

Resolución No. 000299

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 49 del 24 de febrero de 2022”

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

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 489 de 1998, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00215 de 2017, Resolución No. 00334 del 2019 y

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

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

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

¹ Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón. En igual sentido Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 10 de octubre de 2013, exp. 11001030600020130038400 (2157), C.P. Álvaro Namén Vargas.

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 de conformidad con lo anterior, los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, consagran que "(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)".

Que el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que: "(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen. (...)".

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

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

El artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, consagra: "...La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así: (...) 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Decreto 1510 de 2013, artículo 128)"

Que mediante la Resolución N° 000334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual, el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA-, delega en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente: "...**ARTÍCULO PRIMERO:** DELEGAR en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogue o sustituya y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017

de la Junta Directiva de Cormagdalena “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena - CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo.”, los cuales se tramitan en el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO PRIMERO:** De igual forma se delega en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o convenios, los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales...”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

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

CI-SGC-202101000334 del 25 de febrero de 2021, se solicitó por parte de la Interventoría del Contrato (INGEPROYECT LTDA), la apertura de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en contra de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato de Concesión Portuaria No. 06-2009.

- 2.8. Los oficios antes citados en el numeral anterior, fueron complementados por la doctora Claudia Morales Esparragoza, Subdirectora de Gestión Comercial, en calidad de supervisora del contrato de concesión portuaria No. 06 de 2009, mediante comunicación CI-SGC-202101000550 del 29 de marzo de 2021.
- 2.9. Mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001517 también del 6 de mayo de 2021, enviada a la compañía garante, se procedió a notificarles la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio objeto de la presente resolución.

III. RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1 SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN

El apoderado del Concesionario interpuso y sustentó recurso de reposición de manera verbal, y solicitó la revocatoria de la Resolución No. 0049 del 24 de febrero de 2022 a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 6 de 2009 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, y agrupó sus argumentos, en las circunstancias que no le han permitido a la sociedad que representa, dar cumplimiento a las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, señalando que son circunstancias ajenas a ella (poderdante), y subdividió en dos los argumentos centrales, así: 1) La Sociedad Portuaria Regional de Magangué, se encuentra en un proceso de reestructuración, 2) La solicitud de suspensión del contrato y la oposición reiterada de Cormagdalena a dicha suspensión.

3.1.1. La Sociedad Portuaria Regional de Magangué, se encuentra en un proceso de reestructuración.

De acuerdo con el apoderado del contratista, se señaló que: *“...la concesionaria se encuentra en un proceso de reestructuración habida cuenta de las dificultades económicas que el sector transporte atraviesa, en particular las sociedades portuarias como la sociedad portuaria regional de Magangué (...) primero, los primeros 6 años de la concesión no hubo servicio, y por lo tanto no hubo ingresos, sin embargo en ese periodo procedió la sociedad portuaria de manera cumplida pagar la contraprestación. Pero la única obligación que deriva este tipo de concesión no es pagar la contraprestación, hay otras obligaciones asociadas al propio servicio público, esta es, contratación de personal, mantenimiento a las instalaciones, y en fin, todo lo que las obligaciones derivadas de la ejecución de un contrato de estas características (...) las dificultades de la competencia irregular ilegal de la prestación del servicio de Magangué. Desde el momento mismo de la concesión, estamos sometidos a una presión de una alta competencia desleal auspiciada y digo auspiciado y lo subrayo, por las entidades públicas que tienen que ver con el sector del transporte, léase Superintendencia y léase Ministerio de transporte que son los organismos rectores de Cormagdalena (...) el entorno del servicio de la prestación del servicio público de pasajeros que Magangué cambió sustancialmente con la construcción de los puentes sobre el Río Magdalena y que inhibía entonces el transporte desde Magangué a los otros lugares esta parte del Caribe Colombiano...”*

Teniendo en cuenta lo anterior, el apoderado del concesionario manifestó que: “... la rectora del Río Magdalena desconoce las realidades concretas que se presentan aquí, esto por supuesto aboca a un incumplimiento, que no lo llamaría incumplimiento, sino una mora en el pago, en el siguiente sentido, pues si yo no tengo ingresos, pues incumplió con las obligaciones y frente a este tema hemos sido reiterativos y dijimos en su momento “dadas las condiciones de pandemia solicitamos que en este periodo a partir de marzo de la declaratoria de marzo del 2020, la terminal de transporte también estuviese en el esquema este que, reconocía la imposibilidad de prestación del servicio porque no había desplazamiento de pasajeros en el país” y se hizo para el transporte terrestre pero no así para el transporte fluvial y entienda el fluvial regulado con este tipo de concesiones, es uno solo en el país que es la sociedad regional de Magangué, no existe otro igual...”

Finalmente, el apoderado del concesionario expresó que: “...Cormagdalena no participó en el proceso de acuerdo reestructuración de pasivos, porque no asistió a la asamblea, es una mala señal, es decir, es un comportamiento de contratante que agrede al contratista, que ha sido Cormagdalena en todo el momento de la concesión, todas las negativas y esto nos vio abocado a la reestructuración y regreso a la restauración. En la reestructuración administrativa de la sociedad portuaria, aparecen unos pasivos asociados a la contraprestación, entonces uno no entiende como en todos los actos administrativos expedidos por Cormagdalena, no hace la diferencia de que esta y que no está en el acuerdo, digamos que eso ya genera grandes dificultades interpretativas para cualquiera (...) ni la aseguradora, dado digamos los ingresos se redujeron y estos tipos de contratos, implica una evaluación de quien expide la póliza, la póliza está vigente hasta el 2027. Léase bien, hasta el 2027 fecha en que expira la concesión portuaria, pero por supuesto que hay unas prórrogas que hay que hacerlas anualmente y las exigencias del asegurador por supuesto que son bienvenidas, nos abocan a un cuello de botella...”

3.1.2. La solicitud de suspensión del contrato y la oposición reiterada de Cormagdalena a dicha suspensión.

El apoderado del contratista, expuso que: “...hemos solicitado la suspensión del contrato y está claro las causales de suspensión del contrato de prestación de servicio de estas características, un contrato de concesión, el único que existe en el país con estas características y hemos tenido la oposición reiterada de Cormagdalena. Pareciese ser que algo oculto impulsa a Cormagdalena a que esta concesión termine por incumplimiento y que de lugar a otro tipo de sanción mucho más fuerte que una multa de 19 millones de pesos que declaramos excesiva, excesiva porque aquí no solamente tomar los ingresos brutos de la sociedad en ese periodo es decir, esos ingresos brutos, porque es que la sanción digamos, el régimen sancionatorio colombiano de contratos, que para el caso nuestro no solamente se rige por la ley 80 sino por la ley que estructura el sistema de puertos en el país, hay que atender unas realidades concretas y esta multa no las atendió o no las atiende y por eso reiteramos que debe ser modificado esta sanción en lo posible a revocarla, porque nosotros, si llegamos a estas circunstancias, es por unos eventos que nos trasciende y trasciende incluso al propio Cormagdalena (...) Hoy no estamos operando. pero no estamos operando porque quienes prestan el servicio, es decir las transportadoras que están en Magangué despegan o mejor “son despachadas” de cualquier lugar del litoral de Magangué, terrible, que sea la ribera y no el puerto concedido el que despache, y por eso estos accidentes recurrentes en el hidrógrafo. Dificultades entonces que escapan a nosotros, porque es que la sociedad portuaria de Magangué en reestructuración, no debe organizar el servicio en la región. Lo tiene que hacer o CORMAGDALENA o las entidades como Cormagdalena, Ministerio de transporte y SUPERTRANSPORTE, porque de lo contrario el perjuicio viene de las entidades públicas, hacia el concesionario porque es que el concesionario no puede obligar a quienes operan el servicio en la zona, a que estén despachados desde la sociedad portuaria regional de Magangué, porque aducen una serie de condiciones, de costos, etc. que esto implica otro elemento también para ser revisado digamos la contraprestación como tal hoy de acuerdo al servicio deberá revisada. Entonces digamos, todos estos elementos y ustedes dirán no pero ese es otro debate, pero no, es el mismo debate. Aquí hay un solo debate, es decir, es un recurrente acoso jurídico desde Cormagdalena a una sociedad que hoy no presta los servicios porque el Estado colombiano no ha hecho posible que el servicio se preste desde ahí...”

El apoderado del concesionario señaló además que: *“...la multa es excesiva, transgrede todo criterio de lógica, de correlatividad, entre el concedente y el concesionario y las condiciones del servicio, es que hoy no hay condiciones para el servicio y desde 2020 se lo hemos hecho saber (...) así como el sistema sancionatorio colombiano, también hay causales de atenuación, aquí en esta, deben haber atenuantes, frente al tema sancionatorio, porque no es tomar mecánicamente los ingresos brutos y si uno mira lo que consta allí en el acto administrativo, es pírrico lo que parece allí, eso debe indicarle algo a Cormagdalena, si usted se da cuenta, que los ingresos son sustancialmente bajos, incluso respecto a los períodos anteriores a la reestructuración, algo no está bien, y eso debe ser atenuante, que debe ser atendido en este caso por la jefe de la oficina jurídica para efectos de inhibir y de revocar esta excesiva multa, porque las multas no se pueden aplicar así mecánicamente, sancionador también mira las realidades concretas del prestador del servicio en este caso de la sociedad portuaria regional de Magangué”.*

Así mismo manifestó que: *“...a propósito de la Superintendencia, nunca nos definieron a nosotros la tarifa, la tarifa ha sido un tema de pulso allí jurídico con transportadores y presencia de la institucionalidad pública de la zona para efectos de tener un referente...”, y adicionalmente señala que: “...pero que las circunstancias ajenas a ella, incluso a Cormagdalena, superan e imposibilitan que pueda cumplir con algunas de las obligaciones, por qué no están circunscritas a la órbita de la sociedad portuaria regional de Magangué, si el 2020 fue un periodo donde no hubo ingresos, pues mal haría Cormagdalena en golpear nuevamente a la entidad, tenemos incluso una solicitud de conciliación prejudicial para abril 6, porque es que no hemos encontrado receptividad en el concedente. El Concedente se opone digamos a los propósitos organizativos de la sociedad portuaria y reiteró no estuvo presente, en el momento en que los acreedores acordaron una reestructuración, y nos siguen cobrando los periodos incluidos en la reestructuración, que eso es algo digamos ya no es una relación cordial de un concedente a un concesionario en estas circunstancias...”*

3.2. COMPAÑÍA SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Por su parte, la compañía de Seguros Suramericana S.A., interpuso y sustentó recurso de reposición de manera verbal, adjuntando de igual manera escrito con el mismo, mediante correo electrónico del 10 de marzo de 2022, a las 9:57 am, y solicitó la revocatoria de la Resolución No. 0049 del 24 de febrero de 2022, a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 6 de 2009 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, y subdividió sus argumentos, así: 1) Responsabilidad de la Aseguradora hasta el límite del valor asegurado para del amparo afectado; y 2) Compensación.

3.2.1. Responsabilidad de la Aseguradora hasta el límite del valor asegurado para el amparo afectado.

De acuerdo con la apoderada del contratista, se señaló que: *“...Como quiera que la Póliza de Cumplimiento que nos ocupa, contiene varias coberturas, frente al caso de la presente actuación administrativa, la responsabilidad de la aseguradora se debe limitar al monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar, sin perjuicio de estimar los saldos a favor del contratista para que se compense, y así, mediante la deducción de esos saldos a favor debe imputársele al contratista el valor de la eventual sanción, en términos tanto legales como contractuales.*

Así las cosas, se reitera a la entidad que es necesario que dentro del acto administrativo expedido indique de manera clara y específica cual es el valor por el cuál afectará la póliza otorgada por Seguros Generales Suramericana S.A, toda vez que como ya se indicó la responsabilidad de la Aseguradora ha de limitarse de manera exclusiva y limitante a los parámetros y condiciones previstas en las pólizas y sus renovaciones, por tanto, solo pueden ampararse aquellos hechos que han sido previstos expresamente en la póliza y sus condiciones generales.

Al respecto, las Condiciones Generales de la Póliza mencionada establece:

“3. INDEPENDENCIA DE LOS AMPAROS

Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.”

Ahora bien, como quiera que la Póliza de Cumplimiento que nos ocupa, contiene varios amparos, la responsabilidad de la aseguradora se ha delimitado al monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar, sin perjuicio de la eventual reclamación que pueda efectuar directamente al contratista por el valor que pueda considerarse en exceso, en términos tanto legales como contractuales.

Así las cosas, para el caso concreto, la afectación de la Póliza de Cumplimiento No. 2345265– 3, no puede darse sobre el valor total de la sanción impuesta por la entidad en el acto administrativo que se ataca, esto es DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$19'921.078,70), en tanto el amparo de cumplimiento de la póliza expedida por mi representada es mucho menos, específicamente asciende a la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (8.710.947). Teniendo en cuenta lo anterior, se recuerda a la entidad estatal que solamente puede reclamar o tomar el valor de una cobertura para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular

En estos términos también se ha expresado la doctrina, manifestando:

“Ni técnica ni jurídicamente el asegurador puede obligarse a responder, in genere, de todas las pérdidas que eventualmente sufra el asegurado sea cual fuere su origen, sea cual fuere el objeto sobre el que recaiga, el lugar donde se produzca o el momento en el que sobrevenga... Así concebido, el seguro carece de viabilidad técnica, legal, comercial y financiera. Por eso se hace necesario la individualización del riesgo. Desde este punto de vista, el riesgo amparado debe ser planamente individualizado en las condiciones generales, especiales y particulares de la póliza y es en esos términos en ella previstos que ha de determinarse la responsabilidad de la aseguradora; de igual forma, ha de prestarle atención a las exclusiones previstas, que son situaciones que por voluntad de las partes no son materia de cobertura.”²

En ese orden de ideas, tal como se estableció anteriormente, en caso eventual de confirmarse la ocurrencia del siniestro, la aseguradora procedería a efectuar el pago del amparo afectado, pero, es claro, que este valor en ninguna circunstancia podría superar el límite del valor asegurado, el cual se encuentra enunciado en la carátula de la póliza y está plenamente determinado en el contrato de seguro. Al respecto, en las Condiciones Generales de la póliza, ya mencionada, se estableció:

“1. RIESGOS AMPARADOS

SURAMERICANA OTORGA A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE ASEGURADA, HASTA EL MONTO DEL VALOR ASEGURADO, LOS AMPAROS MENCIONADOS EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1088 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SEGÚN EL CUAL, EL CONTRATO DE SEGURO ES DE MERA INDEMNIZACIÓN Y JAMÁS PODRÁ CONSTITUIR FUENTE DE ENRIQUECIMIENTO.”

² Cita la apoderada del garante lo siguiente: “Efren Ossa. Teoría General del Seguro.”

En este sentido, es menester tener en cuenta que cuantía máxima de la indemnización a cargo de la aseguradora tras la ocurrencia de un siniestro amparado en la póliza que ésta ha expedido. Su función es la de delimitar cuantitativamente la responsabilidad de la aseguradora, según se ha el límite de valor asegurado es la establecido en los artículos 1079 y 1080 del Código de Comercio:

“Artículo 1079: El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de los dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”

Por lo anteriormente expuesto solicito a la entidad que en caso de confirmar el acto administrativo que aquí se ataca, especifique de manera clara cuál es el amparo que pretende afectar, así como las razones técnicas y jurídicas para afectar el mencionado amparo, pues se repite cada uno de los amparos que constituyen la póliza cubren diferentes riesgos y no es de recibo por parte de la aseguradora que represento que la entidad pretenda afectar una póliza sin determinar previamente cual es el amparo que técnicamente se puede afectar, así como tampoco su valor...”

Adicionalmente, la abogada del Garante solicitó que: “...En conclusión, solicito muy respetuosamente a este despacho modificar el valor en el que fue afectada la póliza de cumplimiento No. 2345265–3, teniendo en cuenta, el límite de valor asegurado de la referida póliza...”

3.2.2. Compensación.

En su intervención final, la abogada del garante solicitó que: “...en el evento de confirmar la decisión de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, que se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y que al momento de efectuar pago al contratista se descuenten las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta.

En efecto, la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a dicho conocimiento y anterior al pago de la indemnización, si fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, siempre y cuando estas sean compensables según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y ss. del Código Civil, y por lo tanto, los montos aquí compensados se disminuirán del valor de la indemnización...”

IV. 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 del concesionario como de la compañía aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento, mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001517 también del 6 de mayo de 2021, enviada 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, así como 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:

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

V. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

En este orden de ideas, Cormagdalena, 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 tanto por el apoderado del Contratista como por la compañía Seguros SURAMERICANA S.A, procederá esta Oficina, 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 aducidas por los recurrentes en el orden que fueron expuestas, así:

5.1. Consideraciones sobre el recurso de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. – HOY SPRM EN REESTRUCTURACIÓN.

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos elevados por el contratista recurrente. Para tal fin, tal y como ya se señaló, el Concesionario agrupó sus argumentos, en las circunstancias que no le han permitido dar cumplimiento a las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, señalando que son circunstancias ajenas, subdividiendo en dos los argumentos centrales, así: 1) La Sociedad Portuaria Regional de Magangué, se encuentra en un proceso de reestructuración, 2) La solicitud de suspensión del contrato y la oposición reiterada de Cormagdalena a dicha suspensión. Por tanto, esta oficina Asesora Jurídica abordará el examen de los mismos, conforme al orden empleado por el concesionario en la sustentación de su recurso.

5.1.1. La Sociedad Portuaria Regional de Magangué, se encuentra en un proceso de reestructuración.

El apoderado del Concesionario recurrió la Resolución No. 000049 del 24 de febrero de 2022, argumentando que: *“...la concesionaria se encuentra en un proceso de reestructuración habida cuenta de las dificultades económicas que el sector transporte atraviesa, en particular las sociedades portuarias como la sociedad portuaria regional de Magangué...”*, y con base en ello expresó una serie de argumentos secundarios, a efectos de exculpar las razones por las cuales su poderdante no le ha sido posible dar cumplimiento a las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, señalando que son circunstancias ajenas a ella. Con base en lo anterior manifestó, lo siguiente:

- a) *“...primero, los primeros 6 años de la concesión no hubo servicio, y por lo tanto no hubo ingresos, sin embargo en ese periodo procedió la sociedad portuaria de manera cumplida pagar la contraprestación. Pero la única obligación que deriva este tipo de concesión no es pagar la contraprestación, hay otras obligaciones asociadas al propio servicio público, esta es, contratación de personal, mantenimiento a las instalaciones, y en fin, todo lo que las obligaciones derivadas de la ejecución de un contrato de estas características. (...)*

Frente a este argumento, en primer lugar se reitera lo ya señalado en el literal i) del numeral 6.4 de la Resolución 0049 de 2022, en donde se concluyó que: *“..Por todo lo anterior, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario carece de fundamento, teniendo en cuenta que: a) CORMAGDALENA realizó las gestiones a las que se comprometió en el contrato de Concesión 6 de 2009, para lo cual se suscribió entre las partes “Acta de entrega de bienes de uso público del contrato de concesión portuaria No. 6 de 2009” (Prueba No. 7); b) El Concesionario conocía de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión 6 de 2009, el estado y las actividades que debía desarrollar en la zona a concesionar, tal y como se evidencia en el numeral 3.2. del artículo tercero de la Resolución No. 238 del 24 de julio de 2009 mediante la cual se otorgó una concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A.; c) En el mismo numeral 3.2. del artículo tercero de la Resolución No. 238 del 24 de julio de 2009 se señaló que “El solicitante construirá las obras necesarias o complementarias que requiera el Terminal”. Por tanto, el concesionario asumía el riesgo de las obras complementarias para el funcionamiento del puerto, y el cumplimiento de la construcción de los muelles flotantes corresponde a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. y no a CORMAGDALENA como lo manifiesta el Representante Legal de la Sociedad Portuaria; d) El riesgo de la operación se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la*

operación; e) Por tanto, el inicio de operaciones es responsabilidad del Concesionario, y dependió de las gestiones que realizó en su momento, para poner en marcha el puerto, pues conocía todas las condiciones de la concesión de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión. En consecuencia, se desestima el argumento...”³

Adicional a lo anterior, se recuerda al concesionario lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil (piedra angular de nuestra legislación en el área del derecho de obligaciones), el cual señala, lo siguiente:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

El precitado artículo, se encuentra en consonancia con el artículo 1603 del mismo Código Civil, el cual señala que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.” (Subrayas fuera de texto)

En consecuencia, los artículos antes mencionados, deben ser contrastados con el principio general del derecho que señala que: *“nadie puede alegar su propia culpa”* (nemo auditur propriam turpitudinem allegans)⁴. Por tanto, el argumento señalado por el apoderado del

³ Páginas 58 y 59 de la Resolución 0049 de 2022.

⁴ Sobre el articular la Corte Constitucional ha señalado: *“Una de las manifestaciones del principio constitucional de buena fe es la prohibición del abuso de los derechos propios y en particular la regla por la cual, no se puede sacar provecho de la propia falta. Al respecto, en la sentencia T-122 de 2017, la Corte resumió su jurisprudencia en la materia y manifestó que ha mantenido una línea jurisprudencial pacífica y constante respecto del aforismo “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, por el cual el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe(...)”* (Haciendo referencia a la Sentencia T-122 de 2017. MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). *“...En conclusión, este principio exige impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que, en protección del principio de buena fe y la confianza legítima, la persona está, prima facie, en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar culposo. Para la Corte Constitucional: “nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma(...)”* (Haciendo referencia a la Sentencia T-213 de 2008, MP Jaime Araujo Rentería). *“(...) Si bien no se trata de un principio expresamente contenido en la Carta Política, esta Corporación ha considerado que se trata de una regla general del derecho* (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, MP Carlos Gaviria Díaz) *por la cual “no se escucha a quien alega su propia culpa”. Según ha señalado esta Corporación, dicha regla guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en particular, con el “deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” consagrado en el artículo 95 de la Carta Política, así:*

“Por una parte, porque la Norma Superior define con claridad que la actuación de un individuo no puede servir para dañar, de forma injusta e ilegítima, los derechos que el Estado ha otorgado a favor de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, en sí mismo los derechos tienen un límite sustancial, según el cual, para la primacía de un orden justo se requiere el ejercicio simultáneo de los derechos propios y ajenos. Y, por otra parte, en razón a que la Carta Política establece la obligación de ejercer los derechos constitucionales y legales en consonancia con el espíritu, fin y sentido que le son propios. Así, las personas tienen el deber de actuar de forma justa, lo que significa que no pueden desvirtuar el objetivo que persigue la norma, llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico vigente. En la misma perspectiva, la Corte considera que esta regla se ciñe al principio de buena fe, luego de que el artículo 83 de la Constitución de 1991 presupone que en todas las gestiones que adelanten los particulares y las autoridades públicas, debe incorporarse, como presupuesto ético de las relaciones sociales con trascendencia jurídica, la confianza de que el

Concesionario, no es de recibo, toda vez que: i) los acuerdos establecidos en los contratos son ley para las partes, y al ser establecidos por dichas partes de una u otra forma, tiene como fundamento el estudio y revisión de las diferentes variables, en cuanto a su conveniencia, riesgos y utilidad para sí mismas, ponderando estos, de conformidad con la conveniencia de cada uno, y llegaron para ello, a un acuerdo que satisfacía a las dos partes, razón por la cual lo concretaron y suscribieron un contrato, como el de concesión objeto del presente procedimiento administrativo; ii) por tanto, al celebrase el contrato, lo que corresponde es cumplirlo, dado que las partes estuvieron de acuerdo en la celebración del mismo, en todos sus términos, obligándose de manera voluntaria a todas las consecuencias y obligaciones que emanan del tipo contractual acordado; iii) con lo cual, luego de celebrado el contrato, y más aun teniendo en cuenta el tiempo suscitado para la firma del Contrato de Concesión 6 de 2009, no puede alegarse por una de las partes, argumentos que son de su carga, para tratar de disculpar el hecho de no cumplir con las obligaciones del contrato al cual se comprometió, de conformidad con lo acreditado dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior, y frente al caso concreto, la SPRM en reestructuración, adelantó un periodo precontractual bastante amplio ante Cormagdalena, que le permitió, no solo la reflexión y análisis de todas las variables, teniendo en cuenta que quien realizó la petición del contrato de concesión no fue Cormagdalena, sino el hoy Concesionario, como profesional en su ramo⁵, y que solo hasta el 05 de agosto de 2009 suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, con CORMAGDALENA, aproximadamente tres (3) años después de solicitada la concesión.

La anterior etapa, además de ser dispendiosa, es bastante técnica, teniendo en cuenta la documentación que se exige por la normatividad y requiere la CORPORACIÓN para el otorgamiento de este tipo de concesiones, lo cual, permitió al Concesionario, no solo conocer técnicamente los riesgos, sino que se dio la posibilidad reflexiva mientras que se celebraba el contrato de concesión, para que se tuviera la seguridad y ponderación necesaria frente a todo el entorno, para proceder con la suscripción del contrato.

Por tanto, no puede hoy alegarse que “*los primeros 6 años de la concesión no hubo servicio, y por lo tanto no hubo ingresos*”, pues dichos argumentos no son justificaciones al incumplimiento del contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, hoy en día, pues al Concesionario, le fue conocible⁶ las condiciones de operación y ejecución de dicho contrato,

comportamiento de todos los sujetos del derecho se cimienta sobre la honestidad, rectitud y credibilidad de su conducta”. (Haciendo referencia a Corte Constitucional, sentencia T-122 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). En dicho extracto se citan las sentencias de la Corte Constitucional T-630 de 1997, C-258 de 2013, C-1194 de 2008.)

“...Concretamente, en la sentencia T-213 de 2008 la Corte Constitucional consideró que una forma en que la legislación implementa este principio es, justamente, la figura consagrada en el artículo 1525 del Código Civil, por la cual, no se reconocen restituciones en un contrato nulo a quien actuó a sabiendas del objeto o causa ilícita...”

⁵ “...1. La Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. – HOY SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, (el “Concesionario”), radicó solicitud de concesión en abril de 2006, para construir, administrar, operar y explotar un terminal portuario de pasajeros, por un término de veinte (20) años, de conformidad con el Acuerdo 000112 del 22 de agosto de 2005 expedido por CORMAGDALENA...” Primer hecho del literal A “FRENTE AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 06 DE 2009”, Numeral II. HECHOS Y PRUEBAS QUE SOPORTAN LA CITACIÓN. Citación No. CE-OAJ-202103001516 del 6 de mayo de 2021, enviado al Contratista.

⁶ “Conocible. Del lat. *cognoscibilis*. 1. adj. Que se puede conocer, o es capaz de ser conocido.”

<https://dle.rae.es/conocible#4Jc48Q6>

de manera que conocía los riesgos⁷ a que se avocaba al planear el negocio, solicitar y celebrar este tipo de contrato, así como las condiciones en que se le entregaría la concesión, lo cual aceptó, al suscribir el contrato de concesión. Así mismo, no existía impedimento alguno a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. para la operación del puerto⁸. Por tanto, no puede alegar hoy su propia culpa en su beneficio, lo cual es contrario a derecho. Por las razones antes expuestas se desestima el argumento.

b) “(...) las dificultades de la competencia irregular ilegal de la prestación del servicio de Magangué. Desde el momento mismo de la concesión, estamos sometidos a una presión de una alta competencia desleal auspiciada y digo auspiciado y lo subrayo, por las entidades públicas que tienen que ver con el sector del transporte, léase Superintendencia y léase Ministerio de transporte que son los organismos rectores de Cormagdalena...”

Sobre el particular, se destaca en primer lugar que: i) Como ya se ha señalado en el punto anterior, el Concesionario conocía de manera previa a la firma del mismo Contrato de Concesión No.6 de 2009, el entorno, estado, circunstancias, vicisitudes y las actividades que debía desarrollar en la zona a concesionar (más aun teniendo en cuenta que, la razón de la concesión provino de la iniciativa privada del Concesionario – empresa Local de Magangué, Bolívar – mediante la solicitud elevada por el representante legal del hoy concesionario⁹), riesgo que asumió con la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009; ii) El riesgo de la operación se asignó al inversionista privado (Concesionario), bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, con lo

⁷ Frente al deber de previsibilidad de los riesgos que tiene el Concesionario, se ha señalado que “...En los contratos que tiene origen en la iniciativa privada ese deber de previsibilidad recae con mayor rigor en el particular y los postulados señalados por el Consejo de Estado son perfectamente aplicables a la Concesionaria, en cuanto su correcta y oportuna definición tiene por finalidad viabilizar y facilitar la ejecución contractual y por ello la Entidad Estatal como en el caso que nos ocupa, una vez evaluados esos riesgos los asigna íntegramente al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto...” (Negrilla y subrayado fuera de texto). CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de zona franca Argos S.A.S. Contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, Bogotá D.C., Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 130 y sig.

Aunado a lo anterior, y en relación con los riesgos contractuales, también se ha señalado que: “...De conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1682 de 2013 de Infraestructura, en los procesos de contratación en desarrollo del deber de planeación, debe procurarse una equitativa distribución de riesgo, con base en el principio general de que asume el riesgo quien tiene mayor capacidad de gestionarlo y esta obligación se concreta en adoptar todas las medidas que aconsejen la diligencia y la prudencia de un buen administrador para evitar su ocurrencia o para mitigar sus efectos...” (Negrilla y subrayado fuera de texto). CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de zona franca Argos S.A.S. Contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, Bogotá D.C., Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 132 y sig., que para el caso en concreto, quien tiene mayor capacidad de gestionar el riesgo es el Concesionario. En consecuencia, no puede ser de recibo este argumento.

⁸ En atención a lo señalado en la prueba documental ordenada en la etapa probatoria del presente Procedimiento administrativo sancionatorio, a la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, y remitida mediante comunicación interna No. CI-SGC- 202101001470, del 4 de agosto de 2021.

⁹ Ver párrafo 6 y siguientes de los considerandos de la Prueba No. 4. Resolución No. 000155 del 7 de mayo de 2009 expedida por CORMAGDALENA. Pág. 32.

cual dependía de su responsabilidad y gestión los riesgos del negocio, a efectos de promocionar y poner en marcha el puerto¹⁰.

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

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

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

“(...) CORMAGDALENA solo puede informar y/o pronunciarse respecto de las actuaciones que realiza en el (sic) marco de las competencias designadas por la Ley y las estipuladas en el contrato de concesión portuaria 06 de 2009. A lo que respecta esta Corporación a realizó todas las actuaciones necesarias y conducentes ante otras entidades administrativas para que el concesionario pudiera ejecutar su proyecto portuario entre ellas se destacan oficios y reuniones las cuales se indican en el siguiente cuadro:

¹⁰ Ver obligaciones del Concesionario No. 12.18, 12.19 y 12.20, de la Prueba 06: Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, del 05 de agosto de 2009. Pág. 18: **“12.18. Será responsabilidad de la sociedad portuaria, manejar y administrar el puerto en forma ordenada y responsable, para garantizar su eficiencia y máxima utilización, manteniendo condiciones de vigilancia y seguridad del personal, de la carga, de las instalaciones e infraestructura portuaria. 12.19. Será responsabilidad de la sociedad portuaria, llevar a cabo el mercadeo del puerto con el fin de mejorar la posición nacional del mismo. 12.20. Será responsabilidad de la Sociedad invertir en su propio nombre y a su cargo en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto...”**

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

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

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

De igual forma, dentro de las doce (12) pruebas documentales aceptadas por la Oficina Asesora Jurídica, de las solicitadas por el Concesionario y coadyuvadas por el Garante, se encuentra la respuesta dada por la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS - SUPERTRANSPORTE, en relación a la prueba documental, consistente en *¿Sí ha logrado que todas las empresas de transporte especialmente de moto canoa, sí ha logrado*

obligarlas a utilizar la única terminal legalmente autorizada allí en esa zona para el zarpe de embarcaciones? La respuesta fue remitida mediante correo electrónico el 11 de agosto de 2021, e incorporada en quince (15) folios, las cuales fueron trasladadas a los convocados, sin recibir pronunciamiento alguno de estos. En la mencionada respuesta se señaló que:

“...la Dirección de investigaciones de Puertos le informa que se han adelantado desde la Dirección de Promoción y Prevención de la Delegatura de Puertos labores para instar a la sociedad portuaria al cumplimiento dentro de la campaña denominada “+ Transporte Marítimo y Fluvial + Formalización”. Así las cosas y con ocasión de la mencionada campaña, se realizaron eventos, operativos y reuniones encaminadas a que la operación fluvial del municipio de Magangué tuviese como sitio de operaciones el único embarcadero autorizado concesionado a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ.

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

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

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

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

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

Teniendo en cuenta todo lo anterior, respecto al argumento de: “...alta competencia desleal auspiciada y digo auspiciado y lo subrayo, por las entidades públicas que tienen que ver con el sector del transporte, léase Superintendencia y léase Ministerio de transporte que son los organismos rectores de Cormagdalena...”, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica, que las pruebas recaudadas dan cuenta, que no obedece a la realidad, lo expresado por el Concesionario. En efecto, está claro que la institucionalidad (LA INSPECCIÓN FLUVIAL DE MAGANGUÉ - MINISTERIO DE TRANSPORTE, LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS – SUPERTRANSPORTE y CORMAGDALENA) han generado y se siguen generando las acciones pertinentes para el cumplimiento de lo

establecido en la normatividad portuaria, lo cual se evidencia no solamente con las acciones desarrolladas por la misma CORMAGDALENA (entre otras, las mesas de trabajo para la activación del puerto, seguimiento al movimiento de pasajeros, solicitudes de gestión al Alcalde Municipal de Magangué, respecto a la recuperación del espacio público, así como al inspector fluvial de conformidad con sus funciones, en coadyuvancia con las gestiones que desarrollo la administración municipal), sino también por las acciones desarrolladas tanto por la Inspección fluvial, como por la Superintendencia de Transporte (antigua Superintendencia de Puertos), las cuales adelantaron las gestiones pertinentes, mediante campañas de sensibilización y reuniones, llegando a acuerdos con los operadores portuarios.

Ahora bien, en todo caso debe señalarse que de existir acciones de competencia desleal no es esta Corporación, la entidad competente para dirimir ese tipo de conflictos, ya que ni siquiera tiene legitimación para iniciar acciones en caso de presentarse, pues es el propio Concesionario, quien debió proceder a dar inicio a acciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio o el Juez para la protección de sus intereses privados. De lo cual no existe evidencia que el concesionario haya dado lugar a las acciones respectivas.

En tercer lugar, no es de recibo el argumento sobre: *“las dificultades de la competencia irregular ilegal de la prestación del servicio de Magangué”*, toda vez que la competencia irregular en la región en el transporte fluvial de pasajeros no es nuevo, es un hecho notorio¹¹, pues el transporte fluvial ha sido la forma de transporte más usada en esa zona del Caribe Colombiano, situación que era de conocimiento, manejo y gestión del Concesionario. En efecto, como se puede observar en el material probatorio recabado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, en relación a este punto, y citado anteriormente, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica, que la institucionalidad (Alcaldía Municipal, Supertransporte, La inspección Fluvial y Cormagdalena), apoyaron de manera decidida, tanto el manejo que dio el Concesionario a la situación, como, realizaron las gestiones pertinentes con base en sus funciones, respecto de las solicitudes realizadas por el Concesionario, respecto al transporte fluvial de pasajeros irregular que se presentaba en la zona, en el momento de los hechos. Por las razones antes expuestas se desestima el argumento.

b) De otra parte, señala el apoderado del concesionario que: “el entorno del servicio de la prestación del servicio público de pasajeros que Magangué cambió sustancialmente con la construcción de los puentes sobre el Río Magdalena y que inhibía entonces el transporte desde Magangué a los otros lugares esta parte del Caribe Colombiano...”

El argumento de inconformidad formulado por el Concesionario, frente a la apertura de los puentes roncador y quitasueño, en esta zona del Caribe Colombiano, ya había sido señalada en sus descargos iniciales¹², siendo reiterado este argumento en los alegatos

¹¹ Un hecho notorio es aquél que por las características que presenta su existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, pues puede ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. En efecto, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., *“...Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”*

¹² *“...El tercer elemento para anotar es, la apertura de los puentes. La apertura de los puentes roncador y quitasueño que son ya muy conocidos en el país también acaba con la mayor empresa de transporte fluvial que había en ese momento operando en la sociedad que era, el 70% de los pasajeros dejaron de pasar por el por el terminal precisamente por la apertura de los puentes eso indudablemente los puentes para el país para la región trae unos avances de importantes pero para la sociedad portuaria fue definitivamente otro detonante para llegar a estar en la situación que estamos...”*

finales¹³, y sobre el cual, esta Corporación ya dio respuesta al mismo¹⁴, en los siguientes términos:

“...Respecto de lo señalado el concesionario no puede indicar que dicha obra fue ejecutada sin ser divulgada por la entidad competente a lo que da paso a lo señalado por el Tribunal Arbitral que dirimió las controversias entre Zona Franca Argos S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, concluyendo que cuando la iniciativa es privada se delega en el particular la estructuración del negocio, su viabilidad financiera, operativa y técnica dentro de unos parámetros básicos establecidos en la Ley y en los planes de expansión portuaria. El laudo en mención establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

¹³ “...En mayo se abrieron de 2020, se abrieron los puentes lo cual terminó con la ruta a Magangué-bodega-Magangué, la ruta que más representan ingresos para la terminal fluvial pues se movilizaban más de 600 pasajeros diarios en esa ruta y representaba nuestros mayores ingresos. al abrir el puente esa ruta desapareció y la empresa Comultramag que manejaba esa ruta también cesó operaciones. teniendo en cuenta esto cuando reiniciamos operaciones los ingresos recibidos no eran suficientes para nuestras operaciones para cumplir con nuestros gastos y costos, esa situación se mantuvo hasta el 11 de abril donde nuevamente la empresa Cotraimag abandonó nuestra terminal de transporte y cerramos nuevamente, situación que se mantiene hasta la actualidad...”

¹⁴ Oficio Cormagdalena con radicado No. 2021-300-2968, del 26 de agosto de 2021, Asunto: Respuesta al comunicado radicado el Cormagdalena con No. 202102003159. Páginas 9 y siguientes.

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

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

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

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

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

Así mismo, como se describe en el literal anterior, una vez ordenada la apertura del periodo probatorio, la Oficina Asesora Jurídica permitió en la sesión del 18 de junio de 2021, que el representante legal del Concesionario, solicitase de manera verbal diecisiete (17) pruebas, las cuales fueron coadyuvadas por la apoderada del Garante, y de las cuales se pronunció en la sesión del 22 de julio de 2021, aceptando doce (12), entre las que se encuentra una prueba documental al FONDO ADAPTACIÓN, para que respondiera:

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

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

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

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

Teniendo en cuenta el Convenio 014 de 2012, mediante acta suscrita el 30 de marzo de 2020, el Fondo Adaptación hace entrega al INVIAS de las obras correspondientes a la interconexión vial Yatí-Bodega, ruta 7802, PR69+000 al PR80+000, en el

departamento de Bolívar, que incluyen el puente Roncador, para su operación y mantenimiento.

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

Frente al deber de previsibilidad de los riesgos que tiene el Concesionario, se ha señalado también que: “...**En los contratos que tiene origen en la iniciativa privada ese deber de previsibilidad recae con mayor rigor en el particular** y los postulados señalados por el Consejo de Estado son perfectamente aplicables a la Concesionaria, en cuanto su correcta y oportuna definición tiene por finalidad viabilizar y facilitar la ejecución contractual y por ello la Entidad Estatal como en el caso que nos ocupa, una vez evaluados esos riesgos los asigna íntegramente al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto...”¹⁵ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, y en relación con los riesgos contractuales, también se ha señalado que: “...De conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1682 de 2013 de Infraestructura, en los procesos de contratación en desarrollo del deber de planeación, debe procurarse una equitativa distribución de riesgo, con base en el principio general de que asume el riesgo quien tiene mayor capacidad de gestionarlo y esta obligación se concreta en adoptar todas las medidas que aconsejen la diligencia y la prudencia de un buen administrador para evitar su ocurrencia o para mitigar sus efectos...”¹⁶, que para el caso en concreto es el Concesionario, quien tiene la mayor capacidad de gestionar.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, respecto al argumento expresado por el Concesionario, es claro que: **i) La obra del puente roncador inició en ejecución del Contrato de Concesión 6 de 2009 (tres (3) años después de iniciado el contrato), siendo un hecho notorio en la región, con lo cual, el Concesionario de conformidad con las obligaciones legales que tiene, así como los riesgos asignados en el contrato estatal, debió realizar las gestiones pertinentes, precisamente para mitigar o eliminar el riesgo en sus operaciones; ii)** Si bien es cierto que la cooperativa COOMULTRAMAG, señaló en su respuesta¹⁷ que: “...Al cuestionamiento: ¿Sí de inmediato a la semana de haberse abierto el puente suspendió operaciones porque nadie volvió a utilizar la chalupa para el transporte? Rta: Si. Totalmente. La Cooperativa de Transportes de pasajeros de Magangué, tenía rutas habilitadas, con permiso de operaciones para ejecutar el transporte fluvial en las rutas Magangué-Bodega y Magangué-pinto. Al quedar en funcionamiento la Interconexión vial Yatí-Bodega (Puente Roncador), que cubre terrestremente el trayecto Magangué- isla de Mompo, por sustracción de materia queda totalmente extinguida la ruta fluvial, por lo que no tenía razón de ser seguir despachando nuestras embarcaciones en ese corredor, al eliminarse sus usuarios...”, **lo anterior pone de presente, y evidencia la falta de planeación del Concesionario para evitar precisamente verse afectado por la apertura del puente, siendo una sociedad constituida para ello, como experto en el área portuaria, tuvo el tiempo necesario para ello (2012 a 2020). además, se evidencia que en ocho (8) años de ejecución de la concesión no se tomaron las medidas necesarias y pertinentes para mitigar los posibles impactos negativos que pudiesen suscitarse para la SPRM en relación a su actividad (objeto social) y propósito como empresa, sino a la ejecución del contrato de concesión en sí, entreviendo una falta de planeación, a fin de evitar o mitigar el riesgo de una posible afectación en sus actividades;** iii) Con base

¹⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de zona franca Argos S.A.S. Contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, Bogotá D.C., Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 130 y sig.

¹⁶ Ibídem. Pág. 132 y sig.

¹⁷ Remitida dentro del periodo probatorio, del presente procedimiento administrativo sancionatorio, mediante correo electrónico el 4 de agosto de 2021, e incorporada en 1 folio.

en el material probatorio del presente procedimiento administrativo sancionatorio¹⁸, el Concesionario no demostró acciones que intentaran mitigar el riesgo, que se podría consolidar con la apertura al servicio público de los puentes antes citados y objeto de la argumentación del Concesionario en sede de reposición, por lo cual, esta Oficina Asesora Jurídica, comparte las apreciaciones señaladas y antes expuestas de la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, al indicarle al Concesionario que: “...**debió planificar la estrategia de mercado al momento de conocer que se iban a ejecutar las obras de los puentes que menciona para así no ser afectado como lo manifiesta...**” (Negritas y subrayas fuera de texto), más aun teniendo en cuenta que es una obligación del concesionario¹⁹; **iv)** Adicional a lo anterior, tal y como señala la interventoría en su oficio No. CE-CCL0121-120-21 del 4 de agosto de 2021, “...Los datos estadísticos sobre pasajeros y movimientos no obra en los registros de la Interventoría, y esta sólo podría obtenerse con base en los registros propios del concesionario quienes deberían contar con las estadísticas anuales de movimientos de pasajeros desde la solicitud de concesión hasta la fecha, por tratarse de una acción relacionada con la operación y sus proyecciones de ingresos y demanda. (...) Así las cosas, amén de lo expuesto sobre los mencionados hechos de validación de una eventual pérdida de 250.000 pasajeros acaecidos por la “apertura del puente Roncador”, no es posible contractualmente hacer estudios, análisis o proyecciones de impacto al modelo económico del concesionario por efecto de disminución del volumen de pasajeros a movilizar por el terminal lo que implicaría una disminución de los ingresos por el cobro de sus tarifas de uso...”, y **sobre lo cual no hay prueba alguna aportada por el Concesionario que demuestre la disminución de volumen de pasajeros por la apertura del puente antes citado.** En consecuencia, se desestima el argumento.

- c) **Así mismo señala el apoderado del concesionario que: “... la rectora del Río Magdalena desconoce las realidades concretas que se presentan aquí, esto por supuesto aboca a un incumplimiento, que no lo llamaría incumplimiento, si no una mora en el pago, en el siguiente sentido, pues si yo no tengo ingresos, pues**

¹⁸ El Consorcio Carlep, como interventor del contrato, mediante memorial fechado el 4 de agosto de 2021 (y allegado a esta OAJ el pasado 8 de julio de 2021 mediante correo electrónico), en respuesta al oficio CE – OAJ – 202103002526 donde se informa que se decretó las aclaraciones y complementaciones a la PRUEBA POR INFORME, rendida por parte de la Interventoría mediante correo electrónico fechado el 2 de julio de 2021, señala que: “...Como quiera que no se puede inferir del contrato que esté a nuestro cargo la realización de este tipo de análisis o estudios, lo que ciertamente es un cambio no solo a las obligaciones contractuales, sino al objeto mismo del contrato, fundados en que ellos exigen, entre otros muchos aspectos, conocer a detalle el modelo económico presentado por el concesionario y aceptado por la entidad, realizar estudio de mercadeo, de aforos, proyecciones de crecimiento etc, análisis detallado de los estudios previos que soportaron el análisis técnicos y económicos que se sustentaron para la realización y ejecución del puente Roncador, esto es: i) estudios de ingeniería, (ii) aspectos presupuestales, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto y (v) proyectar la gestión predial. (...) **Los datos estadísticos sobre pasajeros y movimientos no obra en los registros de la Interventoría, y esta sólo podría obtenerse con base en los registros propios del concesionario quienes deberían contar con las estadísticas anuales de movimientos de pasajeros desde la solicitud de concesión hasta la fecha, por tratarse de una acción relacionada con la operación y sus proyecciones de ingresos y demanda...**” (Negritas y subrayas fuera de texto).

¹⁹ Ver obligaciones del Concesionario No. 12.18, 12.19 y 12.20, de la Prueba 06: Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, del 05 de agosto de 2009. Pág. 18: “**12.18.** Será responsabilidad de la sociedad portuaria, manejar y administrar el puerto en forma ordenada y responsable, para garantizar su eficiencia y máxima utilización, manteniendo condiciones de vigilancia y seguridad del personal, de la carga, de las instalaciones e infraestructura portuaria. **12.19.** Será responsabilidad de la sociedad portuaria, llevar a cabo el mercadeo del puerto con el fin de mejorar la posición nacional del mismo. **12.20.** Será responsabilidad de la Sociedad invertir en su propio nombre y a su cargo en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto...”

incumplió con las obligaciones y frente a este tema hemos sido reiterativos y dijimos en su momento “dadas las condiciones de pandemia solicitamos que en este periodo a partir de marzo de la declaratoria de marzo del 2020, la terminal de transporte también estuviese en el esquema este que, reconocía la imposibilidad de prestación del servicio porque no había desplazamiento de pasajeros en el país” y se hizo para el transporte terrestre pero no así para el transporte fluvial y entienda el fluvial regulado con este tipo de concesiones, es uno solo en el país que es la sociedad regional de Magangué, no existe otro igual...”

Sobre el particular es de señalar, que antes de hablar de un desconocimiento de las realidades concretas que se presentan frente al Contrato de Concesión 6 de 2009, por parte de esta Entidad, lo cual no corresponde a la realidad, tal y como ha quedado claro, en el accionar de las diferentes áreas de esta Corporación²⁰, en la Resolución 0049 de 2022, y en la presente resolución, mediante la cual se resuelven los presentes recursos de reposición contra la resolución antes citada, hay que preguntarse, cuáles son las causas que originaron los presuntos incumplimientos que son objeto de reproche en este procedimiento administrativo sancionatorio, y en especial, la falta de ingresos (como señala el apoderado en su intervención).

En efecto, a la fecha la Sociedad Portuaria Regional de Magangué se encuentra en reestructuración, de conformidad con la solicitud que realizó la misma sociedad, por intermedio de su representante legal del momento (Ramón Antonio Paternina Madera), el 31 de octubre de 2017, y la admisión al proceso de reorganización empresarial, que se obtuvo mediante auto con radicado No. 650-000797 del 29 de diciembre de 2017. Al momento de presentar el acuerdo de reorganización el 20 de mayo de 2019, sus deudas oscilaban alrededor de SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$640'778.420).

Así mismo, frente a lo señalado por el apoderado del concesionario respecto a “dadas las condiciones de pandemia solicitamos que en este periodo a partir de marzo de la declaratoria de marzo del 2020, la terminal de transporte también estuviese en el esquema este que, reconocía la imposibilidad de prestación del servicio porque no había desplazamiento de pasajeros en el país” y se hizo para el transporte terrestre pero no así para el transporte fluvial y entienda el fluvial regulado con este tipo de concesiones, es uno solo en el país que es la sociedad regional de Magangué, no existe otro igual...”, es de señalar que en la **Prueba No. 1**, el interventor del contrato realizó el análisis correspondiente a la declaratoria de emergencia sanitaria por Covid 19, frente a la situación y argumento del Concesionario, y en donde señaló que:

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

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

18. El Artículo 26 establece:

“Artículo 26. Suspensión de contratos de infraestructura de transporte. Las entidades públicas tendrán la facultad de suspender unilateralmente los contratos estatales de infraestructura de transporte a su cargo, en el evento de que

²⁰ Ver página 44 de la presente resolución en lo relativo a la respuesta del punto “f) ¿Si el estado a través de estas entidades le ha garantizado a la sociedad portuaria el uso y usufructo de esa concesión?”

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

19. El Artículo 27 de dicho Decreto indicó:

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

20. Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-185 de 2020, aclaró que:

“...el transporte es considerado como un sistema compuesto por dos componentes. El primero se refiere a la infraestructura física y se identifica con las instalaciones fijas, verbigracia la red vial, las terminales, los puertos y las que facilitan los servicios conexos al transporte. El segundo corresponde con el elemento operativo. Se trata de las empresas, los transportadores y la oferta de parque automotor.

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

El Título I de aspectos generales está compuesto por un capítulo y posee 3 artículos que tienen la finalidad de crear así como regular el Centro de Logística y Transporte –en adelante CLT- (Art. 1, 2 y 3). Aquí se establecen sus funciones y facultades, las cuales procuran garantizar el servicio público de transporte de personas o de carga, el abastecimiento de alimentos entre otros. El CLT también tiene dentro de sus objetivos orientar a las entidades que pertenecen al sector transporte.

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario, consistente en que “...dadas las condiciones de pandemia solicitamos que en este periodo a partir de marzo de la declaratoria de marzo del 2020, la terminal de transporte también estuviese en el esquema este que, reconocía la imposibilidad de prestación del servicio porque no había desplazamiento de pasajeros en el país” y se hizo para el transporte terrestre pero no así para el transporte fluvial y entienda el fluvial regulado con este tipo de concesiones, es uno solo en el país que es la sociedad regional de Magangué, no existe otro igual...” carece de fundamento, toda vez que: i) el Decreto 482 del 2020 emitido por el Ministerio de Transporte, está enfocado respecto del transporte de pasajeros Terrestres, tal y como se indican en los artículos 4 al 61, y no al transporte fluvial; ii) Dicho decreto, expedido en el marco de la declaratoria de emergencia

sanitaria por Covid 19, no estableció para los concesionarios portuarios, que las obligaciones contractuales, como las emanadas del contrato de concesión portuaria No. 06 de 2009, individualmente consideradas (como la anualidad 12, que se reprocha precisamente al concesionario, por su no cumplimiento en el presente procedimiento administrativo sancionatorio), pudiera suspenderse en su cumplimiento²¹; ii) el Concesionario no agotó la posibilidad de suscribir un Acuerdo de Pago con CORMAGDALENA²², para el pago de la obligación emanada de la anualidad doce (12)²³, y tampoco estableció el tipo de alivio solicitado a CORMAGDALENA, por lo cual la interventoría solicitó claridad acerca del alivio.²⁴ Por tanto, y teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, junto con el señalado en líneas anteriores respecto a la falta de capacidad del concesionario para administrar y dar cumplimiento a su objeto social, se procede a desestimar el argumento.

- d) Señala el apoderado del concesionario que: “...Cormagdalena no participó en el proceso de acuerdo reestructuración de pasivos, porque no asistió a la asamblea, es una mala señal, es decir, es un comportamiento de contratante que agrede al contratista, que ha sido Cormagdalena en todo el momento de la concesión, todas las negativas y esto nos vio abocado a la reestructuración y regreso a la restauración. En la reestructuración administrativa de la sociedad portuaria, aparecen unos pasivos asociados a la contraprestación, entonces uno no entiende como en todos los actos administrativos expedidos por Cormagdalena, no hace la diferencia de que esta y que no está en el acuerdo, digamos que eso ya genera grandes dificultades interpretativas para cualquiera (...) El Concedente se opone digamos a los propósitos organizativos de la sociedad portuaria y reiteró no estuvo presente, en el momento en que los acreedores acordaron una reestructuración, y nos siguen cobrando los periodos incluidos en la reestructuración, que eso es algo digamos ya no es una relación cordial de un concedente a un concesionario en estas circunstancias...”

²¹ Prueba 15: Oficio con radicado No.202002005336 del 19 de octubre del 2020 del Concesionario, mediante el cual éste solicitó a la Corporación: “...Conceder Alivios en el pago de la Contraprestación correspondiente al año 2020...”. Con base en dicha solicitud, CORMAGDALENA, solicitó a la interventoría a través de oficio CE-SGC-202003002640 del 12 de noviembre de 2020 (Prueba 17), “...revisar y conceptuar respecto de la solicitud allegada por la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. mediante comunicado 202002005336 por medio del cual solicitan la suspensión del pago de la contraprestación...”

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

²³ Prueba 14: A través de oficio SPM905 del 29 de septiembre de 2020, el Concesionario informó que “...varios de estos requisitos no se pueden cumplir por parte de la Sociedad, debido a que no se dispone de ingresos para hacerlo...”

²⁴ Teniendo en cuenta que el Concesionario no especificó el tipo de alivio solicitado para el pago de la contraprestación correspondiente al año 2020, la Interventoría procedió a solicitar al Concesionario mediante oficio CII-052-RL del 13 de noviembre de 2020 (Prueba No. 18), información respecto del tipo de alivio requerido. Sin embargo, el Concesionario no aportó la información solicitada, razón por la cual, mediante Oficio CII-077-RL del 27 de noviembre de 2020 (Prueba No. 19), radicado en CORMAGDALENA bajo el No. 202002006468, la Interventoría presentó el concepto solicitado, concluyendo que respecto del pago de la anualidad No. 12, “...Sí es posible realizar un acuerdo de pago con Cormagdalena respecto del valor de la cuota No. 12 correspondiente al año 2020. No obstante, para ello, el Concesionario deberá dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 63 de la Resolución No. 311 de 2019 y deberá así mismo regularse lo establecido al reconocimiento y pago del interés de mora de acuerdo con el artículo 69 de dicha Resolución. Es de resaltar que, de acuerdo a lo indicado en el artículo 68 de la Resolución 311 de 2019, ‘En ningún caso procederá la condonación de los intereses...’”.

En relación con este argumento de la SPRM, sobre la presunta ausencia de la Corporación en el trámite de reorganización empresarial, se advierte que es contradictorio, carente de prueba y no se encuentra relacionado con la finalidad del presente trámite sancionatorio. En primer lugar, se plantea por el Concesionario que presuntamente la entidad tuvo un comportamiento de agresión al contratista, por no participar en el acuerdo de reestructuración (lo cual no es cierto, debido a que la Corporación sí ha participado e intervenido en el mismo, en atención a sus derechos como acreedora). En segundo lugar, luego el Contratista afirma que, en ese mismo proceso, existen unos pasivos asociados a la contraprestación, lo cual denota que CORMAGDALENA sí participó en el proceso de acuerdo reestructuración de pasivos del Concesionario. Por tanto, reiteramos que CORMAGDALENA sí atendió la convocatoria de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – INTENDENCIA REGIONAL CARTAGENA, donde se adelantó el trámite de acuerdo de reestructuración de pasivos del Concesionario, bajo radicado No. 87929. Al respecto, se destaca que **el 13 de febrero de 2018, mediante comunicación No. 201803000248, se remitieron por parte de CORMAGDALENA los documentos relacionados con el proceso de cobro coactivo que se adelantaba en ese entonces y las sumas adeudadas por el Contratista - Concesionario**²⁵. Así mismo, **los créditos a favor de esta Corporación, se encuentran reconocidos y relacionados en el proyecto de graduación y calificación de créditos presentado**, y aprobado por la autoridad competente, entre otras actuaciones.

Así mismo, teniendo en cuenta lo ya señalado, los argumentos presentados por el apoderado del Concesionario, se consideran infundados, debido a que no se acredita con pruebas conducentes, pertinentes y útiles, la presunta conducta de la entidad que condujera a una agresión frente a la SPRM, y en especial a que pudiera adelantar la reestructuración. En efecto, la SPRM de manera libre y voluntaria, formuló la solicitud de reorganización empresarial ante las autoridades competentes.

De otra parte, en ese orden, conviene precisar que los trámites adelantados en relación con el cobro coactivo y la participación de la Corporación en la reorganización, tienen naturaleza distinta a la que tiene el presente procedimiento administrativo sancionatorio, los cuales tienen una finalidad orientada a la protección de los intereses de la entidad y salvaguardar el patrimonio público, y están claramente identificados.

Finalmente, y frente al argumento del apoderado del Concesionario relativo a que “...En la reestructuración administrativa de la sociedad portuaria, aparecen unos pasivos asociados a la contraprestación, entonces uno no entiende como en todos los actos administrativos expedidos por Cormagdalena, no hace la diferencia de que esta y que no está en el acuerdo, digamos que eso ya genera grandes dificultades interpretativas para cualquiera...”, es de señalar que no es cierto, toda vez que una cosa, son las obligaciones del Concesionario, que se convirtieron en créditos a favor de esta Corporación, y que se encuentran reconocidos y relacionados en el proyecto de graduación y calificación de créditos presentado, dentro del proceso de acuerdo de reorganización o reestructuración, aprobado por la autoridad competente, y otra cosa, son las obligaciones posteriores al inicio del proceso de insolvencia, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006²⁶, las cuales son gastos de administración que tienen preferencia en el pago, a efectos de que

²⁵ El cual reposa en el expediente bajo radicado No. 87929, en la Intendencia Regional Cartagena de la Superintendencia de Sociedades.

²⁶ ARTÍCULO 71. OBLIGACIONES POSTERIORES AL INICIO DEL PROCESO DE INSOLVENCIA. **Las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha de inicio del proceso de insolvencia son gastos de administración y tendrán preferencia en su pago sobre aquellas objeto del acuerdo de reorganización** o del proceso de liquidación judicial, según sea el caso, y podrá exigirse coactivamente su cobro, sin perjuicio de la prioridad que corresponde a mesadas pensionales y contribuciones parafiscales de origen laboral, causadas antes y después del inicio del proceso de liquidación judicial. Igualmente tendrán preferencia en su pago, inclusive sobre los gastos de administración, los créditos por concepto de facilidades de pago a que hace referencia el párrafo del artículo 10 y el párrafo 2o del artículo 34 de esta ley. (Negrillas y Subrayas fuera de texto).

llegue a buen rumbo el proceso de reorganización. Tal es el caso de las cláusulas presuntamente vulneradas, objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

Aunado a lo anterior, es de señalar que uno de los puntos claves para que el acuerdo de reestructuración tenga éxito, aparte de cumplir con los compromisos de pago de obligaciones (acreencias) graduadas y calificadas, es precisamente, el cumplimiento de las obligaciones originadas de los gastos administrativos (objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio), los cuales al tener prelación en el pago, generan la estabilidad del negocio, y como tal, de la empresa que está tratando de salir adelante. Y con su debido cumplimiento evitan, que se llegue a los supuestos de incumplimiento del acuerdo de reestructuración, para no pasar a la liquidación obligatoria de la compañía, tal y como actualmente está enfrentando el concesionario, mediante la audiencia de incumplimiento²⁷ del acuerdo de reorganización²⁸. Por tanto, y teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, se procede a desestimar el argumento.

- e) Finalmente señala el apoderado del concesionario que: “...ni la aseguradora, dado digamos los ingresos se redujeron y estos tipos de contratos, implica una evaluación de quien expide la póliza, la póliza está vigente hasta el 2027. Léase bien, hasta el 2027 fecha en que expira la concesión portuaria, pero por supuesto que hay unas prórrogas que hay que hacerlas anualmente y las exigencias del asegurador por supuesto que son bienvenidas, nos abocan a un cuello de botella...”

Sobre este punto, se le recuerda al Concesionario los hechos que motivaron precisamente el reproche por la no renovación de las pólizas a cargo como obligación del concesionario, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión 6 de 2009.

- i) En efecto, la Cláusula Octava de dicho contrato, indicó que el Concesionario debía suscribir las garantías contractuales de la siguiente manera:

mora. **CLAUSULA OCTAVA. VALOR PRESENTE TOTAL DE LA CONTRAPRESTACIÓN Y GARANTIAS: DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$224.228.000)** y el

valor presente de la contraprestación por concepto de uso y goce de zona de uso público e infraestructura asciende a un total de **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$348.437.870)**. De acuerdo con las normas reglamentarias para tal efecto a favor de la Nación a través de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena son las siguientes: **8.1** El Solicitante ha constituido a favor de la Corporación Autónoma Regional del Río

²⁷ LEY 1116 DE 2006. ARTÍCULO 46. AUDIENCIA DE INCUMPLIMIENTO. Si algún acreedor o el deudor denuncia el incumplimiento del acuerdo de reorganización o de los gastos de administración, el Juez del concurso verificará dicha situación y en caso de encontrarlo acreditado, requerirá al promotor para que, dentro de un término no superior a un (1) mes, actualice la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, gestione las posibles alternativas de solución y presente al Juez del concurso el resultado de sus diligencias. Recibido el Informe del Promotor, el Juez del concurso, convocará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no hayan sido pagados, a una audiencia para deliberar sobre la situación y decidir lo pertinente. Cuando el incumplimiento provenga de gastos de administración, debe ser subsanado con el consentimiento individual de cada acreedor, sin que sus créditos cuenten para efectos de voto. Si la situación es resuelta, el Juez del concurso confirmará la alternativa de solución acordada y el promotor deberá cumplir con las formalidades previstas en la presente ley. En caso contrario, el juez del concurso declarará terminado el acuerdo de reorganización y ordenará la apertura del trámite del proceso de liquidación judicial. A partir de la fecha de convocatoria de la audiencia de incumplimiento, deberán suspenderse los pagos previstos en el acuerdo de reorganización, so pena de ineficacia de pleno derecho de los mismos.

²⁸ Auto 2022- 07-000557 fechado el 22 de febrero de 2022, proferido por la Intendencia Regional de Cartagena de la Superintendencia de Sociedades, donde se adelantó el trámite de acuerdo reestructuración de pasivos del Concesionario, bajo radicado No. 87929

Grande de la Magdalena la garantía de la construcción de las obras anunciadas según póliza No. 85-44- 101009908 de fecha 13 de enero de 2009, expedida por seguros del Estado con un valor asegurado de **DIEZ Y SIETE MILLONES CIENTO DIEZ Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$17.116.250)**, con una vigencia hasta el 2 de diciembre de 2009. **8.2.** Teniendo en cuenta que el valor de las inversiones a realizar en el puerto son de **DOSCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$224.228.000)** y el valor presente de la contraprestación por concepto de uso y goce de zona de uso público e infraestructura asciende a un total de **TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$348.437.870)**,

las garantías se establecerán de la siguiente manera. **8.2.1 Garantía De Cumplimiento De Las Condiciones Generales De La Concesión.** Por medio de la cual se garantiza a la Nación a través de La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena que ocupará y utilizará los terrenos dados en concesión y ejercerá las actividades autorizadas en debida forma y dará cumplimiento a todas sus obligaciones, en especial las relacionadas con el pago de la contraprestación, mantenimiento de las inversiones portuarias y la reversión de acuerdo con la Ley y los Acuerdos de Cormagdalena que reglamentan esta materia, con las resolución de otorgamiento de la concesión y con las reglamentaciones generales expedidas por el Ministerio de Transportes y la Superintendencia de Puertos y Transporte, en cuantía del **DOS PUNTO CINCO (2.5%)** del valor total de las inversiones a realizar en el puerto, es decir la suma de **CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL SETECIENTOS PESOS (\$5.605.700)**, sin que supere la cantidad equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y seis (6) meses más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y seis (6) meses más. La garantía se expedirá por periodos de un (01) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento, de tal manera que se garantice el término anterior. La garantía se encuentra suscrita y aprobada y es la No. 85-44-101015454. **8.2.2 Garantía De Responsabilidad Civil Extracontractual.** Por medio de ésta, se garantiza a la Nación a través de la Corporación Autónoma

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

A su vez, la Resolución No. 087 del 11 de marzo de 2013, "Por medio de la cual se conceptúa sobre la norma aplicable en materia de garantías concesiones marítimas y portuarias a cargo de CORMAGDALENA", la Corporación resolvió lo siguiente:

RESUELVE

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

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

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

Por tanto, no es de recibo el argumento del Concesionario, en el cual señala que “...la póliza está vigente hasta el 2027. Léase bien, hasta el 2027 fecha en que expira la concesión portuaria, pero por supuesto que hay unas prórrogas que hay que hacerlas anualmente y las exigencias del asegurador por supuesto que son bienvenidas, nos abocan a un cuello de botella...”, toda vez que: **i)** el contrato de concesión en su cláusula 8.2.1., inicialmente establecía una garantía de cumplimiento de las condiciones generales de la concesión “se expedirá por periodos de un año y deberá prorrogarse en cada vencimiento, de tal manera que se garantice el término posterior”, cláusula que fue a su vez modificada por lo señalado en el Decreto 320 de 2013, de conformidad con el artículo 14 de la Resolución No. 087 de 2013, se establece respecto de la “Aceptación de las garantías por vigencias. En el caso de las concesiones y de las homologaciones cuyo plazo sea superior a cinco (5) años, la entidad podrá aceptar que las garantías sean otorgadas por vigencias de cinco (5) años...”; **ii)** La Póliza de cumplimiento No 2345265-3, expedida por Seguros Generales Suramericana S.A., si bien señala que la vigencia del seguro va hasta el 1 de octubre de 2027, cuando se revisa el aparte de la fecha de vencimiento de las coberturas, para el amparo de cumplimiento del contrato, se establece el 1 de octubre de 2024, y para el amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, se establece el 1 de abril de 2027²⁹; **iii)** Con base en lo expuesto en el punto anterior, se puede afirmar que no es cierto lo manifestado por el apoderado del Concesionario, toda vez que, primero, una cosa es la vigencia del seguro (el cual se toma como referencia de la duración del contrato), y otra distinta es la vigencia de cada uno de los amparos; y segundo, de conformidad con lo establecido por el artículo 43 del Decreto 474 de 2015, las pólizas de esta concesión se manejan por vigencias de cinco (5) años, teniendo en cuenta que el contrato de Concesión 6 de 2009, tiene un plazo superior a cinco (5) años (única condición que establece el Decreto antes referido, para el manejo de las vigencias de las pólizas por cinco (5) años, y no por la vigencia total del contrato de concesión); **iv)** por tanto, no es de recibo el argumento del apoderado del Concesionario al señalar que CORMAGDALENA, lo esta abocando “a un cuello de botella”, pues lo que hizo la Corporación y la interventoría del contrato, fue precisamente, exigirle lo establecido en la normatividad pertinente, lo cual es el objeto de reproche mediante el presente procedimiento administrativo sancionatorio. Por tanto, y teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, se procede a desestimar el argumento en consecuencia.

5.1.2. La solicitud de suspensión del contrato y la oposición reiterada de Cormagdalena a dicha suspensión.

- a) “...De acuerdo con el apoderado del contratista, se señaló que “...hemos solicitado la suspensión del contrato y está claro las causales de suspensión del contrato de prestación de servicio de estas características, un contrato de concesión, el único que existe en el país con estas características y hemos tenido la oposición reiterada de Cormagdalena. Pareciese ser que algo oculto impulsa a Cormagdalena a que esta concesión termine por incumplimiento y que de lugar a otro tipo de sanción mucho más fuerte que (...).””

²⁹ Prueba 51: Póliza de cumplimiento No 2345265-3, expedida por Seguros Generales Suramericana S.A.

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

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

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

De lo antes señalado, se trae a colación el artículo 1602¹ del Código Civil Colombia, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, resultando obligatorio el cumplimiento de las prestaciones que del contrato.

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

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

El Consejo de Estado, cuyo órgano ha diferenciado la fuerza mayor del caso fortuito²; es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, respecto al argumento de la solicitud de suspensión del contrato de concesión, es evidente para esta Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que: **i)** La solicitud elevada por el Concesionario, ante la Subdirección de Gestión Comercial de esta CORPORACIÓN, para la suspensión del contrato de Concesión 06 de 2009, es una situación contractual distinta al objeto que motiva el presente procedimiento administrativo sancionatorio; **ii)** Por tanto, no es del resorte funcional de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, sino del área técnica respectiva (Subdirección de Gestión Comercial de esta CORPORACIÓN), por lo cual este Despacho no es competente para pronunciarse al respecto; **iii)** Es de recordar a los convocados que mediante los procedimientos administrativos sancionatorios, como este, “...se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias

al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas...³⁰; iv) El presente procedimiento administrativo sancionatorio, tiene como finalidad la prevención y la conminatoria al Concesionario para el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión portuaria fluvial, por tratarse de una multa. Así las cosas, el argumento esbozado por el Concesionario, y analizado en el presente numeral, no se observa que este llamado a justificar los presuntos incumplimientos del Concesionario, objeto de reproche por parte de esta CORPORACIÓN. Por tanto, teniendo en cuenta lo señalado, se desestima en consecuencia el argumento, al carecer de fundamento por las razones ya explicadas.

Así mismo, frente al argumento del Concesionario, relativo a que “...Pareciese ser que algo oculto impulsa a Cormagdalena a que esta concesión termine por incumplimiento y que dé lugar a otro tipo de sanción mucho más fuerte que una multa de 19 millones de pesos que declaramos excesiva...”

Sobre el particular es de señalar que debido a que no presentó pruebas conducentes, pertinentes y útiles que sustentaran sus afirmaciones, así como tampoco existe indicio grave que sustente la afirmación realizada por el apoderado del Concesionario, respecto de la conducta de la entidad que condujera a que el contrato de Concesión 06 de 2009 termine por incumplimiento, se desestima en consecuencia el argumento, al carecer de fundamento por las razones ya explicadas. En todo caso, se invita al contratista a que en caso de considerarlo, proceda a realizar las denuncias ante las instancias pertinentes.

- b) (...)** una multa de 19 millones de pesos que declaramos excesiva, excesiva porque aquí no solamente tomar los ingresos brutos de la sociedad en ese periodo es decir, esos ingresos brutos, porque es que la sanción digamos, el régimen sancionatorio colombiano de contratos, que para el caso nuestro no solamente se rige por la ley 80 sino por la ley que estructura el sistema de puertos en el país, hay que atender unas realidades concretas y esta multa no las atendió o no las atiende y por eso reiteramos que debe ser modificado esta sanción en lo posible a revocarla, porque nosotros, si llegamos a estas circunstancias, es por unos eventos que nos trasciende y trasciende incluso al propio Cormagdalena (...) la multa es excesiva, transgrede todo criterio de lógica, de correlatividad, entre el concedente y el concesionario y las condiciones del servicio, es que hoy no hay condiciones para el servicio y desde 2020 se lo hemos hecho saber (...) así como el sistema sancionatorio colombiano, también hay causales de atenuación, aquí en esta, deben haber atenuantes, frente al tema sancionatorio, porque no es tomar mecánicamente los ingresos brutos y si uno mira lo que consta allí en el acto administrativo, es pírrico lo que parece allí, eso debe indicarle algo a Cormagdalena, si usted se da cuenta, que los ingresos son sustancialmente bajos, incluso respecto a los períodos anteriores a la reestructuración, algo no está bien, y eso debe ser atenuante, que debe ser atendido en este caso por la jefe de la oficina jurídica para efectos de inhibir y de revocar esta excesiva multa, porque las multas no se pueden aplicar así mecánicamente, sancionador también mira las realidades concretas del prestador del servicio en este caso de la sociedad portuaria regional de Magangué...”

Teniendo en cuenta lo señalado por el apoderado del concesionario, es de manifestar sobre las multas, que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone, lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. “El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales”. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan**

³⁰ REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Parte General. 5ª Reimpresión de la Undécima Edición. Temis. 1996. Pág. 6). En idéntico sentido, se puede consultar a OSSA ARBELÁEZ. Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. 1º Edición. Legis. 2000. Págs. 167-170.

sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato...” (Negrilla fuera del texto Original).

En consideración a lo anotado y sin perjuicio de lo anterior, esto es, a pesar de que la regla general sea que las multas son de apremio cuya finalidad es la de “Inducir el cumplimiento del contrato”, las partes de un contrato se encuentran en la facultad de pactar expresamente multas de carácter sancionatorio. Ello dependerá de la voluntad de las partes al momento de redactar el contenido de la multa. Sobre el particular el Consejo de Estado ha establecido, lo siguiente:

“...Para que sea viable su imposición **es necesaria su previa convención.** Es usual también que las partes establezcan en su contrato qué circunstancias, sean éstas de acción o de omisión, configuran el incumplimiento así sancionable. ... Bajo los dictados de la Ley 80 de 1993 nada impide que las partes convengan la estipulación, tanto de multas, como de la cláusula penal pecuniaria (...)”³¹. (Negrilla fuera del texto original).

Así mismo, es de señalar que la tasación de la multa está dada por lo establecido en el contrato de Concesión 06 de 2009, el cual es ley para las partes, tal y como se ha mencionado a lo largo de la presente resolución. En efecto, el valor de la multa impuesta mediante la Resolución 0049 de 2022, tiene su origen en dos (2) estipulaciones pactadas en el contrato antes citado:

i) La estipulación pactada en el numeral 17.4 de la Cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, el cual señala:

“CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – SANCIONES: LA SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá someterse al régimen que prevean las leyes, la jurisprudencia y el previsto en este contrato sanciones que serán impuestas por LA CORPORACIÓN, la Superintendencia de Puertos y Transporte, por cada evento sancionatorio dentro del ámbito de sus competencias, las cuales tasara a través de multas en el presente contrato, sin renunciar CORMAGDALENA a la posibilidad de declarar a través de acto motivado la suspensión temporal del derecho a realizar actividades en los puertos y/o la intervención del puerto, las cuales podrá imponer atendiendo a la gravedad de la falta y a la impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y las instituciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia. Las multas se dosificarán de esta forma en los siguientes eventos: (...) **17.4. Por incumplimiento de la obligación de prorrogar las garantías contempladas en la cláusula Octava de este contrato, el 10% de los ingresos brutos de un (1) día por cada día de mora en la constitución de las mismas(...)**” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

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

³¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección tercera. Numero rad. 11001-03-26-000- 2000-0004-01(19488).M.P. Ricardo Hoyos Duque .2002. Línea jurisprudencial reafirmada mediante la sentencia del Consejo de Estado, radicado 85001 23 31 000 1995 0174 01. CP Danilo Rojas Betancurt. 12 de julio de 2012. Sala Plena.

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

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

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

ii) La estipulación pactada en el numeral 17.7 de la cláusula décima Séptima del contrato de concesión antes mencionado (1% del valor presente total de la contraprestación fijada)³², según el cual:

“17.7. Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas en artículo Décimo segundo y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente Cláusula, se impondrá una multa equivalente al uno por ciento (1%) del valor total de la contraprestación fijada.” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

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

Valor Presente de la Contraprestación = COP\$348.437.870* 1% = COP\$3.484.378,70. TOTAL SANCIÓN = **TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$3'484.378,70).**

De acuerdo a lo anterior, y con base en lo señalado en los numerales 17.4 y 17.7 de la cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, en un principio, el valor total de la multa es de **DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$19'921.078,70).** Sin embargo, El numeral 17.4., debe ser interpretado de conformidad con lo estipulado en el párrafo primero³³ de la cláusula 17 del contrato de concesión, teniendo en cuenta los ingresos, costos y gastos informados por la misma Sociedad Portuaria.

En efecto, mediante Oficio No. 2022-100-1438, del 23 de junio de 2022 de la Subdirección de Gestión Comercial, mediante el cual se respondió el comunicado interno No. 2022-200-1269 remitido por esta Oficina Asesora Jurídica, señaló que:

“... (i) La interpretación unilateral del contrato estatal.

Dicho instituto jurídico se encuentra consagrado de manera formal en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, el cual reza lo siguiente:

³² Conforme lo señalado por la Interventoría en sus Oficios CII-089-RL de fecha 3 de diciembre de 2020, y CII-257-RL de fecha 24 de febrero de 2021.

³³ CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 06 de 2009. CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – SANCIONES: (...) **PARÁGRAFO PRIMERO:** El monto total de las multas cuando ésta se establezcan con base en los ingresos brutos, se fijará con base en los ingresos brutos obtenidos por la sociedad portuaria en el mes inmediatamente anterior a la imposición de la multa, de tal forma que el promedio de esto se obtendrá el valor del día unidad para determinar la multa. En ningún caso la multa por exceder de 35 días de los ingresos brutos.

‘ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.’

La consagración misma de lo que la doctrina y jurisprudencia ha llamado las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal, dentro de las cuales se entiende incorporada la interpretación unilateral, responden a la naturaleza misma que se predica de un contrato celebrado con el Estado.

*Estos comprenden un componente teleológico, donde se pretende cumplir los fines esenciales del aparato estatal, con lo cual el **equilibrio contractual** que se predica en dichos acuerdos de voluntades es disímil a aquel que se encuentra en los contratos de carácter privados.*

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional[1] en varios pronunciamientos, al determinar que:

‘La existencia de la prerrogativa de la administración de interpretar unilateralmente los contratos administrativos, supone una relación de desigualdad entre las partes contratantes’

*Como consecuencia de lo anterior, **la entidad se encuentra facultada para dar una interpretación unilateral al contrato con los presupuestos consagrados en el estatuto general de contratación, respetando la ecuación contractual y los principios de la contratación estatal en Colombia. Lo anterior sin perjuicio de que le sea exigible un examen de proporcionalidad entre lo que pretende hacer valer.** Es decir, debe hacer un juicio de ponderación entre la interpretación que le da al contrato, los fines que se pretenden tutelar con ello, y la posible vulneración de bienes jurídicos que, en todo caso, no pueden ser de mayor valor de lo que se busca proteger con la interpretación unilateral.*

*Aterrizando dicho instituto general y abstracto al caso sub examine es menester comprender que la interpretación que se deriva de situaciones contractuales es distinta a aquella que se predica de postulados normativos. Es decir, un contrato se interpreta de manera distinta que la ley. En este sentido, la norma requiere de un análisis de la voluntad externa de quien válidamente la expidió. Para ello, basta utilizar el texto de la norma y el sentido de lo ahí positivizado, para con ello desarrollar un ejercicio hermenéutico. Por otro lado, y en lo concerniente a los contratos, la interpretación que se debe aplicar para que se pueda recorrer la real y efectiva manera en que dicho pacto debe ser ejecutado, se desprende de un ejercicio de interpretación de la voluntad interna que las partes asignaron al mismo, al momento de celebrarse. Es por ello que, como regla general de la contratación, **prima la voluntad interna, sobre las consagraciones positivas y expresas que se realicen en un negocio jurídico.***

*Lo anterior se esgrime como presupuesto básico y principio rector de las relaciones contractuales, donde la **autonomía de la voluntad privada** es prevalente al momento de dar alcance a los contenidos convenidos. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en Sentencia del 10 de diciembre de 2021, donde precisa lo siguiente:*

‘Como es sabido, en la interpretación de la ley prevalece el criterio gramatical sobre la “intención” o “espíritu” del legislador, dado el carácter general de la ley (artículo 4CC). Los artículos 27 y 28 CC son claros en disponer que las palabras de que se sirve el legislador son el punto de partida para desentrañar el lenguaje de las leyes, sin perjuicio -claro está- de los demás sistemas de interpretación aplicables frente a pasajes oscuros o contradictorios. Así, las oposiciones, incongruencias,

contradicciones, incompatibilidades, vacíos y casos dudosos cuentan con mecanismos legales de interpretación para poder fijar el sentido de la ley.

En contraste, en la interpretación de los contratos prevalece la voluntad interna y no la voluntad declarada (artículo 1618 CC), dado el carácter relativo de los contratos (vincula solo a las partes). De ahí que no puede apelarse -como sucede con las leyes- a una interpretación textual, sino que es preciso desentrañar la intención de los contratantes. Además, en los contratos, como en las leyes, prevalece la interpretación que prefiere el efecto útil, es decir, aquella en que el sentido de una cláusula que pueda producir algún efecto debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producirlo (artículo 1620 CC) ["principio" de conservación o favor contractus]. Las ambigüedades, de presentarse, deben ser superadas a partir de la intención de las partes, pues, la ley y el contrato tienen dos puntos de partida para su interpretación bien distintos'[2]

Para el caso concreto, se tiene que la voluntad interna de las partes en el contrato No. 06 de 2009, en lo que respecta es el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el caso que no incumplan la Entidad podrá imponer una multa por el incumplimiento de las Cláusula Contractuales, en virtud de la cláusula Décima Séptima. del mismo, se esgrime evidente que la intención de las partes es imponer una multa por el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Se debe tener de presente los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En el cual el principio de razonabilidad exige que las actuaciones de la administración estén fundamentadas en fines legítimos que, no solo exigen un nexo causal entre la acción y lo perseguido con ella, sino que la misma se ajuste a derecho en tanto corresponda con el ejercicio legítimo del Estado. **Así, las actuaciones del Estado son razonables a la luz de su finalidad.** Como complemento y desarrollo de la razonabilidad, se encuentra el principio de proporcionalidad. Éste exige que, dentro del ámbito de la ejecución de las funciones del Estado, y en este caso de las funciones administrativas, cualquier despliegue conductual de la administración que implique la limitación de derechos y la aplicación de poderes subordinantes en cabeza del Estado, **requiere de la aplicación de un criterio de proporcionalidad en el juicio que se haga sobre los intereses del Estado y los derechos de la población.**

En palabras de la Corte Constitucional:

'Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.'[3]

En conclusión, los poderes exorbitantes de la administración, en lo que respecta a la contratación estatal, no están exentos de la necesidad de realizar un test de ponderación para determinar la proporcionalidad de la medida que se pretende utilizar en desarrollo de un contrato estatal.

Por todo lo antes indicado la multa se tasa como se indica a continuación:

El informe 11 de interventoría del consorcio CARLEP 0121 indica lo siguiente en lo referente a los ingresos brutos del concesionario:

Con el fin de actualizar la información de las variables ingresos, costos, gastos y cargas movilizadas durante 2021, esta Interventoría CARLEP 0121 requirió al Concesionario mediante oficio CE-CCL0121-299-21. Esta solicitud fue atendida por

la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. medio de oficio SPM 945 del 5 de enero de 2022 en el que se indica que:

‘Como lo hemos manifestado en comunicaciones anteriores, la terminal fluvial de pasajeros de Magangué se encuentra cerrada, sin operaciones y sin ingresos desde el día 12 de abril de 2021, situación que aún se mantiene, ya que, el transporte fluvial opera en puertos ilegales a lo largo de la orilla del río Magdalena a la vista de todas las autoridades. Toda esta situación es ampliamente conocida por Alcaldía Municipal de Magangué, Ministerio de Transporte, Cormagdalena y Superintendencia de Transporte.’

El concesionario presento la siguiente relación de ingresos:

MES	INGRESOS
Enero	6.740.430
Febrero	10.778.430
Marzo	20.520.492
Abril	7.769.530
Mayo	2.260.416
Junio	2.260.416

Con base en este escenario de ingresos se tasa la respectiva multa en concordancia con el numeral 17.4 de la Cláusula Décima Séptima del contrato de concesión portuaria 06 de 2009 la cual señala:

‘por incumplimiento de la obligación de prorrogar las garantías contempladas en la Cláusula Octava de este contrato, el 10% de los ingresos brutos de un (1) día por cada día de mora en la constitución de estas’

Parágrafo Primero: El monto total de las multas cuando estas se establezcan con base en los ingresos brutos, se fijará con base en los ingresos brutos obtenidos por la Sociedad Portuaria en el mes inmediatamente anterior a la imposición de la multa, de tal forma que del promedio de estos se obtendrá el valor del día, unidad para determinar la multa. En ningún caso la multa podrá exceder los 35 días de los ingresos brutos.

INGRESOS BRUTOS JUNIO 2021	
INGRESOS REPORTADOS ULTIMO MES DE REPORTE	\$2.260.416
INGRESOS BRUTOS PROMEDIO JUNIO 2021	\$75.347
PORCENTAJE APLICABLE 10%	\$7.535
INICIO SANCION	2-abr-19
HASTA	15-jun-22
DIAS MORA	1.171
VALOR MULTA	\$8.823.157
VALOR 35 DIAS DE INGRESOS BRUTOS (monto máximo)	\$2.637.152

En este sentido hay que indicar que el máximo valor para multa será de \$ 2.637.152 en concordancia con lo descrito en el Parágrafo Primero de la Cláusula Decima Séptima.” (Subrayas fuera de texto)

En conclusión, la multa procedente a imponer en este asunto, resulta de la siguiente operación:

-Valor SANCIÓN numeral 17.4 = **DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS (2.637.152).**

-Valor SANCIÓN numeral 17.7 = **TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$3'484.378,70).**

Por tanto, y con base en lo señalado en los numerales 17.4 y 17.7, y el parágrafo primero de la cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, el valor total de la

multa es de **SEIS MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$6'121.530,70).**

De igual forma, respecto del argumento del apoderado del Concesionario relativo a que (...) así como el sistema sancionatorio colombiano, también hay causales de atenuación, aquí en esta, deben haber atenuantes, frente al tema sancionatorio, porque no es tomar mecánicamente los ingresos brutos y si uno mira lo que consta allí en el acto administrativo, es pírrico lo que parece allí, eso debe indicarle algo a Cormagdalena, si usted se da cuenta, que los ingresos son sustancialmente bajos, incluso respecto a los períodos anteriores a la reestructuración, algo no está bien, y eso debe ser atenuante, que debe ser atendido en este caso por la jefe de la oficina jurídica para efectos de inhibir y de revocar esta excesiva multa, porque las multas no se pueden aplicar así mecánicamente, sancionador también mira las realidades concretas del prestador del servicio en este caso de la sociedad portuaria regional de Magangué...”

Sobre el particular es de señalar teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 86 de la Ley 1474 de 2011³⁴, 47 de la Ley 1437 de 2011³⁵ y 50 de la Ley 1474 de 2011³⁶, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas, en principio se graduarán atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **en cuanto resultaren aplicables**, por lo cual, contrastando lo anterior frente a lo señalado por el apoderado del concesionario, no es de recibo el argumento dado por este último, toda vez que: **i)** La multa objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, corresponde a una convención establecida entre las partes mediante la suscripción del contrato de Concesión 06 de 2009; **ii)** Teniendo en cuenta que el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es una norma supletiva, cuando no se tiene regulación frente a la graduación de la multa; **iii)** La función de la multa como ya se ha señalado anteriormente, es de naturaleza conminatoria frente al cumplimiento de las obligaciones acodadas entre las partes y no busca resarcir el perjuicio para el cumplido; **iv)** La multa en este caso, tiene un limitador del *quantum*, como es el establecido en el párrafo primero de la Cláusula 17 del contrato de Concesión 06 de 2009; **v)** La multa objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, está acorde a lo establecido no solamente en el contrato de concesión, sino a lo establecido en la normatividad colombiana para tales efectos; **vi)** No existe cláusula que regule la atenuación de las sanciones. **v)** A pesar de lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por el apoderado del

³⁴ “ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública **podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.** Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento (...)” (Negrillas fuera de texto).

³⁵ “ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. **Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes (...)**”(Negrillas fuera de texto).

³⁶ “ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES. **Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:** 1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero. 3. Reincidencia en la comisión de la infracción. 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión. 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos. 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes. 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente. 8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.” (Negrillas fuera de texto).

Concesionario y una vez revisado el clausulado referido, es menester señalar que le asiste parcialmente razón al apoderado del Concesionario, en el sentido de que se modificará el valor de la multa, toda vez que, como se señaló anteriormente, el numeral 17.4., debe ser interpretado de conformidad con lo reglado en el parágrafo primero³⁷ de la cláusula 17 del contrato de concesión 6 de 2009, en especial, en lo referido a “*En ningún caso la multa por exceder de 35 días de los ingresos brutos*”. Por tanto, y teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, se procede a desestimar parcialmente este argumento, y en consecuencia, modificar el valor de la multa establecida en la Resolución 049 de 2022.

- c) *“...Hoy no estamos operando. Pero no estamos operando porque quienes prestan el servicio, es decir las transportadoras que están en Magangué despegan o mejor “son despachadas” de cualquier lugar del litoral de Magangué, terrible, que sea la ribera y no el puerto concedido el que despache, y por eso estos accidentes recurrentes en el hidrógrafo. Dificultades entonces que escapen a nosotros, porque es que la sociedad portuaria de Magangué en reestructuración, no debe organizar el servicio en la región. Lo tiene que hacer o CORMAGDALENA o las entidades como Cormagdalena, Ministerio de transporte y SUPERTRANSPORTE, porque de lo contrario el perjuicio viene de las entidades públicas, hacia el concesionario porque es que el concesionario no puede obligar a quienes operan el servicio en la zona, a que estén despachados desde la sociedad portuaria regional de Magangué, porque aducen una serie de condiciones, de costos, etc. que esto implica otro elemento también para ser revisado digamos la contraprestación como tal hoy de acuerdo al servicio deberá revisada. Entonces digamos, todos estos elementos y ustedes dirán no pero ese es otro debate, pero no, es el mismo debate. Aquí hay un solo debate, es decir, es un recurrente acoso jurídico desde Cormagdalena a una sociedad que hoy no presta los servicios porque el Estado colombiano no ha hecho posible que el servicio se preste desde ahí...”*

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

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

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

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

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

³⁷ CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 06 de 2009. CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA – SANCIONES: (...)

PARÁGRAFO PRIMERO: El monto total de las multas cuando ésta se establezcan con base en los ingresos brutos, se fijará con base en los ingresos brutos obtenidos por la sociedad portuaria en el mes inmediatamente anterior a la imposición de la multa, de tal forma que el promedio de esto se obtendrá el valor del día unidad para determinar la multa. En ningún caso la multa por exceder de 35 días de los ingresos brutos.

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

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

- Decreto Municipal No. 467 del 9 de agosto de 2011, mediante el cual “...SE DICTAN MEDIDAS ESPECIALES PARA EL TRASLADO A LAS INSTALACIONES DE LA NUEVA TERMINAL DE TRANSPORTES FLUVIAL DE MAGANGUE, DE TODAS Y CADA UNA DE LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS DE PASAJEROS FLUVIALES QUE OPERAN EN LA CIUDAD”.
- Plan de Acción PARA LA FORMALIZACIÓN DE OPERACIONES FLUVIALES EN LA ZONA PORTUARIA DE MAGANGUE -PLAFLUV.
- Oficios del 3 y 5 de agosto de 2015 del secretario General de la Alcaldía de Magangué, a el Alcalde la época, el Inspector Fluvial, Procurador Provincial, Comandante del tercer distrito de Policía, Comandante de Estación de Policía, Policía Judicial – SIJIN, Comandante Baffim 17, Cootraimag, Coomultramag, Cootraflurmag, Cootraflusuc, La Cabrera SAS, Transporte la Unión, SPRM, Personero Municipal, mediante el cual se convoca a reunión para socializar el plan de acción ordenado en el Decreto Municipal No. 467 del 9 de agosto de 2011.
- Oficios del 30 de julio del secretario General de la Alcaldía de Magangué, a el Alcalde de la época, el Inspector Fluvial, Procurador Provincial, Comandante del tercer distrito de Policía, Comandante de Estación de Policía, Policía Judicial –

- SIJIN, Comandante Baflim 17, SPRM, Personero Municipal, mediante el cual se adjunta el Decreto 510 de julio 8 de 2015 *“Por el cual se acata la Sentencia Judicial No. 111 del 31 de octubre de 2012, se ordena ejecutar el decreto 0467 del 9 de agosto de 2011 y se establecen medidas para su eficaz y efectivo cumplimiento...”*.
- Acta de reunión del miércoles 5 de agosto de 2015, con autoridades locales.
 - Acta de reunión del miércoles 5 de agosto de 2015, con autoridades locales y transportadores fluviales.
 - Decreto Municipal No. 510 de julio 8 de 2015 *“Por el cual se acata la Sentencia Judicial No. 111 del 31 de octubre de 2012, se ordena ejecutar el decreto 0467 del 9 de agosto de 2011 y se establecen medidas para su eficaz y efectivo cumplimiento...”*.
 - Oficio de Cormagdalena No. 2009002129 del 15 de diciembre de 2009, con asunto, solicitud de gestión municipal.
 - Acta de acuerdo para el traslado de las empresas transportadoras fluviales de pasajeros a la nueva terminal de pasajeros de Magangué (Bolívar), del 2 de septiembre de 2015.
 - Acta de socialización del 29 de mayo y 5 de junio de 2015, para concretar traslado de transportadores a SPRM.
 - Acta de reunión del 9 de julio de 2015 con autoridades locales.
 - Acta de reunión del 6 de agosto de 2015 con autoridades locales y transportadores fluviales.
 - Acta de reunión del 2 de julio de 2015 con autoridades locales.
 - Acta de reunión del 14 de julio de 2015 con autoridades locales.
 - Copia de Comparendos de multa e inmovilización a embarcaciones, fechados el 17 de diciembre de 2015.
 - Comunicación del 16 de noviembre de 2018, entre el Inspector Fluvial y el Alcalde de Magangué, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.
 - Comunicación del 23 de Octubre de 2018, entre el Superintendente Delegado de Puertos y el Alcalde de Magangué, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.
 - Comunicación del 23 de Octubre de 2018, entre el Superintendente Delegado de Puertos y Comandante del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 17, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.
 - Comunicación del 31 de Octubre de 2018, entre el Subdirector de Gestión Comercial del Cormagdalena y el Alcalde de Magangué, respecto al traslado de motocanoas al Muelle de la SPRM.
 - Acta de reunión del 19 de septiembre de 2018 de la Alcaldía Municipal de Magangué y transportadores fluviales.
 - Acta de reunión del 21 de agosto de 2018 de la Alcaldía Municipal de Magangué y transportadores fluviales.
 - Acta de reunión del 21 de junio de 2018 de la Alcaldía Municipal de Magangué y transportadores fluviales.
 - Acta de acuerdo con los transportadores fechada el 28 de agosto de 2018, entre otros documentos.

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

“...informe a la Superintendencia de Transporte el abandono de las instalaciones por parte de las empresas que estaban despachando del muelle concesionada a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A., y también envié la circular No. 20179070001052 del 29-08-2017 donde se le informa a las empresas de Transporte Público Fluvial de Pasajeros que no podían atracar en sitios diferentes al muelle

concesionada a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A., quienes desacataron lo solicitado por lo cual se procedió a dar traslado a la Superintendencia de Transporte, para lo pertinente. Con base a lo anterior, la Superintendencia de Transporte inició las respectivas investigaciones administrativas a las empresas que no cumplieron lo solicitado tal como consta en el oficio No. 20176101170161 de fecha 28-09-2017 firmado por el Superintendente Delegado de Puertos, Dr. Rodrigo José Gómez Ocampo y dirigido al Gerente de la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A...”

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

“...la Dirección de investigaciones de Puertos le informa que se han adelantado desde la Dirección de Promoción y Prevención de la Delegatura de Puertos labores para instar a la sociedad portuaria al cumplimiento dentro de la campaña denominada “+ Transporte Marítimo y Fluvial + Formalización”. Así las cosas y con ocasión de la mencionada campaña, se realizaron eventos, operativos y reuniones encaminadas a que la operación fluvial del municipio de Magangué tuviese como sitio de operaciones el único embarcadero autorizado concesionado a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ.

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

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

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

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

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

Teniendo en cuenta todo lo anterior, respecto al argumento de: “...organizar el servicio en la región. Lo tiene que hacer o CORMAGDALENA o las entidades como Cormagdalena, Ministerio de transporte y SUPERTRANSPORTE...” en lo relativo a que las autoridades tanto nacionales, como regionales, y locales realizan las gestiones pertinentes para hacer cumplir la normatividad, a fin que dichas empresas de transporte fluvial operaran desde la terminal concesionada al Concesionario, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica, que las pruebas recaudadas dan cuenta de que no obedece a la realidad, lo expresado por el Concesionario.

En efecto, está claro que la institucionalidad ha generado y se siguen generando las acciones pertinentes para el cumplimiento de lo establecido en la normatividad portuaria, lo cual se evidencia no solamente con las acciones desarrolladas por CORMAGDALENA (entre otras, las mesas de trabajo para la activación del puerto, seguimiento al movimiento de pasajeros, solicitudes de gestión al Alcalde Municipal de Magangué, respecto a la recuperación del espacio público, así como al inspector fluvial de conformidad con sus funciones, en coadyuvancia con las gestiones de la administración municipal), sino también por las acciones desarrolladas por la Alcaldía Municipal de Magangué, quien a su vez realizó lo propio, mediante la expedición de un Decreto Municipal para el traslado de los operadores fluviales a las instalaciones del Concesionario, y además remitió sendos oficios a las autoridades fluviales en apoyo a las gestiones que venía adelantando no solo CORMAGDALENA, sino la propia Alcaldía, citando a reuniones con la comunidad, a las autoridades fluviales y al Concesionario, incluso imponiendo comparendos administrativos a los operadores fluviales incumplidos, entre otras.

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

Adicional a lo anterior, hay que recordar nuevamente lo señalado, respecto a los riesgos de la operación, gestión y promoción del puerto. En efecto, adicional a lo anterior, y de conformidad con la respuesta dada por la subdirección de Gestión Comercial, es de resaltar que de conformidad con el CONPES 3107 de 2001, los riesgos de la operación corresponden a:

“...El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados: a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros. El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce un incremento de los costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato.

por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales este riesgo puede ser compartido. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica...³⁸ (Subrayado en negrilla fuera de texto)

Por todo lo anterior, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario carece de fundamento, teniendo en cuenta que: **i)** CORMAGDALENA ha realizado todas las gestiones a las que se comprometió en el contrato de Concesión 6 de 2009, tal y como se observan en el material probatorio objeto del presente procedimiento administrativo, tales como por ejemplo, la suscripción entre las partes del “Acta de entrega de bienes de uso público del contrato de concesión portuaria No. 6 de 2009” (**Prueba No. 7**); **ii)** El Concesionario conocía de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión 6 de 2009, el estado y las actividades que debía desarrollar en la zona a concesionar, tal y como se evidencia no solo, en el numeral 3.2. del artículo tercero de la Resolución No. 238 del 24 de julio de 2009 mediante la cual se otorgó una concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A., sino al ser una empresa del mismo municipio, conocía el entorno, tal y como se evidencia en la documentación radicada de solicitud de la concesión; **iii)** Lo establecido en las obligaciones mismas a cargo del Concesionario, y establecidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, No. 12.18, 12.19 y 12.20, (**Prueba No. 06**) “12.18. Será responsabilidad de la sociedad portuaria, manejar y administrar el puerto en forma ordenada y responsable, para garantizar su eficiencia y máxima utilización, manteniendo condiciones de vigilancia y seguridad del personal, de la carga, de las instalaciones e infraestructura portuaria. 12.19. Será responsabilidad de la sociedad portuaria, llevar a cabo el mercadeo del puerto con el fin de mejorar la posición nacional del mismo. 12.20. Será responsabilidad de la Sociedad invertir en su propio nombre y a su cargo en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto...”. Por tanto, el concesionario asumía los riesgos de la operación, gestión y promoción del puerto; **iv)** El riesgo de la operación se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación; **v)** Por tanto, el reinicio de operaciones es responsabilidad del Concesionario, y depende de las gestiones que realice o realizó, para poner en marcha el puerto, no solamente con el transporte de personas, sino con el impulso de otras actividades o líneas de negocio que puedan generarle ingresos, sin dejar de lado que conocía todas las condiciones de la concesión e idiosincrasia de los habitantes de la región, de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión. En consecuencia, se desestima el argumento.

d) Así mismo señala que “...a propósito de la Superintendencia, nunca nos definieron a nosotros la tarifa, la tarifa ha sido un tema de pulso allí jurídico con transportadores y presencia de la institucionalidad pública de la zona para efectos de tener un referente...”.

Sobre el particular no es de recibo el argumento señalado por el apoderado del concesionario, toda vez que, las tarifas para la prestación del servicio público de transporte fluvial de pasajeros, están reguladas en la Resolución No. 2889 del 11 de mayo de 2012, del Ministerio de Transporte. Adicional a lo anterior, es de señalar que la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, mediante oficio No. 2021-300-2968 del 26 de agosto de 2021, con asunto “Respuesta al comunicado radicado el Cormagdalena con No. 202102003159”, dio respuesta al Concesionario, señalándole sobre este tema, lo siguiente:

“...1- RIESGO DE LA CONCESIÓN.

Respecto de este punto se indica lo siguiente:

la Ley 1° de 1991, “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”. Esta disposición le dio paso a las concesiones portuarias que

³⁸ CONPES 3107 de 2001.

permitieron la intervención de inversionistas privados en la construcción y operación de los puertos de la Nación a cambio de una contraprestación[1].

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

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

Al respecto, la Corte Constitucional³⁹ ha hecho referencia a que los contratos de concesión se desarrollan por cuenta y riesgo del concesionario. Esto significa que la **construcción, la administración, la operación y la prestación del servicio, está a cargo del concesionario a cambio de una remuneración.**

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

Al tenor de dicha Corporación:

“(…)

Mediante el sistema de concesiones, el concesionario se compromete a explotar el servicio concesionado a su riesgo y ventura, y por tanto, a cobrar directamente del usuario las tarifas por el servicio prestado. Bajo ese entendido, se tiene que, el concesionario, al conocer que el contrato es a su cuenta y riesgo, y que recibirá una remuneración por ello, se encuentra dispuesto a asumir la totalidad de los riesgos que de él se deriven, esto es, los constructivos, comerciales, de operación, financieros, regulatorios, entre otros, salvo que exista un pacto expreso en otro sentido.

Ahora bien, en el marco de lo mencionado es importante definir qué se entiende por riesgo. De forma general, el riesgo es “una medida de variabilidad de los posibles resultados que se pueden esperar de un evento”. De manera concreta, el riesgo contractual es definido como “todas aquellas circunstancias que pueden presentarse durante el desarrollo o ejecución de un contrato y que pueden alterar el equilibrio financiero del mismo^[3]” (Negrilla y subraya fuera del texto).⁴⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que “...**Mediante el sistema de concesiones, el concesionario se compromete a explotar el servicio concesionado a su riesgo y ventura, y por tanto, a cobrar directamente del usuario las tarifas por el servicio prestado...**” por tanto, no es de recibo el argumento señalado por el apoderado del concesionario, toda vez que el cobro de la tarifa no involucra, en cuanto al riesgo, a la Corporación, por lo cual, no puede ser tenido en cuenta como una excusa para el no cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de concesión portuaria No. 6 de 2009, razón suficiente para desestimar el argumento.

5.2. COMPAÑÍA SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Por su parte, la compañía de Seguros Suramericana S.A., interpuso y sustentó recurso de reposición de manera verbal, adjuntando de igual manera escrito con el mismo, mediante correo electrónico del 10 de marzo de 2022, a las 9:57 am, y solicitó la revocatoria de la Resolución No. 0049 del 24 de febrero de 2022 a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 6 de 2009 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Magangué S.A. - SPRM EN

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-068 de 2009. MP. Dr. Mauricio González Cuervo.

⁴⁰ Oficio No. 2021-300-2968 del 26 de agosto de 2021.

REESTRUCTURACIÓN, y subdividió sus argumentos, así: 1) Responsabilidad de la Aseguradora hasta el límite del valor asegurado para del amparo afectado; y 2) Compensación

5.2.1. Responsabilidad de la Aseguradora hasta el límite del valor asegurado para del amparo afectado.

De acuerdo con la apoderada del contratista, se señaló que *“...Como quiera que la Póliza de Cumplimiento que nos ocupa, contiene varias coberturas, frente al caso de la presente actuación administrativa, la responsabilidad de la aseguradora se debe limitar al monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar, sin perjuicio de estimar los saldos a favor del contratista para que se compense, y así, mediante la deducción de esos saldos a favor debe imputársele al contratista el valor de la eventual sanción, en términos tanto legales como contractuales (...) Así las cosas, se reitera a la entidad que es necesario que dentro del acto administrativo expedido indique de manera clara y específica cual es el valor por el cuál afectará la póliza otorgada por Seguros Generales Suramericana S.A, toda vez que como ya se indicó la responsabilidad de la Aseguradora ha de limitarse de manera exclusiva y limitante a los parámetros y condiciones previstas en las pólizas y sus renovaciones, por tanto, solo pueden ampararse aquellos hechos que han sido previstos expresamente en la póliza y sus condiciones generales (...) Así las cosas, para el caso concreto, la afectación de la Póliza de Cumplimiento No. 2345265– 3, no puede darse sobre el valor total de la sanción impuesta por la entidad en el acto administrativo que se ataca, esto es DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS VEINTIUN MIL SETENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$19'921.078,70), en tanto el amparo de cumplimiento de la póliza expedida por mi representada es mucho menos, específicamente asciende a la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (8.710.947). Teniendo en cuenta lo anterior, se recuerda a la entidad estatal que solamente puede reclamar o tomar el valor de una cobertura para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular (...)En conclusión, solicito muy respetuosamente a este despacho modificar el valor en el que fue afectada la póliza de cumplimiento No. 2345265–3, teniendo en cuenta, el límite de valor asegurado de la referida póliza...”*

Teniendo en cuenta lo manifestado por la apoderada del garante, no es de recibo lo señalado por la misma toda vez que: **i)** El monto del valor asegurado por el amparo que se pretende afectar por medio del presente procedimiento administrativo sancionatorio, teniendo en cuenta la póliza de seguros expedida por el garante No. 2345265– 3 (documento número 12777030 expedida en la ciudad de Sincelejo el 15 de abril de 2019), es el correspondiente al *“cumplimiento del contrato”* el cual, asciende a un valor asegurado de OCHENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS DIECISEIS MIL SEISCIENTOS PESOS (\$86.816.600) pesos, el cual obra como **Prueba cincuenta y uno (51)** del presente procedimiento administrativo sancionatorio; y **ii)** En el evento en que la cifra de valor asegurado en la póliza expedida por el garante, no sea suficiente para cubrir la multa objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, la diferencia deberá ser asumida por el Concesionario. Por tanto, y teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, se procede a desestimar este argumento por carecer de sustento fáctico.

5.2.2. Compensación.

En su intervención final, la abogada del garante solicitó que: *“...en el evento de confirmar la decisión de imponer una sanción al contratista, en los términos del contrato estatal y de las condiciones generales de la póliza, que se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor del contratista, y que al momento de efectuar pago al contratista se descuenten las sumas que correspondan al valor de la sanción impuesta. En efecto, la entidad estatal contratante asegurada al momento de tener conocimiento del incumplimiento o en cualquier momento posterior a dicho conocimiento y anterior al pago de la indemnización, si fuere deudor del contratista garantizado por cualquier concepto, la indemnización se disminuirá en el monto de las acreencias, siempre y cuando estas sean compensables según la ley, de conformidad con lo señalado en los artículos 1714 y ss. del*

Código Civil, y por lo tanto, los montos aquí compensados se disminuirán del valor de la indemnización...”

Al respecto, procederemos entonces a revisar la normatividad que rige en la materia, así como la manera de procedencia para nuestro caso, en donde el Código Civil contempló que cuando dos (2) 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”*⁴¹, y que *“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. Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor”*⁴². De igual manera estableció que *“para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras. Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él. Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se los hayan cedido”*⁴³, y que *“La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero. Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo”*⁴⁴.

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 antes mencionados y 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.

A su vez, 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”*⁴⁵. Por lo tanto, su registro se extrae de una obligación legal que no puede ser desconocida por la Administración.

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

⁴¹ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1714.

⁴² Ibídem. Artículo 1715.

⁴³ Op. Cit. Artículo 1716.

⁴⁴ Ibídem. Artículo 1720

⁴⁵ Parágrafo del artículo 17.

Sobre el particular, es de señalar que, en atención a lo establecido en el literal C) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁴⁶, esta Oficina Asesora Jurídica, no tiene la facultad expresa o delegada especialmente para realizar compensaciones de ninguna índole. En efecto, este tipo de procedimientos serán objeto de una eventual liquidación del contrato, o en otra instancia, pero no en el presente procedimiento administrativo sancionatorio. Teniendo en cuenta lo anterior, se desestima el argumento presentado por la apoderada de la aseguradora.

VI. CONCLUSIÓN

En conclusión, esta Corporación encuentra probado el incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 06-2009 por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, NIT 806.014.706 – 6, respecto a tres (3) incumplimientos, los cuales versan sobre: i) No pago de la Contraprestación correspondiente a la anualidad No. 12; ii) No pago de salarios y prestaciones de sus trabajadores; iii) La no presentación de las garantías actualizadas correspondientes a los amparos de cumplimiento a favor de entidades Estatales y amparo de Salarios y prestaciones Sociales e Indemnizaciones Laborales. Por lo tanto, se confirmará la Resolución No. 000049 del 24 de febrero de 2022 y se modificará solamente el artículo segundo del resuelve.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, todos los artículos de la Resolución No. 000049 del 24 de febrero de 2022, **salvo el artículo segundo**, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el artículo segundo de la Resolución No. 000049 del 24 de febrero de 2022 de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, el cual quedará así:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, IMPONER a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, identificada con el NIT 806.014.706 – 6, a título de multa, con base en lo señalado en los numerales 17.4 y 17.7 de la cláusula 17 del Contrato de Concesión Portuaria No. 06 de 2009, la suma de SEIS MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS CON SETENTA CENTAVOS (COP \$6'121.530,70), de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de esta resolución.”

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE MAGANGUÉ S.A. - SPRM EN REESTRUCTURACIÓN, NIT**

⁴⁶ c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

806.014.706 – 6 y al representante legal y/o apoderado de la **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los veintitrés (23) días del mes de septiembre de 2022.



DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Firmado
digitalmente por
DEISY GALVIS
QUINTERO

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

OMAA-Abogados Externos OAJ. 

Revisó

Sonia Guerrero – Abogada OAJ.

Cristhian Urrego – Abogado OAJ. 

Proyectó: