

Resolución No. 000392

“Por la cual se declara la cesación y archivo del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010 suscrito con la Sociedad Portuaria COALCORP S.A

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

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

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que establece: *“(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido*

pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.

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

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que señala: “(...) **IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...).

Ley 1437 de 2011, CAPÍTULO III.- Procedimiento administrativo sancionatorio, en el entendido que el artículo 47 de la referida ley, señala que: “(...) 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 y subrayado fuera de texto original)

El artículo 2.2.1.2.3.1.19. del decreto 1082 de 2015, que estipula: “(...)2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro. (...)

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

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

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

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

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

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

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

La resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA- delega en el Jefe de la Oficina Jurídica *“el respectivo inicio al trámite de los procesos de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento de qué trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los contratos, incluyendo el periodo probatorio y adopción de la decisión de fondo, esto es la suscripción del respectivo oficio de citación, recepción de descargos, período probatorio, nulidades, saneamientos, adopción de la decisión y el correspondiente recurso de reposición cuando haya lugar (...).”*

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

- 2.1.** Mediante las Resoluciones No. 343 de 2006, modificada por la Resolución 357 de 2006, se otorgó una Concesión Portuaria a la Sociedad Portuaria del Carare S.A.
- 2.2.** La Sociedad Portuaria del Carare S.A. cambió su razón social a Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A.
- 2.3.** Mediante Resolución No. 32 del 22 de enero de 2009, Cormagdalena aprobó la cesión de la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A. a favor de la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A de todos los derechos y obligaciones contemplados en las Resoluciones No. 343 de 2006 y No. 357 de 2006.
- 2.4.** El Contrato de Concesión Portuaria No. 10 del 1 de diciembre de 2010 fue suscrito por la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A. (en adelante el “Concesionario”) y Cormagdalena (en adelante el “Contrato de Concesión” y/o el “Contrato”).
- 2.5.** La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto:

“Formalizar la Concesión Portuaria otorgada mediante Resoluciones No. 343 y 357 de 2006 a la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A. en los mismos términos: la entrega a la Sociedad Concesionaria del uso y goce en forma temporal y exclusiva de una zona de

uso público sobre la ribera derecha del Río Magdalena con su respectiva zona de maniobra y con la infraestructura existente incluyendo los predios adyacentes, estos últimos de propiedad de Cormagdalena, en el Municipio de Gamarra, Departamento del Cesar, en el sitio conocido como Puerto Capulco, con el fin de desarrollar actividades portuarias”.

INGEPROYECT LTDA, en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010, bajo el número oficio CII-179-RL de fecha 15 de enero de 2021, el alcance CII-183-RL de fecha 18 de enero de 2021, radicados en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena por la Subdirección de Gestión Comercial, bajo el radicado interno No. CI-SGC-202101000129 del 29 de enero de 2021, puso en conocimiento de Cormagdalena el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato Concesión Portuaria No. 10 de 2010, recomendando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por los siguientes hechos.

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 10 DE 2010

- 3.1** El numeral 16.5 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión estableció: *“Cumplir con todas las normas y disposiciones para el control y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien haga sus veces, de conformidad con los términos legales”.*
- 3.2** El numeral 16.13 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión estableció: *“Suministrar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o a quien haga sus veces, los informes o datos que se requieran para ejercer sus funciones de control y vigilancia”.*
- 3.3** El Parágrafo Primero de la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Concesión, estableció que la Sociedad Concesionaria queda sometida a la inspección, vigilancia y control de Cormagdalena y la Superintendencia de Puertos y Transporte, cada una de ellas en lo pertinente a sus funciones, en los términos del Artículo 27 de la Ley 01 de 1991, Artículos 40, 41 y 42 del Decreto 101 de 2000 y Artículo 4 del Decreto 1016 de 2000.
- 3.4** A su vez, la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión, indica que la Sociedad Concesionaria se compromete a acatar los requerimientos y las exigencias legales y contractuales que le formule la Corporación. De igual manera, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena o quien haga sus veces, vigilará, inspeccionará y controlará que la Sociedad Concesionaria cumpla en su totalidad las obligaciones contractuales.
- 3.5** Mediante oficios CCM-020-RL y CCM-040-RL del 17 de octubre de 2019, CCM-129-RL del 30 de diciembre de 2019, CCM-165-RL del 27 de enero de 2020, CCM-220-RL del 25 de febrero de 2020 y CCM-362-RL del 05 de mayo de 2020, la Interventoría

realizó requerimientos al Concesionario para establecer el estado actual de cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo.

