderado de la Compañía Aseguradora.

Continuando con la audiencia, se le otorgó la palabra a la apoderada del Concesionario quien previo a presentar los descargos solicitó la nulidad de la actuación argumentando la ausencia de delegación para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio, debido a que fue la Dra. Marcela Guevara - Secretaria General quien firmó la citación al procedimiento.

Tras un breve receso para revisar la solicitud presentada por la apoderada, el Despacho rechazó de plano la solicitud, como quiera que dentro de los procedimientos administrativos

no resulta pertinente el trámite de nulidades teniendo en cuenta que la nulidad de actos administrativos es competencia exclusiva de los jueces administrativos. No obstante, se aclaró que no existe irregularidad ni afectación a la legalidad de la actuación, teniendo en cuenta que no se había configurado delegación de funciones delegadas por cuanto la Dra. Marcela Guevara en su condición de Secretaria General fue encargada funcionalmente del cargo de la Oficina Asesora Jurídica lo cual implica una figura distinta de la delegación.

Una vez resuelta la solicitud, la apoderada del concesionario procedió a rendir los descargos de la Sociedad Portuaria, exponiendo:

*... “el primer argumento ha plantear es la inexistencia de la renuencia por parte de Michellmar al suministro de información, toda vez que la interventoría que realiza el informe de incumplimiento señala que la renuencia del Concesionario ha impedido realizar la constatación del estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales, haciendo imposible a Cormagdalena realizar la debida supervisión.*

*Entendemos que no existe una renuencia a la entrega de información por parte de Michellmar porque conforme a lo señalado por la Interventoría, ellos ejecutan el contrato de Interventoría solo desde el año pasado o tal vez desde este, pero lo que corresponde a los requerimientos realizados por Cormagdalena y las pasadas Interventorías, Michellmar le ha dado cumplimiento a todos los requerimientos que le han sido propuestos. En tal sentido cuando esta nueva Interventoría señala que la información ahora no es de su satisfacción, de ninguna manera esta situación constituye un incumplimiento o una renuencia por parte de Michellmar.*

*Ahora bien, el siguiente argumento a plantear es la falta de motivación para el inicio de la investigación por parte de Cormagdalena, comoquiera que las razones para abrir la investigación son eminentemente subjetivas, pues hacen referencia a que la entrega de información no es suficiente, calificación eminentemente subjetiva, lo cual no puede dar lugar a un incumplimiento contractual, en consecuencia solicitamos a Cormagdalena que haga un ejercicio frente a los cuestionamientos descritos; en primer lugar, ¿si las obligaciones que provienen de cualquier orden contractual se entienden incumplidas cuando no se allegue información suficiente?; ¿cuál es la forma en la que debe valorarse la información allegada para ver si esta cumple o no con requisitos legales?; ¿existen juicios de ponderación para valorar si la información es o no suficiente?.*

*Las calificaciones que dan lugar a este pliego de cargos de alguna manera, son calificaciones subjetivas y la responsabilidad subjetiva en estas investigaciones a la luz de la Ley 1474 de 2011, están proscritas. La forma de verificar el cumplimiento de las inversiones realizadas por el Concesionario no es solo a través de un análisis documental.*

*Otro de los cargos es la presentación y destacar la ejecución del plan de inversiones de Michellmar, y denota el desconocimiento de los antecedentes por parte de la Interventoría, los cuales son: Michellmar presentó un plan de inversiones el 18 de mayo de 2012, en reiteradas ocasiones el Concesionario ha entregado el cronograma de implementación del cargue directo de carbón, como el cronograma de actividades del plan de inversiones; se destaca que Cormagdalena siempre ha*



*aceptado que Michellmar ha entregado el plan de inversiones y ha realizado las obras, no solo desde el punto de vista documental sino también de las mesas de trabajo que se adelantan con las revisiones de los formatos de inversión, sin que se hayan presentado reproches sobre el particular.*

*Ahora en lo que se refiere a las inversiones en zona de uso público hay que resaltar que en realidad los reproches son subjetivos, cuando se señala que la información no termina siendo suficiente para valorar que las obras las realizó un tercero; el contrato de concesión portuaria es un contrato de servicio público que se ejecuta desde el 2010, sin embargo no está prohibido desde la contratación estatal y desde el mismo contrato de concesión, una prohibición expresa que niegue la posibilidad que las inversiones puedan ser realizadas por un tercero y esta, a su vez, acreditarse a favor del concesionario, en ese sentido, uno de los temas previstos en el contrato de concesión por naturaleza, son los riesgos previstos que asume el concesionario en materia del plan de inversiones, pues Michellmar valoró la ejecución de los mismos a cuenta y riesgo de esto, esto quiere decir que la Interventoría dentro de su informe solicita los estados contables que soportan la ejecución de estas inversiones, pero es que si bien estas inversiones se realizaron a través de un tercero, que en este caso se hizo a través de un contrato de crédito que Michellmar celebró con Transfigura, de ninguna manera existe prohibición que no lo permita. Ahora, traemos a colación los artículos 1630 del Código Civil, que da la posibilidad de pagar las obligaciones por parte de un tercero; o el artículo 1668 del Código Civil en lo que corresponde a la subrogación, por cuanto no hay incumplimiento del Concesionario solo por no allegar unos soportes contables que demuestren el cumplimiento de esta obligación. La obras del plan de inversiones se realizaron y su existencia es plenamente comprobable y las mismas serán objeto de reversión al finalizar el contrato, esto es lo que es relevante para Cormagdalena, pues la Interventoría solo hace un análisis documental de las inversiones, se destaca que no solo desde el punto de vista contable se puede verificar el cumplimiento de la obligación, pues las normas de contabilidad disponen que estas tienen naturaleza privada y en ese sentido no podemos allegar del contrato de crédito que se suscribió con Transfigura y por tanto no podemos allegar esos soportes contables, pero a juicio del Concesionario, esta no es la única manera de corroborarse el cumplimiento de la obligación, ustedes han realizado visitas al área concesionada y han podido ver las obras realizadas.*

*En todo caso, en el evento de declaración de incumplimiento, dejamos de presente que no existe proporcionalidad de la sanción al momento de valorar los hechos VS la imposición de la sanción, pues se pretende imponer una sanción de USD 21.769,70 equivalente al 1% de la contraprestación, con base en criterios subjetivos.*

*Para finalizar queremos solicitar que: 1. Se declare el cumplimiento del plan de inversiones por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar; y 2. Que en consecuencia no sea impuesta la multa prevista en el acto administrativo que da lugar a los cargos. En todo caso, en el caso que no se acceda a las pretensiones de este Concesionario, solicitamos no se imponga la multa dado la desproporcionalidad de los hechos, con la sanción analizada previamente” ...*

Una vez finalizada su intervención de la defensa del Concesionario, se le concedió la palabra al apoderado de la Compañía garante para que igualmente se sirviera exponer sus descargos, en los siguientes términos:

*... “Dra. Marieth Montoya: Coadyuvando lo manifestado por la apoderada del Concesionario, en primer lugar debemos hablar sobre la necesidad de demostrar el perjuicio y cuantía, pues el contrato de seguros cuenta con una regulación que no puede ser desconocida por la Entidad, así: artículo 1077 del Código de Comercio, según la cual le corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa el perjuicio y no de manera supuesta, pues debe acreditar y cuantificar los perjuicios dado el carácter indemnizatorio que ostenta el contrato asegurador. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el perjuicio no puede ser supuesto sino plenamente determinado y tasado, demostrado y motivado, para evitar el enriquecimiento sin justa causa de la Entidad.*

*En este caso no se ha probado la ocurrencia del siniestro ni que el perjuicio sea directo, pasando por alto la jurisprudencia en los requisitos del daño, como el perjuicio cierto consumado y definitivo, efectivo y real al momento de liquidarse, debe ser actual y tener certeza de este, además que debe ser directo. Por otra parte, está el debido proceso en el que se debe tener presente que la responsabilidad objetiva en materia administrativa se encuentra proscriba, por lo anterior se deberá demostrar que además del incumplimiento esta se da por el actuar doloso o culposo del contratista.*

*Por otra parte me voy a referir a la naturaleza de la multa, pues tiene como finalidad constreñir al cumplimiento de las obligaciones contractuales, como lo ha señalado el Consejo de Estado cuando expone: la imposición de multa tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones ante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Igualmente, el Consejo de Estado respecto al alcance y naturaleza de la multa señaló que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues no tendría sentido imponer una multa por fuera de su vigencia, es decir con el término del contrato vencido. La imposición de la multa busca apremiar el cumplimiento de la sanción en caso de mora o incumplimiento parcial.*

*En el caso que nos ocupa, el contrato se ha venido ejecutando con normalidad, y no solo porque la Interventoría señala que el Contratista no ha entregado el soporte de unas inversiones, no significa que el contrato no se haya venido ejecutando con normalidad.*

*Por otra parte está la proporcionalidad de la sanción, pues la Entidad debe determinar objetivamente la responsabilidad y la cuantía en contraste con el daño o sanción causado a la entidad.*

*Finalmente, en el evento de imponer una sanción al contratista, solicitamos se proceda a la compensación de los saldos adeudados al contratista.*

*En consecuencia, solicitamos se dé por terminado el procedimiento administrativo aperturado” ...*

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 15 de julio de 2021.

Se deja constancia que adicionalmente, se recibieron por escrito los descargos rendidos por el Concesionario, documento constitutivo de veintinueve (29) páginas los cuales serán adicionados a la declaración rendida en audiencia.

### **Audiencia del 15 de julio del 2021**

Agotada la etapa de descargos, en la sesión de audiencia llevada a cabo el día 15 de julio del 2021 se dio apertura al periodo probatorio, incorporando las pruebas documentales aportadas por el Concesionario y relacionadas a continuación. Por su parte, la apoderada de la Compañía garante no presentó solicitud de pruebas adicionales.

1. Correo electrónico de 19 de noviembre de 2020 donde se remite comunicación de 5 de noviembre de 2020, en respuesta a las comunicaciones CGDF-030-RLT de 11 de agosto de 2020 y CGDF-128-RLT de 28 de octubre de 2020 de la Interventoría.
2. Comunicación de fecha 5 de noviembre de 2020, en respuesta a las comunicaciones CGDF-030-RLT de 11 de agosto de 2020 y CGDF-128-RLT de 28 de octubre de 2020 de la Interventoría.
3. Correo electrónico de 15 de febrero de 2021 donde se remite comunicación de 8 de febrero de 2021, en respuesta a la comunicación • CGDF-156-RLT de 14 de diciembre de 2020 de la Interventoría.
4. Comunicación de 8 de febrero de 2021, en respuesta a la comunicación • CGDF-156-RLT de 14 de diciembre de 2020 de la Interventoría.
5. Correo electrónico de 23 de febrero de 2021 donde se remite comunicación de 16 de febrero de 2021, respuesta a las comunicaciones CGDF-220-RLT de 20 de enero de 2021 y CGDF-257-RLT de 15 de febrero de 2021 de la Interventoría.
6. Comunicación de 16 de febrero de 2021, respuesta a las comunicaciones CGDF-220-RLT de 20 de enero de 2021 y CGDF-257-RLT de 15 de febrero de 2021 de la Interventoría.
7. Correo electrónico de 10 de mayo de 2021 donde se remite comunicación de marzo de 2021, en respuesta a la comunicación • CGDF-292-RLT de 9 de marzo de 2021.
8. Comunicación de marzo de 2021, en respuesta a la comunicación • CGDF-292-RLT de 9 de marzo de 2021.
9. Comunicación de entrega del cronograma de obras e inversiones contrato N°043 de 2010 de 18 de mayo de 2012.
10. Escrito del 18 de julio de 2012 por medio del cual se remite la información relacionada con el contrato de concesión.

11. Radicado del 6 de diciembre de 2013 por medio del cual se da respuesta a requerimiento para la aprobación del plan de inversiones.

12. Radicado del 14 de septiembre de 2015 donde se remite el cronograma de obras y equipos y del cronograma de implementación del sistema de cargue directo de carbón.

13. Radicado del 23 de diciembre de 2015 donde se remite el cronograma de obras e inversiones.

14. Escrito del 6 de julio de 2017 donde se realiza el reporte de inversiones realizadas durante el primer trimestre del año 2017.

15. Radicado del 31 de agosto de 2017 donde se remite el reporte de inversiones realizadas durante el primer semestre del año 2017.

16. Avalúo de infraestructura para el recibo, almacenamiento y despacho de crudo de 30 de junio de 2017, realizado por la empresa AVAL CARIBE S.A.S.

17. Certificado de Revisoría Fiscal del 3 de mayo de 2021 donde consta que la información registrada en los libros contables por concepto de \$11.600.777.684 en el año 2017 son producto de las inversiones realizadas a la infraestructura para el recibo, almacenamiento intermedio y despacho de crudo a las instalaciones de la Sociedad Portuaria MICHELLMAR S.A., las cuales fueron avaladas por la firma AVAL CARIBE S.A.S.

18. Correo electrónico de 9 de febrero de 2021, en respuesta a la comunicación CGDF-160-RLT de 16 de diciembre de 2020.

Pruebas documentales que en total suman 92 folios los cuales fueron incorporados para ser valorados con los demás medios de prueba para la toma de decisión.

Adicionalmente, se decretó de oficio una prueba por informe a cargo de la interventoría: CONSORCIO PORTUARIO 01, en el cual se le solicitó responder:

1. *¿El presunto incumplimiento endilgado dentro de los oficios de citación No. CE-OAJ – 202103001878 y 202103001877 del 25 de junio de 2021, esto es, “La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, se encuentra incumplida respecto de la obligación de Suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la Cláusula Decima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión.” el cual está basado en el informe presentado por la interventoría Consorcio INCOPLAN - INGEPROYECT, persiste o no?*

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

Decretadas las pruebas citadas, se suspendió la diligencia a la espera de la remisión del respectivo informe.

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

El informe a cargo de la Interventoría fue allegado el día 30 de julio de 2021, a los correos dispuestos para tal fin.

Una vez recibido el informe, en aplicación al Código General del Proceso se les corrió traslado a los convocados por el término de tres (3) días para que presentaran sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste.

El día 04 de agosto de 2021, se recibió el oficio GEA-AHV/MFG-341-21 contentivo en ocho (8) folios, a través del cual el Concesionario presentó su manifestación y el cual será incorporado al expediente. Por su parte, la Compañía Garante guardó silencio.

#### **Audiencia del 12 de agosto del 2021**

El día 12 de agosto de 2021, este Despacho se pronunció sobre las solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe, requiriéndole a la Interventoría se sirviera presentar unas aclaraciones a su informe, así:

Se aceptó la solicitud realizada por el apoderado del Concesionario, en el que se le pidió a la interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01, procediera a ampliar, complementar o aclarar lo correspondiente a:

1. *Respecto del documento presentado por el apoderado del CONCESIONARIO relativo a: “solicitamos a la interventoría que se aclare el informe en el sentido de señalar si MICHELLMAR suministro la información referida anteriormente, esto es: el avalúo realizado por la empresa AVALCARIBE, que soporta las inversiones realizadas por mi representada”*

Adicionalmente, esta Oficina Asesora Jurídica formuló de oficio las siguientes solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe, a saber:

1. *En el segundo punto de la página 5 del informe, se marca como NO entregado el “Plan de inversiones, con su respectivo cronograma” Sin embargo, se citan una serie de documentos remitidos por el Concesionario como soportes a la comunicación de marzo de 2021 entre los que se encuentran unos documentos radicados en octubre de 2011, mayo del 2012, diciembre del 2013 y diciembre del 2015 y finaliza señalando:*

*“De conformidad con la información suministrada a esta Interventoría del expediente de CORMAGDALENA de la Sociedad Portuaria S.A. se tiene que a la fecha el concesionario no cuenta con la Resolución de Aprobación del Plan de Inversiones por parte de CORMAGDALENA.”*

*Se solicita a la Interventoría se sirva complementar su respuesta en el sentido de informar los antecedentes por los cuales no se ha aprobado el plan de inversiones.*

2. *Sírvase complementar si con los documentos que obran en el expediente aportados por el Contratista y verificados por ustedes para la elaboración de la prueba por informe, la Interventoría y la Supervisión pueden ejercer de forma satisfactoria su deber de vigilancia y control del contrato de concesión portuaria. En todo caso, explicar el motivo de sus razones.*



Se concedió a la Interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01 un término de cinco (5) días para presentar las aclaraciones, complementaciones o ajustes aquí decretados, lo anterior de conformidad con lo previsto en el inciso final del Artículo 276 del Código General del Proceso

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

El día 19 de agosto de 2021, se recibieron las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe allegadas por la Interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01 a través del oficio CINP – 499 –123-3160 contentivo en 18 folios, los cuales fueron incorporados al expediente sancionatorio y remitidos a través de comunicación electrónica a las partes.

#### **Audiencia del 06 de septiembre de 2021**

Estando el Procedimiento Administrativo Sancionatorio en la etapa de pruebas, y teniendo en cuenta las aclaraciones y complementaciones allegadas, se le concedió el uso de la palabra a la Interventoría para que se sirviera exponer brevemente las conclusiones de su informe.

Así las cosas, se señaló:

*... “Tal y como se explicó en el comunicado CINP-499-093-2885 de fecha 30 de julio de 2021 con radicado de Cormagdalena No. 202102002851, a la fecha la Sociedad Portuaria no ha entregado toda la información solicitada por la Interventoría Consorcio Incoplan – Ingeproyect 2020. En todo caso, la Interventoría está llevando a cabo sus funciones de inspección, control y vigilancia en el marco del Contrato de Interventoría y sin perder de vista que la facultad para decidir sobre el proceso sancionatorio recae sobre la entidad” ...*

Finalizada la intervención, por ser considerada por esta autoridad administrativa como conducente, pertinente y útil, se decretó como prueba la presentación de PRUEBA POR INFORME A CARGO DE LA SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL, solicitando responder:

1. *Sírvase indicar a este Despacho qué información requiere Cormagdalena para poder aprobar el plan de inversiones del Concesionario y qué circunstancias de hecho y de derecho han impedido lograr dicho propósito.*
2. *Sírvase indicar a este Despacho cuál es la información requerida al Concesionario y que éste señala como sujeta a reserva.*
3. *Sírvase indicar a este Despacho el propósito y relevancia de la información requerida al Concesionario y que éste presenta como sujeta a reserva*
4. *Sírvase indicar a este Despacho que consecuencias conlleva el no contar con la información que el Concesionario presenta como sujeta a reserva.*

Una vez decretada la prueba, se suspendió la audiencia a la espera de la remisión del informe.

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

El informe fue allegado el día 20 de septiembre de 2021, a través del oficio CI-SGC-2021-100-1796.

Una vez recibido el informe, en aplicación al Código General del Proceso, el día 22 de septiembre de 2021 se les corrió traslado a los convocados por el término de tres (3) días para que presentaran sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste.

El día 27 de septiembre de 2021, se recibió el oficio GEA-AHV/MFG-451-21 contentivo en 7 folios, a través del cual el Concesionario presentó su manifestación, la cual fue incorporada al expediente. Por su parte, la Compañía Garante guardó silencio.

#### **Audiencia del 06 de octubre de 2021**

Se reanudó la audiencia con el fin de pronunciarse sobre las solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena, requiriéndole a la Supervisión se sirviera presentar las siguientes aclaraciones a su informe, así:

1. *“Se complemente el informe presentado por la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, en el sentido que indique qué información adicional a la entregada por este concesionario requiere CORMAGDALENA para poder aprobar el plan de inversiones o por qué razón de la múltiple información entregada por MICHELLMAR no puede aprobarse el plan de inversiones a través de un acto administrativo”*
2. *“Se aclare el informe presentado por la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, de modo tal que indique cuál es el fundamento para decir que existe una incertidumbre por parte de la entidad con respecto a que las inversiones en zona de uso público no serán revertidas a la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991”.*

Adicionalmente, esta Oficina Asesora Jurídica formula de oficio las siguientes solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe, a saber:

3. *Sírvase aclarar a este Despacho qué soportes contables de las inversiones realizadas en el área concesionada ha presentado la SP MICHELLMAR a CORMAGDALENA y si estos soportes cumplen con lo exigido contractual y legalmente para este fin, sí o no y por qué*
4. *Sírvase complementar el informe indicando a este Despacho si la SP MICHELLMAR ha realizado algún acercamiento con la Interventoría o la Subdirección de Gestión Comercial para aclarar lo relativo a las dudas manifestadas respecto al proceso de reversión de las inversiones.*

Se suspendió la audiencia a la espera de las aclaraciones y complementaciones decretadas.

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

Las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe fueron remitidas por la Supervisión el día 20 de octubre de 2021 a través del oficio CI- 2021-100-2007 contentivo en 3 folios.

### **Audiencia del 04 de noviembre del 2021**

Se dio continuación a la diligencia incorporando las aclaraciones y complementaciones allegadas por la Supervisión, e inmediatamente se le otorgó la palabra a su representante para que se sirviera exponer las conclusiones del informe, el profesional Carlos Herrera señaló:

*“Nos permitimos hacer una exposición de las respuestas a las preguntas remitidas por la Oficina Asesora Jurídica, así: respecto a la primera pregunta en la que solicitan se indique qué información adicional a la entregada por este concesionario requiere CORMAGDALENA para poder aprobar el plan de inversiones o por qué razón de la múltiple información entregada por MICHELLMAR no puede aprobarse el plan de inversiones a través de un acto administrativo, respondimos:*

*se debe indicar lo señalado en la Cláusula Décima Séptima del contrato de concesión portuaria No. 043 de 2010 se indica la información que debe presentar el concesionario para la aprobación del plan de inversión. Debe presentar los siguientes documentos: 1. Precio unitario. 2. Planos de planta. 3. Cortes y detalles con cantidades de obra. 4. Especificaciones de construcción de materiales y presupuesto detallado, en el cual se pueda verificar las cantidades proyectadas. 5. Especificaciones técnicas y características de los materiales. 6. Cronograma de inversión. 7. Justificación y quien va a financiar el proyecto. 8. Todas las inversiones se deben realizar únicamente en zona de uso público.*

*Si bien la sociedad Portuaria Michellmar S.A. ha entregado a CORMAGDALENA documentación referente al plan de inversiones esta no cuenta con toda la información necesaria para su aprobación, ya que, el Concesionario no aporta lo relacionado a la financiación del proyecto, teniendo en cuenta que el mismo concesionario manifiesta tener un contrato con la sociedad Transfigura que tiene carácter de reserva que impide identificar la financiación del proyecto imposibilitando la aprobación del plan de inversiones.*

*A la segunda pregunta: “Se aclare el informe presentado por la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, de modo tal que indique cuál es el fundamento para decir que existe una incertidumbre por parte de la entidad con respecto a que las inversiones en zona de uso público no serán revertidas a la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991”, respondimos:*

*La incertidumbre es con respecto a la falta de certeza de bajo qué modelo se financiaron las obras que se encuentran en la zona de uso público, sabemos que hay unas obras allí y que las realizó un tercero llamado TRAFIGURA ENERGY*

COLOMBIA SAS, pero no hay certeza de la relación jurídica entre el Concesionario y ese tercero para efectos de las obras, no hay certeza que las mismas van a revertir a favor de la nación, porque son infraestructuras de líquidos que pueden ser desmontadas y es posible que a la hora de terminación del contrato de Michellmar con Trafigura, este tercero pueda desmontar dicha infraestructura sin que entren a ser parte del inventario de la Nación.

Con respecto a la tercera pregunta, Sírvese aclarar a este Despacho qué soportes contables de las inversiones realizadas en el área concesionada ha presentado la SP MICHELLMAR a CORMAGDALENA y si estos soportes cumplen con lo exigido contractual y legalmente para este fin, sí o no y ¿por qué?

Las inversiones presentadas por la Sociedad Portuaria Michellmar S.a. fueron soportadas por un Avalúo de infraestructura par a el recibo, almacenamiento y despacho de crudo, realizado en el año 2017 por la firma Aval Caribe SAS. El objeto del avalúo incluyo la estimación del valor de mercado de la infraestructura, tuberías, maquinaria y equipos para llenado de crudo y otros hidrocarburos de la instalación con almacenamiento intermedio, propiedad de Sociedad Portuaria Michellmar S.A. Para la elaboración del avalúo La Sociedad Portuaria Michellmar S.A. suministró copias de facturas y cotizaciones de los bienes objeto de valoración, con información sobre valor y fecha de compra, por lo tanto, al valuador le correspondió actualizar el valor a nuevo del bien de acuerdo con fechas de compra, instalación o montaje y se estableció el estado de los mismos, adicionalmente el documento aclara que:

... “la compra de servicios de diseño, materiales, maquinaria y equipos, y montaje de elementos estuvo a cargo de la empresa **Trafigura Energy Colombia S.A.S.**, por lo tanto, todos los documentos suministrados están dirigidos esta sociedad, la propiedad de los bienes **se supone** de Sociedad Portuaria Michellmar S.A., quien los controla, opera y mantiene” ... (subrayado fuera de texto)

Los 137 soportes entregados para el avalúo en mención se encuentran relacionados en el anexo adjunto y muestran la siguiente descripción: Clasificación de acuerdo con las actividades: ·Equipos ·Inmuebles ·Diseños El valor total de los soportes aportados es de COP \$ 11.933.208.248 Valor Neto de reposición: COP \$ 11.600.777.684

Teniendo en cuenta que los soportes tal y como lo indico el evaluador se encuentran a nombre de un tercero, en este caso TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA SAS, no es claro para esta subdirección en qué términos se celebra el contrato suscrito entre el tercero y la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y en qué condiciones el tercero hará entrega de lo invertido si lo hace a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., de manera tal, que Cormagdalena como entidad concedente no tiene certeza absoluta de que las inversiones ejecutadas en Zona de Uso Público concesionadas pueden ser reconocidas como parte del plan de inversiones que al finalizar el contrato de concesión revertirán a la Nación. Así las cosas, el reconocimiento hecho por la entidad, basado en el avalúo aportado por la Sociedad Portuaria, no es garantía alguna de que las inversiones ejecutadas en la Zona Uso Público concesionadas pertenecen a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y que posteriormente puedan ser reconocidas en el plan de inversiones, ya que la información que soporta dicho avalúo muestra que dichas inversiones fueron ejecutadas por un tercero diferente al concesionario. De no haber claridad acerca del contrato celebrado entre Trafigura Y

*Michellmar no podrá entenderse que las inversiones ejecutadas en Zona de Uso Público hacen parte de un plan de inversiones que revertirá a la Nación.*

*Sobre la cuarta y última pregunta, si Michellmar ha realizado algún acercamiento con la Interventoría o la Subdirección de Gestión Comercial para aclarar lo relativo a las dudas manifestadas respecto al proceso de reversión de las inversiones.*

*Debemos señalar que, a la fecha de elaboración del presente documento, la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. no ha realizado ningún acercamiento con la Subdirección de Gestión Comercial para aclarar lo relativo a las dudas correspondientes al proceso de reversión de las inversiones, ni con la interventoría Consorcio Portuario 01” ...*

Finalizada la exposición de la Supervisión, y una vez agotadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Despacho, se cerró el periodo probatorio y se procedió a suspender la audiencia, para en próxima fecha escuchar en alegatos finales a los convocados.

#### **Actuaciones por fuera de audiencia**

El día 29 de noviembre del 2021 y con alcance del día 30 de noviembre del mismo año, se recibió solicitud de aplazamiento por parte de la apoderada del Concesionario argumentando:

*“Dando alcance a la solicitud de aplazamiento de la audiencia programada para el próximo 2 de diciembre del año en curso, me permito informar que actualmente la Sociedad Portuaria Michellmar se encuentra adelantando una mesa de negociación con la Subdirección Comercial de CORMAGDALENA con la finalidad de revisar el Plan de Inversión; teniendo en cuenta que esto influye en el proceso administrativo sancionatorio, dado que se están revisando los ítems del plan de inversión ejecutados, es necesario aplazar la audiencia a efectos de poder llegar a un acuerdo con dicha área y así dar por terminado el presente proceso.”*

Teniendo en cuenta la relevancia del resultado de dicha mesa de negociación para el Procedimiento Administrativo que nos ocupa, se accedió a la solicitud a la espera del resultado.

Así las cosas, el día 22 de febrero del 2022, a través de la Comunicación Interna No. 2022-100-0285, la Supervisión informó a este Despacho:

*“Esta subdirección se permite indicarle que la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. el pasado 24 de enero de 2022 con radicado 2022-200-0230, presentó los documentos relacionados con el plan de inversión, sin embargo, este despacho realizó análisis de la documentación aportada por el concesionario conforme a lo establecido en las cláusulas séptima, décima y décima séptima del contrato de concesión No. 043 de 2010, en la cual se identificó que la Sociedad Portuaria Michellmar no cumplió con los requisitos mínimos indicados en el citado contrato.*



*De lo antes indicado, mediante oficio No. 2022-300-0367 del 16 de febrero de 2022, se informó a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. que no cumplió con los requisitos exigidos contractualmente para proceder con la aprobación del plan de inversión.*

Teniendo en cuenta el resultado indicado, esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica procedió a citar la continuación de la audiencia para el día 03 de marzo del 2022.

### **Audiencia del 03 de marzo del 2022**

Tras un breve recuento de las actuaciones adelantadas por fuera de audiencia, se le reconoció personería al abogado Emmanuel Garzón como apoderado de la Compañía garante Seguros del Estado.

Comoquiera que en la sesión de audiencia pasada se cerró el periodo probatorio, se solicitó a los apoderados se sirvieran exponer sus alegatos finales.

Otorgada a palabra a la apoderada del Concesionario, solicitó:

*“Acudiendo al artículo 48 del CPACA, tomaremos los 10 días que menciona la norma para efectos de presentar los alegatos finales de los hechos que han sucedido a lo largo del proceso”*

Inmediatamente, se le otorgó la palabra al apoderado de la aseguradora, el cual señaló:

*“Igualmente, solicitamos y coadyuvamos lo manifestado por el Contratista, nos tomaremos el plazo para elaborar y presentar los alegatos finales”*

Ante las solicitudes presentadas, se pidió a los asistentes una pausa de unos minutos para revisar lo manifestado.

Revisadas las solicitudes, se les indicó:

*“revisando la trazabilidad de la actuación administrativa, se evidencia que en la sesión de audiencia pasada se cerró el periodo probatorio y se les informó de la reanudación para alegatos finales fijando fecha para la recepción de los mismos; sin embargo, por solicitud de aplazamiento por parte del mismo Concesionario, se aplazó la fecha de la reanudación, pero a la fecha se encuentran más que excedidos los diez días que señala la norma, no podríamos ampliar el plazo”*

La apoderada del contratista intervino indicando:

*“A nuestro entender, con la solicitud remitida por la Subdirección en calidad de Supervisor, requerimiento que vence el viernes de esta semana, nos encontramos aun dentro del periodo probatorio, pues estamos respondiendo aun requerimientos de la Subdirección Comercial”*

Al respecto, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica aclaró:

*“Se les recuerda que las mesas de trabajo adelantadas directamente con la Subdirección, ocurrieron por fuera del procedimiento administrativo sancionatorio, se otorgó el aplazamiento de la actuación administrativa ante la relevancia del resultado de las mesas de trabajo, pero este Despacho debe continuar y agotar las diferentes etapas del procedimiento, con lo cual se les ha otorgado más de tres meses y no podemos suspender de manera indeterminada el procedimiento; la Subdirección no tiene competencia sobre el procedimiento, por lo cual no se puede condicionar la continuación de las etapas a las mesas de trabajo adelantadas, siendo deber de este Despacho seguir adelante hasta la culminación”*

En atención a la aclaración expuesta por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, la apoderada del Concesionario procedió a rendir sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

*“Es importante hacer un recuento del problema jurídico que da lugar a esta actuación, con ocasión de un informe de la Interventoría rendido el 28 de octubre del 2020 y en el año 2021 del 15 de febrero y el 09 de marzo, se señaló: La Interventoría solicitó al Concesionario suministrar información de las inversiones realizadas en estudios, diseños, planos en formatos digital, plan de inversiones, resolución de aprobación del plan de inversiones, detalle de las inversiones pendientes de realizar, detalle de los equipos, solicitud de soportes revisoría fiscal; a partir de allí inicia un problema jurídico puesto de presente a ustedes a través de la Interventoría, señalando un presunto incumplimiento por el no suministro de información, señalando como cláusulas presuntamente violadas, la décima sexta: obligación de cumplir con todas las normas y disposiciones para el control y vigilancia de la Superintendencia de Transportes o quien haga sus veces y suministrar a La Superintendencia o quien haga sus veces los informes o datos que requieran para ejercer su labor de inspección y vigilancia.*

*Sobre esto hemos sido reiterativos, y es que esta no es una violación taxativa, toda vez que la información suministrada a la Interventoría, ha sido suministrada, así las cosas no existe violación a la cláusula citada, tampoco ha habido negligencia del Concesionario en entregar la información solicitada, sin embargo, a partir de allí se han solicitado pruebas por informe girando el problema jurídico y contrariando el derecho de defensa, a partir de allí la Interventoría de manera acertada señala que nosotros hemos entregado unos documentos, pero que estos no han sido suficientes, razón por la cual usted como Jefe de la Oficina Jurídica solicita que nosotros complementemos, hemos entregado la información que se refiere; pero hasta ahí el problema jurídico se circunscribe al suministro de la información, que esta no es suficiente. De entrada, esta es una caracterización de un pliego de cargos que no se refiere a algo puntual sino a algo muy etéreo. Cuando se le pregunta a la Subdirección Comercial que tiene para decir sobre esto, lo que queda sobre la mesa es que no exista una violación de la entrega de información suficiente sobre el no cumplimiento del plan de inversiones, porque ambas cosas quedan claras y chuleadas, pero ahora el problema se suscita ahora con la Subdirección Comercial, en donde ellos presuntamente entienden que la información y obras ejecutadas en el plan de inversiones, en el año 2030 cuando Michellmar termine el contrato de Concesión no habrá reversión. Debemos recordar que los contratos de concesión son de tracto sucesivo y nosotros no hemos ejercido un derecho de prórroga dentro de este contrato, que puede suceder, pero si en el 2030 Michellmar quisiera entregar*

*la concesión a ustedes, de ninguna manera puede entenderse de manera objetiva, porque aquí la responsabilidad objetiva está proscrita, y de ninguna manera puede entenderse que las obras que reconocen que existen, pero que presuntamente creen que no las vamos a reconocer hechas dentro del contrato, sino que las vamos a empacar en una mochila y nos las vamos a llevar en el 2030, se entiende persé que por una situación hipotética y del futuro, se entiende que la información no ha sido suficiente porque no queda claro si esas obras van a tener la suerte de obras ejecutadas en el área concesionada, y acá conocemos que la naturaleza propias de las obras ejecutadas en la zonas de uso público, son obras que tendrán que revertir en la Nación, sea que los hizo Michellmar o un tercero.*

*No puede entenderse que como él en su condición de Sociedad Portuaria de servicio público, con el objeto de cumplir unas actividades celebró un contrato de crédito con un tercero cuyo tercero ejecutó las obras y a cambio recibió un espacio para mantener siempre esa operación para ese tercero, esto se conoce como un contrato Take or Pay, pues ahora lo que está suscitando son hipótesis de lo que va a suceder en el futuro y que no se va a entregar en reversión.*

*Frente a esto, vale la pena resaltar los argumentos y antecedentes generales, pero sobretudo poner de presente que en realidad el problema jurídico no puede ir cambiando sobre la marcha de acuerdo al entendimiento de las diferentes pruebas por informe, porque si en realidad la razón de ser de los cargos corresponde a no suministro de información suficiente, no puede ser que ahora, a lo largo de estos meses mute a si las obras que se ejecutaron cumplen con la condición de la reversión, y es que no lo vamos a saber sino hasta al final, en el 2030. Estamos revisando problemas jurídicos diferentes y cambiando la razón de ser de la investigación; por lo cual pedimos que tengamos tenido en cuenta las consideraciones iniciales sobre las que nos hemos pronunciado y desplegado la defensa, pero ahora ha cambiado, la naturaleza de las obras ejecutadas en la zona de uso público, son obras que se tienen que revertir a la Nación, mirará el Concesionario si haciendo negocios como privado, tendrá que asumir alguna responsabilidad frente a ese tercero, pero la Ley 1ra no tiene ninguna restricción frente a obras que pueda ejecutar un tercero en favor del Concesionario, pero si es importante delimitar esto.*

*No es más, presentaremos por escrito nuestros descargos ampliando algunos puntos. Gracias.*

Escuchados los alegatos del Contratista, se le concedió la palabra al apoderado de la aseguradora para que, por el mismo término, se sirviera rendir sus alegatos, de la siguiente manera:

*“Como primer argumento podemos evidenciar la buena fe contractual por parte del contratista al querer y desarrollar el objeto contractual, nos encontramos frente a una ejecución contractual y unos hechos presuntivos, a lo cual está desvirtuando por el artículo 83 de la Constitución Política, reconocida la buena fe como principio orientador en materia contractual.*

*Estamos enmarcados dentro de un contrato de tracto sucesivo en el que aún no se ha evidenciado el daño, y en tal sentido no se demuestra la cuantificación y la siniestralidad del contrato para lograr una indemnización del mismo, es de anotar que el seguro de cumplimiento es un resarcimiento y perjuicio que no se ha logrado probar.*

*También se debe tener en consideración la ocurrencia de hechos superados, pues los hechos por los que se abrió el procedimiento ya han sido superados, además solicitamos se aplique la proporcionalidad de la sanción cuando se pueda tasar el daño.*

*Igualmente solicitamos la compensación de manera subsidiaria si existen saldos a favor del Contratista.*

*Finalmente, solicitamos el archivo de la actuación administrativa o como solicitud subsidiaria se aplique la compensación y proporcionalidad de la sanción”*

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 la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., como a su garante Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., así como a la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., con la finalidad que tanto Contratista como Compañía Aseguradora durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001878 del 25 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-202103001877 del mismo 25 de mayo de 2021, enviado a la Compañía Garante con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 043 del 2010.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. en virtud del Contrato de Concesión No. 043 del 2010, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico correspondiente a la decisión que se adoptará (5.1), los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (5.2), el caso en concreto (5.3), y consideraciones finales.

## 5.1. EL MARCO JURÍDICO

Previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta Oficina Asesora Jurídica atendiendo a la naturaleza del Procedimiento Administrativo Sancionatorio solicitado e iniciado, tratándose de un presunto incumplimiento parcial de las obligaciones y multa del contrato, estima necesaria traer a colación algunas apreciaciones respecto de: la naturaleza jurídica de las multas contractuales (5.1.1); y la función de la interventoría (5.1.2).

### 5.1.1 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:

*“En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: ‘No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual’”.*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt. Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de 2011. Radicación número: 25000232600019930836501-01



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

*“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.*

*Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.*

*Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.”<sup>2</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 con ocasión del desarrollo del contrato, atendiendo al fin mismo de la medida, que es precisamente constreñir al contratista, como la parte contractual presuntamente incumplida, para la correcta y oportuna ejecución del objeto contratado dentro del plazo fijado.

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

### **5.1.2 La interventoría en los contratos estatales**

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

La norma establece que *“las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del*

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875)

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

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

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

Al respecto, resulta ilustrativo las consideraciones de la Corte Constitucional cuando declaró:

*“(...) 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>3</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, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado sostuvo:

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

<sup>3</sup> Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

<sup>4</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)

## 5.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación CE-OAJ-202103001878 del 25 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-202103001877 del mismo 25 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:

1. La Superintendencia General de Puertos, ahora Superintendencia de Transporte, con la expedición de la resolución 1183 de 1994 homologó la autorización portuaria otorgada por la DIMAR a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. en C. La homologación es concedida por un término de veinte (20) años, la cual finalizó el día 05 de julio de 2008.
2. Mediante Resolución 211 del 05 de febrero de 2004 el Ministerio de Transporte cedió a CORMAGDALENA los derechos y obligaciones, derivados del contrato de concesión portuaria suscrito por la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S.
3. Mediante Decreto 5748 del 20 de diciembre de 2007, expedido por el Ministerio de Transporte, mediante el cual se determinó el procedimiento y las condiciones que permitían la autorización temporal para el uso público y/o infraestructura de propiedad de la Nación para la actividad Portuaria.
4. CORMAGDALENA, otorgó mediante Resolución Nro. 000162 del 01 de julio de 2008, una autorización temporal a la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S., para continuar con el uso de las zonas homologadas a favor de la mencionada Sociedad.
5. El término de la autorización temporal finalizó el día 05 de julio de 2009, no obstante, mediante Resolución No. 211 del 03 de julio de 2009, expedida por CORMAGDALENA; fue prorrogada la autorización por un año más, finalizando el 05 de julio de 2010.
6. Mediante comunicado 2008002647 del 27 de junio de 2008, la Sociedad Portuaria INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S. solicitó a CORMAGDALENA, una concesión portuaria para la ocupación, en forma temporal y exclusiva, del área de la ribera occidental del Río Magdalena, la cual ha venido ocupando de conformidad con los actos anteriormente descritos.
7. Mediante Resolución Nro. 000137 del 25 de mayo de 2010, se aprueba una concesión portuaria a la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR INTERNATIONAL LINES & CIA S.
8. Conforme lo establecido en el numeral 2 y 20 del Artículo 5 de la Ley 1 de 1991 la Sociedad INVERSIONES GARCIA HERMANOS – MICHELLMAR

INTERNATIONAL LINES & CIA S. pasa a ser SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

9. Se expide Resolución Nro. 165 del 29 de junio de 2010, por medio de la cual se otorga una Concesión Portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
10. Se firma el contrato de concesión portuaria el día 02 de julio de 2010 entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., con el número de contrato de concesión portuaria 43-2010.
11. El Consorcio INCOPLAN - INGEPROYECT, mediante contrato No. 0-187 de 2020, ejerció la interventoría del contrato de Concesión No.43 de 2010 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.
12. Mediante informe de incumplimiento No. CGD-326-RL elaborado por la Interventoría Consorcio INCOPLAN - INGEPROYECT, remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000776 del 25 de abril de 2021, solicitó a la Oficina Asesora Jurídica el inicio del procedimiento, por los siguientes hechos.

### 5.3. EL CASO EN CONCRETO

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

*“La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, se encuentra incumplida respecto de la obligación de Suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la Cláusula Decima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión.”*

Esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para declarar la imposición de multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato No. 043 del 2010, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se determinará si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia.

#### 5.3.1 No ha suministrado información suficiente

Sobre el particular el Concesionario expuso:

*... “el primer argumento a plantear es la inexistencia de la renuencia por parte de Michellmar al suministro de información, toda vez que la interventoría que realiza el informe de incumplimiento señala que la renuencia del Concesionario ha impedido realizar la constatación del estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales, haciendo imposible a Cormagdalena realizar la debida supervisión.*

*Entendemos que no existe una renuencia a la entrega de información por parte de Michellmar porque conforme a lo señalado por la Interventoría, ellos ejecutan el*



*contrato de Interventoría solo desde el año pasado o tal vez desde este, pero lo que corresponde a los requerimientos realizados por Cormagdalena y las pasadas Interventorías, Michellmar le ha dado cumplimiento a todos los requerimientos que le han sido propuestos. En tal sentido cuando esta nueva Interventoría señala que la información ahora no es de su satisfacción, de ninguna manera esta situación constituye un incumplimiento o una renuencia por parte de Michellmar.*

*Ahora bien, el siguiente argumento a plantear es la falta de motivación para el inicio de la investigación por parte de Cormagdalena, comoquiera que las razones para abrir la investigación son eminentemente subjetivas, pues hacen referencia a que la entrega de información no es suficiente, calificación eminentemente subjetiva, lo cual no puede dar lugar a un incumplimiento contractual, en consecuencia solicitamos a Cormagdalena que haga un ejercicio frente a los cuestionamientos descritos; en primer lugar, ¿si las obligaciones que provienen de cualquier orden contractual se entienden incumplidas cuando no se allegue información suficiente?; ¿cuál es la forma en la que debe valorarse la información allegada para ver si esta cumple o no con requisitos legales?; ¿existen juicios de ponderación para valorar si la información es o no suficiente?.*

*Las calificaciones que dan lugar a este pliego de cargos de alguna manera, son calificaciones subjetivas y la responsabilidad subjetiva en estas investigaciones a la luz de la Ley 1474 de 2011, están proscritas. La forma de verificar el cumplimiento de las inversiones realizadas por el Concesionario no es solo a través de un análisis documental.*

*Otro de los cargos es la presentación y destacar la ejecución del plan de inversiones de Michellmar, y denota el desconocimiento de los antecedentes por parte de la Interventoría, los cuales son: Michellmar presentó un plan de inversiones el 18 de mayo de 2012, en reiteradas ocasiones el Concesionario ha entregado el cronograma de implementación del cargue directo de carbón, como el cronograma de actividades del plan de inversiones; se destaca que Cormagdalena siempre ha aceptado que Michellmar ha entregado el plan de inversiones y ha realizado las obras, no solo desde el punto de vista documental sino también de las mesas de trabajo que se adelantan con las revisiones de los formatos de inversión, sin que se hayan presentado reproches sobre el particular.*

*Ahora en lo que se refiere a las inversiones en zona de uso público hay que resaltar que en realidad los reproches son subjetivos, cuando se señala que la información no termina siendo suficiente para valorar que las obras las realizó un tercero. El contrato de concesión portuaria es un contrato de servicio público que se ejecuta desde el 2010, sin embargo no está prohibido desde la contratación estatal y desde el mismo contrato de concesión, una prohibición expresa que niegue la posibilidad que las inversiones puedan ser realizadas por un tercero y esta, a su vez, acreditarse a favor del concesionario, en ese sentido, uno de los temas previstos en el contrato de concesión por naturaleza, son los riesgos previstos que asume el concesionario en materia del plan de inversiones, pues Michellmar valoró la ejecución de los mismos a cuenta y riesgo de esto, esto quiere decir que la Interventoría dentro de su informe solicita los estados contables que soportan la ejecución de estas inversiones, pero es que si bien estas inversiones se realizaron a través de un*

tercero, que en este caso se hizo a través de un contrato de crédito que Michellmar celebró con Transfigura, de ninguna manera existe prohibición que no lo permita. Ahora, traemos a colación los artículos 1630 del Código Civil, que da la posibilidad de pagar las obligaciones por parte de un tercero; o el artículo 1668 del Código Civil en lo que corresponde a la subrogación, por cuanto no hay incumplimiento del Concesionario solo por no allegar unos soportes contables que demuestren el cumplimiento de esta obligación. La obras del plan de inversiones se realizaron y su existencia es plenamente comprobable y las mismas serán objeto de reversión al finalizar el contrato, esto es lo que es relevante para Cormagdalena, pues la Interventoría solo hace un análisis documental de las inversiones, se destaca que no solo desde el punto de vista contable se puede verificar el cumplimiento de la obligación, pues las normas de contabilidad disponen que estas tienen naturaleza privada y en ese sentido no podemos allegar del contrato de crédito que se suscribió con Transfigura y por tanto no podemos allegar esos soportes contables, pero a juicio del Concesionario, esta no es la única manera de corroborarse el cumplimiento de la obligación, ustedes han realizado visitas al área concesionada y han podido ver las obras realizadas.

En todo caso, en el evento de declaración de incumplimiento, dejamos de presente que no existe proporcionalidad de la sanción al momento de valorar los hechos VS la imposición de la sanción, pues se pretende imponer una sanción de USD 21.769,70 equivalente al 1% de la contraprestación, con base en criterios subjetivos.

Para finalizar queremos solicitar que: 1. Se declare el cumplimiento del plan de inversiones por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar; y 2. Que en consecuencia no sea impuesta la multa prevista en el acto administrativo que da lugar a los cargos. En todo caso, en el caso que no se acceda a las pretensiones de este Concesionario, solicitamos no se imponga la multa dado la desproporcionalidad de los hechos, con la sanción analizada previamente” ...

Igualmente, el Concesionario a través del oficio No. GEA-AHV/MFG-258-21 del 21 de junio de 2021, presentó por escrito los siguientes descargos:

**1. Nulidad de la actuación por no existir un acto de delegación de la Oficina Asesora Jurídica a la Secretaría General de CORMAGDALENA que demuestre la competencia para abrir la presente investigación administrativa**

La delegación es considerada como una medida en virtud de la cual, “ el titular de una competencia o función administrativa, previamente autorizado por el legislador, decide radicarla temporal y discrecionalmente en cabeza de otra autoridad usualmente subordinada, debiendo quedar en claro que las competencias o funciones susceptibles de delegación, son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante”<sup>1</sup>.

Los fundamentos jurídicos de la delegación, se encuentran definidos en primer lugar en la Constitución Política, en los artículos 209 y 2112, así como en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 489 de 1998, en donde regulan la institución jurídica de la delegación de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 9.- Delegación.** Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias (...).”

**“ARTÍCULO 10.- Requisitos de la delegación.** En el acto de la delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren (...).”

En este orden de ideas, es importante precisar frente a la delegación otorgada a la Secretaria General por parte de la Oficina Asesora Jurídica de **CORMAGDALENA** lo siguiente:

- I)** La Secretaria General no indicó en ningún aparte del escrito de cargos de esta investigación administrativa, cuál es el acto administrativo que fundamenta la delegación en mención. Frente al particular, es pertinente recordar a la entidad que la publicidad de los actos administrativos de carácter general, tienen un interés en cuanto de ella depende su obligatoriedad y su oponibilidad frente a los particulares; es por ello, que no informar del acto de delegación, adicional a no allegarlo, implica la vulneración al debido proceso y como se expondrá de manera subsiguiente, conlleva a que el acto de apertura esté viciado de nulidad.
- II)** En todo caso, aún en el evento de existir dicho acto administrativo de delegación, estaría viciado de nulidad absoluta dicha actuación por vulnerar el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, toda vez que dicha disposición normativa no permite la delegación de la delegación, es decir la transferencia de aquellas funciones o competencias que se han recibido en virtud de un acto previo de delegación, así:

**“ARTÍCULO 11.- Funciones que no se pueden delegar.** Sin perjuicio de los que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación: (...)

## **2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación. (negrilla fuera del texto).”**

En suma, con lo anterior, debe mencionarse que la Resolución No. 334 de 2019 “Por medio de la cual se delegan unas funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica”, ya se habían delegado en la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, las funciones para adelantar procesos administrativos sancionatorios en el marco de la Ley 1474 de 2011 así:

**“ARTICULO PRIMERO:** DELEGAR en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que

lo derogue o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017 de la Junta Directiva de CORMAGDALENA “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena – CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo”, los cuales se tramitan por el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituya (...).”

En tal virtud, no existe fundamento jurídico que soporte la validez de la delegación realizada en la comunicación **C.E.OAJ N.º 202103001878** por medio de la cual **CORMAGDALENA** a través de la Jefe de la Oficina Jurídica (E) – Dra. Marcela Guevara Ospina-, resolvió iniciar procedimiento administrativo sancionatorio contra la Sociedad Portuaria **MICHELLMAR**.

Por lo cual, la presente investigación administrativa se encuentra viciada de nulidad, por falta de competencia de la Dra. Marcela Guevara para el inicio de la presente investigación administrativa, teniendo en cuenta que se configura un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso de la actuación iniciada, toda vez que la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen.

Por lo anterior, debe declararse la nulidad de la actuación y como consecuencia de ello, el archivo de la presente investigación administrativa.

## **2. Inexistencia de Renuencia, resistencia o rebeldía por parte del MICHELLMAR en el suministro de información.**

Al respecto, **CORMAGDALENA** afirma basado en un informe de la interventoría que: “Tal y como se indicó, el Concesionario únicamente no ha dado respuesta a los diferentes requerimientos realizados por la interventoría, por lo tanto, no se cuenta con información suficiente que permita verificar el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en dichos numerales. La renuencia en la falta de suministro de información, ha impedido a la interventoría ejercer la función de realizar la constatación del estado de cumplimiento de las obligaciones contractuales, haciendo imposible a Cormagdalena realizar supervisión y vigilancia contractual” (Subraya fuera del texto)

En virtud de lo anterior, debe precisarse en primer lugar que para la imposición de multas por renuencia a la luz de lo señalado en el artículo 90 del **CPACA**, debe existir **rebeldía**, o **reincidencia al cumplimiento** de una obligación y/o en este caso particular, en el suministro de información.

Así las cosas, es preciso señalar que aún si, en gracia de discusión, se admitiere la competencia de la Secretaría General de **CORMAGDALENA** como delegada de las funciones de la Oficina Asesora Jurídica de esta entidad para el inicio de la presente investigación administrativa, no está demostrado por ningún medio que



**MICHELLMAR** no quiera cumplir con la obligación de suministrar la información solicitada, más allá de argumentar que “[con] a información suministrada por el Concesionario no es posible, establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del (sic) al Plan de Inversión, pendiente de aprobación del Contrato de Concesión No. 043 de 2 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación” (Subraya fuera del texto).

Es decir, no se cumple el requisito legal de que mi representada se encuentre en situación de **renuencia**, resistencia o rebeldía. En consecuencia, no es procedente la advertencia de la imposición de una multa, sobre la que no solo no se tiene competencia, sino sobre la que el concesionario, ha hecho todos los actos diligentes para dar cumplimiento a esta obligación – que es contrario a la renuencia, resistencia o rebeldía que exige la norma -, pero que a pesar de los cuales y por razones ajenas a éste, la interventoría señala que la información a juicio de ésta no es concluyente y violando a todas luces el debido proceso y de contradicción, procede a emitir un concepto sobre el particular y con ello **CORMAGDALENA** a abrir una investigación administrativa objeto de debate en este escrito de descargos.

A propósito de lo anterior y de las conclusiones erradas a las que llegó esta dependencia frente a la supuesta renuencia de mi representada fruto del informe de la interventoría, es preciso traer a colación los verbos utilizados allí, respecto de la **rebeldía**, **renuencia** y **resistencia**, y los pronunciamientos que la doctrina ha tenido al respecto, especialmente Arboleda Perdomo, quien en los comentarios realizados a la ley 1437 de 2011 precisa que, en efecto, debe existir un requerimiento previo para poner al administrado en situación de renuencia:

“El principio general, y en la práctica lo más frecuente, es que los actos administrativos se cumplan directamente por la persona obligada sin que medie un procedimiento para forzar su ejecución. Sin embargo, el artículo 90 ordena el procedimiento en caso de renuencia del particular, el cual se puede

- a. En primer lugar, y **aunque la norma no lo dice de manera expresa debe haber un requerimiento al particular para ponerlo en situación de renuencia del cumplimiento de su obligación**, la que debió cumplir inmediatamente quedó en firme el acto de acuerdo con lo ordenado por el artículo 89.
- b. **De mantenerse en rebeldía, la autoridad que lo expidió deberá proceder a multar al obligado (...)**

Surtido el análisis antes señalado, resulta evidente que es necesario un requerimiento a cumplir antes de la imposición de una multa que, para el caso en concreto, resulta claro que si bien hubo requerimientos de información, éstos fueron atendidos por **MICHELLMAR**, por lo cual, no puede concluirse de manera arbitraria que ha habido **renuencia** a cumplir la obligación, toda vez que en reiteradas ocasiones se aportó la información requerida por la interventoría. Cosa diferente es que la interventoría considere que dicha información no sea de su satisfacción, lo cual de ninguna manera constituye renuencia de mi representada, sino divergencia



sobre su contenido o su suficiencia, pero esto no puede servir de fundamento para iniciar un proceso administrativo sancionatorio contractual.

Así las cosas, puede afirmarse que no ha existido renuencia por parte de **MICHELLMAR** de suministrar información y en razón de ello, no es procedente iniciar un proceso administrativo sancionatorio, argumentando que el presunto incumplimiento de mi representada se basa en; "IV. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA. 1. La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. se encuentra incumplida respecto de la obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión, descrito en los numerales 16.5. y 16.13 de la Cláusula Décima Sexta y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión", toda vez que el iniciarlo bajo la premisa de "incumplir la obligación de suministrar información suficiente", denotan la flagrante violación al debido proceso y con ello, el desconocimiento del derecho de contracción, como bien se expondrá en los párrafos siguientes.

### **3. Falta de motivación para el inicio de la investigación administrativa por parte de CORMAGDALENA**

Teniendo en consideración lo expuesto en el acápite anterior, es preciso mencionar el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política, en relación con el derecho al debido proceso y la necesidad de ser protegido en el marco de cualquier tipo de actuación administrativa o judicial. El derecho fundamental al debido proceso, consagrado, entre otras normas integrantes del bloque de constitucionalidad, en el artículo 29 de la Carta, comprende los siguientes derechos:

- (i)** Derecho al juez natural;
- (ii)** Derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas de cada juicio;
- (iii)** Derecho a la defensa, que incluye el derecho a probar; y
- (iv)** Derecho a que las actuaciones se efectúen con base exclusivamente en normas jurídicas, y con respeto de los principios, valores y bienes jurídicos constitucionales y legales pertinentes, incluido el de prevalencia del derecho sustancial, y dentro de un término razonable.

En virtud del último aspecto, se ha establecido que la falta de motivación de las actuaciones administrativas es violatorio al debido proceso, sobre la cual la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

"El artículo 209 de la Constitución Política establece el principio de publicidad en las actuaciones adelantadas por la administración pública: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)" Dentro de este principio se inscribe, precisamente, el de motivación de los actos administrativos.

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su

actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.

Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente, carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas tácticas y jurídicas que determinan su adopción".

De acuerdo a lo indicado en el Capítulo IV de Presunto Incumplimiento del Contratista del Oficio C.E OAJ No. 202103001878 que da inicio a esta investigación administrativa, **CORMAGDALENA** indicó que el presunto incumplimiento versa sobre lo siguiente:

*"La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, se encuentra incumplida respecto de la obligación de Suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la Cláusula Decima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión" (Subraya y negrilla fuera del texto)*

Frente a tal afirmación propuesta por esta Corporación derivada del informe de interventoría, debe hacerse un cuestionamiento a la luz del análisis jurídico del presente caso y es que;

1. ¿Las obligaciones que provienen de cualquier orden contractual se entienden incumplidas por el Contratista cuando no se allega información suficiente?
2. ¿Cuál es la forma en la que debe valorarse la información allegada para que se concluya si ésta cumple o no requisitos legales?
3. ¿Acaso existen juicios de ponderación para valorar si la información es o no suficiente?

Dado que la respuesta resulta lógica a las preguntas planteadas anteriormente en relación a la inexistencia y subjetividad en la que se valoró el "presunto incumplimiento", debe precisarse para efectos de este escrito de descargos que las valoraciones subjetivas respecto al cumplimiento o no de obligaciones contractuales, se encuentran proscritas en materia sancionatoria, toda vez que al proceder bajo esa premisa errada, **CORMAGDALENA** ha expedido un acto administrativo con una falsa motivación para el inicio de una actuación como la que se analiza en este caso.

No obstante, lo anterior, **CORMAGDALENA** con base en el informe de incumplimiento presentado por la Interventoría, indicó que las comunicaciones enviadas al

concesionario sobre las que afirma existe un “presunto incumplimiento” por no allegar “información suficiente” son:

- ❑ Oficios CGDF-030-RLT del 11 de agosto, CGDF-128-RLT 28 de octubre, **CGD-156- RLF 14 de diciembre**, CDG-160-RLJ 16 de diciembre de 2020, CGD-212-RLT del 18 de enero, CDG-220-RLJ del 8 de enero, CDG-257-RLJ 15 de febrero de 2021, CGD- 292-RLT del 9 de marzo de 2021.
- ❑ **CORMAGDALENA** señaló que **MICHELLMAR** únicamente dio respuesta al oficio CGD-156-RLF del 14 de diciembre de 2020, mediante correo electrónico remitido el 8 de febrero de 2021:

*“Respecto de las solicitudes presentadas, el Concesionario remitió por correo electrónico el 8 de febrero en respuesta al oficio CGD-156-RLF del 14 de diciembre de la Interventoría, mediante el cual se solicitaron los soportes contables y legales a través del cual la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S, estaba ejecutando las inversiones en el Terminal Portuario Michellmar. En dicha respuesta indicó:*

*El contrato entre TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA SAS y SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR SA, no puede enviarse por encontrarse enmarcado dentro de las causales de confidencialidad establecida entre las partes al momento de la firma.*

*A partir de la información suministrada por el Concesionario no es posible, establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del (sic) al Plan de Inversión, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B”.*

- ❑ Pese a los argumentos expuestos por la interventoría en su informe, debe precisarse para efectos de desvirtuar los hechos que dan lugar al inicio de la presente investigación que **MICHELLMAR** dio respuesta a los diferentes requerimientos solicitados por la interventoría así:

Respuesta a Comunicaciones remitidas por la Interventoría	
Comunicación Interventoría	Respuesta MICHELLMAR S.A.
<ul style="list-style-type: none"> <li>• CGDF-030-RLT de 11 de agosto de 2020</li> <li>• CGDF-128-RLT de 28 de octubre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El <b>19 de noviembre de 2020</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>5 de noviembre de 2020</b>. [Anexo N. ° 1 y 2]</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• CGDF-156-RLT de 14 de diciembre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El <b>15 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>8 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 3 y 4].</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• CGDF-160-RLT de 16 de diciembre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El día <b>9 de febrero de 2021</b> mediante correo electrónico se da respuesta a dicha comunicación [Anexo N. ° 18]</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• CGDF-220-RLT de 20 de enero de 2021</li> <li>• CGDF-257-RLT de 15 de febrero de 2021</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El <b>23 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>16 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 5 y 6].</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• CGDF-212-RLT del 18 de enero de 2021</li> <li>• CGDF-292-RLT de 9 de marzo de 2021</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El <b>10 de mayo de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de <b>marzo de 2021</b> [Anexo N. ° 7 y 8] .</li> </ul>

Con base en lo anterior, puede evidenciarse que no ha existido, ni renuencia a la entrega de información, ni mucho menos incumplimiento de las cláusulas 16.5 y 16.13 del Contrato de Concesión Portuaria, por lo que carece de todo fundamento de derecho, el haber abierto la presente investigación administrativa, argumentando que **MICHELLMAR** se encuentra incumplida “respecto de la obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA”.

Así las cosas, debe destacarse para efectos de este escrito de descargos, que no solo en esta ocasión **MICHELLMAR** ha allegado los documentos y soportes que sustentan que presentó el plan de inversiones y que además lo ejecutó en debida forma y así ha sido aprobado por esta Corporación, sino que durante el tiempo que ha transcurrido del contrato de concesión, ha estado atenta a los requerimientos realizados y ha presentado soportes documentales tal y como se evidencia en el cuadro anterior.

#### **4. MICHELLMAR cumplió con la obligación de presentar el Plan de Inversiones**

Si bien el cargo que alega **CORMAGDALENA** está dirigido a la omisión del concesionario de suministrar información, dicha información está relacionada con el Plan de Inversión y su ejecución; es por ello que consideramos pertinente presentar los fundamentos fácticos y jurídicos que comprueban que **MICHELLMAR** presentó a **CORMAGDALENA** el Plan de Inversión, toda vez que con ello se desvirtúa el fondo de esta investigación administrativa, asociada a que “A partir de la información suministrada por el Concesionario no es posible, establecer que **las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del (sic) al Plan de Inversión, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión** a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B”. Por lo cual vale la pena precisar lo siguiente:

- 1.** Son múltiples las comunicaciones enviadas por **MICHELLMAR** a **CORMAGDALENA** en las que el concesionario allega el plan de inversiones, el cronograma de obras, la ingeniería de detalle a desarrollar, entre otra información según consta en los radicados que se presentarán como anexos y que se relacionan a continuación:
  - a. Radicado del 18 de mayo de 2012: Entrega de cronograma de obra e inversiones.** Mediante este documento MICHELLMAR remitió la ingeniería de detalle desarrollada por la firma Alvarado & During junto con el plan de inversiones [Anexo N. °9].

- b. Escrito del 18 de julio de 2012: Remisión de información relacionada con el contrato de concesión [Anexo N. °10]:** Mediante este escrito MICHELLMAR emitió a CORMAGDALENA los siguientes documentos:
- i. El cronograma de obra e inversiones y la ingeniería de detalle radicados ante **CORMAGDALENA** el 18 de mayo de 2012.*
  - ii. Desprendible de pago de contraprestación del 8 de marzo de 2012.*
  - iii. Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial*
  - iv. Soportes de pago de los aportes realizados por cuenta de los empleados directos en Seguridad Social y Aportes Parafiscales*
  - v. Declaración de Cumplimiento de la Instalación Portuaria (Código PBIP)*
  - vi. Reglamento de Condiciones Técnicas de Operaciones aprobado por CORMAGDALENA mediante Resolución N° 000129 del 10 de mayo de 2011.*
  - vii. Licencia ambiental expedida por el DAMAB*
- c. Radicado del 6 de diciembre de 2013 [Anexo N.°11]: Respuesta a requerimiento para la aprobación del plan de inversiones.** En este documento MICHELLMAR remitió el informe de ingeniería de detalle elaborado por la firma DC PORT.
- d. Radicado del 14 de septiembre de 2015 [Anexo N. ° 12]: Remisión de cronograma de obras y equipos y del cronograma de implementación del sistema de cargue directo de carbón:** Mediante este documento MICHELLMAR indicó que mediante el documento del 18 de mayo de 2015 se adjuntó el cronograma de obras e inversiones, la ingeniería de detalle y el plan de inversiones. Así mismo, el concesionario advirtió que mediante comunicación anterior del 5 de octubre de 2011 se remitió los siguientes documentos:
- i. Cronograma de construcción del sistema de cargue directo ajustado*
  - ii. Contrato de Concesión Portuaria N° 43 del 2 de julio de 2010.*
  - iii. Comunicación conjunta firmada por los Viceministros de Ambiente y Transporte del 26 de julio de 2010*
  - iv. Cronograma de obras e inversiones presentado en CORMAGDALENA con la solicitud de concesión portuaria el 27 de junio de 2008*
  - v. Acta de entrega de los bienes concesionados el 2 de julio de 2010*
- e. Radicado del 23 de diciembre de 2015 [Anexo N. °13]: Remisión del cronograma de obras e inversiones.** Mediante este documento MICHELLMAR remitió el cronograma de obras e inversiones que incluía v.gr. rellenos, tablestacado y pilotes, concretos y accesorios (boyas, bitas de amarre, muertos de amarre, bolardos, defensa de caucho e iluminación), entre otros conceptos.



- f. **Escrito del 6 de julio de 2017** [Anexo N. ° 14]: Reporte de inversiones realizadas durante el primer trimestre del año 2017. Mediante este documento **MICHELLMAR** informó que las inversiones que correspondía realizarse para las anualidades 2013 y 2014 fueron debidamente ejecutadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que plan de inversiones habría sido aprobado por **CORMAGDALENA** por aplicación de lo previsto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.
  - g. **Radicado del 31 de agosto de 2017** [Anexo N. °15]: **Reporte de inversiones realizadas durante el primer semestre del año 2017.** Mediante este documento **MICHELLMAR** informó que las inversiones que correspondía realizarse para las anualidades 2013 y 2014 fueron debidamente ejecutadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que plan de inversiones habría sido aprobado por **CORMAGDALENA** por aplicación de lo previsto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.
2. Así las cosas, es claro que **MICHELLMAR** sí ha remitido en diversas ocasiones el plan de inversiones del Contrato de Concesión Portuaria , el cronograma de obras, la ingeniería de detalles a desarrollar, entre otra información requerida por **CORMAGDALENA** y que además se encuentra al alcance de la interventoría.

Por lo cual, no es procedente como se ha expuesto en los capítulos anteriores, el iniciar un proceso administrativo sancionatorio bajo el argumento que existen violación a cláusulas contractuales por no suministrar “información suficiente” a **CORMAGDALENA**, calificación a toda luces subjetiva y para el caso en concreto violatorio al debido proceso, toda vez que los incumplimientos en materia contractual, deben ser taxativos y previstos en el Contrato.

#### **4.1. Inversiones realizadas en la zona de uso público concesionada**

En suma, con lo anterior, las razones de fondo que dan lugar al inicio de la presente investigación administrativa, nacen con ocasión a los múltiples requerimientos que hace la interventoría a **MICHELLMAR**, en el que solicita allegar información asociada al plan de inversiones y su ejecución, advirtiendo al concesionario que el no hacerlo en un término impositivo, discrecional de la interventoría y bajo ningún sustento legal, se iniciará un proceso de incumplimiento. Frente a este particular, debe precisarse varios puntos a saber:

1. El artículo 1º, inciso 2º de la Ley 1ª de 1991, señala dentro de sus principios generales que “la creación, el mantenimiento, el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta ley, son de interés público”, por lo cual atendiendo dicho precepto legal, el funcionamiento y mantenimiento de los terminales portuarios, deben ser la prestación de un servicio público eficiente en materia portuaria.
2. Ahora bien, en materia de riesgos, resulta claro que los concesionarios, asumen los riesgos inherentes a la ejecución del plan de inversiones, tales como su etapa pre operativa, de construcción, de operación, de liquidación y de reversión. Por lo cual, resulta claro que esta obligación se encuentra a cargo

- de **MICHELLMAR** y en tal sentido, se ha dado cabal cumplimiento a la misma a cuenta y riesgo del concesionario.
3. Dicho lo anterior, resulta claro que **MICHELLMAR** al momento de valorar los riesgos inherentes a la ejecución de las obras del plan de inversiones, analizó las circunstancias que le permitirán obtener la recuperación de la inversión durante el tiempo del contrato, evitando un desequilibrio económico.
  4. El artículo 1630 del Código Civil dispone : “PAGO POR TERCEROS. Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y a aún a pesar del acreedor”.
  5. A su turno, el artículo 1668 de la misma disposición en mención, señala que “SUBROGRACIÓN LEGAL. Se efectúa la subrogación por el Ministerio de la Ley y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: (...) 5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor”
  6. Haciendo referencia al contenido de las normas transcritas, es factible el pago de obligaciones por parte de terceros, aún contra su voluntad o consintiéndolo expresamente el acreedor.
  7. En suma, con lo anterior, debe destacarse algunos postulados contractuales del Contrato de Concesión Portuaria 043 de 2010, así:
    - a. **Cláusula Sexta: TIPO DE SERVICIO:** La Sociedad Portuaria MICHELLMAR es una empresa privada que prestará servicio público.
    - b. **Cláusula Novena: VOLÚMENES Y CLASA DE CARGA A LA QUE SE DESTINARÁ:** Las cargas previstas son: Carga general suelta, gráneles líquidos, gráneles sólidos y contenedores.
    - c. **Cláusula Décima Cuarta: PLAN DE INVERSIONES:**

Las variaciones y reformas que se requieran hacer sobre el plan de inversiones inicialmente estipulado para el proyecto en la solicitud de concesión, deberán adelantarse de conformidad con el procedimiento que señale LA CORPORACIÓN para tales efectos, siempre con autorización previa y escrita por parte de LA CORPORACIÓN. El desconocimiento de este procedimiento, es causal de incumplimiento del contrato. Las inversiones realizadas por LA SOCIEDAD CONCESIONARIA para modernizar el puerto, se efectuarán con base en los planes que éste prepare y deberán ser aprobadas por LA CORPORACIÓN.

**PARÁGRAFO PRIMERO:** LA CORPORACIÓN o quien haga sus veces no está obligado a pagar mejoras o reformas a los bienes dados en concesión, ni a indemnizar en forma alguna a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, aún en el caso que las haya autorizado expresamente.

**PARÁGRAFO SEGUNDO:** Se entiende que toda mejora hecha por LA SOCIEDAD CONCESIONARIA a los bienes dados en concesión, quedará de propiedad de la Nación al efectuarse la reversión.

**CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – OBRAS ADICIONALES:** En el evento que LA SOCIEDAD CONCESIONARIA requiera efectuar obras e inversiones no previstas en la presente concesión, deberá contar con la respectiva autorización por parte de LA CORPORACIÓN o quien haga sus veces, y serán cedidas a la Corporación en los términos descritos en el artículo 8 de la Ley 01 de 1991, las cuales serán asumidas por LA SOCIEDAD CONCESIONARIA a su cuenta y riesgo, partiendo del principio que la inversión realizada será recuperada durante el término de la concesión; por tal motivo no dará derecho a indemnización o reconocimiento alguno a favor de LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.

**PARÁGRAFO:** Las obras autorizadas a las que se refiere el presente artículo sólo podrán construirse dentro de la zona de uso público entregada en concesión.

**CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA -**

8. Ahora bien haciendo referencia a las objeciones que plantea la interventoría de este contrato que da lugar a la presente investigación, respecto a la solicitud de soportes contables y legales a través de la cual la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S. estaba ejecutando las inversiones en el Terminal Portuario Michellmar y el análisis errado de ésta, respecto a que por no entregarse información de carácter confidencial por la naturaleza del negocio,

**MICHELLMAR** se encuentra incumplida “respecto de la obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA”, debe precisarse que:

- a. El contrato de concesión portuaria, tiene por finalidad la prestación de un servicio público.
- b. En tal virtud, el cumplimiento de sus obligaciones se encuentra a cargo de la Sociedad Portuaria Michellmar, pero ello en razones del negocio y la naturaleza propio del desarrollo portuario, es factible que dichas obligaciones puedan cumplirse no sólo por parte del Concesionario, sino con el apalancamiento de contratos de servicios con terceros para la ejecución del proyecto.
- c. Tan cierto es lo anterior, que los artículos 1630 y 1668 del Código Civil, prevén la posibilidad de ejecutar obligaciones por parte de terceros o subrogarse frente a las obligaciones aún sin consentimiento del deudor.
- d. Al respecto resulta claro para el objeto de este debate, respecto al reproche sobre el que se circunscribe el presunto incumplimiento de **MICHELLMAR** “respecto de la obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA” que, el problema jurídico no es el cumplimiento del plan de inversiones, sino frente a los soportes contables que respaldan las inversiones realizadas, las cuales a juicio de la interventoría no “eran suficientes” y por ello procedió a emitir concepto de incumplimiento de las obligaciones contractuales de mi representada y así mismo **CORMAGDALENA** dio inicio a la presente investigación administrativa
- e. Nos oponemos a esta posición y al inicio mismo de este proceso sancionatorios, toda vez que dicho análisis es bastante alejado de la realidad jurídica en los términos permitidos por el Código Civil como se expuso anteriormente, conlleva a desconocer que las obras realizadas en la zona de uso público respecto a la infraestructura para el recibo, almacenamiento intermedio y despacho de crudo, no sólo fueron efectivamente realizadas y su existencia puede comprobarse físicamente mediante visitas de inspección al puerto, sino que las mismas fueron avaluadas por AVALCARIBE en \$11.600.777.684 [Anexo N. ° 16 y 17].

Tipo de bien	Valor de Reposición a Nuevo	Valor de Salvamento (COP)	Valor Neto de Reposición (Valor de Mercado)
INMUEBLE	6.023.201.651	59.886.433	5.901.272.983
MAQUINARIA	5.802.447.880	59.747.392	5.591.945.984
DISEÑO	107.558.717	0	107.558.717
<b>Total general</b>	<b>11.933.208.248</b>	<b>119.633.825</b>	<b>11.600.777.684</b>
	Corresponde al valor de inversión inicial del proyecto (obras, equipos e instalación)	Corresponde al Valor de los bienes al final de la vida útil	Corresponde al valor de los activos instalados en las condiciones actuales a 30 de junio de 2.017
<b>Descripción de Valores</b>	actualizado a 30 junio de 2.017		

Por lo tanto el valor de mercado estimado de los activos, propiedad de SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. y que son objeto de esta valoración (ver tabla inmediatamente anterior), es la cantidad de **\$11.600.777.684 (ONCE MIL SEISCIENTOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE).**



**f.** Por lo cual, para efectos del Contrato de Concesión Portuaria, estas inversiones fueron realizadas por **MICHELLMAR**, el cual tiene la obligación frente a **CORMAGDALENA** no solo de mantenerlas en buen funcionamiento a lo largo de la ejecución del plan de inversiones, sino de revertirlas en buen funcionamiento al terminar el plazo contractual. Si dichas inversiones fueron aportadas por un tercero ajeno a este contrato de concesión es algo completamente irrelevante para la entidad concedente. Las obras del plan de inversiones se realizaron, su existencia es plenamente comprobable y las mismas serán objeto de reversión al finalizar el contrato; esto es lo que es realmente relevante para **CORMAGDALENA**. El hecho de que dichas obras hayan sido adelantadas en virtud de un contrato celebrado entre mi representada y un tercero (la empresa Trafigura Energy Colombia S.A.S.), que está amparado por obligaciones de confidencialidad que debe respetar mi representada, no implican incumplimiento alguno del contrato de concesión portuaria, no sólo porque el mismo contrato no prevé este hecho como un incumplimiento contractual, sino porque bajo la ley colombiana es permitido que un tercero pague las obligaciones de otro.

**9.** En tal virtud, puede concluirse que no existe una violación a las obligaciones contractuales como señala esta Corporación, no sólo por no estar tipificada la “obligación de suministrar información a CORMAGDALENA” como se ha expuesto a lo largo este escrito de descargos, sino en razón a que el plan de inversiones está ejecutado y que el hecho de no allegar los soportes contables a través de los cuales TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S ejecutó las obras, se circunscribe en razones de confidencialidad entre ésta y la Sociedad Portuaria **MICHELLMAR** acordadas en un contrato de naturaleza privada.

**5. Vulneración al debido proceso por parte de CORMAGDALENA.**

Ahora bien, el debido proceso entendido como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”<sup>14</sup> es un derecho que ha vulnerado **CORMAGDALENA** con inicio de este proceso administrativo sancionatorio, por las razones que procedemos a exponer:

**1.** **MICHELLMAR** atendió los requerimientos realizados por la interventoría y que constituyen el objeto de esta investigación. Tal como se presentó a lo largo de este documento, la sociedad portuaria emitió respuestas a las solicitudes así:

Respuesta a Comunicaciones remitidas por la Interventoría	
Comunicación Interventoría	Respuesta MICHELLMAR S.A.
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-030-RLT de 11 de agosto de 2020</li> <li>CGDF-128-RLT de 28 de octubre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>19 de noviembre de 2020</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>5 de noviembre de 2020</b>. [Anexo N. ° 1 y 2]</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-156-RLT de 14 de diciembre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>15 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>8 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 3 y 4].</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-160-RLT de 16 de diciembre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El día <b>9 de febrero de 2021</b> mediante correo electrónico se da respuesta a dicha comunicación [Anexo N. ° 18]</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-220-RLT de 20 de enero de 2021</li> <li>CGDF-257-RLT de 15 de febrero de 2021</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>23 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>16 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 5 y 6].</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-212-RLT del 18 de enero de 2021</li> <li>CGDF-292-RLT de 9 de marzo de 2021</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>10 de mayo de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de <b>marzo de 2021</b> [Anexo N. ° 7 y 8].</li> </ul>

2. *En el mismo orden ideas, **MICHELLMAR** siempre ha estado presto a atender los requerimientos que realiza tanto **CORMAGDALENA** como la interventoría del contrato. Es por ello que iniciar un proceso sancionatorio sin fundamento fáctico y jurídico constituye una vulneración al debido proceso.*
3. *Además, en caso que existiera algún incumplimiento por parte del concesionario en virtud de la obligación de “suministrar información suficiente a **CORMAGDALENA**, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión”, el medio adecuado no puede ser iniciar un proceso sancionatorio desgastando a la administración y en contra del **principio de economía**. En este caso, la entidad debe acudir a otros mecanismos previos que conminen al contratista a cumplir pero también que le permitan ejercer su derecho de defensa, es decir no se es factible proceder bajo la “arbitrariedad de calificaciones subjetivas”, abrir una investigación administrativa bajo los supuestos incumplimientos enmarcados en la obligación de entregar “información suficiente”.*

## 6. Proporcionalidad de la sanción

El principio de **proporcionalidad de la sanción** significa que la autoridad administrativa competente para imponer las sanciones establecidas por la ley o el reglamento debe imponer una sanción proporcional a la falta o infracción efectivamente cometida.

Es importante analizar el tema de la proporcionalidad de la sanción en este proceso, de acuerdo a lo que indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-010 de 2003, frente a los elementos que debe ponderar la administración al momento de establecer la necesidad de imponer la sanción, y en caso de aplicarla tener en cuenta las condiciones que rodean el acto:

*“En lo que hace al principio de proporcionalidad, hay que señalar que, a partir de su conexidad con los principios de legalidad y tipicidad, el mismo busca que la conducta ilícita edilgada al sancionado y adoptada por el legislador,*



*no solo tenga un claro fundamento jurídico, sino que permita su aplicación sin afectar irrazonablemente los intereses del potencial implicado o que tal hecho solo se presente en grado mínimo, de manera que éste quede protegido “de los excesos o abuso de poder que podrían provenir de la discrecionalidad atribuida a la administración.*

*El principio de proporcionalidad comprende varios aspectos a saber: i) la adecuación entre la medida escogida y el fin perseguido; ii) la necesidad de la utilización de la medida para el logro del fin, esto es que no exista otro medio que pueda conducir al mismo fin; y iii) la proporcionalidad stricto sensu entre la medida y el fin, es decir, la ponderación entre el principio que se protege y el que se sacrifica, y la debida correspondencia entre la falta y la sanción”.*

*En este orden de ideas, si a pesar de los argumentos expuestos, **CORMAGDALENA** decide imponer una multa a **MICHELLMAR**, debe tenerse en cuenta y aplicarse el principio de proporcionalidad, que constituye un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer.*

*Recordando que con este principio se busca que la reacción sancionatoria de la administración sea la respuesta más ajustada posible y que exista equivalencia entre la erogación impuesta al particular y la lesión al bien jurídico tutelado por el ordenamiento administrativo, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones.*

*En virtud de lo expuesto a lo largo de este escrito, puede afirmarse que **CORMAGDALENA** no cumple con el principio de proporcionalidad, al pretender imponer una sanción VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS (USD 21.769,70), equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada, no sólo por no existir motivación suficiente para iniciar este proceso sancionatorio, sino también considerando que tal como se ha expuesto a lo largo de este documento, **MICHELLMAR** siempre ha estado presto a cumplir con los requerimientos de las autoridades administrativas y ha dado cumplimiento a las obligaciones asociadas al plan de inversiones. Por lo cual, puede afirmarse que, si en gracia de discusión, procediera el presunto incumplimiento como lo afirma esta Corporación es su acto administrativo de cargos, es violatorio del debido proceso” ...*

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario y agregó:

*... “Dra. Marieth Montoya: Coadyuvando lo manifestado por la apoderada del Concesionario, en primer lugar debemos hablar sobre la necesidad de demostrar el perjuicio y cuantía, pues el contrato de seguros cuenta con una regulación que no puede ser desconocida por la Entidad, así: artículo 1077 del Código de Comercio,*

*según la cual le corresponde a la entidad demostrar de forma clara y precisa el perjuicio y no de manera supuesta, pues se debe acreditar y cuantificar los perjuicios dado el carácter indemnizatorio que ostenta el contrato asegurador. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que el perjuicio no puede ser supuesto sino plenamente determinado y tasado, demostrado y motivado, para evitar el enriquecimiento sin justa causa de la Entidad.*

*En este caso no se ha probado la ocurrencia del siniestro ni que el perjuicio sea directo, pasando por alto la jurisprudencia en los requisitos del daño, como el perjuicio cierto consumado y definitivo, efectivo y real al momento de liquidarse, debe ser actual y tener certeza de este, además que debe ser directo.*

*Por otra parte, está el debido proceso en el que se debe tener presente que la responsabilidad objetiva en materia administrativa se encuentra proscrita, por lo anterior se deberá demostrar que además del incumplimiento esta se da por el actuar doloso o culposo del contratista.*

*Por otra parte me voy a referir a la naturaleza de la multa, pues tiene como finalidad constreñir al cumplimiento de las obligaciones contractuales, como lo ha señalado el Consejo de Estado cuando expone: la imposición de multa tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones ante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Igualmente, el Consejo de Estado respecto al alcance y naturaleza de la multa señaló que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues no tendría sentido imponer una multa por fuera de su vigencia, es decir con el término del contrato vencido. La imposición de la multa busca apremiar el cumplimiento de la sanción en caso de mora o incumplimiento parcial.*

*En el caso que nos ocupa, el contrato se ha venido ejecutando con normalidad, y no solo porque la Interventoría señala que el Contratista no ha entregado el soporte de unas inversiones, no significa que el contrato no se haya venido ejecutando con normalidad.*

*Por otra parte, está la proporcionalidad de la sanción, pues la Entidad debe determinar objetivamente la responsabilidad y la cuantía en contraste con el daño o sanción causado a la entidad.*

*Finalmente, en el evento de imponer una sanción al contratista, solicitamos se proceda a la compensación de los saldos adeudados al contratista.*

*En consecuencia, solicitamos se dé por terminado el procedimiento administrativo aperturado” ...*

Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas documentales aportadas por el Concesionario durante el periodo probatorio, esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio la presentación de prueba por informe a cargo de la interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01 la cual se regirá por lo contemplado en el Código General del Proceso artículos 275, 276 y 277.

A la interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01, en el cual se le solicitó responder:

1. *¿El presunto incumplimiento endilgado dentro de los oficios de citación No. CE-OAJ – 202103001878 y 202103001877 del 25 de junio de 2021, esto es, “La SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, se encuentra incumplida respecto de la obligación de Suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la Cláusula Decima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión.” el cual está basado en el informe presentado por la interventoría Consorcio INCOPLAN - INGEPROYECT, persiste o no?*
2. *¿En caso de persistir, sobre qué obligaciones continua? En cualquier caso, explique el motivo de sus razones.*

El día 30 de julio de 2021 se recibió vía correo electrónico el informe de la Interventoría No. CINP-499-093-2885, en 29 folios, en el que la Interventoría concluyó:

*... “Tal y como se explicó en la tabla citada anteriormente, a la fecha la Sociedad Portuaria no ha entregado la siguiente información solicitada por la Interventoría Consorcio Incoplan – Ingeproyect 2020:*

- Estudios, diseños y planos en formato digital (DWG) de todas las obras que se desarrollaron o que se vayan a desarrollar, levantamientos topográficos, batimetrías, presupuestos, estudios y diseños, especificaciones técnicas y todos los documentos técnicos de los que disponga el concesionario de las obras adelantadas o proyectadas en la zona de concesión.*
- Plan de inversiones, con su respectivo cronograma.*
- Detalle las inversiones pendientes por realizar, describiendo ítem de inversión fecha de la inversión y monto.*
- Justificar jurídicamente y soportar la relación existente entre su Concesionario y la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S. Aunado a lo anterior, documento suscrito entre las partes que permita determinar la naturaleza y el propósito de la presentación de estos soportes en el marco del contrato de Concesión.*
- Informar y aportar documentación relacionada con el cumplimiento de la cláusula décima tercera, numeral 13.20 “Será responsabilidad de El Concesionario, llevar a cabo el mercadeo del puerto con el fin de mejorar la posición internacional del mismo.”*
- Informar y aportar documentación relacionada con el cumplimiento de la cláusula décima tercera, numeral 13.21” Será responsabilidad de El Concesionario, invertir en su propio nombre y a su cargo en infraestructura y equipo que aumente las operaciones y la eficiencia del puerto.”*
- Certificados expedidos por la revisoría fiscal de las empresas TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA SAS y SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., en los cuales se indique que las inversiones realizadas por la sociedad TRAFIGURA*

*ENERGY COLOMBIA S.A., como parte del Plan de Inversiones, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, serán objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B.*

*Habida consideración a lo anterior y como quiera que las razones por las cuales se citó a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 están relacionadas con la no entrega de la información solicitada mediante “(....) los oficios CGDF-030-RLT del 11 de agosto, CGDF-128-RLT 28 de octubre, CGD-156-RLF 14 de diciembre, CDG-160-RLJ 16 de diciembre de 2020, CGD-212-RLT del 18 de enero, CDG-220-RLJ del 8 de enero, CDG257-RLJ 15 de febrero de 2021, CGD-292-RLT del 9 de marzo de 2021” bajo esta perspectiva continuaría el incumplimiento. Sin embargo, se recuerda que es la entidad la que tiene la facultad sancionatoria y por ende debe ser quien toma la decisión dentro del proceso que se adelanta en contra del concesionario” ...*

Una vez recibido el informe, en aplicación al Código General del Proceso se les corrió traslado a los convocados por el término de tres (3) días para que presentaran sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste.

El día 04 de agosto de 2021, se recibió el oficio GEA-AHV/MFG-341-21 contentivo en 8 folios, a través del cual el Concesionario presentó su manifestación. Por su parte, la Compañía Garante guardó silencio.

El día 12 de agosto de 2021, este Despacho se pronunció sobre las solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe, requiriéndole a la Interventoría se sirviera presentar unas aclaraciones a su informe, así:

Se aceptó la solicitud realizada por el apoderado del Concesionario, en el que se le pidió a la interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01, procediera a ampliar, complementar o aclarar lo correspondiente a:

*1. Respecto del documento presentado por el apoderado del CONCESIONARIO relativo a: “solicitamos a la interventoría que se aclare el informe en el sentido de señalar si MICHELLMAR suministro la información referida anteriormente, esto es: el avalúo realizado por la empresa AVALCARIBE, que soporta las inversiones realizadas por mi representada”*

Adicionalmente, esta Oficina Asesora Jurídica formuló de oficio las siguientes solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe, a saber:

*2. En el segundo punto de la página 5 del informe, se marca como NO entregado el “Plan de inversiones, con su respectivo cronograma” Sin embargo, se citan una serie de documentos remitidos por el Concesionario como soportes a la comunicación de marzo de 2021 entre los que se encuentran unos documentos radicados en octubre de 2011, mayo del 2012, diciembre del 2013 y diciembre del 2015 y finaliza señalando:*

*“De conformidad con la información suministrada a esta Interventoría del expediente de CORMAGDALENA de la Sociedad Portuaria S.A. se tiene que*

*a la fecha el concesionario no cuenta con la Resolución de Aprobación del Plan de Inversiones por parte de CORMAGDALENA.”*

*Se solicita a la Interventoría se sirva complementar su respuesta en el sentido de informar los antecedentes por los cuales no se ha aprobado el plan de inversiones.*

*3. Sírvasse complementar si con los documentos que obran en el expediente aportados por el Contratista y verificados por ustedes para la elaboración de la prueba por informe, la Interventoría y la Supervisión pueden ejercer de forma satisfactoria su deber de vigilancia y control del contrato de concesión portuaria. En todo caso, explicar el motivo de sus razones.*

El día 19 de agosto de 2021 se recibieron las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe allegadas por la Interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01 a través del oficio CINP – 499 –123-3160 contentivo en 18 folios, en el que concluyó:

Respuesta aclaración 1:

*... “Sí. MICHELLMAR suministro a CORMAGDALENA, el avalúo realizado por la empresa AVALCARIBE tal como reposa en el expediente, presentado mediante oficio del 20 de febrero de 2020 con radicado No. 202002000808” ...*

En la respuesta a la aclaración 2, la Interventoría presenta un cuadro de 15 páginas en el que se realiza un análisis de los diferentes documentos cruzados entre el Concesionario, la entidad y otras autoridades, en el que se concluye que el plan de inversiones no se encuentra aprobado a la fecha.

Respuesta aclaración 3:

*... “a la fecha la Sociedad Portuaria no ha entregado toda la información solicitada por la Interventoría Consorcio Incoplan – Ingeproyect 2020. En todo caso, la Interventoría está llevando a cabo sus funciones de inspección, control y vigilancia en el marco del Contrato de Interventoría y sin perder de vista que la facultad para decidir sobre el proceso sancionatorio recae sobre la entidad” ...*

Adicionalmente, en la sesión de audiencia del día 06 de septiembre del 2021 se decretó como prueba la presentación de PRUEBA POR INFORME A CARGO DE LA SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL, solicitando responder:

- 1. Sírvasse indicar a este Despacho qué información requiere Cormagdalena para poder aprobar el plan de inversiones del Concesionario y qué circunstancias de hecho y de derecho han impedido lograr dicho propósito.*
- 2. Sírvasse indicar a este Despacho cuál es la información requerida al Concesionario y que éste señala como sujeta a reserva.*
- 3. Sírvasse indicar a este Despacho el propósito y relevancia de la información requerida al Concesionario y que éste presenta como sujeta a reserva*



4. *Sírvase indicar a este Despacho que consecuencias conlleva el no contar con la información que el Concesionario presenta como sujeta a reserva.*

El informe fue allegado el día 20 de septiembre de 2021 a través del oficio CI-SGC-2021-100-1796, en el que se concluía:

Respuesta primer pregunta:

*... “De los documentos antes indicados, se colige que la Sociedad portuaria Michellmar S.A. presentó documentos respecto del plan de inversión sin embargo los mismo no cumplían con la totalidad de los requisitos que establece el Contrato de concesión portuaria No. 043 de 2010. Por tanto, no es pertinente señalar que el concesionario presentó la totalidad de la información. Adicionalmente existe una incertidumbre por parte de esta Corporación respecto del contrato suscrito por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S. toda vez que no se tiene certeza si las obras ejecutadas por TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S. reviertan a la Nación, ya que la misma Sociedad Portuaria Michellmar S.A. manifiesta que el contrato tiene carácter de reserva ante esta duda no se podrían aprobar las inversiones ejecutadas por el concesionario en zona de uso público” ...*

Respuesta dos y tres:

*Se indica la información requerida al concesionario*

*i)Relación legal/contractual entre el Concesionario y TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S.*

*ii)Explicación de la forma de registro contable del Concesionario en relación con las inversiones realizadas por dicho tercero.*

*iii)Derechos y/o obligaciones de dicho tercero en relación con las inversiones realizadas.*

*iv)Compromiso de reversión de tales inversiones, en aras de dar cumplimiento a la obligación de reversión establecida en el Contrato de Concesión Portuaria.*

*El propósito de la información solicitada es de tener claridad de que las inversiones ejecutadas y por ejecutar en la zona de uso público entregadas en concesión a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. mediante el contrato de concesión No. 43 de 2010, reviertan en su totalidad a la Nación, y no se presente un detrimento patrimonial al aceptar dichas inversiones y al momento de revertir no se encuentren las inversiones aprobadas mediante acto administrativo.*

*Es por ello que se necesita tener certeza que las obras fueron ejecutadas por la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. a través de un tercero y que las obras están en cabeza del concesionario y no de TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S.” ...*

Respuesta pregunta 4:

*... “La consecuencia conllevaría el no contar con la información requerida al concesionario, es la imposibilidad de establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del Plan de Inversión, pendiente de aprobación del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, como tampoco que serán*

*objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B.*

*En caso de que se aprueben las inversiones ejecutadas por el concesionario mediante acto administrativo y estas no se reviertan a la Nación, estaríamos dentro de un presunto detrimento patrimonial por aprobar unas inversiones que no revertirán, ya que la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S podría retirar las obras antes de la finalización del contrato de concesión portuaria, teniendo en cuenta que no se tiene certeza que las obras las haya ejecutado la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. en cabeza de un subcontratista” ...*

Una vez recibido el informe, en aplicación al Código General del Proceso, el día 22 de septiembre de 2021 se les corrió traslado a los convocados por el término de tres (3) días para que presentaran sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste.

El día 27 de septiembre de 2021, se recibió el oficio GEA-AHV/MFG-451-21 contentivo en 7 folios, a través del cual el Concesionario presentó su manifestación, la cual fue incorporada al expediente. Por su parte, la Compañía Garante guardó silencio.

El día 06 de octubre de 2021 se reanudó la audiencia con el fin de pronunciarse sobre las solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena, requiriéndole a la Supervisión se sirviera presentar las siguientes aclaraciones a su informe:

1. *“Se complemente el informe presentado por la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, en el sentido que indique qué información adicional a la entregada por este concesionario requiere CORMAGDALENA para poder aprobar el plan de inversiones o por qué razón de la múltiple información entregada por MICHELLMAR no puede aprobarse el plan de inversiones a través de un acto administrativo”*
2. *“Se aclare el informe presentado por la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, de modo tal que indique cuál es el fundamento para decir que existe una incertidumbre por parte de la entidad con respecto a que las inversiones en zona de uso público no serán revertidas a la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991”.*

Adicionalmente, esta Oficina Asesora Jurídica formuló de oficio las siguientes solicitudes de aclaración y complementación a la prueba por informe, a saber:

3. *Sírvase aclarar a este Despacho qué soportes contables de las inversiones realizadas en el área concesionada ha presentado la SP MICHELLMAR a CORMAGDALENA y si estos soportes cumplen con lo exigido contractual y legalmente para este fin, sí o no y por qué*
4. *Sírvase complementar el informe indicando a este Despacho si la SP MICHELLMAR ha realizado algún acercamiento con la Interventoría o la Subdirección de Gestión Comercial para aclarar lo relativo a las dudas manifestadas respecto al proceso de reversión de las inversiones.*

Las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe fueron remitidas por la Supervisión el día 20 de octubre de 2021 a través del oficio CI- 2021-100-2007 contentivo en 3 folios, en los cuales concluyó:

Respuesta a la aclaración 1:

... “Respecto de este punto se debe indicar lo señalado en la Cláusula Décima Séptima del contrato de concesión portuaria No. 043 de 2010 se indica la información que debe presentar el concesionario para la aprobación del plan de inversión. A continuación, extrae un fragmento de la citada cláusula:

“(...)el programa de inversiones en obras y equipos debe ser por un valor mínimo de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CHENTA MIL CIENTO CINCO (US\$4.980.105). y debe incluir (precio unitario, planos de planta, cortes y detalles con cantidades de obra, especificaciones de construcción de materiales y presupuesto detallado, en el cual se pueda verificar las cantidades proyectadas, especificaciones técnicas y características de los materiales), cronograma de inversión; justificación y quien va a financiar el proyecto, teniendo presente los Ítems programados en cada actividad. Incluyendo el área de dragado con sus especificaciones si se diera el caso “únicamente en Zona de Uso Público”

Como se indica en lo transcrito el concesionario debe presentar los siguientes documentos:

1. Precio unitario.
2. Planos de planta.
3. Cortes y detalles con cantidades de obra.
4. Especificaciones de construcción de materiales y presupuesto detallado, en el cual se pueda verificar las cantidades proyectadas.
5. Especificaciones técnicas y características de los materiales.
6. Cronograma de inversión.
7. Justificación y quien va a financiar el proyecto.
8. Todas las inversiones se deben realizar únicamente en zona de uso público.

Si bien la sociedad Portuaria Michellmar S.A. ha entregado a CORMAGDALENA documentación referente al plan de inversiones esta no cuenta con toda la información necesaria para su aprobación, ya que, el Concesionario no aporta lo relacionado a la financiación del proyecto, teniendo en cuenta que el mismo concesionario manifiesta tener un contrato con la sociedad Transfigura que tiene carácter de reserva que impide identificar la financiación del proyecto imposibilitando la aprobación del plan de inversiones” ...

Respuesta a la aclaración 2:

... “Como se indicó en el punto anterior, uno de los documentos que debe entregar el concesionario para la aprobación del plan de inversiones es la financiación del proyecto, al no tener certeza de quien financio y ejecutó las inversiones en zona de uso público del contrato 043 de 2010, existe un alto grado de incertidumbre por parte de la Corporación al identificar que las obras ejecutadas no sean revertidas a la Nación, es de recordar que la sociedad portuaria y el estado aúnan esfuerzos para la consecución de objetivos comunes y que benefician al interés general. La primera busca la construcción y operación de un puerto de alta calidad y eficacia, para así poder recibir los beneficios económicos esperados, mientras el segundo recibe no

solo una contraprestación por los bienes de uso público y la infraestructura en la que opera la sociedad portuaria, sino que, en virtud de la cláusula de reversión, obtiene la infraestructura portuaria que estaba a cargo del operador privado, para afrontar las exigencias del mercado y el comercio nacional e internacional. Por lo tanto, el concesionario al no indicar la financiación del proyecto no garantizaría que las obras fueron ejecutadas para el objeto contractual, por tanto, no se tendría certeza que las inversiones ejecutadas en Zona de Uso Público revertirían a la Nación” ...

Respuesta aclaración 3:

... “Las inversiones presentadas por la Sociedad Portuaria Michellmar S.a. fueron soportadas por un Avalúo de infraestructura para el recibo, almacenamiento y despacho de crudo, realizado en el año 2017 por la firma Aval Caribe SAS. El objeto del avalúo incluyó la estimación del valor de mercado de la infraestructura, tuberías, maquinaria y equipos para llenado de crudo y otros hidrocarburos de la instalación con almacenamiento intermedio, propiedad de Sociedad Portuaria Michellmar S.A.

Para la elaboración del avalúo La Sociedad Portuaria Michellmar S.A. suministró copias de facturas y cotizaciones de los bienes objeto de valoración, con información sobre valor y fecha de compra por lo tanto, al valuador le correspondió actualizar el valor a nuevo del bien de acuerdo con fechas de compra, instalación o montaje y se estableció el estado de los mismos, adicionalmente el documento aclara que: “...la compra de servicios de diseño, materiales, maquinaria y equipos, y montaje de elementos estuvo a cargo de la empresa Trafigura Energy Colombia S.A.S., por lo tanto todos los documentos suministrados están dirigidos esta sociedad, la propiedad de los bienes se supone de Sociedad Portuaria Michellmar S.A., quien los controla, opera y mantiene”... (subrayado fuera de texto)

Los 137 soportes entregados para el avalúo en mención se encuentran relacionados en el anexo adjunto y muestran la siguiente descripción:

Clasificación de acuerdo con las actividades:

- Equipos
- Inmuebles
- Diseños

El valor total de los soportes aportados es de COP \$ 11.933.208.248

Valor Neto de reposición: COP \$ 11.600.777.684

Teniendo en cuenta que los soportes tal y como lo indico el evaluador se encuentran a nombre de un tercero, en este caso TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA SAS, no es claro para esta subdirección en qué términos se celebra el contrato suscrito entre el tercero y la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y en qué condiciones el tercero hará entrega de lo invertido si lo hace a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A., de manera tal, que Cormagdalena como entidad concedente no tiene certeza absoluta de que las inversiones ejecutadas en Zona de Uso Público concesionadas pueden ser reconocidas como parte del plan de inversiones que al finalizar el contrato de concesión revertirán a la Nación.

Así las cosas, el reconocimiento hecho por la entidad, basado en el avalúo aportado por la Sociedad Portuaria, no es garantía alguna de que las inversiones ejecutadas en la Zona Uso Público concesionadas pertenecen a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y que posteriormente puedan ser reconocidas en el plan de

*inversiones, ya que la información que soporta dicho avalúo muestra que dichas inversiones fueron ejecutadas por un tercero diferente al concesionario.*

*De no haber claridad acerca del contrato celebrado entre Trafigura Y Michellmar no podrá entenderse que las inversiones ejecutadas en Zona de Uso Público hacen parte de un plan de inversiones que revertirá a la Nación” ...*

Respuesta aclaración 4:

*... “Se informa que la fecha de elaboración del presente documento, la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. no ha realizado ningún acercamiento con la Subdirección de Gestión Comercial para aclarar lo relativo a las dudas correspondientes al proceso de reversión de las inversiones, ni con la interventoría Consorcio Portuario 01” ...*

Finalmente, cerrado el periodo probatorio se dio traslado para que las partes rindieran sus alegatos finales, en los cuales la defensa del Concesionario, señaló:

*... “Es importante hacer un recuento del problema jurídico que da lugar a esta actuación, con ocasión de un informe de la Interventoría rendido el 28 de octubre del 2020 y en el año 2021 del 15 de febrero y el 09 de marzo, se señaló: La Interventoría solicitó al Concesionario suministrar información de las inversiones realizadas en estudios, diseños, planos en formatos digital, plan de inversiones, resolución de aprobación del plan de inversiones, detalle de las inversiones pendientes de realizar, detalle de los equipos, solicitud de soportes revisoría fiscal; a partir de allí inicia un problema jurídico puesto de presente a ustedes a través de la Interventoría, señalando un presunto incumplimiento por el no suministro de información, señalando como cláusulas presuntamente violadas, la décima sexta: obligación de cumplir con todas las normas y disposiciones para el control y vigilancia de la Superintendencia de Transportes o quien haga sus veces y suministrar a La Superintendencia o quien haga sus veces los informes o datos que requieran para ejercer su labor de inspección y vigilancia.*

*Sobre esto hemos sido reiterativos, y es que esta no es una violación taxativa, toda vez que la información suministrada a la Interventoría, ha sido suministrada, así las cosas no existe violación a la cláusula citada, tampoco ha habido negligencia del Concesionario en entregar la información solicitada, sin embargo, a partir de allí se han solicitado pruebas por informe girando el problema jurídico y contrariando el derecho de defensa, a partir de allí la Interventoría de manera acertada señala que nosotros hemos entregado unos documentos, pero que estos no han sido suficientes, razón por la cual usted como Jefe de la Oficina Jurídica solicita que nosotros complementemos, hemos entregado la información que se refiere; pero hasta ahí el problema jurídico se circunscribe al suministro de la información, que esta no es suficiente. De entrada, esta es una caracterización de un pliego de cargos que no se refiere a algo puntual sino a algo muy etéreo. Cuando se le pregunta a la Subdirección Comercial que tiene para decir sobre esto, lo que queda sobre la mesa es que no exista una violación de la entrega de información suficiente sobre el no cumplimiento del plan de inversiones, porque ambas cosas quedan claras y chuleadas, pero ahora el problema se suscita ahora con la Subdirección Comercial, en donde ellos presuntamente entienden que la información y obras ejecutadas en el plan de inversiones, en el año 2030 cuando Michellmar termine el contrato de*



*Concesión no habrá reversión. Debemos recordar que los contratos de concesión son de tracto sucesivo y nosotros no hemos ejercido un derecho de prórroga dentro de este contrato, que puede suceder, pero si en el 2030 Michellmar quisiera entregar la concesión a ustedes, de ninguna manera puede entenderse de manera objetiva, porque aquí la responsabilidad objetiva está proscrita, y de ninguna manera puede entenderse que las obras que reconocen que existen, pero que presuntamente creen que no las vamos a reconocer hechas dentro del contrato, sino que las vamos a empacar en una mochila y nos las vamos a llevar en el 2030, se entiende persé que por una situación hipotética y del futuro, se entiende que la información no ha sido suficiente porque no queda claro si esas obras van a tener la suerte de obras ejecutadas en el área concesionada, y acá conocemos que la naturaleza propias de las obras ejecutadas en la zonas de uso público, son obras que tendrán que revertir en la Nación, sea que los hizo Michellmar o un tercero.*

*No puede entenderse que como él en su condición de Sociedad Portuaria de servicio público, con el objeto de cumplir unas actividades celebró un contrato de crédito con un tercero cuyo tercero ejecutó las obras y a cambio recibió un espacio para mantener siempre esa operación para ese tercero, esto se conoce como un contrato Take or Pay, pues ahora lo que está suscitando son hipótesis de lo que va a suceder en el futuro y que no se va a entregar en reversión.*

*Frente a esto, vale la pena resaltar los argumentos y antecedentes generales, pero sobretodo poner de presente que en realidad el problema jurídico no puede ir cambiando sobre la marcha de acuerdo al entendimiento de las diferentes pruebas por informe, porque si en realidad la razón de ser de los cargos corresponde a no suministro de información suficiente, no puede ser que ahora, a lo largo de estos meses mute a si las obras que se ejecutaron cumplen con la condición de la reversión, y es que no lo vamos a saber sino hasta al final, en el 2030. Estamos revisando problemas jurídicos diferentes y cambiando la razón de ser de la investigación; por lo cual pedimos que tengamos en cuenta las consideraciones iniciales sobre las que nos hemos pronunciado y desplegado la defensa, pero ahora ha cambiado, la naturaleza de las obras ejecutadas en la zona de uso público, son obras que se tienen que revertir a la Nación, mirará el Concesionario si haciendo negocios como privado, tendrá que asumir alguna responsabilidad frente a ese tercero, pero la Ley 1ra no tiene ninguna restricción frente a obras que pueda ejecutar un tercero en favor del Concesionario, pero si es importante delimitar esto. No es más, presentaremos por escrito nuestros descargos ampliando algunos puntos. Gracias” ...*

Adicionalmente, a través del oficio GEA-AHV/MFG-355-21 del 09 de marzo del 2022, el Concesionario remitió por escrito los alegatos de conclusión, en el cual se ampliaban los puntos señalados en su exposición oral y para mayor precisión, nos permitimos citar los argumentos manifestados:

*... “De conformidad con lo expuesto en los descargos, y a pesar de las afirmaciones realizadas por la Oficina Jurídica de esta Corporación, **MICHELLMAR** cumplió la obligación de “suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la Cláusula Decima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión”. Lo anterior, considerando que mi representada dio respuesta a los diferentes requerimientos solicitados por*

**CORMAGDALENA** o por la Interventoría, tal como se evidencia en el siguiente cuadro:

Respuesta a Comunicaciones remitidas por la Interventoría	
Comunicación Interventoría	Respuesta MICHELLMAR S.A.
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-030-RLT de 11 de agosto de 2020</li> <li>CGDF-128-RLT de 28 de octubre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>19 de noviembre de 2020</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>5 de noviembre de 2020</b>. [Anexo N. ° 1 y 2]</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-156-RLT de 14 de diciembre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>15 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>8 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 3 y 4].</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-160-RLT de 16 de diciembre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El día <b>9 de febrero de 2021</b> mediante correo electrónico se da respuesta a dicha comunicación [Anexo N. ° 18]</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-220-RLT de 20 de enero de 2021</li> <li>CGDF-257-RLT de 15 de febrero de 2021</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>23 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>16 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 5 y 6].</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-212-RLT del 18 de enero de 2021</li> <li>CGDF-292-RLT de 9 de marzo de 2021</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El <b>10 de mayo de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de <b>marzo de 2021</b> [Anexo N. ° 7 y 8] .</li> </ul>

En este sentido, el análisis que realizó **CORMAGDALENA** con respecto a la suficiencia o no del suministro de la información pareciera contener valoraciones subjetivas, las cuales se encuentran proscritas en materia sancionatoria.

Según la RAE, la palabra ‘suficiente’ significa: *bastante para lo que se necesita, es decir, más allá de lo necesario*. Teniendo en cuenta esta definición, **CORMAGDALENA** está realizando una valoración subjetiva puesto que está exigiendo más allá de lo establecido en la ley y el contrato y con base en ello es que da inicio a la presente investigación, sin valorar que **MICHELLMAR** cumplió con la obligación de suministrar información a las autoridades, así como con las obligaciones que se derivan de esto (presentar y ejecutar el plan de inversiones).

Con base en lo anterior, **CORMAGDALENA** no puede afirmar, ni mucho menos la Interventoría que “[con] la información suministrada por el Concesionario no es posible, establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del (sic) al Plan de Inversión, pendiente de aprobación del Contrato de Concesión No. 043 de 2 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación” (Subraya fuera del texto), puesto que, como se demostró en el escrito de descargos, **MICHELLMAR** cumplió su obligación de presentar el Plan

de Inversiones y además ha presentado los soportes que acreditan las inversiones ejecutadas por mi representada.

Frente a estas afirmaciones propuesta por esta Corporación y derivadas del informe de interventoría, debe hacerse un cuestionamiento a la luz del análisis jurídico del presente caso y es que;

1. ¿ Las obligaciones que provienen de cualquier orden contractual se entienden incumplidas por el Contratista cuando no se allega información suficiente?
2. ¿Cuál es la forma en la que debe valorarse la información allegada para que se concluya si ésta cumple o no requisitos legales?
3. ¿Acaso existen juicios de ponderación para valorar si la información es o no suficiente?

Dado que la respuesta resulta lógica a las preguntas planteadas anteriormente en relación a la inexistencia y subjetividad en la que se valoró el “presunto incumplimiento”, debe precisarse para efectos de este escrito de descargos que las valoraciones subjetivas respecto al cumplimiento o no de obligaciones contractuales, se encuentran proscritas en materia sancionatoria, toda vez que al proceder bajo esa premisa errada, **CORMAGDALENA** ha expedido un acto administrativo con una falsa motivación para el inicio de una actuación como la que se analiza en este caso.

En este sentido, no puede afirmar esta Corporación que existe rebeldía o renuencia por parte de **MICHELLMAR** en cuanto al cumplimiento a sus obligaciones, por lo que **CORMAGDALENA** no cumple con los presupuestos exigidos por el artículo 90 del **CPACA**<sup>2</sup> y por ende no es procedente la imposición de una multa sin valorar que el concesionario ha realizado todos los actos diligentes para dar cumplimiento a la obligación objeto de la presente investigación y que de fondo denotan que el concesionario ejecutó el plan de inversiones en los términos previstos en el Contrato de Concesión Portuaria.

Conforme a lo descrito en el artículo 90 del **CPACA**, resulta necesario que existan requerimientos previos para proceder a la imposición de una multa, esto aunado a una renuencia del contratista a cumplir la obligación. En el caso en concreto, si bien existen los requerimientos señalados, **MICHELLMAR** los atendió en debida forma y aportó la información requerida por la interventoría, esto es lo que hace pensar que **CORMAGDALENA** está exigiendo unas características en la información, que reiteramos requerirían de una valoración subjetiva para determinar un incumplimiento.

Ahora bien, siendo esta la última oportunidad de defensa por parte de mi representada, es importante que la Corporación analice ¿Cuál es verdaderamente el objeto de esta investigación administrativa tal y como se señaló en audiencia virtual celebrada el día de hoy? ¿Cuál es el presunto incumplimiento por parte de **MICHELLMAR** que se está analizando en este proceso? Estas afirmaciones cobran sentido, con las siguientes consideraciones:

- **CORMAGDALENA** indicó en el pliego de cargos, que el presunto incumplimiento endilgado a la sociedad portuaria **MICHELLMAR** era con respecto “de la obligación de Suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la Cláusula Decima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión”.
- A pesar de lo anterior, durante el desarrollo del proceso se ha analizado otros aspectos por parte de la entidad, tales como la obligación del concesionario de presentar el plan de inversiones, y, en consecuencia la ejecución del plan de inversiones.
- Con base en lo anterior, las pruebas por informe presentadas tanto por la Interventoría como por la Subdirección Comercial, se encaminaron en la discusión de soportar que el incumplimiento por parte del concesionario, se relacionaba con la supuesta negativa de allegar los soportes contables que respaldaron las inversiones realizadas.
- Posteriormente, la discusión se centró en determinar la relación contractual que tenía **MICHELLMAR** con la empresa Trafygura, pues a juicio de la Subdirección Comercial, se consideraba que con ello mi representada estaría “suministrando información suficiente”.
- Por último, debe resaltarse que el objeto de la investigación cambió, al considerar que el presunto incumplimiento por parte de **MICHELLMAR**, ya no era el no suministro de “información suficiente”, sino que a juicio de la Subdirección Comercial, esa información suministrada, permitía concluir que no se iba a cumplir la obligación de revertir a la Nación los bienes que se encuentran en la zona de uso público, toda vez que las obras ejecutadas había sido realizadas en virtud de un contrato con un tercero.
- Con todo lo anterior, vale la pena preguntar a esta Oficina Asesora Jurídica, si luego de los cambios en los problemas jurídicos a lo largo de la investigación que dan lugar al “presunto incumplimiento” dado los argumentos esgrimidos en el pliego de cargos y posteriormente en las pruebas por informe rendidas por la Subdirección Comercial de esta misma Corporación: ¿**MICHELLMAR** cuenta con seguridad jurídica para defender sus intereses en este proceso? Esto teniendo en cuenta que la investigación inició con un objeto determinado pero a la fecha de la presentación de estos alegatos, pareciera que se perseguía investigar más de un presunto incumplimiento por parte de mi representada.

No obstante lo anterior, a continuación se realizarán las siguientes precisiones, respecto al suministro de la información entregada en oportunidad y que denota a todas luces que, el concesionario no ha incumplido las cláusulas 16.5, 16.13, parágrafo primero de la cláusula 27 y cláusula 28 del Contrato de Concesión Portuaria N° 043 de 2010:

**L. MICHELLMAR cumplió con la obligación de presentar el Plan de Inversiones**

Desde el año 2012, **MICHELLMAR** presentó múltiples comunicaciones a **CORMAGDALENA** en las que el concesionario allega el plan de inversiones, el cronograma de obras, la ingeniería de detalle a desarrollar, entre otra información que soporta la intención de mi representada de cumplir con dicha obligación, tal como consta en los anexos presentados con el escrito de descargos y con la información que debe reposar en los expedientes de **CORMAGDALENA**.

De hecho **CORMAGDALENA** en el escrito de cargos acepta que existe un Plan de Inversiones en su poder y que por el contrario el incumplimiento se encuentra de su lado con la aprobación pendiente del mismo: “A partir de la información suministrada por el Concesionario no es posible, establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del (sic) al Plan de Inversión, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B (subraya fuera de texto)”.

En sentido, no es procedente continuar con esta investigación administrativa y muchos menos imponer una multa bajo el argumento que existe violación a cláusulas contractuales por no suministrar “información suficiente”, cuando se ha demostrado que no solo en esta ocasión sino a través de los diversos requerimientos de **CORMAGDALENA**, mi representada ha presentado la información pertinente para demostrar su compromiso con el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

**II. MICHELLMAR cumplió con la obligación de ejecutar el Plan de Inversiones**

De conformidad con lo establecido en el escrito de cargos por parte de la Oficina Jurídica de esta Corporación, desconoce que **MICHELLMAR** efectivamente ejecutó las obras en la zona de uso público respecto a la infraestructura para el recibo, almacenamiento intermedio y despacho de crudo, las cuales fueron evaluadas por la empresa AVALCARIBE en \$11.600.777.684. Para ello, se anexa un documento donde constan en detalle todas las obras ejecutadas por la sociedad portuaria.



Tipo de bien	Valor de Reposición a Nuevo	Valor de Salvamento (COP)	Valor Neto de Reposición (Valor de Mercado)
INMUEBLE	6.023.201.651	59.886.433	5.901.272.983
MAQUINARIA	5.802.447.880	59.747.392	5.591.945.984
DISEÑO	107.558.717	0	107.558.717
Total general	11.933.208.248	119.633.825	11.600.777.684
Descripción de Valores	Corresponde al valor de inversión inicial del proyecto (obras, equipos e instalación) actualizado a 30 junio de 2.017	Corresponde al Valor de los bienes al final de la vida útil	Corresponde al valor de los activos instalados en las condiciones actuales a 30 de junio de 2.017

Por lo tanto el valor de mercado estimado de los activos, propiedad de SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. y que son objeto de esta valoración (ver tabla inmediatamente anterior), es la cantidad de \$11.600.777.684 (ONCE MIL SEISCIENTOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS M/CTE).

Por ello, la suficiencia de la información constituye una valoración subjetiva por parte de la entidad, porque entonces ¿cuál es el límite que permita determinar que **MICHELLMAR** cumplió con el suministro de información?, porque de hecho, la ley no impone un solo medio probatorio para soportar las inversiones realizadas por mi representada, entonces mal haría **CORMAGDALENA** en exigir cierta información cuando la misma no está contemplada en la ley o el contrato.

Con base en lo anterior, se comprueba que **MICHELLMAR** si allegó la información que soporta las inversiones realizadas en virtud del Contrato de Concesión 043 de 2010, no solo ante los requerimientos de la Interventoría sino de tiempo atrás presentó dicha documentación a **CORMAGDALENA** como parte contratante.

a. **En todo caso, no existe prohibición legal que impida ejecutar las inversiones a través de un tercero**

Reiterando lo indicado en el escrito de descargos, el hecho de que dichas obras hayan sido adelantadas en virtud de un contrato celebrado entre mi representada y un tercero (la empresa Trafygura Energy Colombia S.A.S.), no implica que **MICHELLMAR** incumpliera sus obligaciones de invertir ni mucho menos su compromiso de revertir a la Nación dichas inversiones, toda vez que mi representada es consciente que dichas obras tendrán la suerte de entregarse en buen estado y en funcionamiento al momento de entregar la zona concesionada, con ocasión a la terminación del contrato de concesión portuaria.

El sustento jurídico de lo anterior, se encuentra en el artículo 1630 del Código Civil el cual dispone: “PAGO POR TERCEROS. Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre de él, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor”. En este sentido, es factible el pago por de terceros aún en contra de su voluntad o consintiendo expresamente el acreedor. -

En tal virtud, el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Sociedad Portuaria **MICHELLMAR**, y en razón del negocio y la naturaleza propia del desarrollo portuario, es factible que dichas obligaciones puedan cumplirse no sólo por parte del Concesionario, sino también con el apalancamiento de terceros.

En este caso, **MICHELLMAR** a través de un contrato de crédito, solicitó a la empresa Trafyguira el otorgamiento a título de mutuo, de un crédito por ciertas sumas de dinero para utilizar y destinar exclusivamente para llevar a cabo las mejoras en el Terminal. Es evidente, que nada impide a mi representada a solicitar el dinero necesario para las inversiones a un tercero, teniendo en cuenta que en todo caso el riesgo lo asume el concesionario.

En conclusión, el hecho de que dichas inversiones fueron aportadas por un tercero ajeno a este contrato de concesión, es algo completamente irrelevante para la entidad concedente, toda vez que las obras fueron realizadas y desde el punto de vista contable, éstas tendrán como destinación final, la Nación. Por lo anterior, puede afirmarse que las obras del plan de inversiones se realizaron, su existencia es plenamente comprobable y las mismas serán objeto de reversión al finalizar el contrato.

**b. MICHELLMAR no ha incumplido el compromiso de revertir las inversiones realizadas a la Nación.**

Por otra parte, afirma **CORMAGDALENA** en el escrito de cargos y la Interventoría lo reitera en la Prueba por Informe (Rad. CINP - 499 - 093-2885) presentada el pasado 30 de julio que la información presentada no permite constatar el “(...) compromiso de reversión de tales inversiones, en aras de dar cumplimiento a la obligación de reversión establecida en el Contrato de Concesión Portuaria”.

Frente a este tema resulta pertinente realizar las siguientes observaciones:

1. Desde los elementos mismos del contrato de concesión es posible determinar que los bienes de uso público son otorgados de manera temporal a la sociedad portuaria y, por ende, al finalizar el contrato deberán revertirse a la Nación:

“Con todo, puede afirmarse que el contrato de concesión de la Ley 1ª de 1991 es un negocio jurídico bilateral, oneroso, conmutativo en virtud del cual el Estado —concedente— **otorga de manera temporal a la sociedad portuaria** —concesionaria— la posibilidad de utilizar los bienes de uso público como las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a estos, con el fin de que este último, por su cuenta y riesgo, realice las actividades necesarias para la construcción y operación de un puerto (subrayado fuera del texto)”<sup>3</sup>.

2. El artículo 8 de la Ley 1ª de 1991 establece cuales son los bienes que serán objeto de reversión a la Nación, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 8º. Plazo y reversión.** Reglamentado por el Decreto 345 de 1992. El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por períodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos.

**Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquélla (negrilla fuera del texto).**

- 3.** Además, el compromiso por parte de **MICHELLMAR** para revertir a la Nación las obras realizadas se encuentra establecido en el Contrato de Concesión:

*“Cláusula 16.10. Mantener en buen estado de operación y mantenimiento, las construcciones, las instalaciones concesionadas e inmuebles por destinación que habitualmente se encuentren instalados en la zona otorgada en concesión y comprometerse a entregar a la Nación las construcciones e inmuebles correspondientes, de conformidad con la Ley 01 de 1991 y con el contrato”*

- 4.** En este sentido, las fuentes de la obligación de revertir los bienes en zona de uso público que se encuentra en cabeza de **MICHELLMAR**, tienen naturaleza legal y contractual. Es por ello, que contrario a lo que indicó la Subdirección de Gestión Comercial en la aclaración y complementación de la prueba por informe de fecha 20 de octubre de 2021: “Como se indicó en el punto anterior, uno de los documentos que debe entregar el concesionario para la aprobación del plan de inversión es la financiación del proyecto, al no tener certeza de quien financió y ejecutó las inversiones en zona de uso público del contrato 043 de 2010, existe un alto grado de incertidumbre por parte de la Corporación al identificar que las obras ejecutadas no sean revertidas a la Nación”, la obligación no está sujeta a la presentación de dichos documentos, pues las fuentes son la ley y el contrato.
- 5.** Ahora bien, para entender la figura de la reversión en el contrato de concesión portuaria, resulta necesario distinguir los bienes que son de propiedad pública y los que pertenecen al concesionario, en este sentido el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

*“En ese orden, resulta necesario distinguir en el contrato de concesión, los bienes que son de propiedad pública y los que pertenecen al concesionario: i) los bienes que son de propiedad de una persona pública, sobre los cuales se desarrolló la actividad portuaria, comprendiéndose allí tanto los terrenos baldíos entregados inicialmente por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, como los terrenos de playa y los terrenos de bajamar sobre los cuales están ubicados los pilotes de los muelles, las zonas de fondeo y los canales navegables; ii) las construcciones erigidas sobre las zonas de uso público concedidas, los cuales se hallan afectos a la actividad pública portuaria, y iii) los demás bienes inmuebles por adhesión (instalaciones eléctricas, de servicios, etc.)”.*

- 6.** En todo caso, **MICHELLMAR** no ha incumplido dicha obligación puesto que ésta aún no se ha causado, en este caso, la reversión de la infraestructura que se realice en zonas de uso público se realiza al finalizar el Contrato de Concesión Portuaria y este no es el caso que se analiza a través de esta investigación. El objeto de la investigación – tal como se ha explicado a lo

*largo de este escrito de alegatos y en orden a lo manifestado en audiencia - se encuentra encaminado a establecer si, mi representada suministró la información suficiente a **CORMAGDALENA**, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión.*

*Por todo lo anterior, no es posible que **CORMAGDALENA** pretenda imponer una multa a la sociedad portuaria **MICHELLMAR** por el valor de **VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DOLARES CON SETENTA CENTAVOS (USD 21.769,70)**, equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada, desconociendo con ello los argumentos alegados tanto en el escrito de descargos como en los presentes alegatos finales y que soportan que mi representada no ha incumplido su obligación de suministrar información a las autoridades, ni mucho menos ha impedido la verificación en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión.*

### **III. Proporcionalidad de la sanción**

*El principio de **proporcionalidad de la sanción** significa que la autoridad administrativa competente para imponer las sanciones establecidas por la ley o el reglamento debe imponer una sanción proporcional a la falta o infracción efectivamente cometida.*

*Es importante analizar el tema de la proporcionalidad de la sanción en este proceso, de acuerdo a lo que indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-010 de 2003, frente a los elementos que debe ponderar la administración al momento de establecer la necesidad de imponer la sanción, y en caso de aplicarla tener en cuenta las condiciones que rodean el acto:*

*“En lo que hace al principio de proporcionalidad, hay que señalar que, a partir de su conexidad con los principios de legalidad y tipicidad, el mismo busca que la conducta ilícita edilgada al sancionado y adoptada por el legislador, no solo tenga un claro fundamento jurídico, sino que permita su aplicación sin afectar irrazonablemente los intereses del potencial implicado o que tal hecho solo se presente en grado mínimo,*

*de manera que éste quede protegido “de los excesos o abuso de poder que podrían provenir de la discrecionalidad atribuida a la administración.*

*El principio de proporcionalidad comprende varios aspectos a saber: i) la adecuación entre la medida escogida y el fin perseguido; ii) la necesidad de la utilización de la medida para el logro del fin, esto es que no exista otro medio que pueda conducir al mismo fin; y iii) la proporcionalidad stricto sensu entre la medida y el fin, es decir, la ponderación entre el principio que se protege y el que se sacrifica, y la debida correspondencia entre la falta y la sanción”<sup>5</sup>.*

*En este orden de ideas, si a pesar de los argumentos expuestos, **CORMAGDALENA** decide imponer una multa a **MICHELLMAR**, debe tenerse en cuenta y aplicarse el principio de proporcionalidad, que constituye un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer<sup>6</sup>.*

*Recordando que con este principio se busca que la reacción sancionatoria de la administración sea la respuesta más ajustada posible y que exista equivalencia entre la erogación impuesta al particular y la lesión al bien jurídico tutelado por el ordenamiento administrativo, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones.*

*En virtud de lo expuesto a lo largo de este escrito, puede afirmarse que **CORMAGDALENA** no cumple con el principio de proporcionalidad, al pretender imponer una sanción VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS (USD 21.769,70), equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada, no sólo por no existir motivación suficiente para iniciar este proceso sancionatorio, sino también considerando que tal como se ha expuesto a lo largo de este documento, **MICHELLMAR** siempre ha estado presto a cumplir con los requerimientos de las autoridades administrativas y ha dado cumplimiento a las obligaciones asociadas al plan de inversiones. Por lo cual, puede afirmarse que, si en gracia de discusión, procediera el presunto incumplimiento como lo afirma esta Corporación es su acto administrativo de cargos, es violatorio del debido proceso” ...*

Concluida la intervención del Concesionario y los alegatos de conclusión previamente citados, la Compañía Aseguradora por su parte señaló:

*“Como primer argumento podemos evidenciar la buena fe contractual por parte del contratista al querer y desarrollar el objeto contractual, nos encontramos frente a una ejecución contractual y unos hechos presuntivos, a lo cual está desvirtuando por el artículo 83 de la Constitución Política, reconocida la buena fe como principio orientador en materia contractual.*

*Estamos enmarcados dentro de un contrato de tracto sucesivo en el que aún no se ha evidenciado el daño, y en tal sentido no se demuestra la cuantificación y la siniestralidad del contrato para lograr una indemnización del mismo, es de anotar que el seguro de cumplimiento es un resarcimiento y perjuicio que no se ha logrado probar.*

*También se debe tener en consideración la ocurrencia de hechos superados, pues los hechos por los que se aperturó el procedimiento ya han sido superados, además solicitamos se aplique la proporcionalidad de la sanción cuando se pueda tasar el daño.*

*Igualmente solicitamos la compensación de manera subsidiaria si existen saldos a favor del Contratista.*

*Finalmente, solicitamos el archivo de la actuación administrativa o como solicitud subsidiaria se aplique la compensación y proporcionalidad de la sanción”*

Teniendo en cuenta los alegatos expuestos por los convocados 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:

**1. Nulidad de la actuación por no existir un acto de delegación de la Oficina Asesora Jurídica a la Secretaria General de CORMAGDALENA que demuestre la competencia para abrir la presente investigación administrativa.**

Como primer punto en la defensa de la Sociedad Portuaria Michellmar, señaló:

*... “no existe fundamento jurídico que soporte la validez de la delegación realizada en la comunicación C.E.OAJ N.º 202103001878 por medio de la cual CORMAGDALENA a través de la Jefe de la Oficina Jurídica (E) – Dra. Marcela Guevara Ospina-, resolvió iniciar procedimiento administrativo sancionatorio contra la Sociedad Portuaria MICHELLMAR. Por lo cual, la presente investigación administrativa se encuentra viciada de nulidad, por falta de competencia de la Dra. Marcela Guevara para el inicio de la presente investigación administrativa, teniendo en cuenta que se configura un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso de la actuación iniciada, toda vez que la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen” ...*

Sobre este primer argumento, presentado por el concesionario en la instalación de la audiencia previo a desarrollar los descargos, y que reiteró posteriormente en su escrito de defensa, este Despacho se permitió aclarar en audiencia las razones por las cuales no prosperaba el argumento y que en todo caso se señalan a continuación:

La defensa parte de un error al afirmar que la Dra. Marcela Guevara firmó la citación al procedimiento administrativo que nos ocupa en calidad de Secretaria General delegada para adelantar la actuación administrativa, pues se pone de presente que la competencia se encuentra en cabeza de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de conformidad con la Resolución No. 334 de 2019, así:

*“ARTICULO PRIMERO: DELEGAR en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogue o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017 de la Junta Directiva de CORMAGDALENA “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena – CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo”, los cuales se tramitan por el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye (...)”*

Se aclara al Contratista que, a través de la Resolución No. 000131 del 20 de mayo de 2021, se concedió el disfrute de vacaciones de la funcionaria Deisy Galvis Quintero – Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena y en consecuencia se encargó funcionalmente a la funcionaria Marcela Guevara Ospina – Secretaria General de Cormagdalena, conforme a lo señalado en el artículo 2.2.5.3.3. del Decreto 1083 de 2015, el cual establece:

*“ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo”*

Así las cosas, con el fin de dar continuidad a las funciones del Cargo de Jefe Oficina, Código 1045, Grado 12; adscrito a la Oficina Jurídica, se encargó funcionalmente a la doctora MARCELA GUEVARA OSPINA, quien desempeña el cargo de Secretaria General, Código 0037, Grado 22 en la Planta de Personal de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA, por el término del disfrute de las vacaciones de la titular del cargo, esto fue durante el periodo del 24 de mayo al 28 de mayo del 2021.

Por lo anterior, se aclara que no hubo una delegación de funciones delegadas, sino se trató de un encargo funcional del cargo para cubrir la vacancia temporal con ocasión del periodo de vacaciones de la funcionaria titular del cargo. En consecuencia, la Dra. Marcela Guevara Ospina, en la fecha de citación, esto fue el 25 de mayo del 2021, sí contaba con la competencia para firmar la citación, no en calidad de Secretaria General, sino como encargada temporal de las funciones de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

Adicionalmente, es pertinente recordar que dentro de los procedimientos administrativos no procede el trámite de nulidades, teniendo en cuenta que la declaratoria de nulidad de actos administrativos es competencia exclusiva de los jueces contenciosos administrativos. Sin embargo, sí se deja constancia que no hubo ni hay lugar a irregularidades o afectaciones a la legalidad de la actuación por las razones previamente explicadas.

**2. Inexistencia de la renuencia por parte de Michellmar al suministro de información.**

Como segundo argumento, la defensa esgrime que el Concesionario no ha sido renuente o rebelde frente a la entrega de la información requerida por la Interventoría y la Supervisión, y presentan un cuadro de comunicaciones cruzadas con el que buscan evidenciar los distintos requerimientos hechos por la Interventoría y las respuestas emitidas por Michellmar, así:

Respuesta a Comunicaciones remitidas por la Interventoría	
Comunicación Interventoría	Respuesta MICHELLMAR S.A.
<ul style="list-style-type: none"> <li>CGDF-030-RLT de 11 de agosto de 2020</li> <li>CGDF-128-RLT de 28 de octubre de 2020</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>El 19 de noviembre de 2020 se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha 5 de noviembre de 2020.[Anexo N.º 1 y 2]</li> </ul>

· CGDF-156-RLT de 14 de diciembre de 2020	· El <b>15 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>8 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 3 y 4].
· CGDF-160-RLT de 16 de diciembre de 2020	· El día <b>9 de febrero de 2021</b> mediante correo electrónico se da respuesta a dicha comunicación [Anexo N. ° 18]
· CGDF-220-RLT de 20 de enero de 2021 · CGDF-257-RLT de 15 de febrero de 2021	· El <b>23 de febrero de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de fecha <b>16 de febrero de 2021</b> [Anexo N. ° 5 y 6].
· CGDF-212-RLT del 18 de enero de 2021 · CGDF-292-RLT de 9 de marzo de 2021	· El <b>10 de mayo de 2021</b> se remite a través de correo electrónico Comunicación de <b>marzo de 2021</b> [Anexo N. ° 7 y 8] .

Adicionalmente, la defensa afirmó:

*... “en reiteradas ocasiones se aportó la información requerida por la interventoría. Cosa diferente es que la interventoría considere que dicha información no sea de su satisfacción, lo cual de ninguna manera constituye renuencia de mi representada, sino divergencia sobre su contenido o su suficiencia” ...*

Conforme a las pruebas aportadas por el Concesionario e incorporadas al expediente, se evidencia que en efecto hubo una serie de requerimientos realizados entre agosto del 2020 y marzo del 2021 por la Interventoría ejercida por el consorcio INCOPLAN – INGEPROYECT, del contrato 043 del 2010, en ese momento y que presentó el informe de incumplimiento que dio apertura al procedimiento que nos ocupa, y que es un hecho reconocido por el Contratista. También este despacho evidencia de acuerdo al acervo probatorio que, el Concesionario respondió y aportó una serie de documentos en respuesta a los distintos requerimientos.

Sin embargo, la controversia y presunto incumplimiento denunciado por la Interventoría no gravita en un silencio o negativa absoluta por parte del Concesionario, sino en la suficiencia, entendida como la pertinencia, utilidad y calidad de las respuestas y documentación aportada por el Contratista para permitir a la Interventoría ejercer su labor de vigilancia y control del contrato. En consecuencia, le corresponde a este Despacho aterrizar el debate y limitar su análisis a los siguientes interrogantes:

1. ¿Sobre qué información gira la controversia?
2. ¿Cuál es la relevancia de esta presunta información insuficiente para el contrato 043 del 2010?
3. ¿Por qué el Contratista presuntamente no ha aportado la información objeto de la controversia?
4. ¿Existe obligación legal y/o contractual para exigir al Contratista dicha información?

Así las cosas, procedemos a realizar el respectivo análisis conforme a lo observado en el transcurso del procedimiento, así:

1. ¿Sobre qué información gira la controversia?

Para dar respuesta al interrogante planteado, debemos partir de lo señalado en el informe de incumplimiento cuando apunta:

... “Respecto de las solicitudes presentadas, el Concesionario remitió por correo electrónico el 8 de febrero en respuesta al oficio CGD-156-RLF del 14 de diciembre de la Interventoría, mediante el cual se solicitaron los **soportes contables y legales a través del cual la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S, estaba ejecutando las inversiones en el Terminal Portuario Michellmar.** En dicha respuesta indicó:

*El contrato entre TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA SAS y SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR SA, no puede enviarse por encontrarse enmarcado dentro de las causales de confidencialidad establecida entre las partes al momento de la firma.*

*A partir de la información suministrada por el Concesionario **no es posible, establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del al Plan de Inversión, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B.**”*  
... (Negrilla y subrayado énfasis propio)

Igualmente, la defensa del Concesionario en los descargos hizo referencia a la relación entre Michellmar y Trafygura, así:

... “para efectos del Contrato de Concesión Portuaria, estas inversiones fueron realizadas por MICHELLMAR, el cual tiene la obligación frente a CORMAGDALENA no solo de mantenerlas en buen funcionamiento a lo largo de la ejecución del plan de inversiones, sino de revertirlas en buen funcionamiento al terminar el plazo contractual. Si dichas inversiones fueron aportadas por un tercero ajeno a este contrato de concesión es algo completamente irrelevante para la entidad concedente. Las obras del plan de inversiones se realizaron, su existencia es plenamente comprobable y las mismas serán objeto de reversión al finalizar el contrato; esto es lo que es realmente relevante para CORMAGDALENA. El hecho de que dichas obras hayan sido adelantadas en virtud de un contrato celebrado entre mi representada y un tercero (la empresa Trafygura Energy Colombia S.A.S.), que está amparado por obligaciones de confidencialidad que debe respetar mi representada, no implican incumplimiento alguno del contrato de concesión portuaria, no sólo porque el mismo contrato no prevé este hecho como un incumplimiento contractual, sino porque bajo la ley colombiana es permitido que un tercero pague las obligaciones de otro

En tal virtud, puede concluirse que no existe una violación a las obligaciones contractuales como señala esta Corporación, no sólo por no estar tipificada la “obligación de suministrar información a CORMAGDALENA” como se ha expuesto a lo largo este escrito de descargos, sino en razón a que el plan de inversiones está ejecutado y que **el hecho de no allegar los soportes contables a través de los**

**cuales TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S ejecutó las obras, se circunscribe en razones de confidencialidad entre ésta y la Sociedad Portuaria MICHELLMAR acordadas en un contrato de naturaleza privada.” ... (Negrilla y subrayado énfasis propio)**

Hasta este punto, esta autoridad administrativa pudo observar que el presunto incumplimiento denunciado por la Interventoría respecto la falta de información suficiente, se enmarcaba en la documentación de la relación contractual y contable existente entre el Concesionario y un tercero denominado Trafygura, para poder soportar las inversiones ejecutadas en el área concesionada.

Para obtener certeza, se formuló de oficio una pregunta dentro de la prueba por informe solicitada a la Subdirección de Gestión Comercial, en la cual se indagó:

*... “Sírvese indicar a este Despacho cuál es la información requerida al Concesionario y que éste señala como sujeta a reserva.” ...*

La respuesta a la solicitud fue la siguiente:

*... “Se indica la información requerida al concesionario:*

- i)Relación legal/contractual entre el Concesionario y TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S.*
- ii)Explicación de la forma de registro contable del Concesionario en relación con las inversiones realizadas por dicho tercero.*
- iii)Derechos y/o obligaciones de dicho tercero en relación con las inversiones realizadas.*
- iv)Compromiso de reversión de tales inversiones, en aras de dar cumplimiento a la obligación de reversión establecida en el Contrato de Concesión Portuaria.” ...*

En consecuencia, la respuesta al primer interrogante es: la controversia sobre la presunta falta de información suficiente gira entorno a los soportes de la relación jurídico-contractual y contable existente entre la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y Trafygura Energy Colombia S.A.S., que permitieran a la Interventoría reconocer las obras ejecutadas dentro del área concesionada como imputables al plan de inversiones del Concesionario.

Circunscrita la controversia respecto a qué falta de información suficiente se enmarca el debate, continuamos con el segundo interrogante:

2. ¿Cuál es la relevancia de esta presunta información insuficiente para el contrato 043 del 2010?

Esta Oficina Asesora Jurídica formuló de oficio unas preguntas a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial dentro de la prueba por informe decretada, así:

*... “Sírvese indicar a este Despacho el propósito y relevancia de la información requerida al Concesionario y que éste presenta como sujeta a reserva” ...*

*(...)*



... “Sírvese indicar a este Despacho que consecuencias conlleva el no contar con la información que el Concesionario presenta como sujeta a reserva” ...

La pertinencia y utilidad de los interrogantes citados se relaciona con la necesidad de dilucidar si los soportes documentales exigidos y presuntamente denegados por el Concesionario cobran tal relevancia que sin ellos no fuera posible adelantar las labores de vigilancia y control del contrato. Ante la pregunta, la Subdirección respondió:

... “El propósito de la información solicitada es de tener claridad de que las inversiones ejecutadas y por ejecutar en la zona de uso público entregadas en concesión a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. mediante el contrato de concesión No. 43 de 2010, **reviertan en su totalidad a la Nación, y no se presente un detrimento patrimonial al aceptar dichas inversiones y al momento de revertir no se encuentren las inversiones aprobadas mediante acto administrativo.**

Es por ello que se necesita tener certeza que las obras fueron ejecutadas por la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. a través de un tercero y que las obras están en cabeza del concesionario y no de TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S.” ... (Negrilla y subrayado énfasis propio)

Como respuesta a la segunda pregunta citada, la Supervisión contestó:

... “La consecuencia conllevaría el no contar con la información requerida al concesionario, es **la imposibilidad de establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del Plan de Inversión,** pendiente de aprobación del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, **como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación** en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B.

En caso de que se aprueben las inversiones ejecutadas por el concesionario mediante acto administrativo y estas no se reviertan a la Nación, estaríamos dentro de un presunto detrimento patrimonial por aprobar unas inversiones que no revertirán, ya que la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S podría retirar las obras antes de la finalización del contrato de concesión portuaria, teniendo en cuenta que no se tiene certeza que las obras las haya ejecutado la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. en cabeza de un subcontratista” ... (Negrilla y subrayado énfasis propio)

Por su parte, ante estos interrogantes, la defensa del Contratista solicitó en el traslado de la prueba que la Supervisión se sirviera complementar el informe rendido, así:

... “Se aclare el informe presentado por la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, de modo tal que indique cuál es el fundamento para decir que existe una incertidumbre por parte de la entidad con respecto a que las inversiones en zona de uso público no serán revertidas a la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991” ...

En la aclaración, la Supervisión señaló:

... “Como se indicó en el punto anterior, uno de los documentos que debe entregar el concesionario para la aprobación del plan de inversiones es la financiación del proyecto, al no tener certeza de quien financió y ejecutó las inversiones en zona de uso público del contrato 043 de 2010, existe un alto grado de incertidumbre por parte de la Corporación al identificar que las obras ejecutadas no sean revertidas a la Nación, es de recordar que la sociedad portuaria y el estado aúnan esfuerzos para la consecución de objetivos comunes y que benefician al interés general. La primera busca la construcción y operación de un puerto de alta calidad y eficacia, para así poder recibir los beneficios económicos esperados, mientras el segundo recibe no solo una contraprestación por los bienes de uso público y la infraestructura en la que opera la sociedad portuaria, sino que, en virtud de la cláusula de reversión, obtiene la infraestructura portuaria que estaba a cargo del operador privado, para afrontar las exigencias del mercado y el comercio nacional e internacional. Por lo tanto, **el concesionario al no indicar la financiación del proyecto no garantizaría que las obras fueron ejecutadas para el objeto contractual, por tanto, no se tendría certeza que las inversiones ejecutadas en Zona de Uso Público revertirían a la Nación**” ... (Negrilla y subrayado énfasis propio)

Analizados los argumentos expuestos por la Interventoría, lo señalado por la Supervisión y los descargos presentados por el Contratista, se evidencia que la información solicitada al Concesionario y objeto de controversia, esta es, los documentos soportes de las inversiones ejecutadas por Trafygura S.A.S., cobran relevancia en la medida que impactan la aprobación y reconocimiento del plan de inversiones a cargo del Concesionario. En este punto, se aclara que si bien la presunta falta de información suficiente guarda relación con el plan de inversiones, cobijados bajo el principio de congruencia y atendiendo las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio, salvaguardando el debido proceso, este Despacho no se pronunciará sobre el cumplimiento o no del plan de inversiones, pues el problema jurídico se enmarca en la información exigida por la Interventoría y presuntamente denegada por el Concesionario.

Determinada la relevancia de la información solicitada y presuntamente denegada por la Sociedad Portuaria, continuamos con el tercer interrogante planteado:

3. ¿Por qué el Contratista presuntamente no ha aportado la información objeto de la controversia?

De acuerdo a lo manifestado por la Interventoría en su informe de incumplimiento, lo señalado por la Supervisión en la prueba por informe y la defensa en sus descargos y alegatos, la razón por la cual el Concesionario presuntamente no ha entregado la información requerida, obedece a un acuerdo de confidencialidad establecido entre la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y Trafygura Energy Colombia S.A.S.

Los apartes que así lo señalan, son:

... “El contrato entre TRAFIGURA ENERGY COLOMBIA SAS y SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR SA, **no puede enviarse por encontrarse enmarcado**

dentro de las causales de confidencialidad establecida entre las partes al momento de la firma<sup>5</sup> ... (Negrilla y subrayado énfasis propio)

(...)

... “el hecho de no allegar los soportes contables a través de los cuales TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S ejecutó las obras, se circunscribe en razones de confidencialidad entre ésta y la Sociedad Portuaria MICHELLMAR acordadas en un contrato de naturaleza privada<sup>6</sup>” ... (Negrilla y subrayado énfasis propio)

... “el Concesionario no aporta lo relacionado a la financiación del proyecto, teniendo en cuenta que el mismo concesionario manifiesta tener un contrato con la sociedad Transfigura que tiene carácter de reserva que impide identificar la financiación del proyecto imposibilitando la aprobación del plan de inversiones<sup>7</sup>” ...

Descubierto el objeto de la información sobre la cual gira la controversia: (los soportes de la relación jurídico-contractual y contable existente entre la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y Trafygura Energy Colombia S.A.S.); advertida la relevancia de dicha información: (impacta la aprobación y reconocimiento del plan de inversiones a cargo del Concesionario); y verificada la razón por la cual el Contratista presuntamente no ha aportado la información: (razones de confidencialidad entre Michellmar y Trafygura acordadas en un contrato de naturaleza privada), procedemos a abordar el último interrogante propuesto:

4. ¿Existe obligación legal y/o contractual para exigir al Contratista dicha información?

Efectuada la revisión del contrato, se constató que la estipulación contractual que obliga al Concesionario a suministrar información a CORMAGDALENA para adelantar actividades de inspección, control y supervisión, se encuentra convenida en los numerales 16.5 y 16.13 de la cláusula décima sexta del contrato de Concesión Portuaria, que señalan:

*“16.5. Cumplir con todas las normas y disposiciones para el control y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte o de quien haga sus veces, de conformidad con los términos legales”*

(...)

*“16.13. Suministrar a la Superintendencia de Puertos y Transporte o a quien haga sus veces, los informes o datos que se requieran para ejercer sus funciones de control y vigilancia”*

Así mismo, el Parágrafo Primero de la Cláusula Vigésima Séptima, señala:

<sup>5</sup> correo electrónico el 8 de febrero en respuesta al oficio CGD-156-RLF del 14 de diciembre de la Interventoría, mediante el cual se solicitaron los soportes contables y legales a través del cual la empresa TRAFYGURA ENERGY COLOMBIA S.A.S, estaba ejecutando las inversiones en el Terminal Portuario Michellmar.

<sup>6</sup> Numeral 8 del numeral 4.1 de los alegatos finales presentados por la defensa del Concesionario.

<sup>7</sup> Respuesta 1. a las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe presentada por la Supervisión

*“La Sociedad Concesionaria queda sometida a la inspección, vigilancia y control de CORMAGDALENA y la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE, cada una de ellas en lo pertinente a sus funciones...”.*

Adicionalmente, la Cláusula Vigésima Octava señala que el Concesionario está en la obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, para el cumplimiento de sus actividades de inspección y supervisión, así:

2000, así como a la Dirección General Marítima DIMAR del Ministerio de Defensa Nacional en el ámbito de sus competencias. **CLÁUSULA VIGESIMA OCTAVA. VIGILANCIA: LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** se compromete a acatar los requerimientos y las exigencias legales y contractuales que le formule **LA CORPORACIÓN**, la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien haga sus veces, así como la Dirección General Marítima – DIMAR del Ministerio de Defensa Nacional en el ámbito de sus competencias, en especial en relación con el correcto adelanto de las obras, y para ello, las autoridades nacionales, municipales o distritales prestarán toda la colaboración que se requiera. De igual manera, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena o quien haga sus veces, vigilará, inspeccionará, controlará que **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** cumpla en su totalidad las obligaciones, entre otras, las siguientes: **28.1.** Las condiciones técnicas de operación del puerto, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. **28.2.** Los términos en general en que se otorgó la presente concesión y en el presente contrato. **28.3.** El cumplimiento de las disposiciones pactadas en este contrato de concesión portuaria. **CLÁUSULA**

En las disposiciones anteriores se evidencia la obligación contractual en cabeza del Concesionario de suministrar la información requerida por la Interventoría y/o Supervisión para el adecuado cumplimiento de las funciones y obligaciones a su cargo.

Por otro lado, el marco normativo del Contrato de Concesión portuaria se encuentra establecido en la Ley 1 de 1991. Como señaló el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de mayo de 2018, *“la Ley de Puertos Marítimos contiene la regulación legal de la actividad portuaria de forma genérica, toda vez que comprende las operaciones que se realizan tanto en las zonas costeras como en las orillas o riberas de los ríos”; Sin embargo, “ante ausencia de norma expresa, de acuerdo con las normas y principios de interpretación normativa, en principio habría que concluir que para su ejercicio se debe acudir al contrato de concesión definido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993”<sup>9</sup>.*

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el Contrato de Concesión de la siguiente manera:

*“Artículo 32. De los contratos estatales: (...)*

*4. Contrato de Concesión*

*Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y*

9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 17 de mayo de 2018. Rad: 00395. Consejero Ponente: Alberto Yepes.

*riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración (...)* (Subrayado fuera de texto)

De la anterior definición se desprende que la ejecución del objeto del Contrato de concesión siempre se hará bajo la vigilancia<sup>9</sup> y control de la entidad concedente.

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>10</sup>, señaló que hace parte de las características propias o rasgos distintivos del contrato de concesión:

*... “la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio” ...*

(...)

*... “Esta previsión que también está instituida genéricamente para todos los contratos, cobra mayor relevancia jurídica al aparecer en forma específica en la definición del contrato de concesión corroborando así la tesis del interés público superior inherente a él. Igualmente, la vigilancia y control del Estado sobre el cumplimiento de los compromisos contractuales, constituye una prerrogativa estatal que conlleva la necesidad de obtener información financiera del concesionario”<sup>11</sup>*

Así mismo, el Consejo de Estado<sup>12</sup> consideró que:

*“la especialidad de las facultades de dirección, vigilancia y control que ejerce la entidad concedente respecto del concesionario” no son “simplemente las mismas que se ejercen en los demás contratos estatales sino que, tratándose del de concesión, “el especial interés público que involucran, el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica no sólo para saber si el contratista cumple, sino también para establecer si puede cumplir mejor, en condiciones de mejoramiento de cantidad, calidad y precio del servicio para los usuarios, en cuyo beneficio se otorga la concesión”*

<sup>9</sup> “La jurisprudencia constitucional ha entendido que el concepto “bajo la vigilancia de la entidad contratante” se refiere a la facultad que conserva la entidad de dar instrucciones en torno a la ejecución del contrato, particularmente sobre cómo se debe prestar el respectivo servicio público, construir la obra o explotar el bien”. Corte Constitucional. Sentencia C- 300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad: 14390. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 9 de febrero de 2006. Rad. 1674. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad: 14390. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez.



Es a partir de esta facultad legal que surge la competencia de la entidad concedente para solicitar la información que sea relevante para la supervisión de la ejecución del contrato, y, como contrapartida, la obligación del concesionario de suministrarla.

De manera clara el Consejo de Estado, cuando el Ministerio de Transporte elevó consulta referente a sí el concesionario se encontraba en la obligación de suministrar la información solicitada acerca de sus inversiones en el contrato por la entidad concedente, consideró que “el concesionario está en la obligación de suministrar información a la entidad estatal concedente, cuando ésta se la solicite, sobre la cantidad de dinero invertida, periódica o globalmente, en el cumplimiento de cualquiera o todas sus obligaciones derivadas del contrato de concesión”<sup>13</sup>. (Subrayado fuera de texto)

Sumado a lo anterior, la obligación de suministrar la información requerida para la validación de las inversiones realizadas por la Corporación, en desarrollo del Contrato de Concesión, además de encontrar fundamento en la vigilancia y control que ejerce la entidad, también encuentra asidero legal en los principios de la contratación estatal, previstos en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, en el numeral segundo del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 se consagra, como deber para los contratistas, lo siguiente:

*“Artículo 5. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:*

*(...)*

*2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trabamientos que pudieran presentarse. (...)*”

Respecto a este deber de colaboración y de acatamiento de las órdenes impartidas por la entidad concedente, el Consejo de Estado<sup>14</sup> ha manifestado que:

*“Una de las formas de colaboración del concesionario, la constituye el envío de la información requerida por la entidad estatal, relacionada directamente con la ejecución del contrato (...).”<sup>15</sup>*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 9 de febrero de 2006. Rad. 1674. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 9 de febrero de 2006. Rad. 1674. Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.

<sup>15</sup> Para el Consejo de Estado *“hace parte de la “honestidad y la lealtad” entre las partes, intercambiar la información necesaria para la buena marcha de la relación contractual, máxime cuando la entidad estatal contratante necesite conocer el monto real de las inversiones del concesionario, bien para la evaluación y seguimiento del contrato específico o bien para la generación de políticas públicas al respecto”*.

Con base en los apartes contractuales, legales y jurisprudenciales citados, se encuentra probada la obligación que le asiste al Concesionario de suministrar la información requerida por los diferentes actores que participan en la vigilancia y control del contrato de concesión.

Ahora, probado el deber general de aportar información requerida al Contratista, la defensa señala en sus argumentos de defensa que el cargo propuesto es etéreo y subjetivo en la medida que, según alega, la información en concreto requerida por la Interventoría no encuentra asidero legal y contractual, pues para el contratista es un requerimiento caprichoso e infundado de la Interventoría que fue atendido en debida forma por Michellmar.

Teniendo en cuenta las respuestas a los interrogantes de objeto, relevancia y razón de la presunta negativa, desarrolladas previamente; este Despacho trae a colación lo manifestado por la defensa cuando alega que los soportes de las inversiones realizadas por el Concesionario y requeridas por la Interventoría no podrían imponerse como tarifa legal, así:

*... “la ley no impone un solo medio probatorio para soportar las inversiones realizadas por mi representada, entonces **mal haría CORMAGDALENA en exigir cierta información cuando la misma no está contemplada en la ley o el contrato.***

*Con base en lo anterior, se comprueba que **MICHELLMAR** si allegó la información que soporta las inversiones realizadas en virtud del Contrato de Concesión 043 de 2010, no solo ante los requerimientos de la Interventoría sino de tiempo atrás presentó dicha documentación a **CORMAGDALENA** como parte contratante” ... (Negrilla y subrayado énfasis propio)*

Para este Despacho es claro que la exigencia de determinada documentación no puede ser entendida como una exigencia de tarifa legal, pues tanto no sería posible y diligente para la Interventoría o la Supervisión realizar la vigilancia y control de obras con soportes netamente documentales, como tampoco lo sería hacerlo basado únicamente en inspecciones físicas en campo. Se requiere de un conjunto de acciones y documentos que analizadas integralmente, permiten a la Entidad probar de manera fehaciente un hecho o circunstancia.

En el caso en concreto, tanto la Interventoría como la Supervisión dejan claro el reparo ante la aparente negativa del Contratista de aportar los soportes solicitados, entendidos estos como: la imposibilidad de establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del Plan de Inversiones y; la posibilidad que, finalizada la Concesión, las obras no sean revertidas a la Nación.

Ante el primer reparo, este Despacho encuentra probada la exigencia contractual establecida en la cláusula décima séptima del contrato de concesión portuaria No 43 de 2010, el cual señala que debe incluir el programa de inversiones y que para el caso que nos ocupa, se destaca la exigencia de la: “*justificación y quien va a financiar el proyecto*”, pues ante esta disposición, resulta relevante, ajustada al contrato y objetiva la exigencia de los soportes del tercero que ejecutó las obras aparentemente a nombre del Concesionario.

No porque exista alguna prohibición legal o contractual que impida a un tercero ejecutar las obras a nombre del Contratista, pues le asiste razón a la defensa cuando en sus alegatos señala que la normativa colombiana lo permite, sino porque esa subrogación debe hacerse en los mismos términos y condiciones que debe atender el Concesionario como obligado primario, luego es cierto que Michellmar puede ejecutar obras a través de un tercero, pero deberá aportar los mismos soportes (técnicos, contables y legales) que permitan realizar una **debida vigilancia y control** de esas obras para efectos de imputarlas o no al plan de inversiones, de acuerdo con el clausulado del contrato referido y la jurisprudencia señalada.

Por otro lado, con respecto al segundo reparo, este Despacho se aparta de lo manifestado por la Supervisión, pues el artículo 8 de la Ley 1 del 1992 es diáfana en señalar que: **“todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquella”**,<sup>16</sup> luego no es cierto que el Contratista pueda “desmantelar” la infraestructura instalada en el área concesionada, sea que haya sido ejecutada por el mismo o por intermedio de un tercero, sin que por ello escape a un juicio de responsabilidad.

En consecuencia, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que el punto a considerar no es respecto de la reversión o no de la infraestructura instalada en el área concesionada, porque es claro que ésta deberá ser entregada a la Nación una vez finalizado el contrato de concesión, en cambio, el punto sí se circunscribe a la presunta negativa del Contratista de aportar unos documentos que le están siendo requeridos para constatar un hecho de manera indiscutible, y que se enmarcan en la debida diligencia de la vigilancia y control del contrato que debe desplegar la Interventoría como encargado legal y contractual de esa misión. En todo caso, la información requerida se encuentra ampliamente individualizada, de manera que es claro para el Contratista qué es lo que se le está solicitando y para qué, y que, entre otras cosas, no debería revestir mayor dificultad para el Concesionario aportarla, pues es un profesional en la actividad comercial que desarrolla y como tal debe llevar sus negocios con total transparencia y soporte, sin embargo, argumenta razones de confidencialidad para sustentar la negativa.

Así las cosas, probada la exigencia objetiva, con fundamento legal y contractual de los soportes requeridos, se debe revisar ahora lo pertinente al acuerdo de confidencialidad establecido entre Michellmar y Trafygura en un contrato de naturaleza privada y si en virtud de dicho acuerdo Cormagdalena como entidad concedente y la Interventoría en su función de vigilancia y control, no podrían exigir o tener acceso a la información solicitada.

El artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, establece que solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

*“(i) los protegidos por el secreto comercial o industrial; (ii) los relacionados con la defensa o seguridad nacionales; (iii) los amparados por el secreto profesional; (iv) los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas*

<sup>16</sup> Clausurar o demoler un edificio u otro tipo de construcción con el fin de interrumpir o impedir una actividad. (RAE)

*en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información; (v) los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación.”*

Sin embargo, la misma norma, en el artículo 27 contempla que el carácter de reserva no será oponible a las autoridades judiciales **ni a las autoridades administrativas que, siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones**. En todo caso, dispuso la misma norma, corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que llegaren a conocer<sup>17</sup>.

Ahora, el profesor Nelson Remolina Angarita cuando aborda el tema de las cláusulas o acuerdos de confidencialidad, nos enseña que *“las estipulaciones contractuales son un instrumento no solo para exigir que la información se mantenga como secreta, sino para advertir la naturaleza jurídica de tal información e imponer obligaciones a las partes. A pesar de lo anterior, la autonomía de la voluntad no es ilimitada, ya que el regulador busca ponerle frenos a esta con miras a proteger intereses legítimos de terceros y de la sociedad en general.*

*Esos intereses están expresamente plasmados en la Constitución Política de Colombia, la cual no solo ordena al Estado proteger la propiedad intelectual y promueve la libertad económica junto con la iniciativa privada “dentro de los límites del bien común”, sino que clama por la prevalencia del interés general y la primacía de las normas constitucionales. Todo lo anterior evidencia algunos límites constitucionales a la autonomía de la voluntad de las partes, que para ciertos autores representa un ejemplo de la constitucionalización del derecho privado.*

*Pero en el escenario de la regulación de los secretos empresariales también existen límites a dicha autonomía, los cuales se derivan del propio artículo 260 de la Decisión Andina 486 de 2000, que precisa las condiciones que debe reunir cierta información para ser considerada como secreto empresarial. La redacción del citado artículo claramente condiciona la naturaleza de la información al cumplimiento de ciertos requisitos por parte de esta. Si contractualmente se trata de catalogar como secreta información que no reúne dichas características, esa cláusula -en su totalidad o en parte- sería contraria a la ley y sería catalogada como nula, absoluta o parcial, según el caso<sup>18</sup>.*

De lo anterior se colige que el carácter de reserva de la información se desprende de la naturaleza misma de ésta y no de un acuerdo o cláusula, pues la autonomía de la voluntad

<sup>17</sup> Artículo 27 de la Ley 1755 del 2015

<sup>18</sup> Remolina Angarita, N.; Tafur Nader, G. "Limitaciones de las cláusulas contractuales para determinar la naturaleza jurídica de la información y para proteger los secretos empresariales", Revista La Propiedad Inmaterial n.º 24, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2017, pp. 145-165. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n24.07>

no podría desnaturalizar lo que la misma ley no le da tal condición. En el caso en concreto, la defensa del concesionario no desarrolla ni prueba el carácter o condición de información sujeta a reserva, más allá de hacer mención a un acuerdo de confidencialidad suscrito entre el Concesionario y un tercero.

Solo respecto de los soportes contables señala su naturaleza privada y que por tal razón no debería ser objeto de supervisión y control de la Interventoría. Sin embargo, la defensa desconoce lo establecido en la Constitución Política de Colombia, cuando señala en el inciso 4º del artículo 15 que para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Así las cosas, esta autoridad administrativa concluye probado el hecho que la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. tiene la obligación legal y contractual de aportar la información requerida por la Interventoría para su labor de vigilancia y control; adicionalmente, el argumento del acuerdo de confidencialidad no tiene mérito para prosperar por los considerandos previamente expuestos

### **3. Vulneración al debido proceso y falta de motivación para el inicio de la investigación por parte de Cormagdalena, pues las razones para abrir la investigación son eminentemente subjetivas.**

Como tercer argumento de defensa, el Contratista alega la violación al debido proceso, citando el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, por considerar que las razones para abrir la investigación se basan en apreciaciones eminentemente subjetivas derivadas de los mismos términos del cargo, -*suministrar información suficiente*- y que carecen de motivación a la luz del artículo 209 constitucional, pues sostiene que:

*... “el análisis que realizó **CORMAGDALENA** con respecto a la suficiencia o no del suministro de la información pareciera contener valoraciones subjetivas, las cuales se encuentran proscritas en materia sancionatoria.*

*Según la RAE, la palabra ‘suficiente’ significa: bastante para lo que se necesita, es decir, más allá de lo necesario. Teniendo en cuenta esta definición, **CORMAGDALENA** está realizando una valoración subjetiva puesto que está exigiendo más allá de lo establecido en la ley y el contrato y con base en ello es que da inicio a la presente investigación, sin valorar que **MICHELLMAR** cumplió con la obligación de suministrar información a las autoridades, así como con las obligaciones que se derivan de esto (presentar y ejecutar el plan de inversiones).*

*(...)*

*... “La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.*



*En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada" ...*

Este Despacho deja constancia del respeto al derecho al debido proceso que le asiste tanto a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., como a su garante Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A., así como a la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., con la finalidad que tanto Contratista como Compañía Aseguradora durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001878 del 25 de mayo de 2021, enviado al Contratista y No. CE-OAJ-202103001877 del mismo 25 de mayo de 2021, enviado a la Compañía Garante con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 043 del 2010.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. en virtud del Contrato de Concesión No. 043 del 2010, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y brindó todas las garantías legales para que a los convocados les fuera respetado en debida forma el derecho de defensa y contradicción.

Ahora, la defensa alega la vulneración al debido proceso y la falta de motivación porque considera que el cargo formulado en el auto citatorio contiene elementos subjetivos. Sin embargo, como se señaló previamente, desde el mismo informe de incumplimiento presentado por la Interventoría, como en la citación al procedimiento administrativo que nos ocupa, se planteó de manera clara y específica los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basa la investigación, la individualización de la información objeto de la controversia y las razones que llevaron a la apertura del procedimiento administrativo, tan es así, que la defensa desarrolló una línea argumentativa para referirse a dichos señalamientos, argumentos que fueron escuchados y valorados con el acervo probatorio en conjunto y a través de unos debidos considerandos llevar a esta autoridad administrativa a tomar una decisión en derecho. Luego el Contratista no prueba su dicho y por consiguiente el argumento no estará llamado a prosperar.

#### **4. Ejecución del plan de inversiones de Michellmar.**

El Contratista presenta como argumento de defensa a considerar dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, la ejecución del plan de inversiones en los siguientes términos:

*... “Si bien el cargo que alega CORMAGDALENA está dirigido a la omisión del concesionario de suministrar información, dicha información está relacionada con el Plan de Inversión y su ejecución; es por ello que consideramos pertinente presentar los fundamentos fácticos y jurídicos que comprueban que MICHELLMAR presentó a CORMAGDALENA el Plan de Inversión, toda vez que con ello se desvirtúa el fondo de esta investigación administrativa, asociada a que “A partir de la información suministrada por el Concesionario no es posible, establecer que las inversiones ejecutadas puedan ser imputadas como parte del (sic) al Plan de Inversión, pendiente de aprobación, del Contrato de Concesión No. 43 de 02 de julio de 2010, como tampoco que serán objeto de reversión a la Nación en los términos indicados en la Cláusula Décima Tercera literal B” ...*

Como se manifestó previamente, se aclara que si bien la presunta falta de información suficiente guarda relación con el plan de inversiones, cobijados bajo el principio de congruencia y atendiendo las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio, salvaguardando el debido proceso, este Despacho no se pronunciará sobre el cumplimiento o no del plan de inversiones, pues el problema jurídico se enmarca en la información exigida por la Interventoría y presuntamente denegada por el Concesionario. En tal sentido se desestima el argumento y se abordará el alegato siguiente.

#### **5. Proporcionalidad de la sanción al momento de valorar los hechos VS la imposición de la sanción.**

Como argumento final y subsidiario, la defensa presenta y solicita que, en caso de adoptarse la decisión de sancionar, se tenga en consideración la proporcionalidad de la sanción, en los siguientes términos:

*... “si a pesar de los argumentos expuestos, **CORMAGDALENA** decide imponer una multa a **MICHELLMAR**, debe tenerse en cuenta y aplicarse el principio de proporcionalidad, que constituye un postulado que informa toda la actividad*

administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer.

Recordando que con este principio se busca que la reacción sancionatoria de la administración sea la respuesta más ajustada posible y que exista equivalencia entre la erogación impuesta al particular y la lesión al bien jurídico tutelado por el ordenamiento administrativo, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones.

En virtud de lo expuesto a lo largo de este escrito, puede afirmarse que **CORMAGDALENA** no cumple con el principio de proporcionalidad, al pretender imponer una sanción VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES CON SETENTA CENTAVOS (USD 21.769,70), equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada, no sólo por no existir motivación suficiente para iniciar este proceso sancionatorio, sino también considerando que tal como se ha expuesto a lo largo de este documento, **MICHELLMAR** siempre ha estado presto a cumplir con los requerimientos de las autoridades administrativas y ha dado cumplimiento a las obligaciones asociadas al plan de inversiones.

La solicitud subsidiaria de la defensa parte de una lectura errada del principio de proporcionalidad en las decisiones no discrecionales de la administración, puesto que la aplicación de este principio en materia administrativa encuentra desarrollo normativo a partir del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 del 2011, en cuanto a las **decisiones discrecionales**, cuando establece:

*“ARTÍCULO 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.” (Negrita y subrayado fuera del texto original)*

Adicionalmente, se confunde la naturaleza de la sanción, pues se debe recordar que nos encontramos en un procedimiento administrativo sancionatorio con fines de multa, la cual tiene una función sancionatoria y conminatoria, no indemnizatoria; distinto a lo ocurrido en el caso de incumplimiento total o parcial del objeto del contrato con afectación de la cláusula penal, en el cual sí se deberá tener en cuenta por la autoridad administrativa el porcentaje efectivamente ejecutado o cumplido, para, con base en el criterio de proporcionalidad y equidad, tasar o disminuir el valor de la sanción. En términos del Consejo de Estado<sup>19</sup>:

*... “las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la*

<sup>19</sup> Sentencia con No. expediente 6631 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 1992

*medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse” ...*

En el presente caso, no hay discrecionalidad de la autoridad administrativa para tasar la sanción, pues esta se encuentra previamente señalada y acordada en el contrato, es así como podemos observar en la cláusula vigésima del contrato 043 del 2010, numeral 20.7 que se estableció:

*“20.7. Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas en la cláusula Décima sexta y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente Cláusula, se impondrá una multa equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada.”*

Luego, se trata de un criterio objetivo, previamente establecido por las partes y que escapa a cualquier discrecionalidad de este Despacho, por lo cual, en caso de encontrar mérito para declarar el incumplimiento endilgado, se deberá tasar la sanción con base en los parámetros establecidos contractualmente.

Así las cosas, damos por finalizados los argumentos de la defensa y procedemos a revisar los alegatos adicionales propuestos por la Compañía Aseguradora.

#### **Argumentos adicionales de la Aseguradora:**

#### **1. El juez debe calificar la conducta procesal de los sujetos intervinientes Artículo 280 del Código General del Proceso y acreditar los presupuestos indicados en el artículo 1077 del Código de Comercio.**

Con respecto a la acreditación de los presupuestos indicados en el artículo 1077 del Código de Comercio, iniciaremos por definir la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, denominado “garantía única” o “póliza “única de cumplimiento”, como aquella consistente en una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia a favor de una Entidad Pública. Como seguro de cumplimiento está orientado a proteger un interés asegurable, el interés del asegurado.<sup>20</sup> Como seguro de cumplimiento de contratos estatales, el Consejo de Estado lo ha catalogado como un contrato estatal, así lo expresó en providencia el alto tribunal:

*“[...] Se confirmará la decisión impugnada, toda vez que esta Sección del Consejo de Estado reafirmó la tesis jurisprudencial según la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para conocer de los procesos ejecutivos, cuya fuente radica en los contratos de seguros celebrados por el contratista y la compañía aseguradora, para garantizar el contrato estatal; es así como en auto de 30 de enero de 2008, reiterado en providencia calendada en abril 9 del mismo año –a manera de síntesis- se concluyó que:*

---

<sup>20</sup> Ordoñez Ordoñez, Andrés E. El Seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. Universidad Externado de Colombia.

[...] 2.4. Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de procesos ejecutivos derivados de los contratos de seguro de cumplimiento de contratos estatales.

En cuanto ha quedado establecido que los contratos de seguros que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales también pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales, se impone concluir entonces que la competencia para conocer tanto de las controversias que se deriven de los mismos como de los procesos de ejecución que en ellos se originen, se encuentra legalmente asignada a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa[...]" (Subrayado fuera de texto).<sup>21</sup>

Respecto de las normas aplicables en los contratos de seguros de cumplimiento de Entidades estatales, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, sostuvo:

*"[...] 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).*

En tal sentido las normas del Estatuto de Contratación y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 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>22</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*

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 250002326000199704694-01 (22.339). Sentencia de 6 de Agosto de 2009. M.P. Mauricio Fajardo.

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.05001233100020000172001 (24609).Sentencia del 19 de Febrero de 2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.



**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>23</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De la jurisprudencia citada, se resalta la inversión en el procedimiento, pues en tratándose de 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 Michellmar de entregar información pertinente y suficiente para que la Corporación correlativamente pueda ejercer en debida forma su obligación de vigilancia y control del contrato, luego probar la no ocurrencia del siniestro es una carga procesal asumida por el Concesionario y su Garante.

Aunado a todo lo anterior, y atendiendo las condiciones generales de la póliza no se evidencia ninguna exclusión o eximente de responsabilidad por parte del Contratista.

En tal sentido, se desestima el argumento.

## CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que en el presente caso hay lugar a declarar el incumplimiento parcial con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 043 de 2010, suscrito entre la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA-** y la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.** en relación al incumplimiento de: “La **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, se encuentra incumplida respecto de la obligación de Suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión descrito en los numerales 16.5 y 16.13 de la **Cláusula Decima Sexta**, y la **Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión**”, en los términos de los oficios de citación No. CE- OAJ - 202103001878 del 25 de mayo del 2021, enviado al Concesionario y No. CE- OAJ - 202103001877 del 25 de mayo del 2021 enviada a la Compañía garante.

---

<sup>23</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

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervinientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se **DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 043 DE 2010 Y SE IMPONE MULTA A LA SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A. y a la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, conforme el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

### **5.5. TASACIÓN DE LA MULTA.**

El Contrato de Concesión Portuaria No 043 de 2010 establece el Régimen Sancionatorio aplicable en su Cláusula Vigésima, NUMERAL 20.7.

El numeral 20.7 de la Cláusula Vigésima señala: *“Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente Cláusula, se impondrá una multa equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada”.*

Con base en lo anterior, la tasación de la multa es la siguiente:

Teniendo en cuenta que el evento constitutivo del incumplimiento parcial de las obligaciones es: suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión.

**Valor Contraprestación = USD 2.176.970**

**= USD 2.176.970 \* 1% = USD 21.769,70**

**VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES ESTADOUNIDENSES CON SETENTA CENTAVOS.**

En consonancia con lo anterior, esta Corporación impondrá la suma de **VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES ESTADOUNIDENSES CON SETENTA CENTAVOS (USD 21.769,70)**, liquidables a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del día veintinueve (29) de abril de 2022.

En mérito de lo expuesto,

### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** el incumplimiento parcial del contrato No. 043 de 2010, por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, identificada con NIT 900.162.452-5, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A, identificada con NIT 900.162.452-5, a título de multa, la suma equivalente a **VEINTIÚN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES ESTADOUNIDENSES CON SETENTA CENTAVOS (USD\$21.769,70)** liquidables a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del día veintinueve (29) de abril de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

**ARTÍCULO TERCERO: CONMINAR** a la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A**, identificada con NIT 900.162.452-5, a cumplir, en la mayor brevedad posible, con las obligaciones consistentes en suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR** ocurrido el siniestro de incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No 043 de 2010 y, como consecuencia, **AFECTAR** el amparo cumplimiento de la póliza No. 21-44-101219536 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR** la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A**, identificada con NIT 900.162.452-5 y al representante legal y/o apoderado de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**ARTICULO SEXTO:** LA **SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.**, identificada con NIT 900.162.452-5, deberá pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Tesorería de CORMAGDALENA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, CORMAGDALENA descontará dicho valor de los saldos pendientes que le adeude al contratista, o exigirá su pago a la compañía Aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** en virtud del amparo de Cumplimiento General del Contrato de la Póliza Única De Cumplimiento No. 21-44-101219536 y sus anexos modificatorios.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** 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 OCTAVO: 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.

**ARTÍCULO NOVENO:** 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, a losveintinueve (29) días del mes de abril de 2022.

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

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

Revisó: Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ *SG*

Aprobó: OMAA-Abogados Externos OAJ *OP*