

1-221-0

Bogotá, D.C., 23 de julio de 2015

*Privado y confidencial*

Señores

CONSORCIO NAVELENA S.A.S.

La Ciudad

Constructora Norberto Odebrecht S.A.	
Fecha:	14-08-2015
Consecutivo:	
U. A:	Johana

REF.: Concepto jurídico sobre: (i) la naturaleza, la estructura de gobierno corporativo y la institucionalidad de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (en adelante "Cormagdalena") y su incidencia en el desarrollo del proyecto de "Recuperación de la Navegabilidad en el Río Magdalena" (en adelante el "Proyecto"); (ii) las facultades de disposición y manejo de los recursos asignados al Proyecto por parte de Cormagdalena, y (iii) la regulación bajo el contrato de APP suscrito entre **Consortio Navelena S.A.S.** y Cormagdalena (en adelante el "Contrato de APP") en relación con el manejo y disposición de los recursos del Proyecto.

Apreciados Señores:

En días pasados, la sociedad **Consortio Navelena S.A.S.** (en adelante "Navelena") nos manifestó sus inquietudes relacionadas con los riesgos que implican para la financiación y el desarrollo del Proyecto, el hecho que Cormagdalena actúe como entidad contratante bajo el Contrato de Asociación Público Privada (en adelante "APP"). Particularmente, se nos ha pedido emitir un concepto con destino a los Bancos que financiarán el proyecto con el fin de establecer si Cormagdalena, como entidad contratante, puede incidir directamente en el manejo y/o disposición de los recursos del Proyecto (incluyendo pero sin limitarse a las vigencias futuras aprobadas por el Consejo Superior de Política Fiscal (En adelante "Confis") en sesión del 2 de mayo de 2014 e informada el 9 de mayo al Ministerio de Transporte. Habida cuenta de lo anterior y en aras de dar una respuesta comprensiva a las inquietudes planteadas, el presente concepto jurídico se estructurará de la siguiente manera:

1. Marco legal de Cormagdalena
2. Institucionalidad y Funcionamiento de Cormagdalena
3. Diferencias entre Cormagdalena y las CAR's
4. Analogía entre Cormagdalena y otras Empresas Industriales y Comerciales del Estado
5. Naturaleza Jurídica de las Vigencias Futuras
6. Vigencias Futuras bajo el Contrato APP
7. Comparación Cormagdalena – ANI
8. Conclusiones Preliminares de orden legal
9. Marco Contractual del Proyecto
  - 9.1. Recursos asignados al Proyecto
  - 9.2. Estructura del Fideicomiso y esquema de pagos
  - 9.3. Órdenes de Traslado a la Subcuenta Principal
10. Funciones del Director Ejecutivo en relación con la ejecución del Contrato de APP.
11. Manejo transparente, autónomo e independiente de los recursos destinados a la ejecución del Proyecto.
12. Disposición de los recursos de vigencias futuras asignadas al Proyecto.

## CONCLUSIONES

Luego del análisis legal y contractual de todos los elementos que componen el Proyecto que están relacionados con las inquietudes planteadas por el Cliente, concluimos lo siguiente:

- ¿Es Cormagdalena una Corporación Autónoma Regional?

Cormagdalena es una corporación autónoma regional pero tiene su propio régimen jurídico que la diferencia de las corporaciones autónomas regionales. En otras palabras, Cormagdalena y las restantes corporaciones autónomas solo comparten el nombre dado que su régimen jurídico es diferente.

Por mandato expreso de la Constitución, Cormagdalena es regulada por la ley 161 de 1994. Adicionalmente, tratándose de una empresa industrial y comercial del Estado, Cormagdalena está sujeta al régimen de las sociedades anónimas en todo lo que no esté regulado en dicha ley y en sus estatutos.

- ¿Puede liquidarse Cormagdalena?

Cormagdalena, a diferencia de las otras CARs, es una corporación creada por mandato expreso de la Constitución de 1991 (art. 331). En ese orden de ideas, la única forma de liquidar Cormagdalena es por medio de una reforma constitucional mediante los procedimientos que la Constitución determina.

En este sentido, es remota la posibilidad de que Cormagdalena sea objeto de una liquidación.

- ¿Es Cormagdalena una entidad similar a la ANI?

Aunque la ANI, al igual que Cormagdalena, cuente con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, la ANI es una agencia adscrita al Ministerio de Transporte, la cual es controlada por el Gobierno Nacional y su presidente es de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República.

Por otro lado, Cormagdalena goza de autonomía frente al Gobierno Nacional dado que (i) cuenta con una Asamblea Corporativa integrada por diferentes entidades del orden nacional como departamental, (ii) cuenta con una Junta Directiva compuesta por una mayoría de entidades que no hacen parte del Gobierno Nacional y (iii) el Director Ejecutivo es elegido por Junta Directiva de una terna presentada por el Presidente.

En este sentido, Cormagdalena y la ANI son entidades que gozan de una naturaleza distinta, sobre todo, porque la ANI depende absolutamente del Gobierno Nacional mientras que Cormagdalena goza de autonomía frente al Gobierno Nacional.

- ¿Cómo se aprueba el presupuesto de Cormagdalena?

Anualmente, la Junta Directiva de Cormagdalena expide una resolución en la cual aprueba y adopta el presupuesto anual de ingresos, gastos e inversiones para el respectivo año. Así mismo, el Director Ejecutivo es el responsable de ejecutar el presupuesto de Cormagdalena.

Dentro del presupuesto anual, la Junta Directiva deberá incluir las partidas correspondientes al Proyecto. En relación con los recursos de vigencias futuras destinadas al proyecto, la Junta Directiva deberá incorporarlas al presupuesto de Cormagdalena y destinarlas exclusivamente al proyecto, de conformidad con lo establecido por el Confis.

- ¿Puede la Junta Directiva tomar decisiones contrarias al beneficio del Proyecto?

El Gobierno Nacional, directa e indirectamente cuenta con un total de 8 de los 17 votos en la Junta Directiva de Cormagdalena. Bajo el supuesto de que la totalidad de los miembros de la Junta Directiva se hagan presentes, el Gobierno Nacional no cuenta con la mayoría suficiente y necesaria para tomar decisiones sin contar con el voto de los restantes miembros de la Junta o para impedir que se adopten por los restantes miembros decisiones contrarias a la voluntad del Gobierno central. No obstante, es razonable suponer que es remoto un escenario en el que la totalidad de los miembros de la Junta Directiva que no hacen parte del Gobierno Nacional se unan para votar en contra de la posición del Gobierno Nacional.

En todo caso, la Junta Directiva de Cormagdalena no tiene la autoridad para tomar una decisión relacionada con un cambio de destinación de los recursos de vigencias futuras asignados al Proyecto, pues una decisión de esta naturaleza iría en contravía de la Ley y, en dicho caso, los funcionarios de Cormagdalena serán objeto de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal.

- ¿Pueden utilizarse los recursos de vigencias futuras para un fin distinto que la ejecución del Proyecto?

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la figura de las vigencias futuras, Cormagdalena no podrá utilizar dichos recursos para un fin distinto al aprobado por el Confis, ya que dichos recursos se encuentran afectados y solamente podrán ser destinados a la ejecución del Proyecto.

- ¿Cuáles serían las sanciones en caso de utilizar los recursos provenientes de vigencias futuras para un fin distinto a la ejecución del Proyecto?

En caso de que un funcionario de Cormagdalena, ya sea el Director Ejecutivo o algún miembro de la Junta Directiva, desvíe los recursos de las vigencias futuras a un fin distinto a la ejecución del Proyecto, el funcionario será sujeto de sanciones penales por delitos como prevaricato por acción o peculado. Así mismo será sujeto a título personal de

sanciones disciplinarias por parte de la Procuraduría al igual que sanciones patrimoniales por responsabilidad fiscal en el caso de la Contraloría.

- ¿Los recursos del Proyecto pueden ser utilizados para un fin distinto a la ejecución del Proyecto?

Los recursos de las diferentes fuentes siempre se encontrarán a salvo frente a cualquier irregularidad ya que según su naturaleza jurídica, dichos recursos solo podrán ser utilizados para la ejecución del Proyecto.

En este sentido, desde un punto de vista jurídico, contando con la ley aplicable y el Contrato de APP, Cormagdalena no cuenta con la autoridad legal ni contractual para destinar los recursos del Proyecto a fin distinto.

## DESARROLLO DEL CONCEPTO

### 1. Marco Legal de Cormagdalena

La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - Cormagdalena, debe su creación al artículo 331 de la Constitución Política en el que se dispone lo siguiente:

“Artículo 331. Créase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena encargada de la recuperación de la navegación, de la actividad portuaria, la adecuación y la conservación de tierras, la generación y distribución de energía y el aprovechamiento y preservación del ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables. La ley determinará su organización y fuentes de financiación, y definirá en favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación.”

Resulta relevante aclarar que aunque Cormagdalena es una Corporación Autónoma Regional (CAR), no está sometida a las normas que regulan las CAR. Al respecto, la Ley 99 de 1993, en su artículo 23 establece explícitamente que Cormagdalena tendrá su propio régimen jurídico:

“Artículo 23°.- Naturaleza Jurídica. Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente. **Exceptúese del régimen jurídico aplicable por esta Ley a las Corporaciones Autónomas Regionales, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución Nacional, cuyo régimen especial lo establecerá la ley.**” (Negrilla por fuera del texto original).

El régimen de Cormagdalena se encuentra consagrado en la ley 161 de 1994. Dicha norma establece en su artículo 1° lo siguiente:

**“Artículo 1º. Organización y Naturaleza Jurídica. Organízase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, cuya sigla será Cormagdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución Política, como un ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotado de personería jurídica propia, el cual funcionará como una Empresa Industrial y Comercial del Estado sometida a las reglas de las Sociedades Anónimas, en lo no previsto por la presente Ley.”**(Negrilla fuera del texto original)

En relación con el régimen jurídico aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, dentro de las cuales se incluye a Cormagdalena, cabe mencionar que el artículo 93 de la ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

**“Artículo 93º.- Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado.”** (Negrilla por fuera del texto original).

Adicionalmente, la Corte Constitucional en su sentencia C-691 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se ha referido explícitamente al régimen jurídico que cobija los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado y al respecto ha señalado que: (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica, y (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado y se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico.

El objeto de Cormagdalena se encuentra estipulado en el artículo 4 del Decreto 790 de 1995 el cual aprueba los Estatutos Cormagdalena. Dicho artículo dispone:

**“Artículo 4º. Objeto. La Corporación tendrá como objeto la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria, la adecuación y conservación de tierras, la generación y distribución de energía así como el aprovechamiento sostenible y la**

preservación del medio ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables.”

Asimismo, el artículo 8 de los estatutos establece las funciones de Cormagdalena, dicha norma señala lo siguiente:

“Artículo 8º. Funciones y facultades. La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena Cormagdalena, tendrá las siguientes funciones y facultades, entre otras asignadas por la Ley 161 de 1994

“1. Elaborar, adoptar, coordinar y promover la ejecución de un plan general para el desarrollo de sus objetivos, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes sectoriales.

“2. Participar en la preparación y definición de los planes y programas de desarrollo de las entidades territoriales, regionales o sectoriales comprendidas en su jurisdicción en las materias relacionadas con su objeto, a través de convenios y programas de cofinanciación, con el fin de asegurar la realización de las actividades que se contemplan en los planes adoptados por la Corporación.

“3. Formular y adoptar mecanismos para la coordinación y ejecución de sus planes, programas y proyectos, por parte de las entidades públicas y privadas delegatarias, concesionarias o contratistas, así como para su evaluación, seguimiento y control, dentro de la órbita de sus competencias.

“4. Promover y facilitar la participación comunitaria en los procesos de toma de decisiones y en las acciones de ejecución de los planes y programas de la Corporación, mediante la celebración de convenios.

“5. Asesorar administrativa, técnica y financieramente, a través de convenios y programas de cofinanciación, a las entidades territoriales de su jurisdicción en las actividades que contribuyan al objeto de la Corporación.

“6. Promover, impulsar y asistir técnica y financieramente la formación y actividades de asociaciones, cooperativas y toda clase de agrupaciones comunitarias que persigan el desarrollo y la explotación adecuada de los recursos ictiológicos y agrícolas en el área de actividades de la Corporación, dentro de los parámetros de protección de los recursos naturales y del medio ambiente.

“7. Promover y participar en la creación de sociedades portuarias en las poblaciones ribereñas del río Magdalena, que contribuyan a desarrollar el servicio del transporte

fluvial y su integración con otros medios complementarios, en concordancia con el Plan Sectorial de Transporte. Para el efecto, previa aprobación de la Junta Directiva, la Corporación podrá otorgar concesiones o aportar las instalaciones y equipos de su patrimonio.

"8. Participar en sociedades o asociaciones que se creen y organicen con o sin participación de personas privadas, para cumplir más adecuadamente con sus funciones, o para objetos análogos complementarios.

"9. Ejercer las funciones correspondientes a la Dirección General de Transporte Fluvial y de la Cuenca Fluvial del Río Magdalena del Ministerio de Transporte, para los efectos de la navegación y la actividad portuaria en la totalidad del río Magdalena y sus conexiones fluviales dentro del área de su jurisdicción, excepto las relativas a la reglamentación y control del tráfico fluvial, que continuará siendo de competencia de dicha dirección.

"10. Ejercer las funciones que otras entidades públicas le deleguen, siempre y cuando sean compatibles con las funciones de que trata el numeral 2 ó que contribuyan a su ejercicio.

"11. Fomentar y apoyar financieramente la adecuación y explotación de las posibilidades que para la recreación social, ofrecen el río Magdalena y sus zonas aledañas.

"12. Adoptar las disposiciones necesarias para la preservación del equilibrio hidrológico de la cuenca, conforme a las disposiciones medioambientales superiores y en coordinación con las Corporaciones Autónomas Regionales encargadas de la gestión medio ambiente en el área de su jurisdicción.

"13. Ejecutar y promover la ejecución de proyectos de generación y distribución de energía eléctrica, conforme a las normas legales, al Plan de Expansión Eléctrica, a las decisiones superiores y a las políticas sectoriales.

"14. Promover el aprovechamiento sostenible de los recursos hidrobiológicos y demás recursos naturales renovables, conforme a las políticas nacionales y con sujeción a las normas superiores y adelantar programas empresariales que involucren a la comunidad ribereña y propendan por el aumento de su nivel de vida.

"15. Las inversiones que efectúe la Corporación en reforestación de las cuencas hidrográficas del río Magdalena, tendrán en cuenta criterios objetivos, como proporción a la extensión ribereña sobre el río que corresponda al respectivo

municipio, grado de contaminación, nivel económico de los propietarios, con prioridad en los municipios de NBI más elevado, etc.

“Parágrafo 1.- La Corporación acordará con las entidades que están ejecutando obras, programas o funciones en el ámbito de sus actividades, el procedimiento para asumirlas directamente o establecer la delegación correspondiente.

“Parágrafo 2.- La Corporación podrá adelantar, en convenio con las administraciones municipales o distritales o con las corporaciones autónomas regionales, programas de adecuación de áreas urbanas en zonas de alto riesgo, tales como control de erosión, manejo de cauces y reforestación; así como podrá administrar, manejar, operar y mantener las obras ejecutadas o aquellas que le aporten o entreguen los municipios o distritos para esos efectos, en el área de su jurisdicción.”

De conformidad con el ordenamiento corporativo, los órganos corporativos de Cormagdalena son los siguientes: (i) la Asamblea Corporativa, (ii) la Junta Directiva y, finalmente, (iii) el Director Ejecutivo quien es a su vez el Representante Legal.

Las funciones de la Asamblea Corporativa se encuentran reguladas en el artículo 11 de los estatutos sociales de Cormagdalena, que disponen lo siguiente:

“Artículo 11. Funciones de la Asamblea Corporativa. La Asamblea Corporativa ejercerá las siguientes funciones:

“1. Adoptar los estatutos de la Corporación, sus reglamentos de funcionamiento y sus reformas, para someterlos a la aprobación del Presidente de la República.

“2. Conocer el informe de gestión y el balance bienal de la Corporación y sus anexos, efectuar la evaluación de la gestión de la Corporación y formular las recomendaciones y correctivos que sean necesarios.

“3. Trazar y adoptar las políticas y directrices generales que orientarán la acción de la Corporación.

“4. Elegir los delegados de los municipios a la Junta Directiva.

“Parágrafo 1.- La Asamblea Corporativa se reunirá ordinariamente por lo menos una (1) vez al año en el mes de noviembre para lo cual será citada por el Director Ejecutivo. Extraordinariamente podrá ser convocada por la Junta Directiva o por el

Presidente de la República en cualquier tiempo. Para que la Asamblea Corporativa sesione válidamente se requiere la acreditación de la mayoría absoluta de sus integrantes.”

Conforme al artículo citado, corresponde a la Asamblea de la Corporación dictar las políticas y directrices de la entidad.

Las funciones de la Junta Directiva de Cormagdalena se encuentran reguladas en el artículo 14 de los estatutos sociales, que disponen lo siguiente:

“Artículo 14. Funciones de la Junta Directiva. Son funciones de la Junta Directiva de la Corporación las establecidas en el artículo 14 de la Ley 161 de 1994:

- “1. Desarrollar y aplicar las políticas y directrices generales determinadas por la Asamblea Corporativa para la gestión de la Corporación.
- “2. Determinan la planta de personal dictar el reglamento interno y el manual de funciones.
- “3. Definir la política administrativa de la entidad y aprobar los planes, programas y proyectos de la misma.
- “4. Autorizar la participación de la Corporación en las sociedades y asociaciones que se creen y organicen para el mejor cumplimiento de los objetivos de la primera y análogas o complementarios.
- “5. Aprobar y adoptar el presupuesto anual de ingresos, gastos e inversiones, que incluirá las asignaciones correspondientes a la planta de personal adoptadas.
- “6. Aprobar la adquisición o disposición de los bienes inmuebles de la Corporación.
- “7. Establecer la cuantía a partir de la cual, los contratos o convenios que celebre el Director Ejecutivo, requieren aprobación previa de la Junta.
- “8. Autorizar al Director Ejecutivo, para delegar sus funciones en otros funcionarios de la Corporación.
- “9. Autorizar al Director Ejecutivo, para transigir, someter a arbitramento o para suscribir compromisos, en relación con las controversias o litigios en que la Corporación sea parte.

“10. Ejercitar todas las funciones y expedir todos los actos que sean indispensables para el cumplimiento de las funciones y facultades de la corporación.

“11. Nombrar o remover al Director Ejecutivo de la Corporación, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley.

“Parágrafo. La Junta Directiva de la Corporación reglamentaría la asistencia a las sesiones de la Asamblea Corporativa de Representantes de asociaciones comunitarias que desarrollen actividades relacionadas con el objeto de la Corporación, tales como pescadores artesanales, usuarios campesinos, comunidades indígenas, etc.”

Por su parte, el Director Ejecutivo tiene como funciones las siguientes conforme a los al artículo 24 de los estatutos sociales de Cormagdalena:

“Artículo 24. Funciones del Director Ejecutivo. Son funciones del Director Ejecutivo las señaladas en las leyes, en los reglamentos y en los presentes estatutos. En particular le corresponden las siguientes:

“1. Dirigir, coordinar las actividades de la entidad y ejercer su representación legal.

“2. Cumplir y hacer cumplir las decisiones y acuerdos de la Junta Directiva.

“3. Presentar para estudio y aprobación de la Junta Directiva, los planes y programas que se requieran para el desarrollo del objeto de la Corporación, y el proyecto de presupuesto, así como los proyectos de organización administrativa y de planta de personal de la misma.

“4. Presentar a la Junta Directiva los proyectos de reglamento interno.

“5. Ordenar los gastos, dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios que se requieran para el normal funcionamiento de la entidad.

“6. Constituir mandatarios o apoderados que representen la Corporación en asuntos judiciales y demás de carácter litigioso.

“7. Delegar en funcionarios de la entidad el ejercicio de algunas funciones, previa autorización de la Junta Directiva.

“8. Nombrar y remover el personal de la Corporación.

“9. Administrar y velar por la adecuada utilización de los bienes y fondos que constituyan el patrimonio de la Corporación.

“10. Presentar a la Junta Directiva los informes que le sean solicitados sobre la ejecución de los planes y programas de la Corporación, así como sobre su situación financiera, de acuerdo con los estatutos.

“11. Las demás funciones que le señale la Junta Directiva.”

El Director ejecutivo será elegido según lo dispuesto en el artículo 20 y 21 de los estatutos:

“Artículo 20. Director Ejecutivo. El Director Ejecutivo de la Corporación será el representante legal, elegido por votación de las dos terceras partes de los miembros de la Junta Directiva, de lista de cinco (5) candidatos presentada por el Presidente de la República. La Junta Directiva igualmente elegirá a los directores seccionales de la Corporación”.

“Artículo 21. Calidades del Director Ejecutivo. Para ser nombrado Director Ejecutivo de la Corporación, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

“1. Título profesional universitario, y

“2. De formación avanzada o de postgrado, o su equivalencia de tres (3) años de experiencia profesional.

“3. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la ley.”

De conformidad con la normatividad estatutaria antes anotada, es de resaltar que la **Asamblea Corporativa no tiene autoridad administrativa, por lo que en principio y, desde un análisis puramente contractual, la Asamblea Corporativa no puede ingerir en el desarrollo del Proyecto.**

Ahora bien, es la Junta Directiva el órgano colegiado que tiene la autoridad para regir la administración de Cormagdalena y, a su representante legal, le corresponde seguir y ejecutar los lineamientos que determine la Junta Directiva.

En este sentido, para efectos del presente Concepto toma especial relevancia la normatividad estatutaria de la Junta Directiva de Cormagdalena que se cita a continuación:

“Artículo 15. Reuniones. Las reuniones de la Junta Directiva serán ordinarias y extraordinarias.”

“Artículo 16. Reuniones ordinarias. La Junta Directiva se reunirá al menos una vez, cada dos (2) meses, previa convocatoria realizada por el Director Ejecutivo por lo menos con antelación no inferior a 15 días calendario.

“En las reuniones ordinarias se tratará lo contenido en el orden del día. No obstante, podrá considerarse cualquier asunto de los que legal y estatutariamente le corresponde.”

“Artículo 17. Reuniones extraordinarias. Las reuniones extraordinarias de la Junta Directiva, podrán ser convocadas en cualquier tiempo, por su Presidente, o el Director Ejecutivo de la Corporación, con antelación no inferior a 15 días.

“Quien convoque a reuniones extraordinarias, deberá indicar previamente los motivos de citación y los asuntos que serán sometidos su consideración.

“Parágrafo. A las reuniones de la Junta Directiva, podrán ser invitadas aquellas personas que la Junta determine, cuando se considere que los temas a tratar así lo requieran.”

“Artículo 18. Quórum y votación La Junta Directiva podrá reunirse, deliberar y tomar sus decisiones válidamente con la asistencia de la mitad más uno de sus miembros.” (Negrilla por fuera del texto original)

Por otro lado, en cuanto a la transparencia de Cormagdalena y frente a la responsabilidad personal que asumen los miembros de la Junta Directiva así como el mismo Director Ejecutivo, resulta importante resaltar que aunque Cormagdalena deba someterse a las normas de derecho privado, ésta corporación hace parte de la rama ejecutiva del Estado. En este sentido, tanto los miembros de la Junta Directiva como los restantes funcionarios de Cormagdalena, deben someterse a aquello establecido en la ley 610 de 2000 la cual regula los procesos de responsabilidad Fiscal ante la Contraloría.

El artículo primero de la citada norma señala lo siguiente:

“Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando

en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”

En este orden de ideas, la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Es importante tener en cuenta que el proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana.

Por otro lado, los miembros de la Junta y los funcionarios de Cormagdalena también están sometidos a responsabilidad disciplinaria ante la Procuraduría. Dichos procesos están consagrados en la ley 734 de 2002 en la cual se expidió el Código Disciplinario Único.

Dicha norma establece lo siguiente:

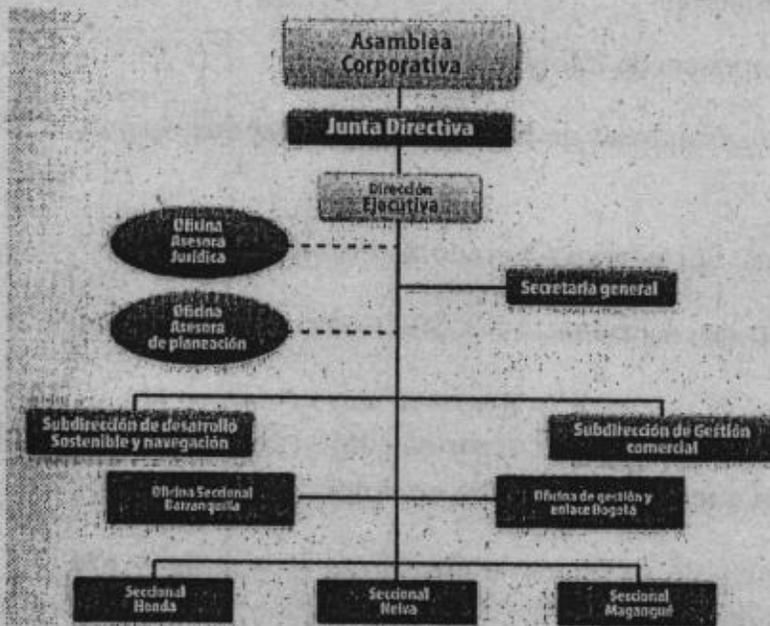
**“ARTÍCULO 3o. PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE.** La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.”

**“ARTÍCULO 22. GARANTÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.** El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.”

Así las cosas, la Procuraduría podrá iniciar procesos disciplinarios a cualquier funcionario de Cormagdalena cuando éste incurra en una falta disciplinaria y, por lo tanto, de lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente. Dicha falta disciplinaria ocurrirá a partir de la incursión en cualquier conducta o comportamiento que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

## 2. Institucionalidad y funcionamiento de Cormagdalena

Como ya se desglosó, la ley 161 de 1994 reglamenta el funcionamiento de Cormagdalena y su estructura de gobierno corporativo, así:



Fuente: Cormagdalena.com.co

La dirección y administración de la corporación está a cargo de una Asamblea Corporativa, una Junta Directiva y un Director Ejecutivo, quien es a su vez su representante legal.

La Asamblea Corporativa de Cormagdalena está integrada por:

1. Un delegado del Presidente de la República, quien la preside.
2. Un delegado del Ministro de Gobierno.
3. Un delegado del Ministro del Medio Ambiente.
4. Un delegado del Ministro de Minas y Energía.
5. Un delegado del Ministro de Agricultura.
6. Un delegado del Ministro de Transporte.
7. Un delegado del Director del Departamento Nacional de Planeación Nacional.
8. El Gerente General del Himat.
9. Un delegado de la Presidencia de Ecopetrol:
10. Un representante de las Empresas de Navegación Fluvial que operan en el Río Magdalena.
11. Un representante de las Sociedades Operadoras Portuarias.
12. Un Representante de las Agremiaciones Sindicales de Braceros y Coteros Portuarios.
13. Los gobernadores de los once (11) departamentos ribereños o sus delegados, lo que implica que cada uno tendrá un voto.
14. Los alcaldes de los municipios comprendidos dentro de la jurisdicción de la Corporación o sus delegados.
15. Los directores de las corporaciones autónomas regionales, cuya comprensión territorial coincida parcial o totalmente con la jurisdicción de la Corporación.

La Asamblea Corporativa de Cormagdalena ejerce las siguientes funciones consagradas en el artículo 12 de la ley 161 de 1994:

- (i) Adopta los estatutos de la corporación, sus reglamentos de funcionamiento y sus reformas, para someterlos a la aprobación del Presidente de la República.
- (ii) Conoce el informe de gestión y el balance bienal de la Corporación y sus anexos, efectúa la evaluación de la gestión de la corporación y formula las recomendaciones y correctivos que sean necesarios.
- (iii) Traza y adopta las políticas y directrices generales que orientan la acción de la corporación.
- (iv) Elige los delegados de los municipios a la junta directiva.

En este sentido, la Asamblea Corporativa tiene su actuar claramente limitado en el sentido de que no cuenta con la autoridad para administrar a Cormagdalena y por lo tanto no cuenta con la capacidad de afectar la destinación de los recursos que administra la Corporación. Así, la Asamblea no tiene la facultad de afectar los recursos del Proyecto o de alguna manera ejercer sus funciones con el objetivo de que Cormagdalena impida la ejecución del Proyecto.

Por su parte, la Junta Directiva de la Corporación está integrada por:

1. El Presidente de la República o su delegado.
2. El Ministro de Minas y Energía o el Viceministro.
3. El Ministro de Agricultura o el Viceministro.
4. El Ministro de Transporte o el Viceministro.
5. El Ministro del Medio Ambiente o el Viceministro.
6. El Ministro de Comercio Exterior o el Viceministro.
7. El Presidente de Ecopetrol.
8. Tres (3) gobernadores de los departamentos ribereños, elegidos a razón de uno por cada una de las secciones geográficas del río (alto, medio y bajo Magdalena).
9. Seis (6) alcaldes de los municipios ribereños, elegidos a razón de dos (2) por cada una de las secciones geográficas del río (alto, medio y bajo Magdalena).

10. Un representante de los gremios de la navegación fluvial elegido por la Asamblea Corporativa.

El artículo 14 de la ley 161 dispone las funciones de la Junta Directiva, de las cuales se resaltan las siguientes:

(i) Desarrollar y aplicar las políticas y directrices generales, determinadas por la Asamblea Corporativa, para la gestión de la Corporación; (ii) Dictar el reglamento interno y el manual de funciones; (iii) **Adoptar el presupuesto anual de ingresos, gastos e inversiones, que incluirá las asignaciones correspondientes a la planta de personal adoptadas;** (iv) Establecer la cuantía a partir de la cual, los contratos o convenios que celebre el director ejecutivo, requieren aprobación previa de la junta; (v) **Ejercitar todas las funciones y expedir todos los actos que sean indispensables para el cumplimiento de las funciones y facultades de la corporación y las demás que le asignen los estatutos.**

Por último, el Director Ejecutivo será el representante legal de la misma y ejercerá las funciones que le asignen los estatutos y las especiales que le delegue la Junta Directiva de conformidad con esta Ley y será elegido por votación de las dos terceras partes de sus miembros de lista de cinco (5) candidatos presentadas por el Presidente de la República.

De conformidad con la autoridad legal y estatutaria de Cormagdalena, se entiende que el órgano rector de la administración de la entidad es la Junta Directiva y que el representante legal es el ejecutor de la administración.

Ahora bien, en relación con la existencia de mecanismos que garanticen una mayor transparencia en la toma de decisiones de carácter financiero al interior de Cormagdalena, dicha entidad cuenta dentro de su organigrama con la Oficina de Gestión y enlace en Bogotá, a la cual le han sido asignadas las siguientes funciones, entre otras:

*“Son funciones de la oficina de Gestión y Enlace Bogotá de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena son las siguientes:*

*(...)*

*2. Realizar en coordinación con la Secretaría General los trámites de orden financiero y presupuestal que deban realizarse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y otros organismos competentes, protegiendo los intereses de la Corporación.”*

Como se puede apreciar, la Oficina de Gestión y enlace en Bogotá es la dependencia encargada de coordinar con el Ministerio de Hacienda aquellos trámites de carácter financiero y presupuestal que deba surtir Cormagdalena ante dicho Ministerio, como es el caso de la transferencia de los recursos de vigencias futuras destinados al Proyecto de conformidad con el Contrato de APP y el Confis. De esta manera, sin perjuicio de las facultades asignadas al representante legal de Cormagdalena, para todos los temas relacionados con la transferencia de las vigencias futuras hacia el Proyecto, los trámites presupuestales correspondientes deberán ser adelantados por la Oficina de Gestión en Bogotá. En este orden de ideas, esta oficina jugará un papel importante en la ejecución del Proyecto. Ahora bien, es importante tener en cuenta que dicha oficina no es autónoma, sino que deberá actuar de conformidad con las instrucciones impartidas por el Director Ejecutivo

Con base en lo anterior y para tener mayor claridad sobre el funcionamiento interno de Cormagdalena, a continuación se formulan una serie de preguntas con sus respectivas respuestas:

- ¿Quién administra Cormagdalena?

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 y 24 de los estatutos sociales, la administración de Cormagdalena es ejercida por la Junta Directiva. El Director Ejecutivo tiene como función ejecutar y desarrollar las directrices que disponga la Junta Directiva en su condición de representante legal.

En este sentido y desde un punto de vista de gobierno corporativo, es la Junta Directiva y el Representante Legal los entes que tienen capacidad de disposición sobre los recursos de Cormagdalena. Así, son estos dos los que deben velar por la ejecución del Proyecto.

• ¿Cómo se adoptan decisiones dentro de Cormagdalena?

Teniendo en cuenta que la Ley 161 de 1994 no hace referencia directa a la manera en la cual se deben tomar las decisiones en la Junta Directiva de Cormagdalena, es necesario remitirse a los estatutos de la Corporación y a las normas del derecho privado, más concretamente a las que se refieren a las sociedades anónimas, toda vez que, como se explicó anteriormente, Cormagdalena se asemeja a una sociedad industrial y comercial del Estado.

Las atribuciones de la Junta Directiva están establecidas en los estatutos de Cormagdalena que fueron aprobados mediante el Decreto 790 de 1995. En relación con este tema, es importante recordar los siguientes artículos de dichos estatutos:

“Artículo 15. Reuniones. Las reuniones de la Junta Directiva serán ordinarias y extraordinarias.”

“Artículo 16. Reuniones ordinarias. La Junta Directiva se reunirá al menos una vez, cada dos (2) meses, previa convocatoria realizada por el Director Ejecutivo por lo menos con antelación no inferior a 15 días calendario.(...)”

“Artículo 18. Quórum y votación La Junta Directiva podrá reunirse, deliberar y tomar sus decisiones válidamente con la asistencia de la mitad más uno de sus miembros.” (Negrilla por fuera del texto original)

La Junta Directiva de Cormagdalena está compuesta por 17 miembros. De manera que el quórum deliberatorio de la Junta Directiva se compone con la presencia de al menos 9 de sus miembros. Por su parte, la mayoría decisoria en las reuniones de la Junta Directiva consiste en la mitad más uno de los votos presentes en la reunión.

En este sentido, asumiendo la presencia en Junta Directiva de la totalidad de sus miembros, la mayoría decisoria es de 9 miembros.

Ahora bien, es importante señalar que en la Junta Directiva el Gobierno Nacional cuenta con seis (6) votos directos, a saber:

1. El de presidente de la República o su delegado
2. Los de cinco (5) ministerios

Adicionalmente, el Gobierno Nacional cuenta con dos votos que aunque no directos, es razonable asumir que hacen parte de la votación del Gobierno Nacional:

3. Ecopetrol
4. El representante de la Naviera Fluvial Colombiana, el señor Víctor Peña Visbal.

En este sentido, el Gobierno Nacional, directa e indirectamente cuenta con un total de 8 votos en la Junta Directiva de Cormagdalena. Los nueve (9) votos restantes en la Junta Directiva están en cabeza de: las gobernaciones de Cundinamarca, Santander y Bolívar, las alcaldías de Girardot, Purificación, Barrancabermeja, Gamarra, Cicuco y San Martín de Loba.

Así, bajo el supuesto de que la totalidad de los miembros de la Junta Directiva se hagan presentes, el Gobierno Nacional no cuenta con la mayoría suficiente y necesaria para tomar decisiones sin contar con el voto de los restantes miembros de la Junta o para impedir que se adopten por los restantes miembros decisiones contrarias a la voluntad del Gobierno central. No obstante es razonable suponer que es remoto un escenario en el que la totalidad de los miembros de la Junta Directiva que no hacen parte del Gobierno Nacional se unan para votar en contra de la posición del Gobierno Nacional, sobre todo en un tema relacionado con la ejecución del Proyecto.

En todo caso, como se explicará más adelante, la **Junta Directiva de Cormagdalena no tiene la autoridad para tomar una decisión relacionada con un cambio de destinación de los recursos de vigencias futuras asignados al Proyecto, pues una decisión de esta naturaleza iría en contravía de la Ley.**

- ¿Cómo se administra el presupuesto de Cormagdalena?

Cormagdalena cuenta con autonomía presupuestal y financiera. En ese orden de ideas, como ya se mencionó, es función de la Junta Directiva aprobar y adoptar

el presupuesto anual de ingresos, gastos e inversiones, que incluirá las asignaciones correspondientes a la planta de personal.

Por otro lado, el Director Ejecutivo debe presentar a la Junta Directiva el presupuesto de ingresos y gastos de la corporación conforme a las cuantías definidas por el Confis, para sus observaciones, modificaciones y refrendación.

A manera de ejemplo, para el año en curso, mediante acuerdo 185 de 2014 la Junta Directiva de Cormagdalena aprobó la resolución 001 de 2015: "Por medio del cual se adopta y desagrega el Presupuesto Anual de Ingresos y Gastos para la Vigencia Fiscal 2015 de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena — CORMAGDALENA". En esta resolución se marca el presupuesto de la corporación aprobado por el Confis, estableciendo así mismo el destino específico de sus recursos.

Para el caso que nos ocupa, todos los recursos destinados a la ejecución del proyecto deberán estar reflejados en las resoluciones de la Junta Directiva. Por un lado, los recursos de terceras fuentes provenientes del Sistema General de Regalías, Ecopetrol y el Departamento de Antioquia, que deberán ingresar al presupuesto de Cormagdalena desde el inicio del proyecto, deberán estar incluidos en dichas resoluciones. Por otro lado, teniendo en cuenta que las vigencias futuras que han sido asignadas al Proyecto, que representan el grueso de los recursos, empezarán a desembolsarse a partir del año 2019, en el presupuesto de este año de Cormagdalena no se hace alusión a dichos recursos, pero en el presupuesto del 2019 deberá hacerse alusión a los recursos del Proyecto y a la destinación de los mismos.

- ¿Qué mecanismos existen para evitar la corrupción y garantizar la transparencia de la entidad?

Cormagdalena y sus funcionarios deben someterse a lo dispuesto en el Estatuto Anti-Corrupción (Ley 1474 de 2011), en la medida en que la Entidad gestiona recursos públicos. En este sentido, los miembros de la Junta Directiva, el Director Ejecutivo y en general todos los funcionarios de Cormagdalena, son objeto de escrutinio por la Procuraduría General de la Nación como por la Contraloría.

Adicionalmente, el artículo 9 que señala que cada cuatro (4) meses se deberá publicar en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave. Los informes pormenorizados del estado de control interno se encuentran disponibles en la página web de la Corporación, [www.cormagdalenacom.co](http://www.cormagdalenacom.co)

Por otro lado, como ya se mencionó anteriormente, los funcionarios de Cormagdalena podrán ser sujetos de procesos de responsabilidad fiscal adelantados por la Contraloría.

En este sentido, en caso de que un funcionario de Cormagdalena genere daños al patrimonio público como consecuencia de una conducta dolosa o culposa, la Contraloría podrá exigir un resarcimiento de los daños mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Asimismo, los funcionarios de Cormagdalena también están sujetos a la ley 734 de 2000 la cual establece los proceso disciplinarios en cabeza de la Procuraduría. Así las cosas, la Procuraduría podrá iniciar un proceso disciplinario a cualquier funcionario de Cormagdalena cuando éste incurra en una falta disciplinaria.

Para efectos del presente concepto resulta especialmente relevante tener en cuenta el numeral 22 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, el cual enumera las conductas consideradas como faltas disciplinarias gravísimas:

**“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS.** Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

22. Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes.”

En este orden de ideas, cualquier funcionario de Cormagdalena que destine recursos de vigencias futuras que no hayan sido debidamente autorizadas, incurrirá en una falta disciplinaria gravísima que tendrá como consecuencia de

destitución e inhabilidad general, sin perjuicio de cualquier otra sanción patrimonial o penal pertinente.

Por su parte, Cormagdalena expidió a principios de este año el "Plan Anticorrupción y atención al ciudadano 2015". Entre las diferentes estrategias mediante las cuales Cormagdalena pretende disminuir la corrupción en la entidad, resaltan las siguientes:

- (i) A través de la oficina de Control Interno realizará el Plan Anual de Auditorías con el cual se pretende evaluar, diagnosticar y mejorar la gestión de las distintas aéreas, generando planes de mejoramiento particular que logren consolidar la gestión eficiente y eficaz.

Atenderá a las veedurías ciudadanas con el fin de fortalecer la confianza de los ciudadanos de tal forma que su compromiso sea efectivo y puedan velar por la transparencia en la gestión pública mediante mecanismos que permitan el ejercicio de un control efectivo. Realizará dos reuniones anuales para Rendición de Cuentas en municipios ribereños del Río Magdalena.

- ¿Es posible liquidar a Cormagdalena, o modificar las normas que la regulan?

Cormagdalena fue creada por mandato expreso de la Constitución en su artículo 331, diferenciándola así de las otras Corporaciones Autónomas regionales que fueron creadas por una ley ordinaria, la ley 99 de 1993. En ese orden de ideas para poder liquidar a Cormagdalena es necesario realizar una reforma Constitucional.

La constitución en su título XIII establece el procedimiento para enmendar la Carta Política:

**"Artículo 374.-** La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo".

“Artículo 375. Podrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente.

“El trámite del proyecto tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos. Aprobado en el primero de ellos por la mayoría de los asistentes, el proyecto será publicado por el Gobierno. En el segundo período la aprobación requerirá el voto de la mayoría de los miembros de cada Cámara.

“En este segundo período sólo podrán debatirse iniciativas presentadas en el primero.

“Artículo 376.- Mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine.

“Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte del censo electoral.

“La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea cumpla sus funciones.

“Artículo 377.- Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral”.

“Artículo 378.- Por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en las condiciones del artículo 155, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

“La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral.

“Artículo 379.- Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando violen los requisitos establecidos en este título.”

Como se puede leer, solo existen tres formas de reformar la Constitución, y por ende de liquidar Cormagdalena: (i) por medio de Acto Legislativo cuyo procedimiento está establecido en el artículo 375 citado anteriormente, (ii) por medio de referendo, y (iii) convocando una Asamblea Constituyente.

Ahora bien, en caso de que haya una reforma Constitucional y efectivamente Cormagdalena entre en proceso de liquidación, los recursos destinados al proyecto no podrán ser parte de la masa de la liquidación de la entidad, toda vez que los recursos provenientes de Vigencias Futuras están protegidos de la eventual liquidación, como se explica en los capítulos 5 y 6.

Por otro lado, la ley 161 de 1994, la cual regula el funcionamiento de Cormagdalena es una ley ordinaria y así mismo podrá ser derogada únicamente mediante la promulgación por parte del Congreso de una nueva ley ordinaria que así lo determine.

### 3. Diferencias entre Cormagdalena y las CARS

Resulta de fundamental importancia hacer hincapié en las diferencias existentes entre Cormagdalena y las demás Corporaciones Autónomas Regionales.

Cormagdalena fue creada por mandato expreso de la Constitución en su artículo 331, diferenciándola así de las otras Corporaciones Autónomas regionales que fueron creadas por una ley ordinaria, la ley 99 de 1993. Como consecuencia de lo anterior, Cormagdalena no está sometida a las mismas normas que regulan a las demás CAR. Al respecto, la Ley 99 de 1993, en su artículo 23 establece explícitamente que Cormagdalena tendrá su propio régimen jurídico:

“Artículo 23º.- Naturaleza Jurídica. Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería

jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente. **Exceptúese del régimen jurídico aplicable por esta Ley a las Corporaciones Autónomas Regionales, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución Nacional, cuyo régimen especial lo establecerá la ley.** (Negrilla por fuera del texto original).

En este mismo sentido, la ley 161 de 1994, en su artículo 1° dispone lo siguiente:

“Artículo 1°. Organización y Naturaleza Jurídica. Organízase la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, cuya sigla será Cormagdalena, creada por el artículo 331 de la Constitución Política, como un ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotado de personería jurídica propia, el cual funcionará como una **Empresa Industrial y Comercial del Estado sometida a las reglas de las Sociedades Anónimas, en lo no previsto por la presente Ley.**”(Negrilla fuera del texto original)

En relación con el régimen jurídico aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, dentro de las cuales se incluye a Cormagdalena, cabe mencionar que el artículo 93 de la ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

“Artículo 93°.- Régimen de los actos y contratos. Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica **se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado.**”(Negrilla por fuera del texto original).

En este orden de ideas, existen dos (2) diferencias fundamentales entre Cormagdalena y las demás CAR: (i) Cormagdalena fue creada por expreso mandato constitucional (Art 331. CP) mientras que las demás CAR fueron creadas en virtud de una ley ordinaria; y (ii) Cormagdalena cuenta con su propio régimen jurídico contemplado en la Ley 161 de 1994, donde se establece adicionalmente que Cormagdalena se asemeja a una empresa industrial y comercial del Estado, es decir, le aplican subsidiariamente las disposiciones de derecho privado contempladas en el Código de Comercio.

Finalmente, toda vez que Cormagdalena fue creada por expreso mandato constitucional, la misma solamente puede ser liquidada tras la aprobación de una reforma constitucional, cuyo procedimiento ya ha sido explicado anteriormente en el presente documento. Al contrario, las demás CAR pueden ser liquidadas o modificadas por medio de la expedición de una ley ordinaria que derogue la ley 99 de 1993.

#### **4. Analogía entre Cormagdalena y otras Empresas Industriales y Comerciales del Estado.**

La administración pública está compuesta por el sector central y el sector descentralizado. Dentro del sector descentralizado se encuentran las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE) y las Sociedades de Economía Mixta (SEM). Como ejemplos de Empresas Industriales y Comerciales del Estado encontramos entidades como el Fondo Nacional de Ahorro, Coljuegos y Satena. Por su parte, dentro de las Sociedades de Economía Mixta encontramos a Ecopetrol, ISA e Isagen.

La principal diferencia entre las SEM y las EICE es que aquellas se constituyen con aportes estatales y de carácter privado, mientras que las últimas se constituyen y operan únicamente con recursos públicos. En este sentido, el inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 precisa que solo se deben considerar SEM, aquellas sociedades en donde el aporte estatal no sea inferior al 50% del total del capital social efectivamente pagado.

Así mismo, las SEM tienen su propia personería jurídica; autonomía administrativa, presupuestal y financiera. La constitución de una SEM implica la existencia de una Asamblea de Accionistas o Junta de Socios, de una Junta o de un Consejo Directivo y de representantes legales que son denominados gerentes o presidentes designados, de acuerdo con sus estatutos.

En materia laboral, cuando en las SEM la participación estatal es igual o superior al 50% y menor del 90% del capital social, los empleados tienen la

calidad de trabajadores oficiales sometidos conjuntamente al derecho laboral sustantivo y al derecho laboral común. Pero cuando la participación estatal sea superior al 90% del capital social, la mayoría de los empleados serán trabajadores oficiales sometidos por tanto al derecho público y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otro lado, las EICE igualmente gozan de personería jurídica; autonomía administrativa, presupuestal y financiera. Las EICE están sometidas a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. En materia laboral sus empleados tienen la calidad de empleados oficiales.

Es importante aclarar que Cormagdalena no hace parte de ninguna de estas dos categorías. Cormagdalena es un organismo autónomo independiente de la rama ejecutiva y es regulada por la ley 161 de 1994. Sin embargo, como ya se explicó anteriormente, Cormagdalena funciona como una Empresa Industrial y Comercial del Estado en todo aquello que no está previsto en la ley 161 de 1994. Una analogía concreta con alguna Empresa Industrial y Comercial del Estado o con alguna Sociedad de Economía Mixta puede resultar imprecisa ya que se tratan de organismos de naturaleza jurídica diferente. Sin embargo, existen algunos elementos en común entre los tres tipos de instituciones.

- Su funcionamiento está sujeto a las normas de derecho privado, (en el caso de Cormagdalena hay que recordar que la aplicación del derecho privado es subsidiaria a la ley 161 de 1994)
- Sus funcionarios son sujetos de acciones de responsabilidad fiscal, disciplinarias y penales descritas en el capítulo primero del presente concepto.
- Tienen personería jurídica y gozan de autonomía administrativa, presupuestal y financiera.
- En la cabeza de las instituciones debe haber una asamblea de socios o asamblea corporativa, una Junta directiva y un Representante legal que será el Director Ejecutivo o el Presidente.

## **5. Naturaleza Jurídica de las Vigencias Futuras**

La Ley 819 de 2003, “*por la cual se dictan normas Orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones,*” describe las vigencias futuras como instrumentos de financiación de proyectos a nivel nacional y local.

El Consejo de Estado, al referirse sobre las vigencias futuras ha dispuesto lo siguiente:

“Dichas vigencias constituyen una excepción a la ejecución presupuestal anual, y, por tanto, deben tratarse con rigor y con un carácter extraordinario para cierta clase de proyectos de mediano y largo plazo, so pena de inducir en desorden la ejecución presupuestal y comprometer los programas de las administraciones futuras.”<sup>1</sup>

Las vigencias futuras pueden entenderse como aquellos instrumentos de financiación, cuyos recursos no pueden apropiarse en su totalidad en la vigencia actual, sino que es necesario apropiarlos de manera parcial en la actual y en algunas vigencias futuras.

De acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación las vigencias futuras permiten planificar y financiar proyectos bajo una óptica de mediano y largo plazo y superar la limitación natural que representa la anualidad del presupuesto público. De este modo, las vigencias futuras se suelen utilizar para la realización de grandes proyectos de infraestructura, u otros proyectos económicos y sociales que resultan estratégicos para el país, cuyo horizonte excede una vigencia. En este sentido, las autorizaciones de vigencias futuras brindan seguridad financiera a proyectos que están llamados a representar políticas de Estado.

Presupuestalmente hablando a lo que conduce una vigencia futura debidamente autorizada es a afectar, como apropiación, los presupuestos venideros. Por esta razón, el artículo 10 de la ley 819 de 2003, la ley orgánica del presupuesto, establece que el Ministerio de Hacienda y crédito Público, Dirección del

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. 14 de Julio de 2011, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

Presupuesto Público, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto por el Confis.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, en su artículo 71, señala lo siguiente:

“Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, **estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.** En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

“En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.”  
(Subrayado fuera del texto)

Así mismo, en relación con el certificado de disponibilidad y el registro presupuestal, el Consejo de Estado ha dispuesto lo siguiente:

“(…) el *registro presupuestal* garantiza las apropiaciones específicas para afectar un negocio jurídico concreto: su precio, un contratista identificado y un plazo de ejecución concreto. En este escenario, el certificado incluye la información básica del negocio y el artículo 20 del Decreto 111 de 1996 lo define como “**la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la aprobación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin.** En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.”

Por su naturaleza, **los recursos reservados para pagar las prestaciones de un contrato, a un contratista identificado, no pueden emplearse para pagar otro contrato; si se actúa de esta forma el servidor público incurre en el delito de peculado por destinación oficial diferente.**<sup>2</sup> (Subrayado fuera del texto)

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera subsección C. 12 de Agosto de 2014. Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

Conforme a lo anterior, desde la aprobación por parte del Confis, el compromiso presupuestal se perfeccionó y los recursos de vigencias futuras se encuentran afectados al Proyecto y por ende **únicamente podrán ser utilizados con la destinación establecida por el Confis y para el desarrollo del mismo.**

Por su parte, la ley 1508 de 2012 (Ley de APPs) en su artículo 26, reglamenta la figura de vigencias futuras en los proyectos de las asociaciones público privadas. Este artículo establece lo siguiente:

“Artículo 26: Para los contratos a que se refiere la presente ley, el CONFIS, previo concepto favorable del Ministerio del ramo, del Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, podrá autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, hasta por el tiempo de duración del proyecto (...) Las vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada de la Nación no son operaciones de crédito público, se presupuestarán como gastos de inversión. Los recursos que se generen por la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios públicos en desarrollo de Proyectos de Asociación Público Privada, no se contabilizarán en el Presupuesto General de la Nación, durante la ejecución del contrato.”

Dicho artículo regula lo atinente al trámite y la aprobación de las vigencias fiscales futuras para proyectos de APP. **Consecuentemente, tales recursos presupuestales tienen destinación específica para el desarrollo del respectivo Proyecto bajo el esquema de APP.**

## **6. Vigencias Futuras bajo el Contrato de APP**

Para este caso en concreto, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), mediante el documento Conpes 3758 de 2013 determinó los parámetros con base en los cuales el Confis debía aprobar las vigencias futuras para el Proyecto. Dicho documento Conpes establece lo siguiente:

“Los recursos con los que se atenderá el pago por disponibilidad y prestación del servicio provendrán del Presupuesto General de la Nación y de recursos del Sistema General de Regalías de los municipios ribereños y de los Departamentos del río Magdalena. (...) Corresponderá a cada una de las entidades responsables del desarrollo del proyecto, adelantar los trámites pertinentes que garanticen el cumplimiento de las normas y de los requisitos necesarios, como obtener la

34

autorización de vigencias futuras según el horizonte que demande el proyecto, de conformidad con los reglamentos que rigen al Presupuesto General de la Nación y el Sistema General de Regalías. El desarrollo del proyecto guardará consistencia con los escenarios fiscales de mediano plazo y afectará el cupo de inversión que se establezca para el sector Transporte dentro de los escenarios anuales que se definan para el Marco de Gasto de Mediano Plazo, en lo correspondiente a aportes de la Nación. Igualmente, estos recursos computarán dentro del cupo total fijado para vigencias futuras de APPs del sector Transporte.” (Negrilla fuera de texto)

Como se puede apreciar, el motivo exclusivo por el cual se afectó el cupo de inversión en el sector Transporte fue para atender los pagos vinculados a la ejecución del Proyecto. Por esta razón, el Consejo Superior de Política Fiscal - Confis -, en la sesión del 2 de Mayo de 2014, dio aval fiscal y autorizó cupo de vigencias futuras para contratos a través del mecanismo de asociación público privada – APPs, con cargo al presupuesto de gastos de inversión del Ministerio de Transporte-Cormagdalena, para el proyecto de Recuperación de la Navegabilidad del Río. De esta manera, los recursos de vigencias futuras aprobados por el Confis únicamente podrán destinarse al desarrollo del Proyecto, tal y como se establece en el documento Conpes 3758. En otras palabras, Cormagdalena no tiene facultades legales suficientes para destinar los recursos de las vigencias futuras autorizadas por el Confis a un sitio o propósito distinto al desarrollo del Proyecto. Cualquier actuación contraria a lo aquí establecido por parte de los funcionarios de Cormagdalena, daría lugar a acciones de responsabilidad fiscal, disciplinarias y penales en su contra.

De hecho, en caso de que el cualquier funcionario o miembro de la Junta Directiva de Cormagdalena ordene un uso diferente al autorizado por el Confis de los recursos de vigencias futuras incurrirá en el delito de Peculado por aplicación oficial diferente:

**Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente.** El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años,

multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Adicionalmente el funcionario o miembro de la Junta Directiva de Cormagdalena que ordene una destinación de los recursos de las vigencias futuras para fines distintos al Proyecto, incurrirá en responsabilidad fiscal y disciplinaria.

Por otra parte, el artículo 24 de la ley 1508 de 2012 establece que los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el Proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el asociado, el cual estará integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al Proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato de APP correspondiente.

Los esquemas fiduciarios son un elemento fundamental para los proyectos de infraestructura y un requisito exigido prácticamente por cualquier financiador. De igual manera, el respectivo patrimonio autónomo funciona como seguridad efectiva a favor de los acreedores garantizados, puesto que los recursos transferidos no hacen parte de la masa general de la liquidación según lo establecido en el artículo 12 de la ley 1038 de 2009:

“Exclusión de la masa de la liquidación de los bienes transferidos a título de fiducia mercantil con fines de garantía. Serán excluidos de la masa de la liquidación los bienes que para obtener financiación el deudor hubiere transferido a título de fiducia mercantil con fines de garantía, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio del fiduciante o en el registro que, de acuerdo con la clase de acto o con la naturaleza de los bienes, se hubiere hecho conforme a la ley.”

De tal manera, por expresa disposición legal, los recursos presupuestales vinculados al fideicomiso del Proyecto son inembargables y permanecen ajenos

a las contingencias que se presenten respecto de Cormagdalena o cualquier otra entidad, persona jurídica o autoridad gubernamental.

### **7. Comparación Cormagdalena - ANI**

Considerando el hecho de que la mayor experiencia en cuanto a contratos de APP de infraestructura se ha llevado a cabo con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), resulta pertinente hacer una comparación entre algunos elementos de dicha entidad con Cormagdalena.

La ANI fue creada mediante el Decreto 4165 del 03 noviembre de 2011, es una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte.

La principal diferencia entre Cormagdalena y la ANI es el Gobierno Corporativo de las entidades. Por un lado Cormagdalena tiene en su Junta Directiva miembros de diferentes sectores, desde alcaldes ribereños, gobernadores, ministros, hasta el mismo presidente de la República, tal y como se mencionó anteriormente. Sin embargo, la ANI tiene en su Consejo Directivo nueve (9) miembros, así:

1. El Ministro de Transporte, quien lo presidirá.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público.
3. El Ministro de Minas y Energía.
4. El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
5. El Director del Departamento Nacional de Planeación.
6. Dos (2) representantes del Presidente de la República.
7. El representante del Consejo Asesor de Estructuración.

## 8. El representante del Consejo Asesor de Gestión Contractual.

En otras palabras, el Gobierno central ejerce total control sobre el Consejo Directivo de la Entidad.

Adicionalmente, artículo 10 del decreto 4165 de 2011 establece lo siguiente:

**Artículo 10. *Presidente.*** La administración de la Agencia está a cargo de un Presidente, el cual tendrá la calidad de empleado público, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, y quien será el **representante legal de la entidad.** (Negrilla fuera del texto original)

Hay que tener en cuenta que el presidente de la ANI tiene entre sus funciones dirigir las actividades administrativas, financieras y presupuestales, y establecer las normas y procedimientos internos necesarios para el funcionamiento y prestación de los servicios de la Agencia. En materia del manejo del presupuesto, esta figura es la más importante en la ANI.

Existe una diferencia adicional de gran importancia entre estas dos instituciones y tiene que ver con el procedimiento mediante el cual podría ser liquidada. La manera en la cual Cormagdalena podría ser liquidada es únicamente a través de una reforma Constitucional, cuyo procedimiento ha sido explicado a profundidad en el capítulo 1 del presente concepto. Sin embargo, la ANI, al ser una agencia creada por medio de la expedición de un decreto, podría ser modificada, fusionada o liquidada por medio del mismo procedimiento, la simple expedición de un decreto.

Cormagdalena y la ANI son dos instituciones fundamentalmente distintas en cuanto a su funcionamiento y naturaleza: de hecho, las decisiones en la ANI se toman discrecionalmente por el Gobierno Nacional mientras que Cormagdalena tiene su propio gobierno corporativo en el que prevalecen los intereses del Gobierno Nacional conjuntamente con los de entidades descentralizadas del estado.

## 8. Conclusiones de orden legal

Por un lado, aunque Cormagdalena es una Corporación Autónoma Regional (CAR), esta no se rige por las mismas normas que las demás CAR. Cormagdalena es un ente corporativo especial del orden nacional con autonomía administrativa, presupuestal y financiera, dotado de personería jurídica propia, el cual funciona como una empresa industrial y comercial del Estado sometida a las reglas de las sociedades anónimas, en todo aquello que no está previsto en la ley 161 de 1994.

Los recursos de las vigencias futuras, aprobados por el Confis en la sesión del 2 de Mayo de 2014, tienen como destinación exclusiva el Proyecto, por lo tanto ni la Junta Directiva de Cormagdalena ni su Director Ejecutivo tienen las facultades legales ni estatutarias para cambiar la destinación específica al Proyecto de las vigencias futuras.

Adicionalmente, Cormagdalena, sus directores y funcionarios se encuentran sujetos al escrutinio de la Procuraduría y la Contraloría.

## **9. Marco contractual del Proyecto**

Una vez se han analizado los temas generales en cuanto al funcionamiento de Cormagdalena y en cuanto a la naturaleza legal de las vigencias futuras, a continuación se analizan los elementos del contrato que resultan pertinentes para el desarrollo del presente concepto.

### **9.1. Recursos asignados al proyecto**

Los recursos que han sido asignados al Proyecto para la Remuneración por Disponibilidad y Administración (en adelante "RDA") a los que tendrá derecho Navelena tienen tres (3) fuentes principales: (i) Los Recursos de Recaudo Tarifario; (ii) los Recursos de Terceras Fuentes y (iii) las Vigencias Futuras aprobadas por el Confis en sesión del 2 de mayo de 2014 e informada el 9 de mayo al Ministerio de Transporte.

(i) Los Recursos de Recaudo Tarifario son aquellos definidos en la Cláusula 1.03.f del Contrato, de la siguiente manera:

“(fffff) **Recursos de Recaudo Tarifario:** Son los recursos provenientes de los pagos realizados por los Usuarios del Proyecto que serán objeto de recaudo por parte del Asociado, en virtud de la obligación de que trata el presente Contrato y, en particular, el Apéndice 2 sobre Especificaciones de operación de Mantenimiento. Los Recursos de Recaudo Tarifario serán manejados por medio de la Subcuenta de Recaudo del Fideicomiso y constituyen una de las fuentes de remuneración del Asociado.”

(ii) Los Recursos de Terceras Fuentes están definidos en la cláusula 1.03.g así:

“(ggggg) **Recursos de Terceras Fuentes:** Son los recursos provenientes del Sistema General de Regalías a través de las autorizaciones y aprobaciones impartidas por los Órganos Colegiados de Administración y decisión (OCAD), así como los recursos aportados por ECOPETROL S.A. y el Departamento de Antioquia.

(iii) En cuanto a las Vigencias Futuras, hay que resaltar que dichos recursos no se encuentran definidos explícitamente dentro del contrato ya que no están incluidos en las definiciones de la Cláusula 1. Sin embargo, los mismos se deben encasillar dentro de la categoría de “Recursos de Aporte de Remuneración”, como se explica a continuación:

El Contrato de APP define los “Recursos de Aporte de Remuneración” de la siguiente manera:

“(dddd) **Recursos de Aporte para la Remuneración:** Comprenden los recursos presupuestales de Cormagdalena y los Recursos de Terceras Fuentes aportados por medio de la Subcuenta de Pagos del Fideicomiso, y que junto con los Recursos de Recaudo Tarifario sirven de fuente de RDA al Asociado en los términos previstos en la Cláusula 9 del presente Contrato.”

De la lectura de la definición, salta a la vista el hecho que dicha definición no incluye explícitamente las vigencias futuras, sin embargo, la cláusula 9.02 (b) del Contrato de APP señala lo siguiente:

“(b) **Los Recursos de Aporte para la Remuneración** con los que contará el asociado durante la Etapa de Construcción y la Etapa de Administración, serán los que se detallan en la tabla siguiente, que resultan de la oferta presentada por el Asociado durante la Licitación Pública:

“Tabla No. 3 **Recursos de Aporte para la Remuneración del Asociado** (Negrilla por fuera del texto original):

Año	Recursos Presupuestales de Vigencias Futuras aportados por la Nación [\$ Pesos Dic 2.012]	Recursos Presupuestales de Vigencias Futuras aportados por la Nación [USD]	Recursos de Terceras Fuentes [\$ Pesos Dic 2.012]
2.014	0,00	0,00	117.824.488.641,00
2.015	0,00	0,00	4.575.708.297,00
2.016	0,00	0,00	8.884.870.480,00
2.017	0,00	0,00	4.313.043.922,00
2.018	0,00	0,00	4.187.421.283,00
2.019	12.749.428.818,00	0,00	4.065.457.557,00
2.020	27.373.037.228,00	0,00	3.947.046.172,00
2.021	326.848.151.747,00	0,00	3.832.083.662,00
2.022	326.959.765.834,00	0,00	3.720.469.574,00
2.023	330.680.235.409,00	0,00	0,00
2.024	330.680.235.409,00	0,00	0,00
2.025	330.680.235.409,00	0,00	0,00
2.026	330.680.235.409,00	0,00	0,00
2.027	330.680.235.409,00	0,00	0,00

Como se puede evidenciar, las vigencias futuras del Proyecto hacen parte de los “Recursos de Aporte para la Remuneración”, lo cual es de suma importancia al momento de analizar el manejo de los recursos de vigencias futuras asignadas al Proyecto por parte de Cormagdalena.

Como se ha mencionado, todos estos recursos del Proyecto serán administrados dentro del Patrimonio Autónomo de la manera que está establecida en el contrato. Dichos manejos estarán explicados a continuación.

## 9.2 Estructura del Fideicomiso y esquema de pagos

De conformidad con lo establecido en el Contrato de APP, Navelena deberá constituir un fideicomiso de administración que debe contar con una serie de Subcuentas con fines específicos. Para efectos de este concepto, es importante enfocarse en tres de estas subcuentas: (i) la Subcuenta de Recaudo, (ii) la Subcuenta de Pagos y (iii) la Subcuenta Principal.

### (i) Subcuenta de Recaudo

La subcuenta de Recaudo se encuentra definida de la siguiente manera:

“(rrrrr) Subcuenta de Recaudo: Es la subcuenta que deberá constituir el Asociado en el Fideicomiso, en el cual se depositarán los Recursos de Recaudo Tarifario

destinados al pago de RDA prevista en el presente Contrato, siendo Cormagdalena la única beneficiaria de tal Subcuenta de Recaudo y por lo tanto la única titular de los recursos contenidos en ella hasta su traslado a la Subcuenta Principal, en los términos de la sección 11.01.

La sección 11.01 del contrato, en materia de los recursos de Recaudo Tarifario establece lo siguiente:

“(a) Cormagdalena dispondrá el traslado de los Recursos de Recaudo Tarifario desde la Subcuenta de Recaudo a la Subcuenta de Pagos, con el fin de efectuar el pago parcial de la remuneración del asociado mediante el traslado de recursos desde la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal.”

En este orden de ideas, los recursos de Recaudo Tarifario deberán ingresar a la subcuenta de Recaudo y, posteriormente, Cormagdalena será la encargada de trasladar los recursos a la Subcuenta de Pagos.

(ii) Subcuenta de Pagos:

Recordemos que el contrato de APP establece lo siguiente sobre dicha subcuenta:

“(qqqqq) **Subcuenta de Pagos:** Es la subcuenta que deberá constituir el Asociado en el Fideicomiso, en el cual Cormagdalena depositará los recursos destinados al pago de la RDA y demás conceptos previstos en este Contrato, siendo Cormagdalena la única beneficiaria de tal Subcuenta de Pagos y por lo tanto la única titular de los recursos contenidos en ella, hasta su traslado a la Subcuenta Principal”

Esta subcuenta será alimentada por los tres tipos de recursos mencionados anteriormente. Cormagdalena es la encargada de **depositar** en la Subcuenta de Pagos los recursos, y será la beneficiaria de dicha subcuenta hasta tanto se realicen los traslados correspondientes a la Subcuenta Principal.

Por un lado, los recursos de Terceras fuentes deberán ser depositados en la Subcuenta de Pagos. Como lo establece la cláusula 32.09:

**Sección 32.09 Subcuenta de pagos**

“(a) Es la subcuenta que deberá constituir el Asociado en el Fideicomiso en la cual se depositarán los recursos desembolsados por Cormagdalena destinados al pago de la RDA, así como se depositarán los Recursos de Terceras Fuentes.

Por otro lado, los Recursos de Aporte para la Remuneración (donde en nuestra opinión se encuentran las vigencias futuras del Proyecto), serán depositados por Cormagdalena y serán manejados desde la subcuenta de pagos del fideicomiso del Proyecto, así como lo establece la cláusula 11.01:

“(b) CORMAGDALENA depositará en la subcuenta de pagos los recursos de Aporte para la Remuneración correspondientes a la RDA con el fin de efectuar el pago de la remuneración del asociado mediante el traslado desde la subcuenta de pagos a la Subcuenta Principal.”

Así mismo, como ya se mencionó anteriormente, los recursos de recaudo tarifario deberán ingresar a la Subcuenta de Pagos, proviniendo de la Subcuenta de Recaudo. Así como lo establece la cláusula 11.01:

“(a) Cormagdalena dispondrá el traslado de los Recursos de Recaudo Tarifario desde la Subcuenta de Recaudo a la Subcuenta de Pagos, con el fin de efectuar el pago parcial de la remuneración del asociado mediante el traslado de recursos desde la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal.”

En este orden de ideas, todos los recursos destinados a la remuneración de Navelena deberán pasar por la Subcuenta de Pagos antes de alimentar la Subcuenta Principal, como se explicada a continuación.

(iii) Subcuenta Principal:

Con respecto a la Subcuenta Principal, el Contrato de APP en su cláusula 32.04 establece lo siguiente:

**“Sección 32.04 Subcuenta Principal**

“(b) Únicamente el asociado y los Financiadores que cuenten con una garantía sobre los recursos contenidos en la Subcuenta Principal o sobre los derechos económicos del Asociado que se desprenden del presente contrato, podrán disponer de los recursos contenidos en la Subcuenta Principal.

“(c) De conformidad con lo anterior, los pagos que sean efectuados por Cormagdalena por concepto de la RDA o los demás pagos previstos en el Contrato de APP se harán mediante el traslado de fondos de la Subcuenta de Recaudo a la Subcuenta Principal y de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal.”

**Para recapitular, el Contrato de APP establece que Navelena únicamente podrá disponer de los recursos que se encuentren en la Subcuenta Principal. Es decir que en esta Subcuenta entrarán todos los pagos destinados a la remuneración de Navelena.**

La Subcuenta Principal del Fideicomiso del Proyecto será nutrida desde la Subcuenta de Pagos. Cormagdalena tendrá la obligación de trasladar los recursos desde la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal.

Aunque Cormagdalena sea beneficiaria de algunas de las subcuentas del fideicomiso y sea la encargada de efectuar los traslados a la Subcuenta Principal, el Contrato de APP establece sanciones para Cormagdalena en los eventos en que no ordene los movimientos entre las subcuentas oportunamente. Estas sanciones se encuentran contempladas en la cláusula 11 del Contrato de APP:

(...) “Cuando se presenten retardos en el traslado de los recursos de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal, se aplicarán los siguientes intereses:

- (i) intereses remuneratorio durante el periodo comprendido entre la fecha en que se deba realizar el traslado respectivo y los noventa días posteriores a dicha fecha.
- (ii) intereses de mora a partir del día siguiente al vencimiento de los noventa días posteriores a la fecha en que se debe realizar el traslado respectivo, esto es, a partir del día noventa y uno.”

Ahora bien, sin perjuicio que Cormagdalena sea la encargada de depositar y realizar las transferencias entre las subcuentas del fideicomiso del Proyecto, es razonable afirmar que una vez los recursos entran a cualquiera de las subcuentas del fideicomiso constituido por Navelena, dichos recursos estarán completamente protegidos en cuanto sólo podrán ser destinados a remunerar a Navelena de conformidad con lo establecido en el Contrato de APP.

### 9.3 Órdenes de Traslado a la Subcuenta Principal

El último interrogante pendiente con respecto a la ejecución del contrato en relación a la remuneración de Navelena tiene que ver con las órdenes efectivas del traslado a la Subcuenta Principal.

Hay que aclarar que Navelena tiene derecho a una remuneración periódica denominada Remuneración por Disponibilidad y Administración (RDA). Dicha remuneración se causará en dos etapas diferentes, por un lado en la Etapa de Construcción y por otro lado la Etapa de Administración. En cada etapa, la causación de la RDA estará dividida en Trimestres Susceptibles de Remuneración (TSR) los cuales están definidos de la siguiente manera en la Cláusula 1.03:

“Trimestre Susceptible de Remuneración o TSR: Corresponde al periodo de causación de la RDA en virtud de la verificación de los Niveles de Servicio definitivos. Los trimestres Susceptibles de Remuneración coincidirán con los trimestres de Año Calendario, es decir, que el primer TSR de cada Año Calendario transcurrirá entre el 1° de enero y el 31 de marzo, el segundo TSR transcurrirá entre el 1° de abril y el 30 de junio, el tercer TSR transcurrirá entre el 1° de julio y el 30 de septiembre, y el cuarto TSR entre el 1° de octubre y el 31 de diciembre de cada año calendario.

Ahora bien, el valor de RDA dependerá del Índice de Cumplimiento consagrado en el Apéndice 2 del contrato. Según este índice, se calculará la remuneración teniendo en cuenta los cálculos contenidos en la cláusula 9ª del contrato de APP. Una vez calculada esta cifra, se deberá ordenar el traslado de los recursos desde la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal.

Hay que tener en cuenta que el Contrato de APP en la cláusula 11.01 (e) y (f) establece las siguientes obligaciones en cabeza de Cormagdalena:

“(e) Es obligación de CORMAGDALENA que la Subcuenta de Pagos cuente, a partir del vencimiento del primer año transcurrido desde la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Construcción, y durante toda la Etapa de Construcción con recursos equivalentes a, por lo menos, el cien por ciento (100%) del valor por concepto de RDA correspondiente al valor máximo para un TSR (...)

(f) Es obligación de CORMAGDALENA que la Subcuenta de Pagos cuente, a partir del vencimiento del primer año transcurrido desde la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Administración y durante toda la Etapa de Administración con recursos equivalentes a, por lo menos, el cien por ciento (100%) del valor por concepto de RDA correspondiente al valor máximo para un TSR (...)

En este orden de ideas, Cormagdalena se encuentra obligado a mantener siempre en la Subcuenta de Pagos los recursos suficientes para realizar el traslado a la Subcuenta Principal en favor de Navelena por concepto de cada TSR.

Adicionalmente, como ya se explicó anteriormente, el contrato establece claramente que el encargado de ordenar dicho traslado entre las subcuentas es Cormagdalena, sin embargo, no se establece claramente qué órgano de Cormagdalena será el encargado de realizar dichas órdenes.

Tras una interpretación de los estatutos de Cormagdalena, consideramos que el encargado de dar dichas órdenes es el Director Ejecutivo de Cormagdalena ya que entre sus funciones está:

“Ordenar los gastos, dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios que se requieran para el normal funcionamiento de la entidad.”

En caso de que dichas órdenes no se realicen oportunamente, Cormagdalena deberá pagar los intereses mencionados en el punto 6.2. Adicionalmente, el funcionario responsable de no efectuar las órdenes pertinentes o de desviar los recursos en finalidades distintas a la ejecución del Proyecto, podrá incurrir en el delito de prevaricato por acción consagrado en el artículo 413 del código penal:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”

Dicho funcionario también podrán incurrir en el delito de peculado:

**Artículo 397. Peculado por apropiación.** El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**Artículo 398. Peculado por uso.** El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

**Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente.** El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

**En este orden de ideas, el encargado de efectuar las órdenes de traslado entre las subcuentas para la Remuneración de Navelena, será el Director Ejecutivo de Cormagdalena. Dichas órdenes deberán realizarse oportunamente y en los términos del contrato. Las consecuencias de no hacerlo podrán ser de carácter patrimonial en los términos establecidos en el contrato, de responsabilidad fiscal y disciplinaria y de carácter penal.**

## 10. Funciones del Director Ejecutivo en relación con la ejecución del Contrato de APP.

Con el fin de brindar una mayor claridad sobre el papel que desempeñará el Director Ejecutivo en la ejecución del Proyecto, consideramos necesario hacer una recapitulación de sus funciones según lo dispuesto en el Contrato de APP y en la normatividad que rige a Cormagdalena.

Conforme el Contrato de APP, los Recursos de Aporte para la Remuneración serán depositados por Cormagdalena y serán manejados desde la subcuenta de pagos del fideicomiso del Proyecto, así como lo establece la cláusula 11.01:

“(b) CORMAGDALENA depositará en la subcuenta de pagos los recursos de Aporte para la Remuneración correspondientes a la RDA con el fin de efectuar el pago de la remuneración del asociado mediante el traslado desde la subcuenta de pagos a la Subcuenta Principal.”

En ese orden de ideas, al ser Cormagdalena la encargada de realizar el traslado de los recursos a la subcuenta Principal, es necesario establecer quién es el encargado de dar las ordenes de traslado. Conforme a los estatutos de Cormagdalena, el encargado de dar dichas órdenes es el Director Ejecutivo de Cormagdalena ya que entre sus funciones está:

“Ordenar los gastos, dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios que se requieran para el normal funcionamiento de la entidad.”

Es importante señalar que la Junta Directiva de Cormagdalena, mediante el acuerdo 181 de 2014, invistió al Director Ejecutivo con las facultades necesarias para celebrar el Contrato de APP y ejecutar el Proyecto, incluyendo la facultad para ordenar el traslado de los recursos desde y hacia las diferentes subcuentas del Fideicomiso.

**Hay que recordar que ninguna decisión o actuación del Director Ejecutivo podrá ir en contra de la ejecución apropiada del Contrato de APP ni mucho menos podrá desviar los recursos destinados al Proyecto, so pena de**

**incurrir en los delitos mencionados con anterioridad y de ser objeto de procesos de responsabilidad fiscal y disciplinaria.**

**11. Manejo Transparente, autónomo e independiente de los recursos para el proyecto.**

Con el fin de darle al presente concepto una mayor claridad sobre el manejo transparente, autónomo e independiente de los recursos, consideramos necesario recapitular aquellos elementos de orden legal, que garantizan el uso apropiado de los recursos del Proyecto:

- I. Los recursos de las vigencias futuras, aprobados por el Confis en la sesión del 2 de Mayo de 2014, tienen como destinación exclusiva el Proyecto y la Junta Directiva de Cormagdalena no tiene las facultades legales ni estatutarias para cambiar la destinación específica de las vigencias futuras.
- II. Desde la aprobación por parte del Confis, los recursos de vigencias futuras se encuentran afectados al Proyecto y por ende únicamente podrán ser utilizados para el desarrollo del mismo.
- III. En caso de que el cualquier funcionario o miembro de la Junta Directiva de Cormagdalena ordene un uso diferente al autorizado por el Confis de los recursos de vigencias futuras, incurrirá en el delito de Peculado por aplicación oficial diferente, entre otros posibles delitos.
- IV. El funcionario o miembro de la Junta Directiva de Cormagdalena que ordene una destinación de los recursos de las vigencias futuras para fines distintos al Proyecto, incurrirá en responsabilidad fiscal y disciplinaria.
- V. Cormagdalena únicamente podrá ser liquidada mediante una reforma constitucional.
- VI. En caso de que haya una reforma constitucional y efectivamente Cormagdalena entre en proceso de liquidación, los recursos destinados al Proyecto no podrán ser parte de la masa de la liquidación. Esto gracias a la Naturaleza de la figura de Vigencias Futuras y de la estructura del Fideicomiso.
- VII. Los esquemas fiduciarios son un elemento fundamental para los proyectos de infraestructura y un requisito exigido prácticamente por

cualquier financiador. De igual manera, el respectivo patrimonio autónomo funciona como seguridad a favor de los acreedores garantizados, puesto que los recursos transferidos no hacen parte de la masa general de la liquidación de Cormagdalena. De tal manera, por expresa disposición legal, los recursos presupuestales vinculados al fideicomiso del Proyecto son inembargables y permanecen ajenos a las contingencias que se presenten respecto de Cormagdalena o cualquier otra entidad, persona jurídica o autoridad gubernamental.

## **12. Disposición de los recursos de vigencias futuras asignadas al Proyecto por parte de Cormagdalena.**

Ahora bien, los Recursos de Aporte para la Remuneración (dentro de los cuales se encuentran las vigencias futuras), al igual que todos los recursos del Proyecto, deben ingresar y ser aprobados dentro del presupuesto de Cormagdalena anualmente.

En todo caso, Cormagdalena no tiene discrecionalidad para en el trámite de aprobación de su presupuesto, darle una destinación diferente a las vigencias futuras por la destinación específica que ya se abordó en el presente concepto.

Es así como se reitera que en el aval fiscal el Confis dispuso: *“autorizó cupo de vigencias futuras para contratos a través del mecanismo APP, con cargo al presupuesto de ese ministerio así: Ministerio de Transporte – Corporación autónoma Regional del Rio Grande Magdalena – Cormagdalena.”* (Negrilla por fuera del texto original).

Ahora, desde el punto de vista contractual, se reitera que las vigencias futuras como parte de los Recursos para la Remuneración, deben ingresar a la subcuenta de pagos del Fideicomiso para que los mismos sean trasladados a la Subcuenta Principal.

En este sentido la Cláusula 11.01 (b), que establece lo siguiente:

“CORMAGDALENA depositará en la subcuenta de pagos los recursos de Aporte para la Remuneración correspondientes a la RDA del TSR con el fin de efectuar el pago de la remuneración del asociado mediante el traslado desde la subcuenta de pagos a la Subcuenta Principal.”  
(Negrilla por fuera del texto original).

En este orden de ideas, se debe interpretar que bajo el Contrato de APP Cormagdalena es la encargada de trasladar los recursos de las vigencias futuras a la Subcuenta de Pagos.

En este caso hay que preguntarse: ¿Qué trámite debe surtirse al interior de Cormagdalena para desembolsar los recursos de vigencias futuras a la cuenta específica del fideicomiso del Proyecto?

Como ya se explicó anteriormente, la Junta Directiva de Cormagdalena deberá aprobar al principio del año, mediante una resolución similar a la 001 del 2015, mencionada anteriormente, la manera en la cual se manejará el presupuesto del año. Considerando que los recursos de las vigencias futuras, según lo dispuesto en la ley, únicamente podrán ser utilizados con el fin aprobado por el Confis, el 100% de estos recursos deberán ser transferidos inmediatamente estén disponibles a la subcuenta de pagos del fideicomiso del Proyecto.

Según lo establecido en los estatutos de Cormagdalena, el encargado de realizar o de ordenar dicha transferencia sería el Director Ejecutivo de Cormagdalena ya que entre sus funciones está:

“Ordenar los gastos, dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios que se requieran para el normal funcionamiento de la entidad.”

En caso de que esto no ocurra, los funcionarios responsables podrían incurrir en un delito de prevaricato por acción, responsabilidad fiscal y disciplinaria o peculado tal y como se mencionó anteriormente.

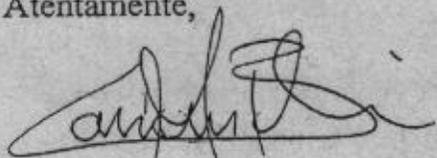
En caso de que Cormagdalena necesite recursos para otro fin, por ejemplo, para la reconstrucción de algún puerto afectado por una inundación, por citar solo algún ejemplo, Cormagdalena no podrá solicitar una modificación del Confis del Proyecto para atender dicho propósito, independientemente de que la Junta Directiva pretenda lo contrario. Al contrario, deberá en este caso presentar una

solicitud independiente al Confis para la apropiación de vigencias futuras para atender dicha necesidad.

En los anteriores términos se da respuesta a su amable consulta, con el ofrecimiento de cualquier ampliación o explicación que se considere necesaria.

Sin otro particular, suscribo con la expresión de nuestra más sincera gratitud por su deferente gesto de confiar el examen de este asunto a nuestro Estudio Jurídico.

Atentamente,



NESTOR CAMILO MARTÍNEZ BELTRÁN  
Socio