- 3.6** Conforme a lo anterior, el informe interventoría que dio lugar al procedimiento administrativo sancionatorio, por el presunto incumplimiento con fines de multa de las obligaciones del contrato Concesión Portuaria No. 10 de 2010, señaló:

“El Concesionario no ha suministrado información respecto de las siguientes obligaciones:

- **Cláusula 16.5:** *“Cumplir con todas las normas y disposiciones para el control y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien haga sus veces, de conformidad con los términos legales” y Cláusula 16.13:* *“Suministrar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o a quien haga sus veces, los informes o datos que se requieran para ejercer sus funciones de control y vigilancia”.*

De acuerdo con lo estipulado en parte considerativa de la Resolución 0606 del 27 de febrero de 2019, expedida por la Superintendencia de Transporte, la información Subjetiva que deben remitir las Sociedades objeto de vigilancia por parte de la Superintendencia de Transporte, es la correspondiente a Situación Contable, Financiera, Administrativa y Jurídica.

Del Informe de incumplimiento presentado por el Consorcio Incoplan Ingeproyect, se evidenció que el Concesionario, solo aportó la información correspondiente a la Situación Financiera, Contable y Administrativa, a través del Certificado No. 560279 del 3 de mayo de 2019, correspondiente a la información FINANCIERO - IFCG2 - Principal para el año 2018, la cual corresponde: CARATULA, POLITICAS CONTABLES, ESTADO SITUACION FINANCIERA, ESTADO DE RESULTADOS, ESTADO DE RESULTADOS INTEGRAL, ESTADO DE FLUJO DE EFECTIVO, ESTADO CAMBIOS EN EL PATRIMONIO y NOTAS Y REVELACIONES. Y el Certificado No. No. 568881 del 3 de mayo de 2019, el cual corresponde a la Información ADMINISTRATIVA Principal para el año 2018, correspondiente a: INFORMACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL, INFORMACIÓN DE EMPLEADOS, INFORMACIÓN SALARIAL, y PERSONAL ADMINISTRATIVO Y OPERATIVO.

De acuerdo con el listado de anexos de información que deben reportar los vigilado por la SuperTransporte al VIGIA, el numeral “xi” del Artículo Sexto de la Resolución 0606 del 27 de febrero de 2019, indica que se deben reportar “Litigios o reclamaciones, indicando el juzgado, la fecha, causa, cuantía, y estado actual de los procesos”.

A la fecha de presentación de este informe, el Concesionario no ha aportado los soportes de la remisión a la Superintendencia de la Información Jurídica correspondiente al año 2018, de acuerdo con lo estipulado en la Resolución 0606 de 2019.

Por otra parte, en consideración a lo estipulado en el Artículo Primero de la Resolución 6299 del 28 de abril del 2020, para la presentación de la información de carácter subjetivo de la vigencia 2019, esta Interventoría, mediante oficios CII-024-RLJ del 19 de octubre, CCM-058-RL del 19 de noviembre y CII-121-RL del 17 de diciembre de 2020 requirió al

Concesionario el envío de información correspondiente a los soportes del envío de la información completa a la Superintendencia a través del Sistema de Supervisión VIGIA.

Mediante correo electrónico del 22 de octubre de 2020, el Concesionario remitió la Financiera mediante Certificado No. 657317 del 25/09/2020 y Administrativa Certificado No. 658129 del 25/09/2020.

El Concesionario no remitió soporte de remisión de la información jurídica a la SuperTransporte, por lo anterior y en atención a lo establecido en el literal K del Artículo Sexto de la Resolución 6299 del 28 de abril de 2020, el Concesionario deberá presentar dicha información.

Por lo anterior, la S.P. Coal Corp S.A. continúa incumplida respecto de su obligación entregar la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación.

- **Cláusula 16.6** “Cumplir con los demás requerimientos que las leyes prevean respecto de otras autoridades de cualquier orden, entre otras, las exigencias que formulen cualquiera de las autoridades competentes, a través de la Corporación o quien haga sus veces”

De acuerdo con el Informe de Incumplimiento presentado por la anterior Interventoría, el Concesionario no aportó material probatorio conducente, pertinente y útil que permitiera verificar el cumplimiento de esta obligación. Es de aclarar que el Concesionario no informó, ni siquiera, si en la actualidad tienen, o no tienen, requerimientos por cumplir respecto de otras Autoridades.

A la fecha de presentación de este informe, la S.P. Coal Corp S.A. no ha aportado la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación, por lo tanto, continúa incumplida respecto de su obligación entregar la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación.

- **Cláusula 16.18** “Corresponde a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA la cancelación oportuna de los servicios públicos tales como energía, gas, acueducto, teléfono, recolección de basuras y demás servicios públicos. Al momento de la reversión, los servicios públicos vinculados a la zona de uso público objeto de la concesión, deberán estar a paz y salvo. La demora en cualquiera de los pagos a que se refiere este numeral se considera como incumplimiento del presente contrato”.

Mediante oficios CCM-058-RL del 19 de noviembre y CII-121-RL del 17 de diciembre de 2020, esta Interventoría requirió al Concesionario el envío de información que permita verificar el cumplimiento de esta obligación en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2020.

A la fecha de presentación de este informe, la S.P. Coal Corp S.A. no ha aportado la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación, por lo tanto, se encuentra incumplida respecto de su obligación entregar la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación.

- **Cláusula 16.26** “Tramitar y obtener todas las licencias y permisos necesarios para las actividades propias del Contrato “.

De la información conocida por la Interventoría, se evidenció que el Concesionario únicamente aportó la Licencia Ambiental 1149 de 14 de noviembre de 2006, modificada por la Resolución No. 0309 del 07 de abril de 2014.

Del informe de incumplimiento presentado por la anterior Interventoría, se evidenció que el Concesionario no ha aportado Licencias y Permisos tales como: *Habilitación como muelle y depósito primario otorgada por la DIAN; ii) Registro de operador portuario ante la Superintendencia de Transporte; iii) Permisos por parte de la autoridad ambiental local tales como, permisos de vertimientos, en caso que aplique; iv) Habilitación de puerto para comercio exterior por parte del Ministerio de Transporte.*

A la fecha de presentación de este informe, la S.P. Coal Corp S.A. no ha aportado la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación, por lo tanto, continúa incumplida respecto de su obligación entregar la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación.”

3.7 Con respecto a la actualización de la información, el informe señaló:

“El Concesionario no ha actualizado la información respecto de las siguientes obligaciones:

- **Cláusula 16.7** “Procurar la protección del medio ambiente y llegado el caso recuperarlo según las instrucciones de las autoridades competentes y adoptar las medidas de preservación sanitaria y ambiental que le sean requeridos de conformidad con el Plan De Manejo Ambiental el cual la Sociedad deberá mantener vigente de conformidad con la Cláusula Décima Octava de este contrato”.

De la información conocida por la Interventoría, se evidenció que el Concesionario únicamente aportó la Licencia Ambiental 1149 de 14 de noviembre de 2006, modificada por la Resolución No. 0309 del 07 de abril de 2014.

Del informe de incumplimiento presentado por la anterior Interventoría, se evidenció que el Concesionario no aportó información.

Respecto del informe de cumplimiento ambiental (ICA) y la respuesta de la autoridad ambiental competente, no se evidenció que el Concesionario haya aportado soporte de la entrega a CORPOCESAR de dichos informes correspondiente a los periodos enero-junio y julio-diciembre de 2019 y enero-junio de 2020.

Mediante oficio CII-024-RLJ del 19 de octubre de 2020, esta Interventoría requirió al Concesionario el envío de información correspondiente a los soportes de presentación ante la ANLA del Informe de Cumplimiento Ambiental (ICA).

A la fecha de presentación de este informe, la S.P. Coal Corp S.A. no ha aportado la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación, por lo tanto, continúa incumplida respecto de su obligación entregar la información actualizada necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación.”

3.8 Con respecto a la información de carácter técnico, el informe señaló:

“En relación a la información de carácter técnico, el Concesionario continua incumplido respecto de la remisión de la información solicitada por la anterior Interventoría, correspondiente, de conformidad con lo estipulado en la Cláusula Décima Séptima⁴ del Contrato No. 10 de 2010, a: Planos en formato digital (DWG) de todas las obras que se desarrollaron o que se vayan a desarrollar, levantamientos topográficos, batimetrías, presupuestos, estudios y diseños, especificaciones técnicas y todos los documentos técnicos de los que disponga el concesionario, de las obras adelantadas o proyectadas en la zona de concesión.

Del informe de incumplimiento presentado por la Interventoría Incoplan Ingeproyect, mediante Oficio CCM-040-RL del 17 de octubre de 2019, dicha Interventoría requirió a la Sociedad Portuaria de Coal Corp S.A, allegar información de carácter técnico que incluía: Planos en formato digital (DWG) de todas las obras que se desarrollaron o que se vayan a desarrollar, levantamientos topográficos, batimetrías, presupuestos, estudios y diseños, especificaciones técnicas y todos los documentos técnicos de los que disponga el concesionario, de las obras adelantadas o proyectadas en la zona de concesión. La misma solicitud se realizó en reunión con el Concesionario, donde manifestaron que toda la información solicitada la poseía Cormagdalena, debido a eso nunca se recibió por parte del Concesionario ningún documento relacionado con la solicitud.

De conformidad con lo informado por el Componente Técnico de esta Interventoría, mediante Oficio CII-066-RL el 26 de noviembre de 2020, se reiteró la solicitud para que el Concesionario remitiera la información técnica antes mencionada, con el fin de conocer el estado de ejecución detallado y tener conciliado con la Interventoría los formatos de reportes de Inversión hasta el 31 de diciembre de 2019, así mismo, se le requirió el RCTO y el Plan de Mantenimientos.

A la fecha de presentación de este informe, el Concesionario no ha aportado la información solicitada.

Por lo anterior, la S.P. Coal Corp S.A. continúa incumplida respecto de su obligación entregar la información necesaria para verificar el cumplimiento de esta obligación.”

3.9 Con respecto a la información contable y financiera, el informe señaló:

“En relación con los soportes contables y financieros relacionados con las actividades del plan de inversión, requeridos por la anterior Interventoría con el propósito de obtener un balance de inversión técnico y financiero, le informamos lo siguiente:

Mediante oficio CCM-340-RL del 21 de abril de 2020, la Interventoría Consorcio Incoplan Ingeproyect requirió al Concesionario la remisión de la totalidad de los

soportes contables relacionados con las actividades del plan de inversión con el propósito de obtener un balance de inversión técnico y financiero.

A través de oficio CII-83-RL del 29 de noviembre de 2020, esta Interventoría requirió al Concesionario la remisión de la totalidad de los soportes contables relacionados con las actividades del plan de inversión con el propósito de obtener un balance de inversión técnico y financiero, a la fecha no se ha recibido esta información.

Mediante oficio CII-78-RL del 27 de noviembre de 2020, esta Interventoría requirió al Concesionario información acerca de los ingresos, costos y cargas mes a mes del año 2020.

Mediante correo electrónico del 2 de diciembre de 2020, el Concesionario remitió un cuadro con las cargas movilizadas e informó:

- Para los ingresos los siguiente "Por otro lado los ingresos operativos resultan de multiplicar los tonelajes manejados por una tarifa que promedio sería cercana a los \$ 15,000 por tonelada, para un total facturado desde enero hasta noviembre del orden de los \$ 862 millones de pesos". De acuerdo por lo informado por el área financiera, esta Interventoría da por no entregada la información de los ingresos ya que lo que se requirió fue el valor contable desde el mes de enero hasta el mes de noviembre de 2020 y no un valor tentativo promedio;
- En atención a los costos, el Concesionario indicó lo siguiente: "Respecto a su solicitud de que entreguemos detalles de los costos de nuestra operación, agradecemos se nos informe los fundamentos de Ingeproyect para solicitar este tipo de información, la cual nunca antes ha sido solicitada y la que nuestra división jurídica considera por fuera del alcance de su gestión de auditoría del contrato de concesión". Es de aclarar que esta solicitud se encuentra dentro de las obligaciones a cargo del interventor de conformidad el literal d del numeral 1.1.2.1. del Contrato 0-235-20205, por lo anterior, se informa que el Concesionario no remitió la información contable detallada mes a mes de los ingresos ni de los costos.

(...)

Por lo anterior, a la fecha de presentación de este informe, la S.P. Coal Corp S.A. no ha aportado la información necesaria que permita verificar y validar las inversiones ejecutadas, por lo tanto, continúa incumplida respecto de su obligación entregar la información necesaria para verificar el cumplimiento de estas obligaciones."

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

Se allegó la póliza de cumplimiento No. 14969, expedida por SegurExpo S.A

Que, dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE-OAJ-202103001396 del 30 de abril de

2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001395 del 30 de abril de 2021, enviada a la Compañía Garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 24 de mayo a las 10:00 a.m., se reprogramó la fecha de audiencia por solicitud del Concesionario.

V. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Audiencia del 25 de junio de 2021

El día 25 de junio de del 202, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia y se hizo referencia a las medidas contempladas por CORMAGDALENA en consideración a la situación de emergencia sanitaria y las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno Nacional con ocasión del COVID-19, recordando a los asistentes las reglas implementadas por la Entidad para la participación virtual en diligencias.

Una vez instalada la audiencia, se le reconoció personería a la doctora DIANA MARCELA ARANNA SUANCHA para actuar como apoderada del Concesionario y a la doctora MARÍA EUGENIA NAVARRO HERNANDEZ, para actuar en calidad de apoderados especiales de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. - ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR.

Continuando con la audiencia, se le otorgó la palabra tanto a la apoderada del Concesionario, como la apoderada de la compañía garante, quienes procedieron a rendir sus descargos en forma verbal.

Concluida la intervención por parte de las apoderadas y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 28 de julio de 2021 a las 10:00 a.m. para la apertura del periodo probatorio.

Audiencia del 28 de julio de 2021

En la sesión de la reanudación de la audiencia, llevada a cabo el día 28 de julio de 2021, se dio apertura al periodo probatorio, incorporando las pruebas documentales aportadas por el Concesionario.

Asimismo, la Oficina Asesora Jurídica, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, decretó de oficio una prueba por informe a cargo de CONSORCIO CARLEP 0121, con miras a esclarecer si el presunto incumplimiento por el no suministro y actualización de información persiste o se encuentra superado.

Así las cosas, se suspendió la audiencia, señalando su reanudación para el 22 de octubre de 2021.

Audiencia del 22 de octubre de 2021

El día 22 de octubre de 2021, se reanudó la audiencia. La Oficina Asesora Jurídica se pronunció respecto de las manifestaciones realizadas por el Concesionario, dentro del término establecido para el efecto, a la prueba por informe presentada por la Interventoría del Contrato a través de la comunicación con No. de radicado CE-CCL0121-134-21.

De igual forma, la Oficina Asesora Jurídica procedió a formular una solicitud de complementación de la prueba por informe a cargo de la interventoría del Contrato, en aras de esclarecer si, tras las mesas de trabajo realizadas entre la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena, el Contratista y la Interventoría del Contrato, oportunamente notificadas al Despacho, se encuentran superados todos y cada uno de los hechos objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

Teniendo en cuenta que se le concedió un término, a la Interventoría del Contrato, de cinco (5) días para presentar las aclaraciones, complementaciones o ajustes decretados, se suspendió la audiencia, señalando su reanudación para el día 19 del mes de noviembre del 2021 a las 10:00 a.m.

Audiencia del 19 de noviembre de 2021

El día 19 de noviembre de 2021, en la reanudación de la audiencia por el presunto incumplimiento con fines de multa de las obligaciones del contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010, se le concedió el uso de la palabra a la Interventoría del Contrato para que presentara de manera sucinta la respuesta a la complementación a la prueba por informe, presentadas mediante comunicación CE-CCL0121-219-21 del 29 de octubre de 2021.

Mediante su intervención, la Interventoría del contrato indicó que, tras las mesas de trabajo realizadas entre la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena, el Contratista y la Interventoría del Contrato, efectivamente *“ya estaban superadas los hechos que inicialmente dieron origen a este proceso sancionatorio con fines de multa”*.

Concluido lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica procedió a dar cierre al periodo probatorio y dar paso a los alegatos finales.

Se le concedió el uso de la palabra a la apoderada del Contratista quien presentó sus alegatos finales de forma verbal y escrita, en los siguientes términos:

“(…) Tal y como se pudo probar durante las mesas técnicas de trabajo con el Consorcio CARLEP-0121 y apoyada en las pruebas por informe de fecha 13 de agosto de 2021 con consecutivo CE- CCL0121-134-21 y 29 de octubre de 2021 con consecutivo CE-CCL0121-219-21, remitidas a la Sociedad Portuaria Coal Corp SA, el 17 de agosto y 16 de noviembre de 2021, respectivamente, dentro de las cuales la mencionada firma de interventoría informa a la Corporación que las causas que dieron origen al presunto incumplimiento son hechos superados, muy respetuosamente solicito se de aplicación a lo indicado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual reza que:

“En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte,

11

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

Es decir que, con base en lo anterior, solicito a la Corporación, se de por terminado el proceso contra mi representada.”

Posteriormente, se le concedió el uso de la palabra a la apoderada de la Compañía Garante, quien procedió a presentar los alegatos finales, solicitando, de manera general que, en virtud de lo establecido en el literal d del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, y como quiera que los hechos del presunto incumplimiento se encuentran superados, se proceda a dar por terminado el procedimiento sancionatorio.

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

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA COAL

12

CORP SA, como a la Compañía Aseguradora SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A, con la finalidad que tanto Contratista como Compañía Aseguradora, durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación CE-OAJ-202103001396 del 30 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001395 del 30 de abril de 202, enviado a la Compañía garante con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la Sociedad Portuaria COALCORP S.A. en virtud del Contrato de Concesión No. 10 de 2010, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (6.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (6.2); el caso en concreto (6.3); y consideraciones finales.

6.1. EL MARCO JURÍDICO

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

6.1.1. Naturaleza jurídica de la multa.

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

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

“En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el

punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: ‘No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual’.”¹

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

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

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

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.”²

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

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

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

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

6.1.2. La interventoría en los contratos estatales

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

La norma establece que *“las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”,* por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración– que ejerza directamente dichos control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, *“(…) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual”*, sin que las labores del interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente, para lo cual se hace necesario remitirse a lo consagrado en la Ley 1474 de 2011.

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

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

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

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

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

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

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

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.”³

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

En este sentido, la Administración tendrá siempre la dirección y control del contrato, como quiera que al interventor no le compete declarar incumplimiento o imponer multas o sanciones, ni realizar actuaciones de ordenador del gasto como es la toma decisiones en

³ Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

la ejecución del contrato o en los procedimientos propios que se deriven de él como son los Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado sostuvo:

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

6.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001396 del 20 abril de 2021 y No. CE-OAJ-202103001395 del 20 abril de 2021, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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

- 6.2.1.** Mediante las Resoluciones No. 343 de 2006, modificada por la Resolución 357 de 2006, se otorgó una Concesión Portuaria a la Sociedad Portuaria del Carare S.A.
- 6.2.2.** La Sociedad Portuaria del Carare S.A. cambió su razón social a Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A.
- 6.2.3.** Mediante Resolución No. 32 del 22 de enero de 2009, Cormagdalena aprobó la cesión de la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A. a favor de la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A de todos los derechos y obligaciones contemplados en las Resoluciones No. 343 de 2006 y No. 357 de 2006.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

6.2.4. El Contrato de Concesión Portuaria No. 10 del 1 de diciembre de 2010 fue suscrito por la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A. (en adelante el “Concesionario”) y Cormagdalena (en adelante el “Contrato de Concesión” y/o el “Contrato”).

6.2.5. La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto:

“Formalizar la Concesión Portuaria otorgada mediante Resoluciones No. 343 y 357 de 2006 a la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A. en los mismos términos: la entrega a la Sociedad Concesionaria del uso y goce en forma temporal y exclusiva de una zona de uso público sobre la ribera derecha del Río Magdalena con su respectiva zona de maniobra y con la infraestructura existente incluyendo los predios adyacentes, estos últimos de propiedad de Cormagdalena, en el Municipio de Gamarra, Departamento del Cesar, en el sitio conocido como Puerto Capulco, con el fin de desarrollar actividades portuarias”

6.2.6. El numeral 16.5 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión estableció: *“Cumplir con todas las normas y disposiciones para el control y vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien haga sus veces, de conformidad con los términos legales”.*

6.2.7. El numeral 16.13 de la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión estableció: “Suministrar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o a quien haga sus veces, los informes o datos que se requieran para ejercer sus funciones de control y vigilancia”.

6.2.8. El Parágrafo Primero de la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato de Concesión, estableció que la Sociedad Concesionaria queda sometida a la inspección, vigilancia y control de Cormagdalena y la Superintendencia de Puertos y Transporte, cada una de ellas en lo pertinente a sus funciones, en los términos del Artículo 27 de la Ley 01 de 1991, Artículos 40, 41 y 42 del Decreto 101 de 2000 y Artículo 4 del Decreto 1016 de 2000.

6.2.9. A su vez, la Cláusula Vigésima Octava del Contrato de Concesión, indica que la Sociedad Concesionaria se compromete a acatar los requerimientos y las exigencias legales y contractuales que le formule la Corporación. De igual manera, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena o quien haga sus veces, vigilará, inspeccionará y controlará que la Sociedad Concesionaria cumpla en su totalidad las obligaciones contractuales.

6.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

“El Concesionario presenta un incumplimiento respecto de su obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión.”

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que, para declarar la imposición de multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato No. 10 de 2010, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de la Sociedad Portuaria COALCORP S.A en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se determinará si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia, por lo que se procederá a analizar el presunto incumplimiento propuesto.

6.3.1. No ha suministrado la información para verificar el cumplimiento de estas obligaciones

El Contrato de Concesión No. 010 de 2010 establece en el numeral 16.13 de la Cláusula Décima Sexta, la obligación por parte del Concesionario de *“Suministrar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o a quien haga sus veces, los informes o datos que se requieran para ejercer sus funciones de control y vigilancia”*.

Así mismo, el Parágrafo Primero de la Cláusula Vigésima Séptima que: *“La Sociedad Concesionaria queda sometida a la inspección, vigilancia y control de CORMAGDALENA y la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE, cada una de ellas en lo pertinente a sus funciones”*.

De acuerdo con la Cláusula Vigésima Octava, el Concesionario está en la obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA para el cumplimiento de sus actividades de inspección y supervisión:

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

A su vez, a la Cláusula Trigésima establece que *“La Sociedad Portuaria Coal Corp S.A., además de las obligaciones previstas en las disposiciones legales actualmente vigentes y las Cláusulas del Contrato Estatal de Concesión Portuaria, deberá acoger las recomendaciones y dar estricto cumplimiento a los requerimientos planteados por la*

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -, la Superintendencia de Puertos y Transporte, Ministerio de Transporte, CORMAGDALENA y demás Autoridades del Sector”

De lo anterior se evidencia la obligación en cabeza del Concesionario de suministrar la información requerida por Cormagdalena para el adecuado cumplimiento de las funciones y obligaciones a su cargo.

En atención al informe de interventoría radicado con el número oficio CII-179-RL de fecha 15 de enero de 2021, el alcance CII-183-RL de fecha 18 de enero de 2021, radicados en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena bajo el radicado interno No. CI-SGC-202101000129 del 29 de enero de 2021, la interventoría INGEPROYECT LTDA concluyó que:

“En el caso concreto, pese a existir la obligación contractual y legal del Concesionario de suministrar toda la información necesaria y suficiente que permita la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, éste: i) no ha dado respuesta alguna a las solicitudes de información relacionadas con la obligación contenida en los numerales 16.5, 16.6, 16.13 y 16.26 de la Cláusula Décima Sexta, y a las solicitudes realizadas por la Interventoría Consorcio Incoplan Ingeproyect, por la Interventoría Ingeproyect y por Cormagdalena, mediante Oficios CCM-040-RL, CCM-291-RL, CCM-344-RL, CCM355-RL, CCM-394-RL, Oficio 202003000905, CII-024-RLJ, CCM-058-RL, CII-121-RL, CII-066-RL, CII-78-RL y CII-83-RL y ii) no ha actualizado la información relacionada con la obligación contenida en los numerales 16.7 de dicha Cláusula.”

No obstante, durante el desarrollo del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio, la Sociedad Portuaria COALCORP S.A. en sus descargos manifestó:

“(…) La interventoría adelantada por el Consorcio Incoplan-Ingeproyect e Ingeproyect Ltda. no es la primera interventoría que Cormagdalena adelanta al Contrato de Concesión No. 10 de 2010, por lo menos se han adelantado más de cinco, en las cuales la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A. siempre ha aportado, una y otra vez, la información solicitada.

Como fácilmente se puede apreciar de los requerimientos efectuados a la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A., no es poca la información, es información cuantiosa y dispendiosa y además, reiterativa año a año, ya que no se limitan a solicitar las actualizaciones de la información ya entregada, sino que nuevamente se solicita íntegramente toda la historia del Contrato de Concesión, ejerciendo sobre el auditado presión para entregar nuevamente información que año a año entrega a las interventorías y documentación que además, Cormagdalena tiene en su expediente.

En razón a lo anterior, no comprendemos como la interventoría o Cormagdalena indica que estamos en incumplimiento de entregar información, cuando de toda la documentación solicitada es importante resaltar que la gran mayoría de ella, como son el contrato de concesión y sus modificaciones, las pólizas o garantías, la documentación relativa a las obras fluviales, los estatutos, las tarifas, el reglamento de operaciones, el PMA y sus modificaciones, el último informe de interventoría, los planos, el pago de las contraprestaciones, el plan de desarrollo y su ejecución hasta el 2019, son documentos

20

e información que reposan en los archivos de Cormagdalena, en contravía del precepto que indica que todas las actuaciones de la administración pública se basen en la eficiencia, la equidad, la eficacia y economía.

De igual forma, la cantidad de requerimientos no aplicables y reiterados al contrato de concesión No. 10 de 2010, tales como, el cumplimiento de tratados o convenios internacionales, sin precisar cual, Código PBIP, Sanidad Portuaria, Contrato de Fiducia Mercantil, habilitación como muelle y depósito primario y habilitación de puerto de comercio exterior, y al mismo tiempo, la ausencia de consulta del expediente en Cormagdalena por parte el interventor, nos llevan a plantear si la calidad del interventor seleccionado resulta idónea ya que denotan de parte del interventor un gran desconocimiento de la materia y del Contrato de Concesión No. 10 de 2010.”

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario.

Habiéndose informado en debida y oportuna forma, a la Oficina Asesora Jurídica, las mesas de trabajo sostenidas entre la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena, el Contratista y la Interventoría del Contrato, se decretó complementación a la prueba por informe a cargo de al Interventoría del Contrato, con miras a esclarecer si los hechos que inicialmente dieron lugar al presunto incumplimiento del contratista persisten o se encuentran superados.

Mediante comunicación del **29 de octubre de 2021, con No. de radicado CE-CCL0121-219-21**, la interventoría actual del Contrato, CONSORCIO CARLEP 0121, dio respuesta a la complementación solicitada a la prueba por informe, en los siguientes términos:

*“(…) Rta:/ Con relación a la respuesta dada al numeral 6 en la prueba por informe del 13 de agosto del 2021, la interventoría hace la siguiente apreciación:
El 11 de agosto enviaron correo electrónico manifestando la entrega de “soportes contables, financieros jurídicos de las inversiones ejecutadas” los cuales no fueron anexados.*

En mesa de trabajo realizada el 18 de agosto 2021 se solicitó al concesionario la entrega de la información contable que soporta las inversiones.

El concesionario mediante comunicado No. CE1879-2021 de fecha 15 de septiembre de 2021 recibido vía mail entregaron facturas del año 2010 al 2016. En correo del 22 de septiembre 2021 hicieron entrega de facturas del año 2010 al 2020.

La interventoría Carlep 0121 mediante carta No. CCL0121 -194 -21 del 27 de septiembre del 2021, da respuesta a la información documental recibida vía mail el 15 de septiembre del presente en los siguientes términos “Danos respuesta a su carta CE-1879 2021 del 12 de agosto del 2021 y habiendo evaluado de modo preliminar la información remitida mediante correo electrónico del día 15 de septiembre a esta Interventoría, nos permitimos solicitar que se consolide la información de los soportes contables allegados en la base de datos adjunta

21.09.15BD COAL CORP B1.xls, diseñada por esta Interventoría como herramienta para poder analizar la información y poder reconocer cifras que sean imputadas al plan de inversión propio del contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010.”

A lo anterior, el Concesionario dio respuesta mediante correo electrónico del 11 de octubre del 2021 enviando la matriz parcialmente diligenciada donde relacionan 547 facturas a lo cual la interventoría dio respuesta mediante carta CE-CCL0121-215-21 de fecha 21 de octubre 2021 para que completaran la información solicitada, para lo cual se dio al concesionario 5 días hábiles a partir del 22 de octubre 2021.

Con base en ello se puede afirmar que el concesionario cumplió con las obligaciones de entregar la información financiera, por lo que el incumplimiento **no persiste**.

En consecuencia conforme a todo lo expuesto en la prueba por informe inicial y al presente alcance, a nuestro juicio los hechos que dieron origen al proceso sancionatorio se encuentran superados.”

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en las conclusiones de la Interventoría sobre el cargo: “El Concesionario presenta un incumplimiento respecto de su obligación de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión” **ha sido actualmente superado.**

6.4. CONSIDERACIONES FINALES

Tras el cierre de la etapa probatoria, se corrió traslado a los Convocados para que realizaran los alegatos de conclusión.

La apoderada de la Sociedad Sociedad Portuaria COALCORP S.A, manifestó:

“Tal y como se pudo probar durante las mesas técnicas de trabajo con el Consorcio CARLEP-0121 y apoyada en las pruebas por informe de fecha 13 de agosto de 2021 con consecutivo CE- CCL0121-134-21 y 29 de octubre de 2021 con consecutivo CE- CCL0121-219-21, remitidas a la Sociedad Portuaria Coal Corp SA, el 17 de agosto y 16 de noviembre de 2021, respectivamente, dentro de las cuales la mencionada firma de interventoría informa a la Corporación que las causas que dieron origen al presunto incumplimiento son hechos superados, muy respetuosamente solicito se de aplicación a lo indicado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual reza que:

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

cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento (Negrillas fuera de texto)”

Es decir que, con base en lo anterior, solicito a la Corporación, se de por terminado el proceso contra mi representada.”

En el mismo sentido, se pronunció la Compañía Aseguradora, coadyuvando los argumentos del Concesionario y solicitando dar por terminado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que, en el presente caso no hay lugar a declarar el incumplimiento parcial con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010, suscrito entre la Sociedad Portuaria Coal Corp S.A. y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, en relación al presunto incumplimiento respecto de la obligación del concesionario de suministrar información suficiente a CORMAGDALENA, o a quien haga sus veces, para el cumplimiento de sus actividades de inspección, control y supervisión, en los términos de los oficios de citación CE-OAJ-202103001396 del 30 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001395 del 30 de abril de 2021, remitido a la Compañía garante con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 10 de 2010.

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervinientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se ORDENARÁ EL CESE Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 10 DE 2010, iniciado a la Sociedad Portuaria **COALCORP S.A.** y a la Compañía **SEGUREXPO S.A.**, por encontrarse superados los hechos que dieron origen a la actuación administrativa, conforme lo faculta el inciso d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuando dispone: “(...) *La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento (...).*”

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CESAR el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra la **SOCIEDAD PORTUARIA COALCORP S.A., NIT. 900245831-0**, en virtud de la suscripción del Concesión Portuaria No. 10 de 2010, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ARCHIVAR las diligencias de carácter sancionatorio iniciadas contra la **SOCIEDAD PORTUARIA COALCORP S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

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 COALCORP S.A.**, y al representante legal y/o apoderado de la **SEGUREXPO S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

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

ARTÍCULO QUINTO: La presente Resolución rige a partir de su expedición.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de 2021.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Alexandra Donado – Abogada OGE 

Revisó: Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ 