

Resolución No. 000177
(12 de julio del 2022)

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 0000105 del 29 de abril del 2022”

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 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 - 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.
- 2.12. 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.

- 2.13. Que mediante Resolución No. 0000105 del 29 de abril del 2022, Cormagdalena declaró el incumplimiento parcial del contrato de Concesión No. 043 de 2010, suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA DE MICHELLMAR S.A., e impuso multa por 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.
- 2.14. En la audiencia llevada a cabo el día 16 de mayo del 2022, se recibió la sustentación del recurso de reposición contra la Resolución No. 0000105 del 29 de abril del 2022, recurso interpuesto por la defensa del concesionario y aseguradora.

III. 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 PORTUARÍA 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 de 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, 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?

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 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.

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 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”

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

Audiencia del 29 de abril del 2022

Se notificó en estrados la Resolución No. 0000105 “*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.*”

Dentro de la oportunidad legal, el Contratista y Aseguradora interpusieron recurso de reposición contra la decisión, se fijó la continuación de la diligencia para sustentar el recurso el día 16 de mayo del 2022.

Audiencia del 16 de mayo del 2022

Se le concedió la palabra primero a la defensa del Contratista para que sustentara el recurso de reposición. Finalizada su intervención, se le otorgó la palabra a la defensa de la Compañía Garante.

Escuchada la sustentación del recurso de reposición, procedió esta Oficina Asesora Jurídica a suspender la audiencia y fijar fecha de reanudación para decisión del recurso.

IV. RECURSO DE REPOSICIÓN

4.1. SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A.

Cumpliendo los términos del CPACA, el día 13 de mayo del 2022 el Concesionario radicó por correo electrónico un escrito en el cual sustenta el recurso interpuesto contra la Resolución No. 0000105 del 29 de abril del 2022, documento que fue posteriormente expuesto de manera oral en la audiencia adelantada el día 16 de mayo del 2022, por lo anterior, nos permitimos transcribir los argumentos presentados en el recurso:

... “En primer lugar, incorporo a este recurso de reposición por remisión, los argumentos invocados con ocasión de la presentación de descargos frente a la apertura de la presente investigación contenidos en el memorial del 21 de junio de 2021.

*En segundo lugar, en este escrito procedo a desarrollar los motivos por los cuales la **Resolución 105 de 2022** expedida por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de **CORMAGDALENA** debe ser revocada en su integridad.*

1. MICHELLMAR presentó la información solicitada por CORMAGDALENA o las autoridades que hagan sus veces

*De conformidad con lo expuesto por esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de **CORMAGDALENA**, la información sobre la que versa la controversia se relaciona con los “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”. En particular, la entidad hace referencia a cuatro puntos a resolver:*

- “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 este sentido, procederé a exponer los argumentos e identificar soportes que demuestran que **MICHELLMAR** entregó la información solicitada por la Corporación, de la siguiente manera:

En cuanto a la relación legal/contractual entre el Concesionario y Trafycura Energy Colombia:

- A lo largo del proceso se alegó y demostró que el contrato de crédito que comprueba la relación contractual y legal entre Trafycura y mi representada se encuentra sujeto a un acuerdo de confidencialidad entre las partes, que **MICHELLMAR** está obligada a cumplir.
- A pesar de los argumentos expuestos, mi representada decidió exponer una parte de ese contrato, reservándose el derecho a no revelar las partes que son objeto del acuerdo de confidencialidad mencionado.
- En las consideraciones del contrato de crédito celebrado entre **MICHELLMAR** y Trafycura, claramente se indica que el objeto del contrato es el préstamo de dinero a título de mutuo para “utilizar y destinar exclusivamente para llevar a cabo las Mejoras de la Terminal” necesarias para la prestación del servicio público

CONSIDERACIONES

1. Que Traffigura y Michellmar suscribieron el 22 de abril de 2013 un contrato relativo al manejo y almacenamiento de productos derivados del petróleo (el “Contrato Principal”).
2. Que Michellmar es concesionario de un puerto para la prestación de servicio al público de conformidad contrato de concesión numerado como 43 celebrado entre Michellmar y Cormagdalena el 2 de julio de 2010;
3. Que en virtud del Contrato Principal, Michellmar brinda servicios al Prestamista de entrega, almacenamiento y reentrega posterior de Nafta y Crudo y todos los demás Servicios especificados en el Apéndice 1 del Contrato Principal para cuyo efecto se obligó a adelantar las Mejoras de la Terminal;
4. Que en la ejecución del Contrato Principal, Michellmar solicitó al Prestamista el otorgamiento, a de título de mutuo, de un crédito por ciertas sumas de dinero para utilizar y destinar exclusivamente para llevar a cabo las Mejoras de la Terminal.

establecido en el Contrato 043 de 2010. Procedo a transcribir dichas consideraciones:

En cuanto a la explicación de la forma de registro contable en relación con las inversiones realizadas:

- Con la presentación por escrito de los alegatos de conclusión a través de correo electrónico remitido el día 9 de marzo del año en curso, se anexó un cuadro detallado con las inversiones realizadas por **MICHELLMAR** y sobre las que versa el objeto de este proceso administrativo sancionatorio contractual.

- En este documento presentado en formato Excel se hace una relación de las obras realizadas en el terminal, el contratista que las ejecutó y el valor de cada una de ellas, tal como se describe a continuación y se anexa a este documento:

CONSOLIDADO OBRAS EJECUTADAS		
CONTRATISTA	OBRA EJECUTADA	VALOR
DINACOL	Diseño Muelle - Interventoria	USD 677.523,37
NAVAL Y MARITIMA	Diseños Estructurales	USD 36.200,00
CH PEREIRA	Construcción Bitas	USD 950.986,68
CADEB	Pilotaje	USD 1.296.261,87
S.I. SUELOS INGENIERIA S.A.S.	Estudio de Suelos	USD 76.112
MSI	Iluminación	USD 135.011,89
AE INGENIEROS	Mejoramiento de Suelo - Obras Civiles	USD 906.403,50
PEDRO CELIA CONSTRUCCIONES	Obras Civiles	USD 815.995,71
CANTERA FW	Suministro Piedra y material acondicionamiento patio	USD 315.000,00
VALOR TOTAL		USD 5.209.494,68

En cuanto a los derechos y obligaciones de Trafygura con las inversiones realizadas:

- Los derechos y obligaciones que Trafygura llegare a tener – que no los tiene – respecto de las inversiones realizadas en el terminal de mi representada es un asunto totalmente irrelevante frente al contrato de concesión portuaria N° 43 de 2010, pues frente a la entidad concedente (CORMAGDALENA) es MICHELLMAR quien tiene la obligación de construir la infraestructura prevista en el plan de inversiones – como en efecto se hizo -, y de revertir dichas inversiones al finalizar el plazo de la concesión. O sea que cuando llegue ese momento y nazca esa obligación de reversión, cualquier relación jurídica que llegare a existir entre Trafygura y MICHELLMAR es un asunto de derecho privado, que no afecta para nada ni el cumplimiento del contrato de concesión, ni mucho menos la obligación de reversión cuando el mismo termine.
- La cláusula décima cuarta del contrato de concesión indica que: “(...) Las inversiones realizadas por LA SOCIEDAD CONCESIONARIA para modernizar el puerto se efectuará con base en los planes que éste prepare y deberán ser aprobadas por la CORPORACIÓN (...)”.
- Por otro lado, el párrafo segundo del mismo artículo indica lo siguiente: “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”.
- En este orden de ideas, reiteramos los argumentos expuestos a lo largo de la investigación con referencia a que no existe impedimento alguno para que MICHELLMAR ejecutara sus obras a través de un tercero, pues en últimas los riesgos de su realización están a cargo del concesionario y lo que interesa al finalizar el contrato es que las inversiones sean revertidas a la Nación, como deben serlo no sólo porque exista esa obligación contractual, sino porque se trata de obras construidas en zonas de uso público.
- En otras palabras, ni la ley 1ª de 1991, ni el contrato de concesión portuaria N° 43 de 2010 prohíben que MICHELLMAR cumpla el plan de inversiones con dineros de terceros – bajo cualquier título -, ni que las obras correspondientes a dicho plan de inversiones sean ejecutadas por un tercero distinto al concesionario, pues lo

importante es que el plan de inversiones se cumpla y que las obras se hagan, como ocurre en este caso.

- La información que las cláusulas de confidencialidad del contrato con Trafygura le permitieron a MICHELLMAR entregar a CORMAGDALENA es más que suficiente para verificar el cumplimiento del plan de inversiones y la ejecución de las obras, las cuales, además, han podido ser inspeccionadas y valoradas físicamente por el interventor del contrato, además de obar en el expediente un avalúo de las mismas.
- Ahora bien, si lo que teme CORMAGDALENA es que cuando nazca la obligación de reversión – que no se ha causado aún – Trafygura se oponga a la reversión de las obras construidas en el terminal, ello no puede suceder simplemente por el hecho de que todas esas obras son construidas sobre bienes de uso público, hecho que por sí solo, impide que cualquier persona invoque título jurídico alguno para alegar su posesión, su propiedad o cualquier gravamen o limitación del dominio.

En cuanto a los compromisos de reversión de tales inversiones, en aras de dar cumplimiento a la obligación de reversión establecida en el Contrato de Concesión Portuaria:

- En este sentido, las obligaciones que interesan a la Corporación se relacionan con la reversión de las obras a la Nación, de conformidad con lo establecido en la cláusula décima tercera del contrato de concesión 043 de 2010, la cual indica lo siguiente: “Todos los bienes entregados en concesión, Zona de Uso Público e infraestructura, la nueva infraestructura que se construya, y los inmuebles por destinación que se coloque allí durante el término de la concesión, revertirán según lo preceptuado por el artículo 8 de la ley 1ª de 1991, la reversión se hará al finalizar el plazo de la concesión portuaria otorgada a la Sociedad Portuaria Michellmar S.A.”.

A la fecha de presentación de este recurso, no se ha causado la obligación de revertir a la Nación las inversiones realizadas por **MICHELLMAR**, toda vez que como dispone expresamente la cláusula transcrita, “la reversión se hará al finalizar el plazo de la concesión portuaria”. Es decir, que la obligación de reversión aún no existe y no es exigible en este momento de ejecución contractual al concesionario. Por lo tanto, no tiene fundamento ni sentido lógico ni jurídico alguno que se sancione a **MICHELLMAR** por la sospecha o suspicacia de **CORMAGDALENA** de que quizá, probablemente, eventualmente, remotamente, en el futuro exista alguna posibilidad de que no cumpla una obligación que al momento de abrirse este proceso administrativo sancionatorio y al momento de expedirse el acto administrativo impugnado, no existe y, por ende, tampoco es exigible.

De conformidad con lo expuesto, **MICHELLMAR**- a pesar de los argumentos presentados por **CORMAGDALENA** en la Resolución 105 de 2022- 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 Décima Sexta, y la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión”.

Porque a pesar de lo expuesto por esta Corporación, la suficiencia¹ se relaciona con lo necesario para demostrar un hecho, en este caso, para demostrar la relación jurídico-

¹ 1 Según la RAE, la palabra ‘suficiente’ significa: bastante para lo que se necesita, es decir, más allá de lo necesario. Tomado de: <https://dle.rae.es/suficiente>

contractual y contable existente entre la Sociedad Portuaria Michellmar S.A. y Trafyguira Energy Colombia S.A.S., para que la Interventoría pudiera reconocer las obras ejecutadas dentro del área concesionada como imputables al plan de inversiones de **MICHELLMAR**. Con base en lo expuesto, mi representada entregó la información requerida por la Interventoría y por **CORMAGDALENA** de conformidad con el objeto de la presente investigación.

2. La obligación de MICHELLMAR es la de ejecutar el plan de inversiones

A pesar de lo indicado por el Despacho en la Resolución 105 de 2022, en donde manifestó lo siguiente: “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”.

El punto es que la información exigida por la Interventoría guarda plena relación con Plan de Inversiones y su ejecución, siendo en realidad esta la principal obligación en cabeza de mi representada. Es por ello, que presentaré los argumentos que demuestran que MICHELLMAR presentó y ejecutó el plan de inversiones, de conformidad con lo dispuesto en la ley y en el contrato.

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 desde 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)”.

La Resolución 105 de 2022 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 avaluadas 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
	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
Descripción de Valores	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).**

En este sentido, la obligación del concesionario es presentar y ejecutar el plan de inversiones, y para ello, la ley no impone una única forma de cumplir con la obligación, que bien puede cumplir a través de un tercero, cualquiera sea el título jurídico en virtud del cual dicho tercero adelanta esas obras. Lo determinante para el cumplimiento del contrato de concesión N° 043 de 2010 es que las obras están en el Terminal Portuario y las autoridades pueden verificar en cualquier momento su existencia. Y en todo caso, el avalúo presentado le permitiría a CORMAGDALENA comprobar el valor de las inversiones realizadas en el puerto de MICHELLMAR.

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. En todo caso, vale la pena realizar las siguientes precisiones:

a) No existe prohibición legal que impida ejecutar las inversiones a través de un tercero

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, obligación que sólo nace con ocasión a la terminación del contrato de concesión portuaria, y no antes.

En tal virtud, el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Sociedad Portuaria MICHELLMAR, y debido al 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 Trafygura 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 de hacer estas obras y la futura obligación de reversión las asume el concesionario.

Por otra parte, es importante mencionar que en materia de riesgos resulta claro que los concesionarios asumen los riesgos inherentes a la ejecución del plan de inversiones, tales como su etapa preoperativa, de construcción, de operación, de liquidación y de reversión. En este sentido, esta obligación se encuentra a cargo de MICHELLMAR y ha dado cabal cumplimiento a la misma a cuenta y riesgo del concesionario.

En este sentido, en el laudo arbitral Oleoducto Central S.A. – OCENSA vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, el Tribunal indicó lo siguiente: “En relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada. Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones

necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta”.

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.

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, cuando se cause la obligación de reversión. 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, no antes. Por lo tanto, no puede CORMAGDALENA sancionar el supuesto riesgo de que posiblemente se llegue en el futuro a incumplir una obligación que aún no se ha causado, como pretende hacerlo mediante la Resolución 105 de 2022.

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

A pesar de lo indicado por la Oficina Asesora Jurídica en donde indica que el punto a considerar para tomar la decisión no es respecto de la reversión o no de la infraestructura instalada en el área concesionada, tanto la Subdirección Comercial de CORMAGDALENA como la Interventoría han establecido que la finalidad de la información es que se pueda constatar el compromiso de reversión de las inversiones por parte de MICHELLMAR.

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 junto con todas las construcciones realizadas en ellos:

“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)”².

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.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 2021. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés

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.

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, y que sólo se causará al finalizar el contrato de concesión portuaria N° 043 de 2010, 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 de reversión no está sujeta a la presentación de dichos documentos, pues las fuentes son la ley y el contrato, y aún si en gracia de discusión para el cumplimiento de dicha obligación fuere menester entregar esa información, en todo caso la misma no es exigible en este momento de la ejecución contractual, cuando la obligación de reversión no es exigible al concesionario .*

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.)”³.

6. *En todo caso, MICHELLMAR no ha incumplido dicha obligación de reversión puesto que ésta aún no se ha causado; en efecto, la reversión de la infraestructura que se construya 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 la Subdirección Comercial de CORMAGDALENA y la Interventoría pretendan aseverar que las labores de vigilancia y control del contrato fueron impedidas por MICHELLMAR, considerando que los documentos entregados por mi representada sí permiten demostrar el cumplimiento del plan de inversiones y la existencia de las obras que, en un futuro, servirán para honrar el compromiso de mi representada de revertir los bienes objeto de las inversiones a la Nación, cuando esta obligación sea exigible, pues ahora no lo es.

c) MICHELLMAR no ha impedido a las autoridades adelantar las labores de vigilancia y control del contrato.

En la Resolución por medio de la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Concesión 043 de 2010, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica indicó lo siguiente: “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” (Subrayado fuera de texto).

En este sentido, la Corporación indicó lo siguiente: “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”.

Ahora bien, de conformidad con lo indicado a lo largo del documento **MICHELLMAR** ha estado presto a presentar los argumentos y soportes que permiten demostrar que ha cumplido la obligación de ejecutar el Plan de Inversiones, y, a pesar de que no tiene una obligación legal o contractual de demostrar los medios utilizados para ejecutar las inversiones ha presentado los documentos solicitados por las autoridades. En este caso, mi representada ha presentado los siguientes documentos:

- Contrato de Crédito pactado entre MICHELLMAR y Trafygura, por medio del cual se demuestra la relación contractual.
- Cuadro detallado de las inversiones realizadas por MICHELLMAR, en donde consta el tipo de obra realizada, quien las ejecutó y el valor de las inversiones.
- El avalúo de las obras realizado por un tercero, en este caso, por AVALCARIBE 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.
- 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.

*Esta información es más que suficiente para que tanto **CORMAGDALENA** como el interventor del contrato puedan verificar el cumplimiento del plan de inversiones y la existencia de las obras que, en un futuro, servirán para honrar el compromiso de mi representada de revertir los bienes objeto de las inversiones a la Nación, cuando esta obligación sea exigible, pues ahora no lo es.*

4.2. SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Por su parte, la abogada Marieth Margarita Montoya, en calidad de apoderada de Seguros del Estado S.A., presentó por escrito la sustentación del recurso, señalando:

*“Por medio del presente escrito me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN en contra de la Resolución No. 0000105 del 29 de abril de 2022**, con fundamento en los siguientes argumentos:*

1. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO

El ordenamiento jurídico colombiano establece que no puede haber proceso administrativo sancionatorio que conlleve a un acto administrativo sin un fundamento fáctico y jurídico que lo justifique, de lo contrario, el acto administrativo que se pretende expedir, adolecería de un vicio de nulidad en su expedición que no le permite surtir los efectos legales queridos.

Por su parte, cuando un acto administrativo es proferido dentro de un proceso administrativo sancionatorio, se debe partir del fundamento de que dicho acto se profiere dentro del respeto de las formas del debido proceso, y que se encuentra demostrado de manera motivada que existen fundamentos de hecho y de derecho para sancionar una conducta, que deberá estar tipificada en una norma jurídica.

*Al respecto, el Consejo de Estado (CE) **Sección Quinta, Sentencia 7001233300020170019102, May. 24/18** unificó su jurisprudencia en torno a la carencia actual de objeto por sustracción de materia, al sostener:*

“I. Si el acto demandado no produjo efectos jurídicos opera la carencia de objeto por sustracción de materia, caso en el cual el funcionario judicial deberá considerar terminar el proceso en su etapa inicial, ya sea saneándolo o siguiendo las reglas de las excepciones previas previstas en los incisos 3º y 4º del artículo 180.6 y no esperar a dictar una sentencia inhibitoria”.

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante Fallo 0294 de 2016 ha señalado que:

“Si en el transcurso de la acción popular se realizan las obras o se materializan actuaciones que fueron solicitadas para cesar la vulneración de los derechos colectivos, se debe declarar la carencia actual del objeto o hecho superado, haciendo innecesaria la adopción de medidas para conjurar un hecho inexistente, y sin que impida la declaratoria de que si bien existió vulneración de los derechos colectivos objeto de la acción, no hay lugar a impartir orden alguna a las entidades demandadas.”

Aunado con lo anterior y concordancia con lo manifestado por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Corte Constitucional también se ha

pronunciado sobre la Carencia actual de objeto por hecho superado explicando en Sentencia T-070, Mar. 1/18; las reglas jurisprudenciales aplicables a situaciones en las cuales se configura una carencia actual de objeto por hecho superado, las cuales han sido recogidas en la Sentencia T-378 del 2016 y en la Sentencia T-218 del 2017, entre otras.

“Según la providencia, el objeto de la acción de tutela consiste en garantizar la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, en el transcurso de su trámite se pueden generar circunstancias que permitan inferir que la vulneración o amenaza alegada **ha cesado**. Ello implica que se extinga el objeto jurídico sobre el cual giraba la tutela y del mismo modo que cualquier decisión al respecto resulte inocua. Este fenómeno se denomina carencia actual de objeto y por lo general se puede presentar como hecho superado o daño consumado.”

En lo que respecta al Hecho superado, la Corte manifiesta que:

“En numerosas providencias, la corporación ha indicado que la carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental invocado. En tal sentido, si la perturbación que dio origen a la acción desaparece o es superada, entonces, **el peticionario carece de interés jurídico ya que dejan de existir el sentido y objeto del amparo.**”

También ha manifestado en Sentencia T 085 de 2018 que:

“3.4.1. La jurisprudencia de esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha señalado que la carencia actual de objeto sobreviene cuando frente a la petición de amparo, la orden del juez de tutela no tendría efecto alguno o “caería en el vacío”. Al respecto se ha establecido que esta figura procesal, por regla general, se presenta en aquellos casos en que tiene lugar un daño consumado o un hecho superado.”

Asimismo, en el literal d) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, se consagra lo siguiente:

“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. **La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.**”

CASO EN CONCRETO

Conforme a lo anterior, encontramos que los hechos narrados en el presente proceso administrativo sancionatorio, carecen de fundamentos suficientes, y a la administración no le asiste interés jurídico sobre el particular, toda vez que los hechos que sirven de fundamento para imponer la cláusula penal pecuniaria, se encuentran superados, al señalarse que efectivamente la documentación solicitada por la entidad fueron entregados por el contratista, dejando sin motivación fáctica y jurídica a la pretensión de imposición de sanción.

Por todo lo anterior, al estar claro para la entidad y la interventoría, que los hechos que dieron lugar a la apertura del proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato se encuentran superados a plenitud y, por

ende, carecen de fundamentos fácticos reales; su despacho debe **REVOCAR** la Resolución No. 0000105 del 29 de abril de 2022.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MULTA

La multa tiene como finalidad, la de constreñir al contratista al cumplimiento de las obligaciones contractuales, y es así, como el Consejo de Estado, en reiterados fallos la ha entendido, siendo una de ellas la Sentencia del 29 de noviembre de 2010, expediente 2040³, mediante la cual manifestó:

“La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial”.

Por otra parte, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, del 10 de septiembre de 2014, C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con radicado 68001-23-15-000-1994-09826-01(28875), respecto al alcance y naturaleza de las multas señaló:

“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. (...) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial.

(...)

*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.***

(...)

“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.” (Resaltado nuestro)

CASO CONCRETO

Como se explicó en el argumento anterior, el contratista entregó la documentación requerida por la entidad como el generador de los presuntos incumplimientos, por tal motivo la finalidad de la multa no se estaría cumpliendo, ya que como se sabe, la naturaleza jurídica de la misma es conminar al cumplimiento de las obligaciones contractuales y para el presente caso, esas obligaciones contractuales ya se encuentran ejecutadas.

Dicho esto, se solicita respetuosamente a su despacho se **REVOQUE** la Resolución No. 0000105 del 29 de abril de 2022.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente William Zambrano Cetina; radicado No. 11001-03-06-000-2010-00109-00 (2040)

3. NECESIDAD DE DEMOSTRAR PERJUICIO

Sea lo primero advertir que el contrato de seguros cuenta con una regulación que no puede ser desconocida por CORMAGDALENA, la cual se encuentra contenida en el Código de Comercio, como en las condiciones generales de las pólizas de cumplimiento a favor de entidades estatales, que debieron ser conocidas por entidad al momento de aprobar la garantía, como parte integral de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales para la ejecución del contrato, de esta forma, y para el presente caso, resulta conveniente exponer las siguientes:

Art. 1077.- “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”

En primer lugar, corresponde a la entidad, demostrar de forma clara y precisa el perjuicio, y no de manera supuesta, pues en todo contrato de seguro se debe acreditar los perjuicios dado el carácter indemnizatorio que ostenta el contrato asegurador, pues sería completamente contrario a derecho, que la entidad como beneficiaria de este seguro, pretendiera sumas no constitutivas de perjuicio.

Ahora bien, la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, ha reiterado que, cuando una entidad estatal pretende afectar una póliza de cumplimiento en los perjuicios sufridos por el presunto incumplimiento del contratista, dicho perjuicio no puede ser supuesto sino que debe ser plenamente determinado y tasado, toda vez que el perjuicio o daño que se alega por parte del ente público debe ser plenamente demostrado, y debidamente motivado, pues no puede darse lugar a un enriquecimiento sin causa del ente estatal, y en tal sentido se expresó en sentencia de la Honorable Corporación, lo siguiente:

“Es así como, se reiteró una vez más que las entidades estatales no están obligadas a acudir al juez del contrato para que declare los siniestros, ya que gozan de potestad para hacerlo unilateralmente. Incluso, la jurisprudencia se ha referido al término con que cuenta la administración para declararlo, luego de la ocurrencia del hecho que lo origina”⁴.

En efecto, para el presente caso, la entidad no ha demostrado que la ocurrencia del siniestro ni tampoco que el perjuicio sea directo, es más, la entidad pasa por alto lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina colombiana en lo que hace referencia a los requisitos del daño, para que el mismo resulte ser objeto de una eventual indemnización o reparación pecuniaria, para que sea estimado como tal, pues: **1) DEBE SER CIERTO:** El perjuicio es cierto, cuando aparece consumado y definitivo, efectivo y real en el momento de liquidarse. La certeza del daño debe ser absoluta, para que el daño sea resarcible. **2) DEBE SER ACTUAL:** El perjuicio debe ser actual, pero debe existir certeza de este. **3) DEBE SER DIRECTO:** El responsable del daño tiene la obligación de reparar el daño cuando tiene relación plena con su conducta.

CASO EN CONCRETO

De lo anterior y para la presente actuación administrativa, la entidad no prueba como ya se mencionó que el daño sea cierto, es decir que sea totalmente definitivo y se haya consumado, por lo cual se pueda llegar a imputar al contratista. Adicionalmente, ni en el

⁴ Sección Primera, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp. 7840; Sección cuarta, sentencia de 31 de octubre de 1994, Exp. 5759; Sección Primera, sentencia de 21 de septiembre de 2000, Exp. 5796.

pliego de cargos ni en la resolución objeto del presente recurso, se establece de manera clara.

En este sentido, no se podría afectar los amparos de la póliza No. **21-44-101219536**, ni mucho menos siniestrarla para efectos de constituir una posible reclamación frente a Seguros del Estado S.A., ya que, al hacerlo, la entidad estaría desconociendo las normas que rigen el contrato de seguro, como las condiciones generales que fueron conocidas y aprobadas por la entidad como uno de los presupuestos para dar inicio al contrato.

Por tal motivo, se solicita respetuosamente a su despacho se **REVOQUE** la Resolución No. 0000105 del 29 de abril de 2022.

4. PROPORCIONALIDAD

De otra parte, la póliza de cumplimiento está encaminada a indemnizar los perjuicios que sufra el asegurado y al respecto se ha establecido lo siguiente:

“El amparo de cumplimiento cubre al asegurado, contra los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista, de las obligaciones emanadas del contrato garantizado.”

Con relación al amparo de cumplimiento, desde las luces dadas por la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 9 de noviembre de 2004, expediente 12789, ponencia del Dr SILVIO FERNANDO TREJOS, se tiene lo siguiente:

“En cambio, aparece probada la excepción relacionada con la “la reducción de la suma asegurada a la proporción equivalente a la parte cumplida de la obligación, porque en la cláusula segunda del referido contrato de seguro se estipuló que el valor asegurado “responde de los perjuicios derivados del incumplimiento de la totalidad del contrato”; por consiguiente, “si hubiere sido satisfecha parcialmente la obligación cuyo cumplimiento se afianza, la cuantía de la indemnización derivada del incumplimiento parcial se liquidará deduciendo, de la suma asegurada, la porción equivalente a la parte cumplida de la obligación (fl. 270 Cdo. ppal)”

En el caso de estudio, la entidad pretende consolidar una sanción cuando los supuestos hechos de incumplimiento no han tenido plena ocurrencia, y en tal sentido la entidad debe aplicar en debida forma la proporción al supuesto incumplimiento, pues mal haría la entidad al hacer efectiva la póliza sin determinar objetivamente la responsabilidad respecto de la cuantía que el tomador afianzó, en contraste con la sanción, o el daño que eventualmente haya sido causado a la entidad.

En ese sentido, el Consejo de Estado, en sentencia reciente, del día primero (01) de julio de dos mil quince (2015), **SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION C y CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, respecto proporcionalidad de las sanciones, explicó lo siguiente:**

*“Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, **concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos**. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general. Pero tratándose del*

derecho administrativo es conocido que el ámbito del principio de la proporcionalidad tiene especiales matices, pues si bien rige en todo el ordenamiento jurídico, sobre todo en el derecho penal y constitucional, donde ha tenido especial desarrollo, en el derecho administrativo ha tenido su propia dinámica o evolución, sobre todo con ocasión del ejercicio de la potestad discrecional.

5. COMPENSACIÓN

La normatividad colombiana, en el Artículo 1625 del Código Civil contempla los modos de extinción de las obligaciones de las partes así:

“ARTICULO 1625. MODOS DE EXTINCIÓN. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1.) *Por la solución o pago efectivo.*
- 2.) *Por la novación.*
- 3.) *Por la transacción.*
- 4.) *Por la remisión.*
- 5.) ***Por la compensación.***
- 6.) *Por la confusión.*
- 7.) *Por la pérdida de la cosa que se debe.*
- 8.) *Por la declaración de nulidad o por la rescisión.*
- 9.) *Por el evento de la condición resolutoria.*
- 10.) ***Por la prescripción”*** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

La compensación consiste en la existencia de dos relaciones obligacionales (créditos y débitos) recíprocas, en donde dos sujetos son, al mismo tiempo, deudores y acreedores entre sí. Cuando esto sucede es posible extinguir ambas obligaciones, con la fuerza de un pago.

El Código Civil Colombiano en el artículo 1714 y subsiguientes estipula la Compensación como una forma de extinguir las obligaciones:

“ARTICULO 1714. COMPENSACION. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.”

Por otra parte, conforme lo establecido en el Parágrafo del Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

(...) PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista (...) (Negrita y subrayado fuera del texto)

Así mismo, en el numeral sexto de las condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Estatales y en concordancia con el Decreto 1082 de 2015, condiciones recibidas y aceptadas por la entidad, que pacta:

“6. COMPENSACIÓN: LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, desde el momento de tener conocimiento del incumplimiento del contratista GARANTIZADO, o con posterioridad a tal conocimiento o como resultado de la liquidación del contrato garantizado, resultare deudor por cualquier concepto, del contratista GARANTIZADO, deberá aplicar la compensación prevista en las normas legales, con las obligaciones a cargo del contratista GARANTIZADO, que surjan de los actos administrativos proferidos por LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, ante el incumplimiento contractual de aquel. (Negrita y subrayado fuera del texto)

Es claro, que, al momento de celebrar el Contrato, la Entidad debió conocer y aprobar en su totalidad tanto la caratula de la póliza, así como el condicionado general contenido en el clausulado que rige el contrato de seguros por el cual se expidió la garantía de cumplimiento que ampara el Contrato referido, y de esta forma al continuar con su ejecución, por lo que, al aprobar la garantía, no existe evidencia de oposición frente a las mismas.

Conforme lo anteriormente expuesto, la Entidad deberá ordenar en la Resolución objeto del presente recurso, la compensación de la sanción de los saldos que adeude en el Acto Administrativo de declaratoria de siniestro, y en consecuencia, en caso tal que no existan los mismos o que el contratista no asuma el pago de la obligación, hacer efectiva la póliza.”

V. 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.

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR LOS RECURSOS

Una vez verificados los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se constató que el recurso y su sustentación, objeto de la Resolución recurrida, cumplen con el mandato contenido en dicha norma.

En este orden de ideas, esta Oficina Asesora Jurídica, una vez analizadas y valoradas las razones de orden fáctico y jurídico, oportunamente allegadas y en las que se fundamentaron los recursos de reposición sustentados por la apoderada del contratista y de la compañía garante, procederá en concordancia a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en tanto al derecho al debido proceso se refiere, a resolver los recursos de reposición en mención, para lo cual se pronunciará respecto de cada una de las razones de inconformidad expuestas por los recurrentes en el orden que fueron expuestas, así:

6.1. Consideraciones sobre el recurso de SP Michellmar S.A.

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre los argumentos elevados por el Concesionario recurrente.

6.1.1. Principales argumentos del recurso interpuesto por el Concesionario

6.1.1.1. MICHELLMAR presentó la información solicitada por CORMAGDALENA o las autoridades que hagan sus veces.

(...)

- “A lo largo del proceso se alegó y demostró que el contrato de crédito que comprueba la relación contractual y legal entre Trafygura y mi representada se encuentra sujeto a un acuerdo de confidencialidad entre las partes, que MICHELLMAR está obligada a cumplir.
- A pesar de los argumentos expuestos, mi representada decidió exponer una parte de ese contrato, reservándose el derecho a no revelar las partes que son objeto del acuerdo de confidencialidad mencionado.”

(...)

6.1.1.2. La obligación de MICHELLMAR es la de ejecutar el plan de inversiones.

(...)

“El punto es que la información exigida por la Interventoría guarda plena relación con Plan de Inversiones y su ejecución, siendo en realidad esta la principal obligación en cabeza de mi representada. Es por ello, que presentaré los argumentos que demuestran que MICHELLMAR presentó y ejecutó el plan de inversiones, de conformidad con lo dispuesto en la ley y en el contrato.

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.”

(...)

“La Resolución 105 de 2022 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 avaluadas 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.”

(...)

6.1.1.2.1. No existe prohibición legal que impida ejecutar las inversiones a través de un tercero.

(...)

“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, cuando se cause la obligación de reversión. 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, no antes. Por lo tanto, no puede CORMAGDALENA sancionar el supuesto riesgo de que posiblemente se llegue en el futuro a incumplir una obligación que aún no se ha causado, como pretende hacerlo mediante la Resolución 105 de 2022.”

(...)

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

(...)

*“las fuentes de la obligación de revertir los bienes en zona de uso público que se encuentra en cabeza de **MICHELLMAR**, y que sólo se causará al finalizar el contrato de concesión portuaria N° 043 de 2010, 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 de reversión no está sujeta a la presentación de dichos documentos, pues las fuentes son la ley y el contrato, y aún si en gracia de discusión para el cumplimiento de dicha obligación fuere menester entregar esa información, en todo caso la misma no es exigible en este momento de la ejecución contractual, cuando la obligación de reversión no es exigible al concesionario.”*

(...)

6.1.1.2.3. MICHELLMAR no ha impedido a las autoridades adelantar las labores de vigilancia y control del contrato.

(...)

MICHELLMAR ha estado presto a presentar los argumentos y soportes que permiten demostrar que ha cumplido la obligación de ejecutar el Plan de Inversiones, y, a pesar de que no tiene una obligación legal o contractual de demostrar los medios utilizados para ejecutar las inversiones ha presentado los documentos solicitados por las autoridades. En este caso, mi representada ha presentado los siguientes documentos:

- Contrato de Crédito pactado entre MICHELLMAR y Trafycura, por medio del cual se demuestra la relación contractual.*
- Cuadro detallado de las inversiones realizadas por MICHELLMAR, en donde consta el tipo de obra realizada, quien las ejecutó y el valor de las inversiones.*
- El avalúo de las obras realizado por un tercero, en este caso, por AVALCARIBE 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.*
- 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.*

Esta información es más que suficiente para que tanto CORMAGDALENA como el interventor del contrato puedan verificar el cumplimiento del plan de inversiones y la

existencia de las obras que, en un futuro, servirán para honrar el compromiso de mi representada de revertir los bienes objeto de las inversiones a la Nación, cuando esta obligación sea exigible, pues ahora no lo es.
(...)

6.1.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos del Concesionario

Como se observa en los argumentos precitados, la defensa del Concesionario realiza una reiteración de los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio, insistiendo en alegatos que fueron debidamente abordados y resueltos en la resolución No. 0000105 del 29 de abril del 2022. Por lo anterior, este Despacho se permite citar aquellas consideraciones y mantener lo allí resuelto, de la siguiente manera:

... “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 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 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 sobre lo siguiente:

... “Sírvasse 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.

Ahora bien, circunscrita la controversia respecto a la falta de información suficiente, continuamos con el segundo interrogante:

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

Para abordar el interrogante, 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, **revertan 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, en los siguientes términos:

... “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.

En ese orden, una vez determinada la relevancia de la información solicitada y presuntamente denegada por la Sociedad Portuaria, continuamos con el tercer interrogante planteado, así:

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 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 firma⁵” ... (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**⁶” ... (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 inversiones⁷” ...

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:

⁵ 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.

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

⁷ Respuesta 1. a las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe presentada por la Supervisión

(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:

“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 1993⁸.

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 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 vigilancia⁹ y control de la entidad concedente.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁰, 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”¹¹

Así mismo, el Consejo de Estado¹² consideró que:

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

⁹ “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.

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

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

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

“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”

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.

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, de manera clara el Consejo de Estado 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”¹³. (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 Estado¹⁴ 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 (...).”¹⁵

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

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

¹⁵ 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

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 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.

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”.

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 de 1992, es diáfano 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”**, luego no es cierto que el Contratista pueda “desmantelar”¹⁶ 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 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

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

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 conocer¹⁷.

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 caso¹⁸.

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 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

¹⁷ Artículo 27 de la Ley 1755 del 2015

¹⁸ 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>

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.”¹⁹

En consecuencia, y comoquiera que los alegatos expuestos en el recurso de reposición no presentan novedades argumentativas ni probatorias, esta Oficina Asesora Jurídica se mantiene en lo señalado en la resolución recurrida y procede a revisar el recurso de reposición interpuesto por la Compañía Aseguradora.

6.2. Consideraciones sobre el recurso de Seguros del Estado S.A.

6.2.1. Principales argumentos del recurso interpuesto por Seguros del Estado S.A.

6.2.1.1. Carencia actual de objeto por hecho superado.

(...)

encontramos que los hechos narrados en el presente proceso administrativo sancionatorio, carecen de fundamentos suficientes, y a la administración no le asiste interés jurídico sobre el particular, toda vez que los hechos que sirve de fundamento para imponer la cláusula penal pecuniaria, se encuentra superados, al señalarse que efectivamente la documentación solicitada por la entidad fueron entregados por el contratista, dejando sin motivación fáctica y jurídica a la pretensión de imposición de sanción.

Por todo lo anterior, al estar claro para la entidad y la interventoría, que los hechos que dieron lugar a la apertura del proceso administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento de las obligaciones del contrato se encuentran superados a plenitud y, por ende, carecen de fundamentos fácticos reales; su despacho debe REVOCAR la Resolución No. 0000105 del 29 de abril de 2022.

(...)

6.2.1.2. Naturaleza jurídica de la multa.

(...)

el contratista entrego la documentación requerida por la entidad como el generador de los presuntos incumplimientos, por tal motivo la finalidad de la multa no se estaría

¹⁹ Consideraciones de la resolución 105 del 29 de abril del 2022, páginas 66 y siguientes

cumpliendo, ya que como se sabe, la naturaleza jurídica de la misma es conminar al cumplimiento de las obligaciones contractuales y para el presente caso, esas obligaciones contractuales ya se encuentran ejecutadas.

(...)

6.2.1.3. Necesidad de demostrar perjuicio.

(...)

*la entidad no ha demostrado que la ocurrencia del siniestro ni tampoco que el perjuicio sea directo, es más, la entidad pasa por alto lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina colombiana en lo que hace referencia a los requisitos del daño, para que el mismo resulte ser objeto de una eventual indemnización o reparación pecuniaria, para que sea estimado como tal, pues: **1) DEBE SER CIERTO:** El perjuicio es cierto, cuando aparece consumado y definitivo, efectivo y real en el momento de liquidarse. La certeza del daño debe ser absoluta, para que el daño sea resarcible. **2) DEBE SER ACTUAL:** El perjuicio debe ser actual, pero debe existir certeza de este. **3) DEBE SER DIRECTO:** El responsable del daño tiene la obligación de reparar el daño cuando tiene relación plena con su conducta.*

(...)

la entidad no prueba como ya se mencionó que el daño sea cierto, es decir que sea totalmente definitivo y se haya consumado, por lo cual se pueda llegar a imputar al contratista. Adicionalmente, ni en el pliego de cargos ni en la resolución objeto del presente recurso, se establece de manera clara.

*En este sentido, no se podría afectar los amparos de la póliza No. **21-44-101219536**, ni mucho menos siniestrarla para efectos de constituir una posible reclamación frente a Seguros del Estado S.A., ya que, al hacerlo, la entidad estaría desconociendo las normas que rigen el contrato de seguro, como las condiciones generales que fueron conocidas y aprobadas por la entidad como uno de los presupuestos para dar inicio al contrato.*

(...)

6.2.1.4. Proporcionalidad

(...)

la entidad pretende consolidar una sanción cuando los supuestos hechos de incumplimiento no han tenido plena ocurrencia, y en tal sentido la entidad debe aplicar en debida forma la proporción al supuesto incumplimiento, pues mal haría la entidad al hacer efectiva la póliza sin determinar objetivamente la responsabilidad respecto de la cuantía que el tomador afianzó, en contraste con la sanción, o el daño que eventualmente haya sido causado a la entidad.

(...)

6.2.1.5. Compensación

(...)

la Entidad deberá ordenar en la Resolución objeto del presente recurso, la compensación de la sanción de los saldos que adeude en el Acto Administrativo de declaratoria de siniestro, y en consecuencia, en caso tal que no existan los mismos o que el contratista no asuma el pago de la obligación, hacer efectiva la póliza.
(...)

6.2.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos de la aseguradora

6.2.2.1. Carencia actual de objeto por hecho superado.

Respecto al primer argumento, la Compañía Aseguradora asevera que el hecho que motivó el inicio de la actuación administrativa se encuentra superado, sin embargo, no aporta pruebas que sustenten su dicho y conforme al artículo 167 del Código General del Proceso: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*

Por el contrario, esta autoridad administrativa encontró probado que el concesionario se encuentra parcialmente incumplido en la obligación de aportar la información requerida y en consecuencia impuso la multa señalada en la Resolución No. 0000105 del 29 de abril del 2022, de acuerdo con las consideraciones y pruebas obrantes en la decisión recurrida y en el trámite surtido. Luego, no es cierto que el hecho se encuentre actualmente superado.

6.2.2.2. Naturaleza jurídica de la multa.

El segundo argumento expuesto por la aseguradora guarda estrecha relación con el primer alegato, pues afirma que teniendo en cuenta la naturaleza conminatoria de la multa, y considerando que el hecho fue superado, la imposición de la multa perdería su finalidad. Sin embargo, como se señaló, el hecho que motivó la actuación administrativa no se encuentra superado y por tanto persiste la necesidad de conminar al Concesionario al cumplimiento de su obligación. Por tal motivo se desestima el argumento propuesto.

6.2.2.3. Necesidad de demostrar perjuicio.

El tercer argumento fue objeto de pronunciamiento en las consideraciones de la resolución recurrida, por lo cual nos permitimos reiterar lo allí señalado:

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.²⁰ 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:

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

“[...] 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:

[...] 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).²¹

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 las 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.²²

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

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

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

beneficiario y/o el asegurado debe acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño -con su monto-, cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza es a la compañía de seguros a quien le corresponde acudir ante el Estado –debido proceso- a defender su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro, que ya no depende del reconocimiento voluntario que haga la compañía, sino que pasa a manos de la administración decidir si se presentó o no hecho cubierto con la garantía. Esta posibilidad se reforzó con la expedición de la ley 1.150 de 2007, que reiteró esta potestad en manos de la administración [inciso cuarto del art. 7]. Nótese que incluso en vigencia de esta norma la potestad para declarar el siniestro no se limita a las garantías bancarias o a las constituidas con las compañías de seguros, sino a cualquier otra que el decreto reglamentario autorice, lo cual efectivamente materializó el decreto reglamentarios 4828 de 2008, que incorporó garantías nuevas, con la posibilidad indicada aquí.²³ (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.

Aunado a lo anterior, tenemos que, el Consejo de Estado en sentencia más reciente realizó un cambio de jurisprudencia en este sentido, a saber:

*“Finalmente, la Sala precisa que el artículo 1077 del Código de Comercio establece que **le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.** Estima la Sala que, por regla general, cuando el que se entiende configurado es el amparo de cumplimiento propiamente dicho y lo que se pretende hacer efectivo es el pago de la cláusula penal o las multas, **no será necesario que en el trámite administrativo se discuta acerca de la determinación del monto de la pérdida —o en el caso de la multa de la sanción—, en la medida que el monto de la multa y de la estimación anticipada del perjuicio son aspectos que están definidos de antemano en dichas cláusulas desde la celebración misma del contrato amparado.**”* (negrilla y subrayado fuera de texto.)

De la anterior sentencia, se destaca que el asegurado es quien debe demostrar la ocurrencia del siniestro, al igual que no es necesario la determinación del monto de la pérdida en tratándose de cláusulas penales o multas.

Al no existir una sentencia de unificación por parte del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo al respecto; para el caso en concreto, tenemos que, por un lado, la compañía garante no ha demostrado la no ocurrencia del siniestro y de otra parte 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, y se probó conforme a las pruebas

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494) MP. Enrique Gil Botero

recaudadas, al análisis de esta oficina a lo largo del presente acto administrativo el incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Michellmar.

Así las cosas, es menester recalcar que, tratándose de una multa y conforme a la jurisprudencia señalada, no se debe demostrar el perjuicio en el trámite administrativo, en la medida que el monto de la multa es un aspecto que está definido de antemano en las cláusulas del contrato, para el caso, en la 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”.

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.

6.2.2.4. Proporcionalidad

El cuarto argumento, *“proporcionalidad de la sanción”*, fue igualmente resuelto en la resolución recurrida, pues la defensa del Concesionario solicitó se tuviera como argumento subsidiario. Por tal motivo nos permitimos reiterar lo allí señalado:

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 Estado²⁴:

... “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 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.

6.2.2.5. Compensación

²⁴ Sentencia con No. expediente 6631 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 1992

Por último, procederemos a revisar lo concerniente a la solicitud de compensación elevada por la defensa de la Compañía Aseguradora.

Al respecto, el Código Civil contempló en su artículo 1714 que cuando dos personas son deudoras una de otra “se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse” y que para que opere se requiere:

“la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.”

De tal manera que para que opere el fenómeno de la compensación, se requiere necesariamente que se den los elementos que determina el Código Civil atrás mencionados: que exista la coincidencia en las características de las obligaciones de tal manera que ambas sean en dinero, o de cosas fungibles o determinadas de igual género y calidad, que ambas deudas estén expresadas en determinado monto y que ninguna esté sometida a plazo o condición o cualquier otra circunstancia que impida su reclamación bien sea por disposición legal o estipulación contractual, es decir **que sean actualmente exigibles**.

A su vez, la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012 consagró que la parte resolutive de los actos administrativos sancionatorios o que impongan multas al contratista, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista y a la Procuraduría General de la Nación, mientras que la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, refirió que en ejercicio del deber de control y vigilancia sobre la ejecución de los contratos, las entidades:

“tendrán la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...) y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista (...). La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”

De acuerdo con ello, para que opere el fenómeno de la compensación como modo de extinción de las obligaciones deben existir dos acreencias y que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para el cobro de las sanciones, estas solo existen cuando se encuentran en firme las decisiones que las declaran o imponen para hacerse efectivas.

Para nuestro caso en concreto, la sanción aún no está en firme conforme las reglas del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), razón por la cual no puede accederse a la petición del apoderado de la Aseguradora, como quiera que no se cumple los requisitos señalados en la norma dispuesta para el efecto.

Sin embargo, se informa que una vez en firme y previo al momento del cobro de la presente sanción se tendrán en cuenta los valores adeudados al contratista, si los hubiera, para proceder con la compensación en los términos que la Ley define.

VII. CONCLUSIÓN

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica desestima los argumentos elevados en los recursos de reposición formulados por los recurrentes y confirma la decisión adoptada en la resolución 0000105 del 29 de abril de 2022, en la que se declaró el incumplimiento parcial con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 043 de 2010, suscrito entre CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y la SOCIEDAD PORTUARIA MICHELLMAR S.A

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, en su totalidad, la Resolución No. 0000105 del 29 de abril de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.


ARTÍCULO SEGUNDO: 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** o a quien haga sus veces.


ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá, a los 12 días del mes de julio del 2022

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: OMAA S.A.S. 

Revisó: Sonia Guerrero Silva /Abogada OAJ 

Proyectó: Daniel Acosta/ Abogado OAJ. 