

Resolución No.000046

"Por la cual se declara el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007 suscrito con la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. NIT. 802.009.105 – 5".

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

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

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

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

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

¹ Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón.

contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo".

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

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

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

La Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual, el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA-, delega en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente "...**ARTÍCULO PRIMERO: DELEGAR** en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Rio Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogue o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017 de la Junta Directiva de Cormagdalena "Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena - CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo.", los cuales se tramitan en el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO PRIMERO:** De igual forma se delega en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o convenios, los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales...".

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

- 2.1. La SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., (en adelante el CONCESIONARIO) radicó solicitud de Concesión Portuaria el día 07 de abril de 1999.
- 2.2. Mediante Resolución de aprobación No. 055 del 20 de marzo de 2007 se establecieron las condiciones bajo las cuales se otorgaría una concesión portuaria al CONCESIONARIO.

- 2.3. El 23 de agosto de 2007 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, entre Cormagdalena y el CONCESIONARIO (en adelante “el Contrato de Concesión”), cuyo objeto corresponde a “la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso, goce y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Décima de este contrato.”
- 2.4. El 26 de diciembre de 2007 se suscribió entre las señaladas partes el Acta de Entrega de bienes de uso público a el CONCESIONARIO.

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES Y MULTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 3-0035 DE 2007 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5.

Mediante los oficios No. CGD -247-RLJ de fecha 1 de febrero de 2021, radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000217 de fecha 11 de febrero de 2021, y oficio CII – 288 – RL, y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000378 de fecha 4 de marzo de 2021, se solicitó por parte de la Interventoría del Contrato (CONSORCIO INCOPLAN – INGEPROYECT 2020), la apertura de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en contra de la SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5, por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007 (en adelante *Contrato de Concesión*).

3.1. HECHOS QUE GENERAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO RESPECTO A LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR LA FASE II DEL PLAN DE INVERSIONES.

- a) El plan de Inversiones inicialmente fue aprobado mediante Resolución No.137 del 16 de mayo de 2011, en cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Décima Cuarta del *Contrato de Concesión*. Con base en la resolución antes citada, se estipuló el Plan de Inversiones en su artículo Primero en dos fases, en los siguientes términos:

| ÍTEM | DESCRIPCIÓN | Vr. TOTAL |
|---|---|----------------------|
| FASE I ADECUACIÓN DEL TERRENO | | |
| 1 | Relleno con material de dragado (116.071m ²) | |
| 1.1 | Dique perimetral y protección en roca | 2.280.690.000 |
| 1.2 | Relleno patios de almacenamiento | 3.429.250.000 |
| 1.3 | Conformación del terreno | 2.373.250.000 |
| FASE II CONTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y SUPERESTRUCTURA PORTUARIA | | |
| 2 | Adecuación del terreno (Mínimo 12.769m ²) | 0 |
| 3 | Vía acceso al terminal portuario (Mínimo 100 m) | 0 |
| 4 | Área de almacenamiento de 90.000m ² con capacidad de almacenamiento de 300.00Ton | 0 |
| 5 | Báscula camionera digital con capacidad de 60Ton de pesaje automático y registro automático a sistema | 0 |
| 6 | Zona de talleres, almacén, mantenimiento en un área de 300m ² | 0 |
| 7 | Zona de oficinas en un área de 700m ² para la atención de clientes, oficina portuaria, de seguridad, operaciones y administrativo | 0 |
| 8 | Garita de seguridad para ingreso y salida | 0 |
| 9 | Sistema de seguridad con cámaras fijas y domos necesarios para la supervisión general del área al igual que el sistema de control de acceso para habilitar la ... | 0 |
| 10 | Equipos para operaciones con carbón | 0 |
| 11 | Construcción de dos muelles marginales cimentados sobre pilotes | 0 |
| Total | | 8.083.190.000 |

- b) El Plan de inversiones presentado por el CONCESIONARIO mediante comunicación radicada el 3 de mayo de 2011 en CORMAGDALENA, se dividió en dos fases: Fase I. Adecuación del Terreno y Fase II. Construcción de la Infraestructura y Superestructura Portuaria. En dicha Resolución de aprobación², se puede observar que no se especificaron valores para la Fase II.

² CORMAGDALENA. Resolución No.137 del 16 de mayo de 2011.

- c) Para tal efecto, el Parágrafo Primero del Artículo Primero de la Resolución No.137 del 16 de mayo de 2011, en relación con la fase II indicó:

"PARAGRAFO PRIMERO: Las inversiones correspondientes a las actividades de la FASE 2, serán establecidas en un acto administrativo posterior. Para tal efecto, el Concesionario deberá aportar la información que se relaciona a continuación en medio físico y digital dentro de los seis (6) meses siguientes a la terminación de las obras de la primera etapa, de conformidad con el cronograma de obras del Artículo Tercero de esta Resolución o con la fecha de terminación real de obras, para lo cual se entenderá que el plazo establecido se contará a partir de la fecha que se dé primero de las dos relacionadas.

- *Memorias de cálculo*
- *Planos de detalle de construcción*
- *Cantidades de obra y presupuesto detallado*
- *Especificaciones técnicas de construcción*" (Negrilla fuera de texto)

- d) En relación con el plazo establecido para la ejecución del Plan de Inversiones, el Artículo Tercero de la Resolución 137 del 16 de mayo de 2011, indicó: "Las inversiones aprobadas en virtud de esta resolución, se ejecutarán dentro de un período de tiempo de 26 meses contados a partir del 1 de junio de 2011, de conformidad con el siguiente cronograma de ejecución:

| NOMBRE DE LA TAREA | 2011 | | | | | 2012 | | | | | 2013 | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|------|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| | Jun | Jul | Ago | Sep | Oct | Nov | Dic | Ene | Feb | Mar | Abr | May | Jun | Jul | Ago | Sep | Oct | Nov | Dic | Ene | Feb | Mar | Apr | May | Jun | Jul |
| ETAPA 1: Adecuación del terreno | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| RELLENO CON MATERIAL DE DRAGADO (116.071 M ³) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Instalaciones provisionales (Campamento) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Conformación dique perimetral y protección en Roca | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Colocación del relleno a +0,50 m | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Colocación del relleno compactado a +0,30 m | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Mejoramiento de suelos-Sabrecarga N°. 1 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Mejoramiento de suelos-sabrecarga N°. 2 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Instrumentación | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Estudios de evaluación del relleno | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

- e) Posteriormente y mediante la Resolución No. 226 del 10 de julio de 2014, CORMAGDALENA, ajustó el cronograma de inversiones establecido en los artículos primero y tercero de la Resolución 137 del 16 de mayo de 2011, en los siguientes términos, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA con el No. 2014302170 el 13 de junio de 2014):

"

ARTICULO PRIMERO._ COMPROMISOS DE INVERSIÓN: Trasladar la obligación de ejecutar el relleno de CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN METROS CUADRADOS (53.571 M²) previstos en la ETAPA 1 del proyecto, para ser realizados en la ETAPA 2. En razón de lo anterior, el concesionario ejecutará durante la segunda etapa del proyecto, un relleno sobre un área de 66.340 m² con el fin de habilitar 128.840 m², de conformidad con las obligaciones contractuales establecidas en el numeral 7,2 de la Cláusula Séptima del contrato.

"

- f) Así mismo, mediante el artículo Tercero señaló la resolución en comento que:

"

ARTÍCULO TERCERO: Para efectos del cumplimiento de lo establecido en el Parágrafo Primero del Artículo Primero de la Resolución No. 137 del 16 de mayo de 2011, el plazo estipulado finaliza el 31 de enero de 2015.

"

- g) Teniendo en cuenta lo señalado hasta el momento, el nuevo cronograma del plan de inversiones quedó de la siguiente manera:

| DESCRIPCIÓN DE LA TAREA EJECUTADA | 2011 | | | 2012 | | | 2013 | | | 2014 | | | 2015 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|------|-----|-----|------|-----|-----|------|-----|-----|------|------|-----|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| | Jun | Jul | Ago | Sep | Oct | Nov | Dic | Ene | Feb | Mar | Abri | Mai | Jun | Jul | Ago | Sep | Oct | Nov | Dic | Ene | Feb | Mar | Abri | Mai | Jun | Jul | Ago | Sep | Oct | Nov | Dic | Ene |
| ETAPA 1: Adecuación del terreno | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| RELLENO CON MATERIAL DE DRAGADO | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Revisión diseño etapa 1 - Exploración y análisis material de dragado (Royal Haskoning) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Estudios y exploración material de préstamo (Canteras) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Licitación obras (Revisión diseño - Preparación de pliegos, contratos, pólizas) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Instalaciones provisionales (campamento) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Conformación dique perimetral y protección en roca | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Colocación del relleno a +0.50 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Colocación relleno compactado a +0.30 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Colocación relleno compactado a +1.30 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Instrumentación (Platinas de control) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Estudios de evaluación del relleno | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Diseño de Ingeniería para la Construcción de la Infraestructura y superestructura portuaria | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Memorias de cálculo | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Planos de detalle de construcción | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Cantidades de obra y presupuesto detallado | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Especificaciones técnicas de construcción | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

- h) De conformidad con el cronograma de obras de la Resolución No. 226 del 10 de julio de 2014, los plazos establecidos fueron los siguientes: (i) Las obras correspondientes a la Fase I deberán finalizar a más tardar el 31 julio de 2014 (ii) El Plan de Inversión correspondiente a la Fase II debería presentarse a más tardar el 31 de enero de 2015.
 - i) Posteriormente a través de la Resolución No. 424 del 12 de diciembre de 2014, se modificó el cronograma de inversiones establecido en el Artículo Primero de la Resolución No. 226 del 10 de julio de 2014 y se resolvió prorrogar por seis (6) meses más, esto es hasta 31 de julio de 2015, el plazo otorgado al CONCESIONARIO, para la correspondiente entrega del Plan de Inversiones correspondientes a la Fase II del *Contrato de Concesión*, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA el 14 de noviembre de 2014).
 - j) Por su parte, mediante la Resolución No. 119 del 16 de abril de 2015, se prorrogó nuevamente el plazo otorgado al CONCESIONARIO para entregar el Plan de Inversiones correspondiente a la Fase II, hasta el 31 de julio de 2016, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA con el No. 2015301089 el 9 de abril de 2015).
 - k) Tiempo después, por medio de la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016, CORMAGDALENA, modificó nuevamente el plazo otorgado al CONCESIONARIO para la entrega del Plan de Inversiones correspondiente a la Fase II, hasta el 31 de julio de 2018, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA con el No. 2016303019 el 19 de julio de 2016).
 - l) Mediante Resolución No. 241 del 05 de septiembre de 2018, se procedieron a realizar las siguientes modificaciones al término señalado en el Artículo Primero de la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016, previa solicitud del Concesionario (comunicaciones radicadas en CORMAGDALENA con los Nos. 201802000911 de fecha 8 de marzo de 2018, y 201802001365 de fecha 13 de abril de 2018).
- “

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR la ampliación de la solicitud de prórroga de dos (2) años al término señalado en el Artículo Primero de la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016, plazo que se contará a partir de la fecha de ejecutoria de la presente resolución, para que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., cumpla con la obligación de presentación del plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, de acuerdo con la parte considerativa del presente acto administrativo.

PARÁGRAFO: La Sociedad Portuaria del Caribe S.A., deberá presentar ante CORMAGDALENA al cumplirse un (1) año de la ejecutoria de la presente resolución, un informe anual de avances del plan de inversiones de la FASE 2 del proyecto el cual deberá contener como mínimo:

a.- Informe sobre estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente en relación con las posibles limitaciones ambientales del proyecto por trazado RAMSAR.

b.- Informe sobre estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones del Distrito de Barranquilla del Plan de Ordenamiento Territorial en relación con la infraestructura vial en el área de desarrollo del proyecto portuario del concesionario.

c.- Informe de estado de avance de los diseños e infraestructura portuaria de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, a partir del estudio del INVÍAS, para el mejoramiento de la infraestructura y navegación del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, incluyendo planos, memorias de cálculo, especificaciones técnicas.

El incumplimiento del concesionario en la presentación del informe de avances anual que verifique la continuidad de las razones que dieron lugar a la ampliación de la prórroga, dará lugar a la revocatoria de la prórroga otorgada una vez se cumpla la condición del plazo de un (1) año señalado con anterioridad.

Al vencimiento del plazo otorgado en la presente resolución, el concesionario deberá presentar el plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. No. 3-0035-2007. "

m) En atención a lo establecido en la Resolución No. 241 del 2018, se desprende dos obligaciones para el CONCESIONARIO, las cuales son:

- a.** Presentar los informes relacionados en el Parágrafo del Artículo Primero de la Resolución No. 241 del 2018, a más tardar el 05 de septiembre de 2019.
- b.** Presentar el Plan de Inversiones correspondiente a la fase II, a más tardar el 5 de septiembre de 2020.

n) Teniendo en cuenta lo señalado respecto a la Resolución No. 241 del 2018, el plazo otorgado al CONCESIONARIO por CORMAGDALENA para que presentará el Plan de Inversiones correspondientes a la Fase II del *Contrato de Concesión*, finalizó el pasado 5 de septiembre de 2020.

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.

La **Sociedad Portuaria del Caribe S.A., NIT. 802.009.105 – 5**, allegó la póliza de cumplimiento No. 16019 -1, expedida por BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE-OAJ-202103001138 del 9 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001137 del 9 de abril de 2021 enviado a la compañía garante BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 23 de abril de 2021 a las 10:00 A.M.

V. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., así como a la Compañía Aseguradora BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., con la finalidad que tanto Contratista como la Compañía Aseguradora durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001138 del 9 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001137 del 9 de abril de 2021 enviado a la compañía Garante, con ocasión del Presunto Incumplimiento parcial con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA - CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD PORTUARIA en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. Portuaria No. 3-0035 de 2007, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (5.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (5.2); el caso en concreto; y (5.3) consideraciones finales.

5.1. EL MARCO JURÍDICO

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

5.1.1. Naturaleza jurídica de la multa

Así las cosas, previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta oficina atendiendo a la naturaleza del Procedimiento Administrativo Sancionatorio solicitado e

iniciado, tratándose de un presunto incumplimiento parcial, estima necesaria traer a colación algunos pronunciamientos que sobre este particular ha manifestado el Consejo de Estado.

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

"Así entonces, queda claro que la multa, a diferencia de la cláusula penal con naturaleza resarcitoria o compensatoria, tiene una naturaleza conminatoria o de apremio dirigida a actuar en forma compulsiva sobre el contratista obligado para constreñirlo al cabal cumplimiento de sus deberes contractuales, por tanto, cuando ese carácter se le atribuye, la cláusula penal - multa - conlleva también una función sancionatoria."

"En cuanto a los efectos y el alcance de las multas, ha de señalarse que debido a que se considera como un medio de apremio, puede, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, acumularse tanto al cumplimiento de la obligación principal, como al cobro de indemnización de perjuicios, siempre que" las partes así lo hayan estipulado.³

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

"Ahora bien, en materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio "es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñido al más exacto cumplimiento de sus obligaciones".⁴

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual".⁵

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que "tienen naturaleza conminatoria — sancionatoria y no indemnizatoria".⁶".⁷

En esta misma línea jurisprudencial, la misma Corporación ha reiterado sus pronunciamientos, a saber:

"A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702).

⁴ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de febrero de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación interna 28.278

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de febrero de 2018. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(525499).

como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que “tienen naturaleza cominatoria –sancionatoria y no indemnizatoria–

Atendiendo a esa misma lógica, en lo que ataña a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa”⁸

Lo cual fue acogido en el Laudo Arbitral de septiembre de 2021, así:

En esencia, la facultad de imponer multas en desarrollo de los contratos estatales es una manifestación particular del poder sancionatorio del Estado, que le permite cominar al contratista para el cabal cumplimiento de sus obligaciones.
 (...)

De allí se desprende que la función que cumple la cláusula penal se dirige, en principio, a tasar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento y desde ese ángulo su pacto adquiere un carácter resarcitorio e indemnizatorio; en ese orden, la multa como herramienta cominatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena (Ver auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón. “Adicionalmente, esa Corporación (se refiere a la Corte Suprema de Justicia) ha señalado de manera reiterada que, si existe pacto inequívoco al respecto, la cláusula penal puede cumplir una función diferente a la de tasar anticipadamente los perjuicios que puedan surgir con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contractuales”. Sobre este punto, también consultar el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2006, Rad. 1.748, C.P: Enrique José Arboleda Perdomo: “Es interesante también insistir en la forma de interpretar las cláusulas penales, pues por lo general se deben entender como tasación anticipada de perjuicios, y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios”).

- Con todo, en ambos casos su naturaleza genérica **es de estirpe sancionatoria**, en tanto se dirige a derivar consecuencias de una conducta antijurídica y censurable de uno de los extremos del contrato, consistente en la desatención de sus compromisos negociales.”⁹

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 630012333000201800132 01 (64.154)

⁹ Tribunal Arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario VS INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS. Laudo Arbitral del 9 de septiembre de 2021.

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

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

5.1.2. La función de la interventoría en los contratos estatales

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

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

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

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

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

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes

suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

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

*Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de intervención en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.*¹⁰

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

En este sentido, la Administración tendrá siempre la dirección y control del contrato, como quiera que al interventor no le compete declarar incumplimiento o imponer multas o sanciones, ni realizar actuaciones de ordenador del gasto como es la toma decisiones en la ejecución del contrato o en los procedimientos propios que se deriven de él como son los Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Sobre el particular, el Consejo de Estado sostuvo:

*"El objeto de la intervención consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátese de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que esténdolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación."*¹¹

5.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme a lo relacionado anteriormente, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037/03.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

202103001138 del 9 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001137 del 9 de abril de 2021 enviado a la compañía Garante, con ocasión del Presunto Incumplimiento parcial con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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

- a) La SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., radicó solicitud de Concesión Portuaria el día 07 de abril de 1999.
- b) Mediante Resolución de Aprobación No. 055 del 20 de marzo de 2007 se establecieron las condiciones bajo las cuales se otorgaría una concesión portuaria al CONCESIONARIO.
- c) El 23 de agosto de 2007 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, entre Cormagdalena y el CONCESIONARIO (en adelante “el Contrato de Concesión”), cuyo objeto corresponde a “la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso, goce y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Décima de este contrato.”
- d) El 26 de diciembre de 2007 se suscribió entre las señaladas partes el Acta de Entrega de bienes de uso público a el CONCESIONARIO.
- e) A la fecha, se ha suscrito el siguiente Otrosí en el marco del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007: Otrosí No. 1 del 23 de junio de 2008.
- f) Mediante la Resolución No.137 del 16 de mayo de 2011, fue aprobado inicialmente el plan de Inversiones, en cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión.
- g) Dicho Plan de inversiones presentado inicialmente por el CONCESIONARIO mediante comunicación radicada el 3 de mayo de 2011 en CORMAGDALENA, se dividió en dos fases: Fase I. Adecuación del Terreno y Fase II. Construcción de la Infraestructura y Superestructura Portuaria, en los siguientes términos:

| ÍTEM | DESCRIPCIÓN | Vr. TOTAL |
|---|---|----------------------|
| FASE I ADECUACIÓN DEL TERRENO | | |
| 1 | Relleno con material de dragado (116.071m ²) | |
| 1.1 | Dique perimetral y protección en roca | 2.280.690.000 |
| 1.2 | Relleno patios de almacenamiento | 3.429.250.000 |
| 1.3 | Conformación del terreno | 2.373.250.000 |
| FASE II CONTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y SUPERESTRUCTURA PORTUARIA | | |
| 2 | Adecuación del terreno (Mínimo 12.769m ²) | 0 |
| 3 | Vía acceso al terminal portuario (Mínimo 100 m) | 0 |
| 4 | Área de almacenamiento de 90.000m ² con capacidad de almacenamiento de 300.00Ton | 0 |
| 5 | Báscula camionera digital con capacidad de 60Ton de pesaje automático y registro automático a sistema | 0 |
| 6 | Zona de talleres, almacén, mantenimiento en un área de 300m ² | 0 |
| 7 | Zona de oficinas en un área de 700m ² para la atención de clientes, oficina portuaria, de seguridad, operaciones y administrativo | 0 |
| 8 | Garita de seguridad para ingreso y salida | 0 |
| 9 | Sistema de seguridad con cámaras fijas y domos necesarios para la supervisión general del área al igual que el sistema de control de acceso para habilitar la ... | 0 |
| 10 | Equipos para operaciones con carbón | 0 |
| 11 | Construcción de dos muelles marginales cimentados sobre pilotes | 0 |
| Total | | 8.083.190.000 |

- h) Para tal efecto, el Parágrafo Primero del Artículo Primero de la Resolución No.137 del 16 de mayo de 2011, en relación con la fase II indicó:

"PARAGRAFO PRIMERO: Las inversiones correspondientes a las actividades de la FASE 2, serán establecidas en un acto administrativo posterior. Para tal efecto, el Concesionario deberá aportar la información que se relaciona a continuación en medio físico y digital **dentro de los seis (6) meses siguientes a la terminación de las obras de la primera etapa**, de conformidad con el cronograma de obras del Artículo Tercero de esta Resolución o con la fecha de terminación real de obras, para lo cual se entenderá que el plazo establecido se contará a partir de la fecha que se dé primero de las dos relacionadas.

- Memorias de cálculo
- Planos de detalle de construcción
- Cantidades de obra y presupuesto detallado

Especificaciones técnicas de construcción" (Negrilla fuera de texto)

- i) En relación con el plazo establecido para la ejecución del Plan de Inversiones, el Artículo Tercero de la Resolución 137 del 16 de mayo de 2011, indicó: *"Las inversiones aprobadas en virtud de esta resolución, se ejecutarán dentro de un período de tiempo de 26 meses contados a partir del 1 de junio de 2011, de conformidad con el siguiente cronograma de ejecución:*

| NOMBRE DE LA TAREA | 2011 | | | | | 2012 | | | | | 2013 | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|------|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|-----|-----|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| | Jun | Jul | Ago | Sep | Oct | Nov | Dic | Ene | Feb | Mar | Apr | May | Jun | Jul | Ago | Sep | Oct | Nov | Dic | Ene | Feb | Mar | Apr | May | Jun | Jul |
| ETAPA 1: Adecuación del terreno | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| RELLENO CON MATERIAL DE DRAGADO [116.071 M ³] | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Instalaciones provisionales (Campamento) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Conformación dique perimetral y protección en Roca | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Colocación del relleno a +0,50 m | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Colocación del relleno compactada a +0,30 m | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Mejoramiento de suelos-Sabrecarga No. 1 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Mejoramiento de suelos-sabrecarga No. 2 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Instrumentación | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Estudios de evaluación del relleno | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

- j) Mediante la Resolución No. 226 del 10 de julio de 2014, CORMAGDALENA, ajustó el cronograma de inversiones establecido en los artículos primero y tercero de la Resolución 137 del 16 de mayo de 2011, en los siguientes términos, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA con el No. 2014302170 el 13 de junio de 2014):

“

ARTICULO PRIMERO._ COMPROMISOS DE INVERSIÓN: Trasladar la obligación de ejecutar el relleno de CINCUENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN METROS CUADRADOS (53.571 M²) previstos en la ETAPA 1 del proyecto, para ser realizados en la ETAPA 2. En razón de lo anterior, el concesionario ejecutará durante la segunda etapa del proyecto, un relleno sobre un área de 66.340 m² con el fin de habilitar 128.840 m², de conformidad con las obligaciones contractuales establecidas en el numeral 7,2 de la Cláusula Séptima del contrato.

”

- k) Mediante el artículo Tercero señaló la Resolución No. No. 226 del 10 de julio de 2014, se estableció que:

“

ARTÍCULO TERCERO: Para efectos del cumplimiento de lo establecido en el Parágrafo Primero del Artículo Primero de la Resolución No. 137 del 16 de mayo de 2011, el plazo estipulado finaliza el 31 de enero de 2015.

”

- l) Con base en lo señalado en el literal anterior, el nuevo cronograma del plan de inversiones quedó de la siguiente manera:

| DESCRIPCIÓN DE LA TAREA EJECUTADA | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 |
|--|---|--|--|--|--|
| ETAPA 1: Adecuación del terreno | Jun Jul Ago Sep Oct Nov Dic | Jan Feb Mar Abr May Jun Jul Ago Sep Oct Nov Dic | Ene Feb Mar Abr May Jun Jul Ago Sep Oct Nov Dic | Ene Feb Mar Abr May Jun Jul Ago Sep Oct Nov Dic | Ene Feb Mar Abr May Jun Jul Ago Sep Oct Nov Dic |
| RELLENO CON MATERIAL DE DRAGADO | | | | | |
| Revisión diseño etapa 1 - Exploración y análisis material de dragado (Royal Haskoning) | | | | | |
| Estudios y exploración material de préstamo (Canteras) [licitación obras (Revisión diseño - Preparación de pliegos, contratos, pólizas)] | | | | | |
| Instalaciones provisionales (campamento) | | | | | |
| Conformación dique perimetral y protección en roca | | | | | |
| Colocación del relleno a +0.50 | | | | | |
| Colocación relleno compactado a +0.30 | | | | | |
| Colocación relleno compactado a +1.30 | | | | | |
| Instrumentación (Platinas de control) | | | | | |
| Estudios de evaluación del relleno | | | | | |
| Diseño de ingeniería para la Construcción de la infraestructura y superestructura portuaria | | | | | |
| Memorias de cálculo | | | | | |
| Planos de detalle de construcción | | | | | |
| Cantidades de obra y presupuesto detallado | | | | | |
| Especificaciones técnicas de construcción | | | | | |

- m) De conformidad con el cronograma de obras de la Resolución No. 226 del 10 de julio de 2014, los plazos establecidos fueron los siguientes: (i) Las obras correspondientes a la Fase I deberán finalizar a más tardar el 31 julio de 2014 (ii) El Plan de Inversión correspondiente a la Fase II debería presentarse a más tardar el 31 de enero de 2015.
- n) Mediante la Resolución No. 424 del 12 de diciembre de 2014, se modificó el cronograma de inversiones establecido en el Artículo Primero de la Resolución No. 226 del 10 de julio de 2014 y se resolvió prorrogar por seis (6) meses más, esto es hasta 31 de julio de 2015, el plazo otorgado al CONCESIONARIO, para la correspondiente entrega del Plan de Inversiones correspondientes a la Fase II del *Contrato de Concesión*, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA el 14 de noviembre de 2014).
- o) Mediante la Resolución No. 119 del 16 de abril de 2015, se prorrogó nuevamente el plazo otorgado al CONCESIONARIO para entregar el Plan de Inversiones correspondiente a la Fase II, hasta el 31 de julio de 2016, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA con el No. 2015301089 el 9 de abril de 2015).
- p) Mediante la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016, CORMAGDALENA, se modificó nuevamente el plazo otorgado al CONCESIONARIO para la entrega del Plan de Inversiones correspondiente a la Fase II, hasta el 31 de julio de 2018, previa solicitud del Concesionario (comunicación radicada en CORMAGDALENA con el No. 2016303019 el 19 de julio de 2016).
- q) Mediante Resolución No. 241 del 05 de septiembre de 2018, se procedieron a realizar las siguientes modificaciones al término señalado en el Artículo Primero de la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016, previa solicitud del Concesionario (comunicaciones radicadas en CORMAGDALENA con los Nos. 201802000911 de fecha 8 de marzo de 2018, y 201802001365 de fecha 13 de abril de 2018).

“

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR la ampliación de la solicitud de prórroga de dos (2) años al término señalado en el Artículo Primero de la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016, plazo que se contará a partir de la fecha de ejecutoria de la presente resolución, para que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., cumpla con la obligación de presentación del plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, de acuerdo con la parte considerativa del presente acto administrativo.

PARÁGRAFO: La Sociedad Portuaria del Caribe S.A., deberá presentar ante CORMAGDALENA al cumplirse un (1) año de la ejecutoria de la presente resolución, un informe anual de avances del plan de inversiones de la FASE 2 del proyecto el cual deberá contener como mínimo:

a.- Informe sobre estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente en relación con las posibles limitaciones ambientales del proyecto por trazado RAMSAR.

b.- Informe sobre estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones del Distrito de Barranquilla del Plan de Ordenamiento Territorial en relación con la infraestructura vial en el área de desarrollo del proyecto portuario del concesionario.

c.- Informe de estado de avance de los diseños e infraestructura portuaria de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, a partir del estudio del INVÍAS, para el mejoramiento de la infraestructura y navegación del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, incluyendo planos, memorias de cálculo, especificaciones técnicas.

El incumplimiento del concesionario en la presentación del informe de avances anual que verifique la continuidad de las razones que dieron lugar a la ampliación de la prórroga, dará lugar a la revocatoria de la prórroga otorgada una vez se cumpla la condición del plazo de un (1) año señalado con anterioridad.

Al vencimiento del plazo otorgado en la presente resolución, el concesionario deberá presentar el plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. No. 3-0035-2007.

- r) En atención a lo establecido en la Resolución No. 241 del 2018, se desprende dos obligaciones para el CONCESIONARIO, las cuales son:
 - a. Presentar los informes relacionados en el Parágrafo del Artículo Primero de la Resolución No. 241 del 2018, a más tardar el 05 de septiembre de 2019.
 - b. Presentar el Plan de Inversiones correspondiente a la fase II, a más tardar el 5 de septiembre de 2020.
- s) En relación con los informes relacionados en el Parágrafo del Artículo Primero de la Resolución No. 241 del 2018 (informe de avance en la formulación de la Fase II del Plan de Inversiones), estos fueron presentados por el CONCESIONARIO, el 13 de septiembre de 2019 dentro del plazo otorgado. Por ello, esta obligación se encuentra cumplida.¹²
- t) Teniendo en cuenta lo señalado, en el literal anterior, y respecto a las demás obligaciones establecidas en la Resolución No. 241 del 2018, en especial, el plazo otorgado al CONCESIONARIO por CORMAGDALENA para que presentará el Plan de Inversiones correspondientes a la Fase II del *Contrato de Concesión*, finalizó el 5 de septiembre de 2020.

5.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento parcial con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

1. Presunto incumplimiento respecto a la obligación contenida en la Cláusula Decimocuarta del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, consistente en no haber presentado el plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para imponer multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato de Concesión No. 3-0035 de 2007, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A. - SPC, en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se procederá a establecer si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia, por lo que se procederá a analizar los presuntos incumplimientos propuestos y demás argumentos de defensa del Concesionario.

5.3.1. Presunto incumplimiento por no presentación del plan de inversiones de la fase II.

Recordemos que la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión No. 3-0035 de 2007, suscrito entre SPC y Cormagdalena, establece respecto del plan de inversiones lo siguiente:

¹² Aclaraciones y complementaciones a Prueba por Informe presentada a través de comunicado CINP-499-052-2350 por el presunto incumplimiento con fines de multa de las obligaciones del contrato de Concesión 3-0035 de 2007 suscrito entre la Sociedad Portuaria del CaribeS.A. y Cormagdalena. Radicación No. 202102002817. Oficio No. CINP –499 –089–2846 del 28 de julio de 2021. Págs. 11 y siguientes.

"CLAUSULA DÉCIMA CUARTA – PLAN DE INVERSIONES: el concesionario deberá aportar a la corporación el plan de inversiones del proyecto dentro de los sesenta (60) días siguientes a la entrega de los estudios que trata el numeral 17.4 de la cláusula Décima Séptima de este contrato. El plan de inversiones deberá presentarse por un valor mínimo de **SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$7.593.373)**, y deberá contener al menos la siguiente información: **a)** La fecha estimada de inicio, **b)** la inversión en construcción y equipos prevista en el área otorgada en concesión, las cuales deben ser acordes con el diseño detallado del puerto, con indicación de plazos estimados de ejecución, **c)** la inversión en mantenimiento de la infraestructura y equipo durante el plazo de la concesión. **PARÁGRAFO PRIMERO:** los diseños detallados que sirven de base a las inversiones planteadas deben contener al menos la siguiente información: **a)** memorias de cálculo **b)** planos detalle de construcción, **c)** cantidades de obra y presupuesto detallado **d)** especificaciones técnicas de construcción y equipos. Esta información de deberá presentarse en medio físico y magnético. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** El plan de inversiones deberá ser presentado a **CORMAGDALENA** para aprobación, la cual se hará mediante resolución. El desconocimiento de este procedimiento es causal de incumplimiento del contrato. Las inversiones realizadas por **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** para modernizar el puerto, se efectuarán con base en los planes que éste prepare y deberán ser aprobadas por **LA CORPORACIÓN**. **PARÁGRAFO SEGUNDO: LA CORPORACIÓN** o quien haga sus veces no está obligado a pagar mejoras o reformas a los bienes dados en concesión, ni a indemnizar en forma alguna a **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA**, aún en el caso que las haya autorizado expresamente. **PARÁGRAFO TERCERO:** Se entiende que toda mejora hecha por la sociedad concesionaria a los bienes dados en concesión, quedará de propiedad de la Nación al efectuarse la reversión." (Subrayas fuera de texto)

Por su parte, mediante la Resolución No.137 del 16 de mayo de 2011, en cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión (antes vista), se aprobó la primera fase del plan de Inversiones, y se señaló en el parágrafo primero del artículo primero del resuelve, que respecto a la segunda fase del Plan de Inversiones, un término de seis (6) meses siguientes a la terminación de las obras de la primera etapa, para aportar la información que se solicitaba en dicho parágrafo.¹³

Posteriormente, y tal y como se describe en los literales i, j, k, l, m, n, o, p, q, del numeral 5.2 (Hechos probados), de la presente resolución¹⁴, se modificaron no solo los plazo de las obras de las fase 1, sino el plazo o término, para presentar el plan de inversiones de la fase 2.

Finalmente, luego de pasados varios años y varias solicitudes del CONCESIONARIO, así como en atención a lo establecido en la Resolución No. 241 del 2018 de esta Corporación, se desprendieron dos obligaciones para el CONCESIONARIO, las cuales son:

- a.** Presentar los informes relacionados en el Parágrafo del Artículo Primero de la Resolución No. 241 del 2018, a más tardar el 05 de septiembre de 2019.
- b.** Presentar el Plan de Inversiones correspondiente a la fase II, a más tardar el 5 de septiembre de 2020.

Por tanto, teniendo en cuenta lo señalado respecto a la Resolución No. 241 del 2018, el plazo otorgado al CONCESIONARIO por CORMAGDALENA para que presentará el Plan de Inversiones correspondientes a la Fase II del *Contrato de Concesión*, finalizó el pasado 5 de septiembre de 2020, sin que a la fecha se haya dado cumplimiento a dicha obligación, a pesar de las reiteradas ampliaciones de los términos a fin de facilitar el cumplimiento por parte del CONCESIONARIO.

Por su parte, el artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece:

¹³ Para más detalle, por favor consultar el literal h) del numeral 5.2 (Hechos probados), de la presente resolución. Pág. 13 y siguiente.

¹⁴ Páginas 13 a 15.

“...De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

(...)

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

Además, el artículo 52 de la Ley 80 de 1993 determina: “*De la Responsabilidad de los Contratistas Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.*”

Así las cosas y de acuerdo con la solicitud de apertura de Procedimiento Administrativo Sancionatorio presentado por EL CONSORCIO INCOPLAN – INGEPROJECT 2020, en su calidad de Interventor, en ese momento, del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, suscrito entre SPC y Cormagdalena, bajo el número de oficio CGD -247-RLJ de fecha 1 de febrero de 2021, radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000217 de fecha 11 de febrero de 2021, y ajustado a través del oficio CII – 288 – RL, y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000378 de fecha 4 de marzo de 2021, y demás documentos que obran en el expediente, incorporados en etapa probatoria del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y que se dieron a conocer a las partes convocadas, se evidencia que no se superó el presunto incumplimiento endilgado en las citaciones No. CE-OAJ-202103001138 del 9 de abril de 2021, enviado al CONCESSIONARIO y No. CE-OAJ-202103001137 del 9 de abril de 2021 enviado a la compañía garante BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., respecto a este cargo.

Por lo anterior, el Concesionario se encuentra incumplido respecto a la obligación establecida en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Concesión Portuaria No. No. 3-0035 de 2007, suscrito entre SPC y Cormagdalena, por no haber presentado el plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018.

Sobre los anteriores argumentos, la apoderada del CONCESSIONARIO se pronunció en sus alegatos, realizados en la audiencia llevada a cabo el 12 de diciembre de 2022. Por su parte la Compañía Aseguradora, también se pronunció en sus descargos, realizados en sus alegatos llevada a cabo el 12 de diciembre de 2022.

5.3.2. Sobre las pruebas en el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio.

Reiterada ha sido la posición de nuestro máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, frente a la importancia de las pruebas en todo procedimiento, en esa medida ha señalado que: “*...solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial...¹⁵*

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034/14. M. P.: Dra. María Victoria Calle Correa.

Ahora bien, la facultad propia del operador administrativo a la hora de dirigir el proceso y decidir la pertinencia o no de determinadas pruebas le permite a la administración que las mismas se decreten atendiendo a la necesidad de garantizar el derecho de defensa que le asiste a los administrados, dentro de su potestad de comprobar los hechos que fundamentan sus inconformidades, ello no significa que la administración pueda de manera caprichosa o discrecional o arbitraria negar el decreto y práctica de las pruebas solicitadas, ya que es necesario que se examine la pertinencia, conduencia, legalidad, utilidad y necesidad de las mismas.

Por su parte la jurisprudencia, reiteradamente ha señalado que las pruebas son impertinentes, cuando no se ciñen al asunto materia del proceso; ineficaces, cuando no se destinan a demostrar el hecho que se quiere probar e inconducentes cuando, pese a ser en general medio de convicción atendible sin embargo, resulta inútil para el objeto probatorio que se persigue en un caso determinado. En efecto, el Consejo de Estado¹⁶, al referirse a la importancia de la prueba señaló lo siguiente: “...para que una prueba pueda ser decretada ésta debe tener conexidad con los hechos objeto de controversia dentro del proceso. Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en extrínsecos (generales para cualquier medio de prueba) e intrínsecos (según el medio de prueba de que se trate). Los requisitos extrínsecos están contemplados en el artículo 168 del Código General del Proceso y se refieren a: Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales. Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba. Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho...”

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica tuvo adicionalmente en cuenta, tanto lo preceptuado en los términos del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que “...serán rechazadas de manera motiva las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente...”, como lo establecido por el artículo 40 del CPACA, el cual reza “...Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil...”.

Por tanto, además de las pruebas anexas a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo, resulta entonces necesario referirnos puntualmente en esta instancia administrativa a las pruebas que esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio o por solicitud de parte, y que se allegaron a este procedimiento administrativo sancionatorio, en aras de valorar las mismas, antes de la respectiva toma de decisión, en los siguientes términos:

(ESPACIO EN BLANCO)

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 21 de enero de 2016, Rad: 201400117

| Lit. | Pruebas | Radicado y Fecha | | VALORACIÓN |
|------|---|--|--|---|
| | | Pruebas solicitadas o aportadas por el Contratista | | |
| A) | Prueba documental aportada por SPC: Recurso de reposición presentado por la SPC en contra de la Resolución de Cormagdalena 050 del 8 de marzo de 2021, y Correo electrónico del día 29 de marzo de 2021 mediante el cual se radicó, dentro del término legal, el recurso de reposición interpuesto por la SPC en contra de la Resolución 050 de 2021. | *SR - Radicado el 23/04/2021. Sin fecha oficio | | No desvirtúa el hecho de causal de incumplimiento. |
| C) | Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Derecho de petición de la SPC radicado ante la Alcaldía de Barranquilla el 3 de junio de 2021. Solicitando que sean respondidas las peticiones previamente enviadas y necesarias para el diseño del Plan de Inversiones Fase 2; ii) Derecho de petición de la SPC radicado ante el Instituto Nacional de Vías el 3 de junio de 2021. Solicitando que sean respondidas, en su totalidad, las peticiones previamente enviadas y necesarias para el diseño del Plan de Inversiones Fase 2; iii) Derecho de petición de la SPC radicado ante Barranquilla Verde el 3 de junio de 2021. Solicitando que sean respondidas las peticiones previamente enviadas y necesarias para el diseño del Plan de Inversiones Fase 2; iv) Carta de intención de la SPC para participar en el proyecto y en las mesas de trabajo del proyecto Zona Aguas Profundas. Del 29 de marzo de 2021; v) Carta de intención de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza para participar en el proyecto y en las mesas de trabajo del proyecto Zona Aguas Profundas. Del 3 de diciembre de 2020; vi) Noticias nacionales que dan certeza del hecho notorio de las variaciones constantes de las condiciones del canal del Río Magdalena. | *SR - 04/06/2021 Y 8/06/2021 | | No desvirtúan el hecho de causal de incumplimiento. |

Nota: *Sin radicado Cormagdalena.

| Lit | Pruebas | Radicado y Fecha | | VALORACION |
|-----|---|--|---|---|
| | | Pruebas solicitadas o aportadas por el Contratista | | |
| D) | Prueba documental aportada por SPC: Comunicación de la Alcaldía de Barranquilla del 4 de junio de 2021, bajo radicado QUILLA-21-136225. | *SR - 25/06/2021 | | No desvirtúa el hecho de causal de incumplimiento. |
| F) | Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Oficio de Barranquilla Verde del 17 de octubre de 2019, notificado el 24 de octubre de 2019, mediante el cual se da respuesta de seguimiento a comunicados sobre cumplimiento a Resolución No. 241 de 2018 expedida por Cormagdalena – zona de protección RAMSAR; ii) Derecho de Petición de la SPC radicado ante Barranquilla Verde el 3 de junio de 2021. Solicitando respuesta a las peticiones previamente enviadas y necesarias para el diseño del Plan de Inversiones Fase 2, en especial, solicitando respuesta sobre el acto administrativo referido en la comunicación del 24 de octubre de 2019; iii) Radicación electrónica Derecho de Petición de la SPC radicado ante Barranquilla Verde el 3 de junio de 2021; iv) Oficio de Barranquilla Verde del 13 de julio de 2021, notificado a la SPC el 26 de julio de 2021, mediante el cual se da respuesta a la solicitud hecha por la SPC el 3 de junio de 2021 bajo el Radicado CR-16950. | *SR - 10/08/2021 | No desvirtúan el hecho de causal de incumplimiento. | |
| G) | Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Traslado petición Ministerio de Ambiente (Correo); ii) 2021.08.09 Traslado DP Ministerio de ambiente SPC; iii) Anexo 1 2021.06.03 Petición Barranquilla Verde (002); iv) Anexo 2 OF-GA - CR 16950 Sociedad Portuaria del Caribe; v) Anexo 3 2019-10-24 RADICADO Barranquilla Verde; vi) Anexo 4 Resolución 053 de 2007 - Licencia Ambiental SPDC; vii) Anexo 5 CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA NO. 3-0035-2007. | *SR - 13/08/2021 | | No desvirtúan el hecho de causal de incumplimiento. |
| I) | Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Oficio de Barranquilla Verde radicado No. 1803, del 15 de septiembre de 2021, notificado el 22 de septiembre de 2021 a la SPC mediante correo electrónico, en el cual se da respuesta al acusado de recibo que la SPC radicó el 10 de agosto de 2021 bajo el número de radicado CR-19453; ii) Anexo 1: Oficio de Barranquilla Verde radicado No. 1803, del 15 de septiembre de 2021, notificado el 22 de septiembre de 2021 a la SPC mediante correo electrónico, en el cual se da respuesta al acusado de recibo que la SPC radicó el 10 de agosto de 2021 bajo el número de radicado CR-19453; iii) Anexo 2: Correo electrónico del 22 de septiembre de 2021, mediante el cual Barranquilla Verde notificó a la SPC del Oficio radicado No. 1803 del 15 de septiembre de 2021. | *SR - 5/11/2021 | | No desvirtúan el hecho de causal de incumplimiento. |
| K) | Prueba documental aportada por SPC: Memorial, con asunto "Aclaraciones, Complementaciones y/o Ajustes a la Prueba por Informe a cargo del Consorcio Portuario 1, Presentada a través del oficio CINP-499-315-4989 de fecha 29 de diciembre de 2021, con Radicado Cormagdalena No. 20212005066 ("Prueba por Informe No. 3") Por parte de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., dentro del proceso C.E OAJ No. 202103001138, audiencia inicial celebrada el 23 de abril de 2021. | *SR - 18/01/2022 | | No desvirtúa el hecho de causal de incumplimiento. |

Nota: *Sin radicado Cormagdalena.

| Lit. | Pruebas | Radicado y Fecha | VALORACIÓN |
|--|---|------------------|---|
| Pruebas solicitadas o aportadas por el Contratista | | | |
| L) | <p>Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Comunicado de prensa, Ministerio de Transporte, del 23 de enero de 2021, denominado: "Gobierno Nacional invierte \$13.418 millones en draga de mayor capacidad para el mantenimiento del canal de acceso al puerto de Barranquilla"; ii) Comunicado de prensa, Banco de Desarrollo Territorial – Findeter, del 24 de diciembre de 2020, denominado: "Dragado del Río Magdalena, clave para el país"; iii) Comunicado de prensa, Banco de Desarrollo Territorial – Findeter, del 4 de enero de 2021, denominado: "Gobierno Nacional reafirma su compromiso con Barranquilla para garantizar que el canal de acceso al puerto tenga equipos de dragado de mayor capacidad en 2021"; iv) Artículo de prensa, periódico El Tiempo, del 23 de febrero de 2021, denominado: "La zona portuaria de Barranquilla respira profundo"; v) Comunicado de prensa, Banco de Desarrollo Territorial – Findeter, del 12 de marzo de 2021, denominado: "Capitanía de Puerto aumentó a 10 metros el calado operacional en la Zona Portuaria de Barranquilla"; vi) Artículo de prensa, periódico El Portal Caribe, del 10 de julio de 2021, denominado: "Crítica situación del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, se esperan resultados de nueva batimetría";</p> <p>vii) Comunicado de prensa, Banco de Desarrollo Territorial – Findeter, del 19 de agosto de 2021, denominado: "Comunicado oficial trabajos de dragado en el canal de acceso a la Zona Portuaria de Barranquilla"; viii) Comunicado de prensa, Valora Analitik, del 17 de septiembre de 2021, denominado: "Dragado el Puerto de Barranquilla fue adjudicado por \$15.000 millones"; ix) Comunicado de prensa, periódico Portal Portuario, del 5 de octubre de 2021, denominado: "Draga Bartolomeu Dias regresa a Bocas de Ceniza para continuar dragado en canal de acceso a Barranquilla"; x) Artículo de prensa, periódico El Tiempo, del 23 de noviembre de 2021, denominado: "Por bajo calado, ni la draga puede trabajar en canal de acceso al puerto"; xi) Artículo de prensa, revista Semana, del 23 de noviembre de 2021, denominado: "Preocupación en Barranquilla: bajo calado del puerto genera pérdidas multimillonarias"; xii) Artículo de prensa, periódico El Universal, del 26 de noviembre de 2021, denominado: "Se reanudó dragado en la zona portuaria de Barranquilla".</p> | *SR - 10/12/2021 | No desvirtúan el hecho de causal de incumplimiento. |
| M) | <p>Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Solicitud de Suspensión por Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión, radicada por la SPC ante la Subdirección de Gestión Comercial el 21 de abril de 2022; ii) Radicado de la Solicitud de Suspensión por Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión del 21 de abril de 2022; iii) Reiteración de la Solicitud de Suspensión por Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión, radicada por la SPC ante la Subdirección de Gestión Comercial el 22 de junio de 2022; iv) Radicado de la Reiteración de la Solicitud de Suspensión por Mutuo Acuerdo del Contrato de Concesión del 22 de junio de 2022; v) Comunicación Cormagdalena del 29 de junio de 2022 con Radicado 2022- 300-2041; vi) Respuesta al radicado Cormagdalena No. 2022-300-2041 del 29 de junio de 2022, radicada por la SPC el 28 de julio de 2022; vii) Correo mediante el cual se radicó la respuesta de la SPC al Radicado Cormagdalena No. 2022-300-2041.</p> | *SR - 28/07/2022 | No desvirtúa el hecho de causal de incumplimiento. |

Nota: *Sin radicado Cormagdalena.

| Lit. | Pruebas | Radicado y Fecha | VALORACIÓN |
|------------------------------|---|--|--|
| Pruebas decretadas de Oficio | | | |
| B) | Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. | Rad. No. CINP-499-052-2350, del 18/06/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002274 | Prueba el hecho de causal de incumplimiento. |
| B1) | Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. | Rad. No. CINP-499-089-2846, del 28/07/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002817 | Prueba el hecho de causal de incumplimiento. |
| E) | Prueba documental con radicado # SMF 14677 proferido por el INVIAST, de fecha 31 de marzo de 2021 | *SR - 13/08/2021 | No desvirtúa el hecho de causal de incumplimiento. |
| H) | Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Portuario 01. | Rad. No. CINP-499-265-4532, del 26/11/21 - Rad. Cormagdalena No. 2021-200-4658 | Prueba el hecho de causal de incumplimiento. |
| J) | Prueba por informe No. 3, a cargo del Consorcio Portuario 01. | Rad. No. CINP – 499-320-0122, del 12/01/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-0105 | Prueba el hecho de causal de incumplimiento. |
| H1) | Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Intermagdalena. | Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474 | Prueba el hecho de causal de incumplimiento. |
| J1) | Aclaración, complementación o ampliación a las Pruebas por informe No. 3, a cargo del Consorcio Intermagdalena. | Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474 | Prueba el hecho de causal de incumplimiento. |

Nota: *Sin radicado Cormagdalena.

| Lit. | Pruebas | Radicado y Fecha | VALORACIÓN |
|---|---|--|--|
| Pruebas anexas a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo | | | |
| N) | Pruebas documentales i) Prueba 01: Informe de Interventoría (cumplimiento de lo estipulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) – Informe Compilatorio y Actualizado de Incumplimientos de Sociedad Portuaria del Caribe Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035-2007, con radicado No. CGD -247-RLJ de fecha 1 de febrero de 2021; ii) Prueba 02: Alcance Informe Compilatorio y Actualizado de Incumplimientos de Sociedad Portuaria del Caribe Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035-2007, con radicado No. CII – 288 – RL, de fecha 1 de febrero de 2021; iii) Prueba 03: Solicitud de Concesión del 7 de abril de 1999, radicada ante la Superintendencia General de Puertos el 8 de abril de 1999, con radicado No. 13180; iv) Prueba 04: Resolución N.º 000154 del 1 de junio de 2006; v) Prueba 05: Resolución N.º 000055 del 20 de marzo de 2007; vi) Prueba 06: Contrato de Concesión Portuaria No 3-0035 del 23 de agosto de 2007; vii) Prueba 07: Acta de entrega de bienes de uso público a la Sociedad Portuaria del Caribe del 26 de diciembre de 2007; viii) Prueba 08: Otros N.º 1 al Contrato de Concesión Portuaria No 3-0035 del 23 de agosto de 2007, fechado el 23 de junio de 2008; ix) Prueba 09: Resolución N.º 000137 del 16 de mayo de 2011; x) Prueba 10: Resolución N.º 000424 del 12 de diciembre de 2014; | Oficios de citación Rads. Cormagdalena No. CE-OAJ-202103001138 del 9 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202103001137 del 9 de abril de 2021 enviado a la compañía Garante | Prueba el hecho de causal de incumplimiento. |

Nota: *Sin radicado Cormagdalena.

Así mismo, teniendo en cuenta lo indicado tanto por la defensa del Concesionario, como por su garante, esta Oficina Asesora Jurídica procede a destacar dentro del material probatorio obrante en el expediente, las siguientes pruebas a continuación:

5.3.2.1. **(B) Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01 (Rad. No. CINP-499-052-2350, del 18/06/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002274).**

En esta prueba por informe, se procede a realizar un análisis de los argumentos expuestos por el Concesionario, así como de las pruebas documentales allegadas a ese momento por parte del Concesionario, frente a la persistencia o no del presunto incumplimiento, consistente en la no presentación del plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con

lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018, señalando que:

“...

| PREGUNTA FORMULADA POR CORMAGDALENA | RESPUESTA DE LA INTERVENTORIA | | AMPLIACIÓN DE LA RESPUESTA DE LA INTERVENTORIA |
|---|-------------------------------|----|---|
| | SI | NO | |
| 1. ¿El presunto incumplimiento endilgado dentro de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001137 de abril de 2021, y No. CE-OAJ - 202103001138 de abril de 2021, esto es, no presentación del plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018, los cuales están basados en el informe presentado por la supervisión, persiste o no? Explique el motivo de sus razones. | X | | <p>Esta intervención considera que <u>el incumplimiento en la entrega del Plan de Inversiones de la Fase II persiste</u>. Lo anterior, toda vez que, a pesar de que a la fecha el concesionario (i) <u>cuenta con toda la información requerida para su elaboración</u>, y, que (ii) <u>el plazo para su entrega ya venció, no lo ha presentado</u>.</p> <p>Como fundamento de lo precedente, a continuación se expone el estado actual de cada una de las razones alegadas por el concesionario, que según este le impiden presentar el Plan de Inversiones al que está obligado, así¹²:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Zona RAMSAR: <ul style="list-style-type: none"> - <u>El porcentaje de área concesionada afectada (0,58%) es menor y no impide que se pueda estructurar el plan de inversiones</u>. - <u>Barranquilla Verde en su pronunciamiento no hace ninguna objeción al proyecto portuario</u>, solo indica que reglamentará el manejo ambiental del área. - Si bien en un inicio este fue un hecho imprevisible para el concesionario, <u>a la fecha ya no lo es en tanto que han pasado más de 11 años desde su ocurrencia</u>. b. Vías de acceso: <ul style="list-style-type: none"> - Desde antes de la firma del contrato el concesionario <u>sabía de la obligación de construir la vía de acceso y de respetar la servidumbre. En ese mismo sentido asumió los riesgos respectivos</u>¹³. |

¹² El análisis detallado de las razones que se exponen en este punto se encuentra en el concepto presentado por esta intervención bajo radicado 202102002267 del 18 de junio de 2021.

¹³ CLÁUSULA SEPTIMA - DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA A DESARROLLAR DENTRO DEL ÁREA OBJETO DE CONCESIÓN: La infraestructura a desarrollar dentro de la zona de uso público está compuesta de los siguientes elementos (...) 7.2.1 INFRAESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN DE TRANSFERENCIA Y ALMACENAMIENTO DE CARGA: (...) Esta zona se adecuará para su operación con las siguientes inversiones: Cláusula 7.2 una

| PREGUNTA FORMULADA POR CORMAGDALENA | RESPUESTA DE LA INTERVENTORIA | AMPLIACIÓN DE LA RESPUESTA DE LA INTERVENTORIA |
|-------------------------------------|-------------------------------|---|
| | | <ul style="list-style-type: none"> - El concesionario <u>ha sido poco diligente en la gestión que le corresponde a fin de obtener la información de las autoridades</u>. Prueba de ello es el escaso número de solicitudes que elevó y la falta de empleo de los mecanismos legales a su alcance para obtener una respuesta oportuna. - Con la respuesta emitida por la Alcaldía de Barranquilla bajo el radicado EXT – QUILLA -20-135695 del 10 de septiembre de 2020 a la solicitud elevada por Cormagdalena, <u>el concesionario cuenta con información pertinente para poder estructurar el Plan de Inversiones de la Fase II</u>. <p>c. Definición de buque tipo y vía de acceso:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El <u>concesionario desde el momento de la presentación de la solicitud de concesión conocía el calado de la vía de acceso al puerto</u> y que la profundidad podía variar. Estas situaciones son <u>riesgos previsibles</u> que deben ser sumidos por el concesionario. - La definición de buque tipo entregada por el concesionario estipula un calado mínimo de 10 mts y máximo de 11.5 mts., lo que significa que <u>no hay ningún impedimento para que pueda operar con un calado igual o menor al previsto</u>. - Hay al menos 7 puertos operando en el área en las mismas condiciones. - Sin embargo, tal como se indicará más adelante, no puede perderse de vista que <u>en la solicitud de concesión de fecha</u> |

vía de acceso paralelo al puerto paralela al tajamar directo a las bodegas, patios y báscula, en una longitud de 1000 metros que se extenderá hasta la plataforma de servicio en la zona de uso público.

CLÁUSULA OCTAVA: CONDICIONES ESPECIALES DE OPERACIÓN DEL PUERTO: Para el acceso terrestre a las instalaciones portuarias de la Sociedad Portuaria del Caribe, el concesionario deberá construir por su cuenta y riesgo, el tramo de la vía necesario para acceder a sus instalaciones portuarias y deberá asumir su mantenimiento. El concesionario deberá permitir las servidumbres de paso a terceros por dicha vía, en caso de requerirse, en tal evento el costo del mantenimiento correrá por cuenta de todos los usuarios.”

| PREGUNTA FORMULADA POR CORMAGDALENA | | RESPUESTA DE LA INTERVENTORIA | AMPLIACIÓN DE LA RESPUESTA DE LA INTERVENTORIA |
|-------------------------------------|--|-------------------------------|---|
| | | | <p>16 de febrero de 2006 el concesionario manifestó la importancia de la realización de las obras de profundización del canal de acceso al puerto, mismas que no se han llevado a cabo.</p> <p>Razón por la cual, le corresponde a la entidad hacer un juicio de conveniencia en relación con la exigibilidad de la presentación del Plan de Inversiones de la Fase II teniendo en cuenta que dicho proyecto no se ha llevado a cabo y que la entidad no se opuso a dicha manifestación de importancia para el proyecto.</p> <p>d. Proyecto de navegabilidad del Río Magdalena:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La ejecución y continuidad del contrato de concesión <u>no puede estar condicionada a la adjudicación de un proyecto que depende de terceros.</u> <p><u>En ese sentido, a juicio de esta intervención NO existe alguna razón que objetivamente le impida al concesionario presentar el Plan de Inversiones de la Fase II.</u></p> <p>..."</p> |

Así mismo señala que para formular el Plan de Inversiones de la fase II por parte del Concesionario, no resulta necesario contar con:

- i) que el Distrito de Barranquilla suministre la información relevante a vías, tales como la entrega del cronograma de desarrollo vial en el área de ejecución del concesionario, así como la entrega del diseño del trazado detallado de la "Vía oriental Acceso al Puerto", a fin de poder establecer las condiciones de diseño y características particulares de la vía de acceso a la concesión, la cual en criterio del Concesionario, debe ser diseñada de tal forma que proteja la servidumbre de acceso a las instalaciones portuarias contiguas;
- ii) información, que en principio debe ser proporcionada por el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, y que se requiere para definir el diseño de las embarcaciones que arribaran al puerto, así como contar con la información sobre el nivel de profundidad y navegabilidad del canal;
- iii) que Barranquilla Verde haya expedido el acto administrativo a través del cual se defina las medidas pertinentes para la buena administración y manejo de recursos en el área que pertenece a la concesión y que fue declarada de especial protección, al ser incluida como parte del área RAMSAR – Ciénaga Grande de Santa Marta – Complejo Delta Estuarino Río Magdalena?. En efecto se señala que:

"..."

| | | | |
|----|---|---|--|
| 3. | Sírvase aclarar al Despacho si para formular el Plan de Inversiones de la fase II por parte del Concesionario, resulta necesario o no contar con la siguiente información. En cualquier caso, explique el motivo de sus razones: | | |
| | a. ¿Es necesario que Barranquilla Verde haya expedido el acto administrativo a través del cual se defina las medidas pertinentes para la buena administración y manejo de recursos en el área que pertenece a la concesión y que fue declarada de especial protección, al ser incluida como parte del área RAMSAR – Ciénaga Grande de Santa Marta – Complejo Delta Estuarino Río Magdalena? | X | <p>A juicio de esta intervención NO es necesario que Barranquilla Verde expida el acto administrativo en el que se fijen las medidas de manejo ambiental de la zona declarada especial de protección para que el concesionario puede presentar el Plan de Inversiones de la Fase II.</p> <p>El Decreto 3888 de 2009 (compilado posteriormente en el Decreto 1076 de 2015) actualizó la ficha informativa de los Humedales RAMSAR correspondientes al Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena – Ciénaga Grande de Santa Marta. En este, quedó incluida como zona protegida de humedales el área correspondiente al Tajamar Occidental, lo que haría, en principio, inviable el desarrollo de cualquier proyecto portuario.</p> <p>Sin embargo, el Plan de Ordenamiento Territorial de Barranquilla</p> |

| | | | |
|--|--|--|---|
| | | | <p>consideró la zona mencionada como una zona para el desarrollo portuario.</p> <p>Tras dos comunicaciones radicadas ante la Autoridad Ambiental Barranquilla Verde solicitando pronunciarse frente a lo ordenado (i. 07 de febrero de 2019 y ii. 2 de mayo de 2019), la Autoridad dio respuesta el 24 de octubre de 2019.</p> <p>En dicha respuesta, la entidad realizó un análisis mediante herramientas de información geográfica en donde compararon las coordenadas de la Sociedad Portuaria con las coordenadas descritas en el Decreto 3888 de 2009. Además estipularon las coordenadas que conforman el polígono del trazado RAMSAR y verificaron que la zona RAMSAR que se encuentra dentro del área concesionada es de 2.07 Ha de la zona RAMSAR, lo que corresponde al 0.58%.</p> <p>Así mismo, indicó que la sociedad deberá tener en cuenta la importancia de la Ciénaga de Mallorquín que se puede ver vulnerada por obras de construcción y/o actividades propias de la actividad portuaria, por lo tanto, indicó la entidad:</p> <p style="padding-left: 40px;">"los monitoreos deben ser reajustados de acuerdo al valor ecológico que representa este cuerpo de agua." Por ello, la autoridad en virtud del seguimiento y control a la licencia ambiental "establecerá" través de un acto administrativo de seguimiento y control las medidas pertinentes a las que haya lugar, en relación con las situaciones nuevas observadas por Barranquilla Verde, que garanticen la administración, manejo responsable y sostenible de los recursos naturales, tal como se establece en el marco de la ley."</p> <p>Analizando la información presentada en este oficio por Barranquilla Verde y teniendo en cuenta lo dispuesto en el contrato de concesión esta intervención interpreta lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El proyecto se encuentra ubicado entre los kilómetros 4 y 5 aguas arriba desde la desembocadura del Río Magdalena en |
| | | | <p>Bocas de Ceniza, sobre la margen occidental de Río, y en dirección al extremo del Tajamar Occidental, posterior al sector conocido como Puerto Mocho (barrio Las Flores). Es importante anotar que además del lindero fluvial, la zona se encuentra circundada aguas del Mar Caribe en el sector inmediato a la barra de la Ciénaga de Mallorquín y, corresponde a un área aproximada de 351.80 hectáreas, la cual incluye zonas de bienes de uso público, como playas y zonas de bajamar.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. La Sociedad Portuaria del Caribe, era consciente desde la solicitud de Concesión del impacto que conlleva la construcción y operación de un puerto especializado. Conocía de la importancia de la Ciénaga de Mallorquín y de su cercanía con el proyecto. Lo anterior, tal como se evidencia a continuación: <p style="padding-left: 40px;">"La construcción de los diques de protección y los rellenos hidráulicos que se realizarán en la zona de uso público pueden afectar las corrientes de agua con la ciénaga de Mallorquín, dada la relativa cercanía entre la barra de arena o la boca de la ciénaga y el proyecto."</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. El Decreto 3888 de 2009 fue expedido por la autoridad ambiental dos años después de la firma del contrato de concesión portuaria, para dicho contrato CORMAGDALENA constató la existencia de la licencia ambiental para el desarrollo del mismo. 4. Con la respuesta de la Autoridad Ambiental del 17 de octubre de 2019 el Concesionario tuvo la certeza jurídica de que el proyecto portuario podía ser desarrollado. Esto, en tanto en la misma se indicó de manera clara que la mitigación a la zona RAMSAR se debe hacer en el porcentaje afectado, es decir el 0.5% de la zona entregada en concesión y no en la totalidad de la zona concesionada. <p>Además, la autoridad ambiental no presentó objeción a las obras proyectadas por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. en esta área. Únicamente indicó que emitirá un acto</p> |

| | | | | |
|--|--|---|--|---|
| | | | | <p>administrativo en donde estipularía el reajuste de las medidas de manejo ambiental presentadas en el Estudio de Impacto Ambiental con el cual otorgaron la Licencia Ambiental, para así garantizar que el valor ecológico del cuerpo de agua.</p> <p>5. El contrato en su clausula 16.7. establece la obligación de procurar por la conservación y protección del medio ambiente, y, llegado el caso, recuperarlo según las instrucciones de las autoridades competentes y adoptar las medidas de preservación sanitaria y ambiental que le sean requeridos, de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental el cual la sociedad deberá mantener vigente.</p> <p>6. Dentro del Plan de Inversiones presentado en la solicitud de concesión no se encontraban las de gestión de tipo ambiental.</p> <p>En conclusión, esta interventoría considera que para que el concesionario pueda cumplir con su obligación de presentar el Plan de Inversiones de la Fase II NO es necesario que Barranquilla Verde haya expedido el acto administrativo con las medidas de manejo ambiental.</p> <p>Lo precedente, en tanto que el porcentaje de área afectada es menor, y la entidad ambiental no presentó ninguna objeción al proyecto.</p> |
| | b. ¿Es necesario que el Distrito de Barranquilla suministre la información relevante a vías, tales como la entrega del cronograma de desarrollo vial en el área de ejecución del concesionario, así como la entrega del diseño del trazado detallado de la "Vía oriental Acceso al Puerto", a fin de poder establecer las condiciones de diseño y características particulares de la vía de acceso a la concesión, la cual en criterio del Concesionario, debe ser diseñada de tal forma que | X | | <p>El Distrito de Barranquilla ya se pronunció sobre la Vía Perimetral de Acceso al corredor Portuario.</p> <p>Sobre el pronunciamiento de la Autoridad competente se extrae lo siguiente:</p> <p>"El Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de Barranquilla, Decreto Distrital No. 0212 de 2014 en su artículo 73 "proyectos de sistema de movilidad" establece los proyectos del plan de ordenamiento territorial para el sistema vial del Distrito de Barranquilla, entre los que se destaca el Acceso Corredor Vial al Puerto de Aguas profundas, asimismo en el Documento técnico de soporte – Libro II: componente urbano; en el numeral 2.2.2.1.1.2 "Sistema vial Distrital",</p> <p>En su literal B- Vías semiarteria, se manifiesta el desarrollo de la vía oriental acceso al puerto (Km 4.3 Tajaímar Occidental Río Magdalena).</p> <p>Por su parte, en el comunicado EXT – QUILLA -20-135695 del 10 de septiembre de 2020 la Alcaldía de Barranquilla indicó que:</p> <p>"(...) en el Plan de Ordenamiento Territorial, específicamente en el Documento Técnico de Soporte – Libro I - Componente General, se encuentra las fichas de los proyectos del POT, donde estas muestran los proyectos relacionados en el plan de inversión del mismo. Cada ficha posee una relación directa con las políticas, estrategias y objetivos del plan, así como se incluye dentro de una estructura y subtema específico del plan. En la página 500 se encuentra la ficha del proyecto: Implementación Plan vial (Nuevas regionales, arterias, semiarterias, colectoras y peatonales). En las páginas 501 y 502 se encuentra en un cuadro con el respectivo listado de vías proyectadas, el cual indica la jerarquía en el POT, la categoría, nombre de la vía, donde empieza y donde termina, tipo de vía, ancho del perfil, longitud en kilómetros, valor por tramo. Y en el segundo renglón de la página 502 se encuentra la vía que concierne al tema". (Negrita y subraya fuera del texto).</p> <p>Analizando la información presentada en este oficio esta interventoría interpreta lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es de vital importancia contar con la vía perimetral de acceso, que permita el adecuado flujo de carga tanto de importación como exportación durante las operaciones y por ende para la construcción del puerto. - El trazado de la vía para ingresar a la zona portuaria de Bocas de Ceniza está delimitado. |
| | proteja la servidumbre de acceso a las instalaciones portuarias contiguas? | | | |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | <p>- Del contrato se extraen las siguientes obligaciones contenidas en las cláusulas Séptima y Octava:</p> <p>"CLÁUSULA SÉPTIMA - DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA A DESARROLLAR DENTRO DEL ÁREA OBJETO DE CONCESIÓN: La infraestructura a desarrollar dentro de la zona de uso público está compuesta de los siguientes elementos (...) 7.2 INFRAESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN DE TRANSFERENCIA Y ALMACENAMIENTO DE CARGA: (...) Esta zona se adecuará para su operación con las siguientes inversiones: Cláusula 7.2 una vía de acceso paralelo al puerto paralela al tajamar directo a las bodegas, patios y báscula, en una longitud de 1000 metros que se extenderá hasta la plataforma de servicio en la zona de uso público.</p> <p>CLÁUSULA OCTAVA: CONDICIONES ESPECIALES DE OPERACIÓN DEL PUERTO: Para el acceso terrestre a las instalaciones portuarias de la Sociedad Portuaria del Caribe, el concesionario deberá construir por su cuenta y riesgo, el tramo de la vía necesario para acceder a sus instalaciones portuarias y deberá asumir su mantenimiento. El concesionario deberá permitir las servidumbres de paso a terceros por dicha vía, en caso de requerirse, en tal evento el costo del mantenimiento correrá por cuenta de todos los usuarios."</p> <p>En virtud de lo citado, se evidencia que es una <u>clara obligación a cargo del concesionario la de construir una vía de acceso paralelo al puerto y paralela al tajamar de una longitud de 1000 metros</u>. Así mismo, es claro que <u>la construcción de esa vía es a cuenta y riesgo del concesionario</u>.</p> <p>En cuanto a la <u>servidumbre y lo atinente a la vía de acceso</u>, esta interventoría considera que estas obligaciones eran conocidas por el concesionario. Así mismo, este, en el marco de su deber de</p> |
| | | | <p>planeación, debió prever¹⁵ las posibles dificultades en su ejecución en tanto conocían la realidad, técnica y Operacional del Terminal Portuario. En todo caso, no puede perderse de vista que la ejecución de la obra es a cuenta y riesgo del concesionario.</p> <p>Por lo que se considera que <u>el concesionario debió planificar las limitaciones operacionales que pudieran ocaisionarse por dicha servidumbre y tener la certeza del cual iba a ser el potencial de desarrollo que tendría el terminal concesionado de acuerdo a las obligaciones del contrato</u>, toda vez que debía revisar su existencia o su consecución dentro de los términos que se comprometió con CORMAGDALENA.</p> <p>Aunado a lo anterior, esta interventoría considera que el concesionario ha tenido un plazo considerable para resolver un asunto que conocía desde la solicitud de concesión. Además, no puede perderse de vista que de conformidad con las obligaciones contractuales vistas, le corresponde al concesionario construir a su cuenta y riesgo el tramo de vía necesario para acceder a las instalaciones portuarias.</p> <p>Por consiguiente, esta interventoría considera que <u>la respuesta esperada ya está dada por el Distrito de Barranquilla</u>. Esto, sin</p> |

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2020. Rad. 22464. "El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración prevísiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como comunitativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervenientes, de los riesgos o contingencias del contrato de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la comunitatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración prevísiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la comunitatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

(...) Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente". (Negrilla y subraya fuera del texto).

| | | | |
|--|--|---|---|
| | | | perder de vista que <u>la construcción de la vía es a cuenta y riesgo del concesionario.</u> |
| | c. ¿Es necesario contar con información, que en principio debe ser proporcionada por el Instituto Nacional de Vías – INVIA, y que se requiere para definir el diseño de las embarcaciones que arribarán al puerto, así como contar con la información sobre el nivel de profundidad y navegabilidad del canal? | X | <p>No es necesario contar con la información del INVIA toda vez que <u>el buque de diseño está definido desde la solicitud de la concesión</u> "embarcaciones tipo Handymax con capacidad de 35.000 tm de carga, y un calado mínimo de 10 m (33 pies)".</p> <p>Sin embargo, no debe perderse de vista que en la solicitud de concesión de fecha 16 de febrero de 2006 el concesionario también indicó que tenía vital importancia para el proyecto <u>la realización de las obras de profundización del canal de acceso al Puerto de Barranquilla</u> que permitan manejar.</p> <p>De lo anterior interpretamos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>Las condiciones de profundidad del canal de Acceso eran conocidas por el CONCESIONARIO</u> y por CORMAGDALENA con anterioridad a la firma del Contrato. - El calado máximo de ingreso al puerto será el designado por la Capitanía de Puerto de Barranquilla a través de su mensaje de seguridad. - <u>Actualmente operan en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla por lo menos 7 terminales portuarias con las mismas condiciones de Calado que tiene el concesionario.</u> - Las obras de profundización del canal de Acceso al Puerto de barranquilla fueron contratadas por el INVIA con el consorcio Canal del Río. El contrato se inició el 19 de octubre de 2005. <p>De conformidad con lo anterior esta interventoría considera que <u>objetivamente no es necesario contar con la información de INVIA para que el concesionario pueda presentar el Plan de Inversiones de la Fase II.</u></p> <p>No obstante lo anterior, la entidad no puede perder de vista que si bien en la solicitud de concesión se determinó un buque tipo, allí mismo</p> |
| | | | <p>también se hizo mención a la importancia de la <u>realización de las obras de profundización del canal de acceso al Puerto de Barranquilla</u>. Manifestación a la que Cormagdalena no se opuso.</p> <p>En ese sentido, le corresponde a la entidad hacer un <u>análisis de conveniencia sobre la exigibilidad del Plan de Inversiones de la Fase II</u>, teniendo en cuenta que a la fecha <u>el proyecto de aguas profundas</u>, que mejoraría el canal de acceso y por lo tanto permitiría el arribo al puerto de buques de mayor tamaño, <u>no se está ejecutando.</u></p> <p>..."</p> |

5.3.2.2. (B1) Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01 (Rad. No. CINP-499-089-2846, del 28/07/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002817).

Mediante esta prueba, se proceden a resolver las dudas que se generaron con la prueba por Informe No. 1 frente al análisis de los argumentos expuestos por el Concesionario, así como de las pruebas documentales allegadas a ese momento por parte del Concesionario, frente a la persistencia o no del presunto incumplimiento, consistente en la no presentación del plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018, señalando que:

| " ... | | RESPUESTA DE LA INTERVENTORÍA |
|-------------------------------------|--|---|
| PREGUNTA FORMULADA POR CORMAGDALENA | | |
| 1 | <p>¿Sírvase aclarar al Despacho si con la información entregada por el INVIA al concesionario, el pasado 31 de marzo de 2021 con radicado # SMF 14677, le es imposible formular el Plan de Inversiones de la fase II al Concesionario?</p> | <p>El concesionario <u>puede formular el plan de inversiones de la fase II</u>, lo anterior teniendo en cuenta las siguientes precisiones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>El concesionario desde el momento de la presentación de la solicitud de concesión conocía el calado de canal de acceso al puerto</u> y que la profundidad podía variar. Estas situaciones son <u>riesgos previsibles</u> que deben ser asumidos por el concesionario. 2. La definición de buque tipo entregada por el concesionario estipula un calado mínimo de 10 mts y máximo de 11.5 mts., lo que significa que <u>no hay ningún impedimento para que pueda operar con un calado igual o menor al previsto.</u> 3. Hay al menos 7 puertos operando en el área en las mismas condiciones. 4. La ejecución y continuidad del contrato de concesión <u>no puede estar condicionada a la adjudicación de un proyecto que depende de terceros.</u> 5. Sin embargo, tal como se indicó Mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No 202102002817, del 28 de junio de 2021, no puede perderse de vista que en la solicitud de concesión de fecha 16 de febrero de 2006 el concesionario manifestó la importancia de la <u>realización de las obras de profundización del canal de acceso al puerto</u>, mismas que no se han llevado a cabo. <p>Razón por la cual, le corresponde a la entidad hacer un juicio de conveniencia en relación con la exigibilidad de la presentación del Plan de Inversiones de la Fase II teniendo en cuenta que <u>dicho proyecto no se ha llevado a cabo y que la entidad no se opuso a dicha manifestación de importancia para el proyecto.</u></p> |

Frente a la pregunta Número 2, consistente en: ¿Sírvase complementar en su condición de interventor del contrato, que acciones en general desarrolle el concesionario, aparte de las solicitudes de prórroga del contrato de concesión portuaria que realizó ante CORMAGDALENA, para la obtención de la información necesaria relativa a la delimitación de la Zona RAMSAR, las vías de acceso a la concesión, la definición del buque tipo, a fin de poder formular el Plan de Inversiones de la fase II, desde el año 2007 y hasta el 2020? Sírvase explicar su respuesta, la interventoría señala que:

“...

| Artículo / Parágrafo | Observaciones por parte de esta Interventoría | Resolución 241 de 2018 | | Verificación cumplimiento de la obligación | |
|---|---|------------------------|------------------------|--|--|
| | | Obligación | | | |
| | | Medio ⁶ | Resultado ⁷ | | |
| "Primero APROBAR la ampliación de la solicitud de prórroga de dos (2) años al término señalado en el Artículo Primero de la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016, plazo que se contará a partir de la fecha de ejecutoria de la presente resolución, para que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., cumpla con la | La fecha de ejecutoria de la resolución 241 de 2018 es el 19 de septiembre de 2018. Por ello, el plazo para presentar el plan de inversiones de la Fase 2 del contrato en mención es el 19 de septiembre de 2020 . | X | | <u>El concesionario NO entregó el plan de inversiones Fase 2.</u> Mediante oficio No. CGD-247-RJL del 1 de febrero de 2021 radicado en Cormagdalena con el No. 202102000352, la interventoría Consorcio Incoplan - Ingiproject 2020 remitió Informe de Incumplimiento. De la lectura del documento se entiende que la obligación presuntamente incumplida es la Presentación de la Fase II del Plan de Inversión Portuaria del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035-2007. Mediante oficio radicado con el | |

⁶ Ver Sentencia del Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Santafé De Bogotá, D.C., 24 de junio de 1998. Radicación Número: 10530 "(...) en ciertos contratos el deudor sólo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el contrato. Se le llama a veces obligación de prudencia o diligencia".

⁷ Ibídem. "(...) en algunos contratos el deudor se compromete a procurar al acreedor un resultado determinado y preciso. La obligación de resultado es a veces denominada obligación determinada. El deudor de una obligación de resultado es condenado a indemnizar, si el hecho prometido no se produce. El contenido de la obligación parece ser el resultado mismo. Una carga de esta naturaleza supone evidentemente, que el deudor pone en movimiento todos los medios para obtener el resultado, pero estos por sí solos no se toman en consideración".

| Artículo / Parágrafo | Observaciones por parte de esta Interventoría | Resolución 241 de 2018 | | Verificación cumplimiento de la obligación | |
|---|--|------------------------|------------------------|--|--|
| | | Obligación | | | |
| | | Medio ⁶ | Resultado ⁷ | | |
| <u>obligación de presentación del plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007,</u> de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, de acuerdo con la parte considerativa del presente acto administrativo." (Negrita y subrayas fuera del texto original). | | | | No. 202102000788 el Consorcio Incoplan – Ingiproject 2020 remitió alcance al Informe Compilatorio y Actualizado de los incumplimientos de la Sociedad Portuaria del Caribe. <u>Actualmente se encuentra en curso el Proceso administrativo sancionatorio en contra de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.</u> Al respecto, debe indicarse que dado que el concesionario no ha entregado el Plan de Inversiones de la Fase II, objetivamente el incumplimiento persiste. | |
| "PARAGRAFO: La Sociedad Portuaria del Caribe S.A., deberá presentar ante CORMAGDALENA al cumplirse un (1) año de la ejecutoria de la presente resolución, un informe anual de avances del plan de inversiones de la FASE 2 del proyecto el cual deberá contener como mínimo:" | Deberá presentar un informe al cumplirse un año de la ejecutoria de la resolución. | X | | El informe de avance en la formulación de la Fase II del Plan de Inversiones fue presentado por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., el 13 de septiembre de 2019 dentro del plazo otorgado. Por ello, esta obligación se encuentra cumplida. Con todo, a continuación, se realizará un análisis frente al contenido del informe en cada uno de sus ítems obligatorios ya que contienen obligaciones separadas. | |
| "a.- Informe sobre el estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente en relación con las posibles limitaciones ambientales del proyecto por trazado | Deberá informar el estado de definiciones, adopciones, y/o reglamentaciones frente a las limitaciones ambientales por el trazado RAMSAR, el cual fue modificado por el Decreto 1076 de 2015. | X | | Tras dos comunicaciones radicadas ante la Autoridad Ambiental Barranquilla Verde solicitando pronunciarse frente a lo ordenado (i. 07 de febrero de 2019 y ii. 2 de mayo de 2019), la Autoridad no dio respuesta alguna. Posterior a la presentación del informe, en el segundo alcance presentado el 25 de octubre de 2019, se informó sobre un | |

⁸ Sociedad Portuaria del Caribe S.A. Comunicado No. 207235560, 02 de mayo de 2019. Código de Registro: EXT-QUILLA-19-082851 03 de mayo de 2019.

Resolución 241 de 2018

| Artículo / Parágrafo | Observaciones por parte de esta Interventoría | Obligación | | Verificación cumplimiento de la obligación |
|--|---|--------------------|------------------------|---|
| | | Medio ⁶ | Resultado ⁷ | |
| RAMSAR. ⁸ | <p>Esta es una obligación de medios, toda vez que el compromiso que adquiere el Concesionario está condicionado a contar con la información correspondiente de la Autoridad Ambiental competente, en este caso, Barranquilla Verde, para poder ser adoptado en el plan de inversiones Fase II.</p> <p>La obligación consiste en realizar gestiones de la forma más diligente encaminadas a obtener la información en mención, con el fin de poder adelantar la planeación y estructuración del plan de inversiones en su Fase 2.</p> | | | <p>comunicado recibido por parte de Barranquilla Verde el <u>24 de octubre de 2019</u> en el que la Autoridad concluye que la concesión de la SPC ocupa una porción correspondiente al 0.5% del trazado RAMSAR por lo cual deberá tener en cuenta la importancia de la Ciénaga de Mallorquín la cual se puede ver vulnerada por obras de construcción y/o actividades propias de la actividad portuaria, por lo cual "los monitoreos deben ser reajustados de acuerdo al valor ecológico que representa este cuerpo de agua."</p> <p>Por ello, la autoridad en virtud del seguimiento y control a la licencia ambiental "establecerá a través de un acto administrativo de seguimiento y control las medidas pertinentes a las que haya lugar, en relación con las situaciones nuevas observadas por Barranquilla Verde, que garanticen la administración, manejo responsable y sostenible de los recursos naturales, tal como se establece en el marco de la ley."</p> <p>El 3 de agosto de 2020, la SPC se dirigió ante Barranquilla Verde, para solicitarle información en relación con la expedición del acto administrativo de seguimiento y control, a través del cual se reglamenten las medidas necesarias para garantizar la administración y el manejo responsable y sostenible.</p> <p>Por lo anterior, el día 3 de junio de 2021, ante la falta de respuesta por parte de Barranquilla Verde, como se mencionó líneas arriba, la SPC radicó de nuevo un Derecho de Petición solicitando la información que ya se ha pedido con anterioridad y que resulta</p> |
| b.- Informe sobre el estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones del Distrito de Barranquilla del Plan de Ordenamiento Territorial en relación con la infraestructura vial en el área de desarrollo del proyecto portuario del concesionario. | Deberá informar el estado de definiciones, adopciones, y/o reglamentaciones frente a en materia de Plan de Ordenamiento Territorial para el Distrito de Barranquilla frente a la infraestructura vial en el área en donde se desarrolla el puerto. | X | | <p>fundamental para el diseño del Plan de Inversiones Fase 2.</p> <p>Conclusión: La SPC llevó a cabo gestiones frente a la Autoridad Ambiental correspondiente, las cuales iniciaron el 07 de febrero de 2019. Ello implica que, <u>desde el 25 de febrero de 2018 hasta el 07 de febrero de 2019 no hay constancias de las gestiones llevadas a cabo por el Concesionario</u>, es decir, por un periodo de cinco (5) meses, que es casi la mitad del plazo total que disponía el Concesionario.</p> <p>Al igual que desde 2 de mayo de 2019 el 3 de agosto de 2020 es decir, por un periodo de quince (15) meses.</p> <p>Son particularmente relevantes los tiempos frente a este informe toda vez que la información remitida por la entidad fue únicamente entregada en octubre, dos meses después de vencido el plazo. La SPC pudo haber previsto las demoras que ello podría suponer, y usar el tiempo de manera más diligente.</p> <p>El <u>07 de febrero de 2019</u> la SPC solicitó a la Alcaldía de Barranquilla pronunciarse sobre lo establecido en la resolución.</p> <p>La Alcaldía lo remitió por competencia a la Secretaría Distrital de Planeación, el cual fue respondido el <u>24 de mayo de 2019</u>⁹.</p> <p>Adicionalmente, posterior a la presentación del informe, la SPC da alcance a este en el comunicado del 03 de octubre de 2019, informando a</p> |

⁹ Secretaría Distrital de Planeación, Alcaldía de Barranquilla. Oficio Radicado No. QUILLA-19-117017. Barranquilla, Atlántico. 24 de mayo de 2019.

| | | | |
|--|--|--|---|
| | <p>Esta es una obligación de medios, toda vez que el compromiso que adquiere el Concesionario está condicionado a contar con la información correspondiente de la Alcaldía de Barranquilla, para poder ser adoptada en el plan de inversiones Fase 2.</p> <p>La obligación consiste en realizar gestiones de la forma más diligente encaminadas a obtener la información en mención, con el fin de poder adelantar la planeación y diseño del plan de inversiones en su Fase 2.</p> | | <p>CORMAGDALENA que recibieron un nuevo oficio¹⁰ por parte de la Secretaría de Planeación, en la cual "reenviaron la misma información y la misma imagen del radicado No. QUILLA-19117017" y que "nuevamente, se omite la entrega de un cronograma de inicio de las obras referentes a la vía, ni tampoco se entrega un trazado exacto de la vía que se pretende construir."</p> <p>En atención a lo señalado anteriormente, el 4 de agosto de 2020 la SPC radicó nuevamente ante la Alcaldía de Barranquilla, una petición a través de la cual se solicitó nuevamente la entrega del cronograma de desarrollo vial en el área de ejecución de la SPC, así como la entrega del diseño del trazado detallado de la "Vía oriental Acceso al Puerto".</p> <p>El 5 de agosto de 2020, la Alcaldía de Barranquilla dio respuesta a la comunicación, señalando que, por competencia, la solicitud fue remitida a la Secretaría Distrital de Planeación de Barranquilla.</p> <p>El día 3 de junio de 2021, la SPC radicó de nuevo un Derecho de Petición solicitando la información que ya se ha pedido con anterioridad y que resulta fundamental para el diseño del Plan de Inversiones Fase 2</p> <p>El 4 de junio de 2021, la Alcaldía de Barranquilla dio respuesta al Derecho de Petición del 3 de junio de 2021, mediante Radicado QUILLA-21-136225.</p> <p>Conclusión: La SPC llevó a cabo las gestiones frente al Distrito de</p> |
|--|--|--|---|

¹⁰ Secretaría Distrital de Planeación. Alcaldía de Barranquilla. Oficio QUILLA-19-221379. Barranquilla, Atlántico. 20 de septiembre de 2019.

| | | | |
|---|--|---|---|
| | | | Barranquilla correspondientes, las cuales iniciaron el 07 de febrero de 2019. Ello implica que, <u>desde el 05 de septiembre de 2018, hasta el 07 de febrero de 2019 no hay constancias de las gestiones llevadas a cabo por el Concesionario</u> , es decir, por un periodo de cinco (5) meses, el cual es casi la mitad del plazo total que disponía el Concesionario. La SPC pudo haber previsto las demoras que ello podría suponer, y usar el tiempo de manera más diligente. |
| c.- Informe de estado de avance de los diseños e infraestructura portuaria de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, a partir del estudio del INVÍAS, para el mejoramiento de la infraestructura y navegación del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, incluyendo planos, | <p>Deberá informar sobre los avances de los diseños e infraestructura portuaria de la Fase 2 a partir de los estudios y diseños que está adelantando el INVÍAS con incidencia en el proyecto.</p> <p>Esta es una obligación de medios, toda vez que el compromiso que adquiere el</p> | x | <p><u>El 07 de febrero de 2019 requirieron al INVÍAS informar sobre lo establecido en la Resolución¹¹.</u> El INVÍAS respondió el 11 de febrero de 2019, informando que dio traslado a la Interventoría Estudios Canal de acceso a Barranquilla para dar respuesta al requerimiento.¹²</p> <p>La Interventoría Ingeniería y Asesorías Portuarias S.A.S., informó¹³ el 20 de febrero de 2019 que el Contrato 828 de 2017 tiene como objeto el estudio y diseño para el mejoramiento de infraestructura y navegación del</p> |

| | | | |
|---|--|--|--|
| memorias de cálculo, especificaciones técnicas. | <p>Concesionario está condicionado a contar con la información correspondiente del INVÍAS, para poder ser adoptada en el plan de inversiones Fase 2.</p> <p>La obligación consiste en solicitar de la forma más diligente la información, con el fin</p> | | <p>canal de acceso puerto de Barranquilla hasta el sector de PIMSA, el cual al momento se encuentran ejecutando todos los trabajos programados. Además, especificó que están procesando la información recogida en los estudios y pruebas que finalizaron en julio de 2018.</p> <p>Finalmente, dicha interventoría indicó que los resultados del estudio estaban programados</p> |
|---|--|--|--|

¹¹ Sociedad Portuaria del Caribe S.A. Comunicado 207104903, del 06 de febrero de 2019. Barranquilla, Atlántico. Recibido el 07 de febrero de 2019.

¹² Instituto Nacional de Vías. Oficio CT.ATL 5449 del 11 de febrero 2019. Bogotá D.C. Recibido el 22 de febrero de 2019.

¹³ Ingeniería y Asesorías Portuarias S.A.S. Comunicado IAPSAS-2019-162. Barranquilla, Atlántico. 20 de febrero de 2019.

| | | | |
|--|--|--|---|
| | <p>de poder adelantar la planeación y diseño del plan de inversiones en su Fase 2.</p> | | <p>para el 30 de junio de 2019, fecha en la cual remitirían a SPC.</p> <p>El 02 de mayo de 2019 SPC dio respuesta a ello, solicitando el envío de "un aparte preliminar de información, el cual cuente con planos, memorias de cálculo y especificaciones técnicas para cumplir con lo solicitado por CORMAGDALENA." Este no fue contestado ni a la fecha de presentación del informe o alcances se han enviado los resultados o aparte preliminar de ellos.</p> <p>El 05 de agosto de 2019 la SPC solicitó al INVÍAS comunicar si la entidad se encontraba a la fecha "trabajando en la construcción de un canal de acceso por vía marítima que beneficie la totalidad de las zonas portuarias ubicadas en Boca de Cenizas, con acceso tanto marítimo como fluvial." El 03 de octubre de 2019, posterior a la entrega del informe¹⁴, la SPC informa a CORMAGDALENA que el INVÍAS informó¹⁵ el 23 de septiembre de 2019 el traslado a la Subdirección Marítima y Fluvial.¹⁶</p> <p>Conclusión: La SPC llevó a cabo las gestiones frente al INVÍAS, las cuales iniciaron el 07 de febrero de 2019. Esto implica que, desde el 05 de septiembre de 2018, hasta el 07 de febrero de 2019 no hay constancias de las gestiones llevadas a cabo por el Concesionario, es decir, por un periodo de cinco (5) meses, el cual es casi la mitad del plazo total que disponía el</p> |
|--|--|--|---|

¹⁴ Mediante comunicado No. 201902005401, del 03 de octubre de 2019 (posterior al informe, dando alcance). Recibido el 04 de octubre de 2019.

¹⁵ Mediante Oficio No. DT-ATL-38900 de 16 de septiembre de 2019. Recibido el 23 de septiembre de 2019.

¹⁶ Mediante Memorando No. DT-ATL-54107, del 16 de septiembre de 2019.

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | | | | Concesionario. La SPC pudo haber previsto las demoras que ello podría suponer, y usar el tiempo de manera más diligente. |
|--|--|--|--|--|

Fuente: Tomado del documento "Análisis frente al cumplimiento de las obligaciones contempladas en el informe anual de avances del plan de inversiones Fase 2 contemplado en la Resolución 241 de 2018 de CORMAGDALENA" de mayo de 2020, elaborado por la Interventoría Consorcio C-BQ en el marco del Contrato de Interventoría No. 0-0189-2019.

..."

Frente a la tercera pregunta formulada para aclaración, complementación o ajuste, la interventoría señala que:

"..."

| | |
|--|--|
| <p>3.</p> <p>¿Sirvase aclarar al Despacho en su condición de interventor del contrato, que implicaciones tiene para formular el Plan de Inversiones de la fase II, por parte del concesionario, que el Distrito de Barranquilla no tenga contemplado dentro de sus planes de obras la zona de acceso al puerto, de conformidad con el radicado QUILLA-21-136225 del 4 de junio de 2021? Sirvase explicar su respuesta.</p> | <p>Frente a la formulación del plan de inversiones no tiene ninguna incidencia con la respuesta dada por el Distrito de Barranquilla con el radicado QUILLA-21-136225 del 4 de junio de 2021, dado que no se puede perder de vista que la construcción de la vía es a cuenta y riesgo del concesionario. No obstante, lo anterior al no tenerlo contemplado, resulta fundamental para la elaboración del diseño de la vía de acceso por parte del CONCESIONARIO definir las condiciones de diseño y características particulares de la vía, y que logre una efectiva conexión con vías cuyo diseño y construcción están a cargo del Distrito.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es de vital importancia contar con la vía perimetral de acceso, que permita el adecuado flujo de carga tanto de importación como exportación durante las operaciones, y por ende para la construcción del puerto. - El trazado de la vía para ingresar a la zona portuaria de Bocas de Ceniza está delimitado. - Del contrato se extraen las siguientes obligaciones contenidas en las cláusulas Séptima y Octava: <p>"CLÁUSULA SÉPTIMA - DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DESCRIPCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA A DESARROLLAR DENTRO DEL ÁREA OBJETO DE CONCESIÓN: La infraestructura a desarrollar dentro de la zona de uso público está compuesta de los siguientes elementos (...) 7.2.1 INFRAESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN DE TRANSFERENCIA Y ALMACENAMIENTO DE CARGA: (...) Esta zona se adecuará para su operación con las siguientes inversiones: Cláusula 7.2 una vía de acceso paralelo al puerto paralela al tajamar directo a las bodegas, patios y báscula, en una longitud de 1000 metros que se extenderá hasta la plataforma de servicio en la zona de uso público.</p> <p>CLÁUSULA OCTAVA: CONDICIONES ESPECIALES DE OPERACIÓN DEL PUERTO: Para el acceso terrestre a las instalaciones portuarias de la Sociedad Portuaria del Caribe, el concesionario deberá construir por su cuenta y riesgo, el tramo de la vía necesario para acceder a sus instalaciones portuarias y deberá asumir su mantenimiento. El concesionario deberá permitir las servidumbres de paso a terceros por dicha vía, en caso de requerirse, en tal evento el costo del mantenimiento correrá por cuenta de todos los usuarios."</p> <p>En virtud de lo citado, se evidencia que es una clara obligación a cargo del concesionario la de construir una vía de acceso paralelo al puerto y paralela al tajamar de una longitud de 1000 metros. Así mismo, es claro que la construcción de esa vía es a cuenta y riesgo del concesionario.</p> <p>En cuanto a la servidumbre y lo atinente a la vía de acceso, esta interventoría considera que estas obligaciones eran conocidas por el concesionario. Así mismo, este, en el marco de su deber de planeación, debió prever⁵ las posibles dificultades en su ejecución en tanto conocían la realidad, técnica y Operacional del Terminal Portuario. En todo caso, no puede perderse de vista que la ejecución de la obra es a cuenta y riesgo del concesionario.</p> <p>Por lo que se considera que el concesionario debió planificar las</p> |
| | <p>⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2020. Rad. 22464. "El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración prevísiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como comunitativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujección plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervenientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la comunitatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico.</p> <p>Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración prevísiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la comunitatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.</p> <p>(...)</p> <p>Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente". (Negrilla y subraya fuera del texto).</p> <p style="text-align: right;">" limitaciones operacionales que pudieran ocasionarse por dicha servidumbre y tener la certeza del cual iba a ser el potencial de desarrollo que tendría el terminal concesionado de acuerdo a las obligaciones del contrato, toda vez que debía revisar su existencia o su consecución dentro de los términos que se comprometió con CORMAGDALENA.</p> <p>Aunado a lo anterior, esta interventoría considera que el concesionario ha tenido un plazo considerable para resolver un asunto que conocía desde la solicitud de concesión. Además, no puede perderse de vista que de conformidad con las obligaciones contractuales vistas, le correspondía al concesionario construir a su cuenta y riesgo el tramo de vía necesario para acceder a las instalaciones portuarias.</p> |

...

5.3.2.3. (H) Prueba por informe No. 2. a cargo del Consorcio Portuario 01 (Rad. No. CINP-499-265-4532, del 26/11/21 - Rad. Cormagdalena No. 2021-200-4658).

Mediante esta prueba por informe se solicita por esta Oficina Asesora Jurídica, a la interventoría del contrato que se "Sirviera aclarar al Despacho si con la información entregada por el INVIAIS al concesionario, el pasado 31 de marzo de 2021 con radicado #

SMF 14677, le es imposible formular el Plan de Inversiones de la fase II al Concesionario? En cualquier caso, explique el motivo de sus razones. Frente a lo anterior se señala por parte de la interventoría que:

“...Finamente se reitera que al concesionario No le es imposible formular el Plan de Inversiones de la fase II al Concesionario con la información entregada por el INVIAST a éste el pasado 31 de marzo de 2021 con radicado # SMF 14677, teniendo en cuenta las siguientes precisiones:

1. *El concesionario desde el momento de la presentación de la solicitud de concesión conocía el calado de canal de acceso al puerto y que la profundidad podía variar. Estas situaciones son riesgos previsibles que deben ser asumidos por el concesionario.*
2. *La definición de buque tipo entregada por el concesionario estipula un calado mínimo de 10 mts y máximo de 11.5 mts., lo que significa que no hay ningún impedimento para que pueda operar con un calado igual o menor al previsto.*
3. *Hay al menos 7 puertos operando en el área en las mismas condiciones.*
4. *La ejecución y continuidad del contrato de concesión no puede estar condicionada a la adjudicación de un proyecto que depende de terceros.*
5. *Sin embargo, tal como se indicó Mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No 202102002274. del 28 de junio de 2021, no puede perderse de vista que en la solicitud de concesión de fecha 16 de febrero de 2006 el concesionario manifestó la importancia de la realización de las obras de profundización del canal de acceso al puerto, mismas que no se han llevado a cabo. Razón por la cual, le corresponde a la entidad hacer un juicio de conveniencia en relación con la exigibilidad de la presentación del Plan de Inversiones de la Fase II teniendo en cuenta que dicho proyecto no se ha llevado a cabo y que la entidad no se opuso a dicha manifestación de importancia para el proyecto...”* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

5.3.2.4. (J) Prueba por informe No. 3, a cargo del Consorcio Portuario 01 (Rad. No. CINP – 499 –320-0122. del 12/01/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-0105).

Mediante esta prueba por informe se solicita por esta Oficina Asesora Jurídica, a la interventoría del contrato que se ¿Sirviera indicar al Despacho en su condición de interventor del contrato, que implicaciones tiene para formular el Plan de Inversiones de la fase II, por parte del concesionario, lo señalado por la apoderada del CONCESIONARIO, en su oficio del 5 de noviembre de 2021 y los anexos del mismo, en conjunto con el oficio del 13 de agosto de 2021 y los anexos del mismo? Sírvase explicar el motivo de sus respuestas. Frente a lo anterior se señala por parte de la interventoría que:

“...

Esta interventoría considera que **las situaciones expuestas por el concesionario**, que según él le impiden presentar el plan de inversiones, no representan implicaciones diferentes a los riesgos que tiene el proyecto de tipo ambiental desde la solicitud de CONCESIÓN por parte de este, desde el inicio LA SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE debía tener en cuenta la importancia **de la Ciénaga de Mallorquín que se puede ver vulnerada por obras de construcción y/o actividades propias de la actividad portuaria lo anterior teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:**

1. El proyecto se encuentra ubicado entre los kilómetros 4 y 5 aguas arriba desde la desembocadura del Río Magdalena en Bocas de Ceniza, sobre la margen occidental de Río, y en dirección al extremo del Tajamar Occidental, posterior al sector conocido como Puerto Mocho (barrio Las Flores). Es importante anotar que además del lindero fluvial, la zona se encuentra circundado aguas del Mar Caribe en el sector inmediato a la barra de la Ciénaga de Mallorquín y, corresponde a un área aproximada de 351.80 hectáreas, la cual incluye zonas de bienes de uso público, como playas y zonas de bajamar.

2. **La Sociedad Portuaria del Caribe, era consciente desde la solicitud de Concesión del impacto que conlleva la construcción y operación de un puerto especializado. Conocía de la importancia de la Ciénaga de Mallorquín y de su cercanía con el proyecto.** Lo anterior, tal como se evidencia a continuación:

"La construcción de los diques de protección y los rellenos hidráulicos que se realizarán en la zona de uso público pueden afectar las corrientes de agua con la ciénaga de Mallorquín, dada la relativa cercanía entre la barra de arena o la boca de la ciénaga y el proyecto."¹

3. **El Decreto 3888 de 2009 fue expedido por la autoridad ambiental dos años después de la firma del contrato de concesión portuaria,** para dicho contrato CORMAGDALENA constató la existencia de la licencia ambiental para el desarrollo del mismo.

1 Audiencia Pública

4. Con la respuesta de la Autoridad Ambiental del 17 de octubre de 2019 el Concesionario tuvo la certeza jurídica de que el proyecto portuario podía ser desarrollado. Esto, en tanto en la misma se indicó de manera clara que **la mitigación a la zona RAMSAR se debe hacer en el porcentaje afectado, es decir el 0.5% de la zona entregada en concesión y no en la totalidad de la zona concesionada.**

Además, la autoridad ambiental **no presentó objeción a las obras proyectadas por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.** en esta área. Únicamente indicó que emitiría un acto administrativo en donde estipularía el reajuste de las medidas de manejo ambiental presentadas en el Estudio de Impacto Ambiental con el cual otorgaron la Licencia Ambiental, para así garantizar que el valor ecológico del cuerpo de agua.

5. El contrato en su cláusula 16.7. establece la **obligación de procurar por la conservación y protección del medio ambiente**, y, llegado el caso, recuperarlo según las instrucciones de las autoridades competentes y adoptar las medidas de preservación sanitaria y ambiental que le sean requeridos, de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental el cual la sociedad deberá mantener vigente.

6. Es pertinente indicar que la Gestión ambiental no hace parte del plan de inversiones presentado por el Concesionario durante la solicitud de concesión y aprobado por CORMAGDALENA.

Bajo estas consideraciones, y teniendo en cuenta que como lo menciona la apoderada del Concesionario en su memorial del 5 de noviembre de 2021, existe apenas una expectativa de reglamentación por parte del MADS respecto del manejo de la zona RAMSAR en las concesiones portuarias y un trabajo de dicha entidad junto a INVEMAR para adelantar el "(...) proceso para formular el Plan de Manejo Ambiental del área RAMSAR "Delta Estuarino del Río Magdalena y la Ciénaga Grande de Santa Marta", sin que pueda hablarse de un acto jurídico consolidado, el Concesionario deberá acogerse y dar cumplimiento a las instrumentos y condiciones de manejo ambiental vigentes al momento del otorgamiento de la concesión y los ajustes posteriormente llevados a cabo por la autoridad competente, los cuales como ya se mencionó, no impiden avanzar con la formulación del Plan de Inversiones Fase II en criterio de esta Interventoría.

De esta forma se reitera el pronunciamiento inicial de esta interventoría mediante el cual se dio respuesta a la Prueba por Informe inicialmente decretada por la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA en el curso del Procedimiento

Administrativo Sancionatorio en comento, y en la cual se concluyó respecto de la pregunta No. 3.a¹, lo siguiente:

"En conclusión, esta intervención considera que para que el concesionario pueda cumplir con su obligación de presentar el Plan de Inversiones de la Fase II **NO es necesario que Barranquilla Verde haya expedido el acto administrativo con las medidas de manejo ambiental.**

Lo precedente, en tanto que el porcentaje de área afectada es menor, y la entidad ambiental no presentó ninguna objeción al proyecto."

Lo anterior, ya que, de los elementos nuevos aportados por el Concesionario a través de su apoderado en los memoriales del 13 de agosto y 5 de noviembre de 2021, corresponden a un cambio de autoridad competente para emitir el pronunciamiento acá indicado, mas no a una modificación en firme en las exigencias ambientales aplicables al tema bajo estudio.

..."

5.3.2.5. (H1) Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Inter Magdalena (Radicado Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474).

En esta aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 2, se señala que:

"..."

PRUEBA POR INFORME No. 2

1. "... 2.1. COMPLEMENTACIÓN – Sobre el calado del canal de acceso al puerto y la variación de la profundidad. (...) solicitamos que la Interventoría presente una COMPLEMENTACIÓN en la que amplíe su análisis frente a las razones por las que la SPC debería asumir las consecuencias derivadas del drástico cambio que se ha presentado, desde la solicitud de concesión portuaria, en la profundidad y en el calado del canal de acceso..."

RESPUESTA: En primer lugar, es necesario establecer que en los documentos contractuales se puede evidenciar que no había una obligación por parte de Cormagdalena de garantizar un calado. Ahora bien, los riesgos previsibles "son todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean

identificables y cuantificables en condiciones normales". De igual modo, "en cumplimiento de los deberes de planeación y previsibilidad, recaen en la sociedad concesionaria y en su matriz controlante la responsabilidad de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la evaluación del negocio y en la asunción de riesgos a él asociados, en tanto si bien su obligación no es de resultado, están obligados dentro de sus capacidades y conocimiento a prever esos riesgos

(...)

Así y aunque no exista una disposición precisa que lo indique en la Ley 1a de 1991, en estos proyectos como en las asociaciones público-privadas el particular estructurador asume íntegramente los riesgos contractuales"²

Es claro que en el caso bajo estudio se encuentran ante riesgos previsibles, pues, las condiciones de profundidad del canal de Acceso eran conocidas por el CONCESIONARIO y por CORMAGDALENA con anterioridad a la firma del Contrato. De igual modo, en la solicitud de concesión de fecha 16 de febrero de 2006 el concesionario manifestó la importancia de la realización de las obras de profundización del canal de acceso al puerto, lo que demuestra la previsibilidad con respecto a la profundidad y calado del canal de acceso. Aun así, es importante precisar que, actualmente operan en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla por lo menos 7 terminales portuarias con las mismas condiciones de calado que tiene el concesionario.

2. ACLARACIÓN- Sobre la definición del buque tipo

"... 2.2. ACLARACIÓN – Sobre la definición del buque tipo. (...) solicitamos una ACLARACIÓN por parte de la Interventoría en la que indique, a que se refiere con que el puerto pueda operar con un calado igual o menor al previsto..."

(...)

solicitamos la aclaración sobre los datos y cifras que ha utilizado la Interventoría para realizar la Prueba por Informe No. 2, en tanto, pareciera, que no se puede determinar con exactitud el nivel de calado actual del

canal de acceso, como tampoco las condiciones mínimas de navegabilidad sobre el calado para permitir la operación portuaria descrita en el Contrato de Concesión..."

RESPUESTA: En primer lugar, no se puede confundir el tema de la formulación del Plan de Inversiones con las operaciones del Puerto. Cuando en el informe CINP – 499 –052–2350 del 18 de junio del 2021, reiterado en el informe CINP – 499 –089–2846 del 28 de julio, se establece que "no hay ningún impedimento para que pueda operar con un calado igual o menor al previsto" se hace referencia a que, aunque el buque tipo para el tema de la formulación de inversiones debe tener un calado mínimo, no se impide para que buques con menor calado ingresen al puerto, por lo que no existe impedimento para la operación del puerto.

¹ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento Congres 3714. 1 de diciembre de 2011.

² Tribunal Arbitral de Zona Franca Argos S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura. Radicado N. 15769. 12 de marzo del 2020.

Ahora bien, mediante oficio No. 202003002959 del 7 de diciembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial, apoyada en el concepto No. CGDF-082-RLT, radicado en Cormagdalena con No. 2020020006386 del 24 de noviembre de 2020 indicó que:

"la Sociedad Portuaria Del Caribe S.A. tiene amplio conocimiento del buque tipo que puede ser utilizado para la modelación del diseño del muelle del puerto, como lo describió el interventor en su concepto, asimismo se debe tener de presente lo expresado por la autoridad marítima (DIMAR) en el comunicado del 13 de julio de 2006 en el cual indicó:

"Con relación al punto anterior, se debe tener en cuenta que en promedio un buque tipo Handymax solo tendrá 70 metros aproximadamente para virar, siendo necesario para efectuar esta maniobra por lo menos 200m., (...)"

Teniendo en cuenta lo antes indicado y con la información radicada por el concesionario el 24 de abril de 2007; el cual aportó el estudio de maniobra de zarpe y atraque en el que se indicó el buque tipo que sería implementado por la Sociedad Portuaria, el cual es:

"...El buque tipo es el Handymax con una eslora de hasta 185 mts., manga 30.5 mts. DWT. 45.000 Tons. con un calado máximo de 11.5 mts. (37.72 pies)." (SIC)"

Por lo tanto, las características del buque tipo no es impedimento para la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. en lo que respecta al diseño de la instalación portuaria a desarrollar.

3. ACLARACIÓN- Sobre la ejecución de la operación de puertos adyacentes

"... 2.3. COMPLEMENTACIÓN – Sobre la operación de puertos adyacentes. (...) solicitamos COMPLEMENTACIÓN por parte de la Interventoría, para que incluya la información necesaria que permita tener certeza sobre cuáles son aquellas condiciones en las que los mencionados siete (7) puertos actualmente están operando. Es decir, que, en concreto, complemente su afirmación indicando si las condiciones técnicas de navegabilidad y operatividad de los mencionados puertos, son exactamente iguales a las condiciones que actualmente enfrenta la SPC y que le han hecho imposible formular el Plan de Inversiones Fase 2..."

(...)

solicitamos que COMPLEMENTE este punto, explicando las razones por las que, la Interventoría, considera que es posible realizar una analogía entre el Proyecto portuario de la SPC y otros proyectos adyacentes, partiendo de la base de que no resulta materialmente procedente hacer una comparación de este tipo, debido a que cada puerto cuenta con sus propias particularidades. Es decir, que sería pertinente que la Interventoría complemente su consideración, indicando cuáles han sido los criterios técnicos que ha usado para agrupar los mencionados siete (7) puertos y el puerto de la SPC, bajo un mismo patrón de condiciones técnicas, naturales y contractuales, que permitan entender la prestación del servicio portuario de forma homogénea entre ellos".

RESPUESTA: En este punto, es necesario aclarar que para esta interventoría no es necesario entrar a analizar las condiciones de cada puerto, ya que, los compromisos contractuales de los diferentes concesionarios no son iguales, por lo que cada uno debe cumplir con sus obligaciones y la realización de las inversiones a la que cada puerto se comprometió. Sin embargo, se especifica que, dichos Puertos se

encuentran actualmente en operación en dicha área. Por otro lado, la intención de esta interventoría no es la de agrupar los puertos, si no mencionar que estos 7 puertos se encuentran en operación.

4. *"...2.4. ACLARACIÓN – Sobre la ejecución y continuidad del Contrato de Concesión. (...) solicitamos una ACLARACIÓN sobre el razonamiento que tuvo la interventoría para indicar que el Contrato de Concesión puede ser ejecutado independientemente del desarrollo del Proyecto de la Navegabilidad del Río Magdalena. (...) solicitamos que sean aclaradas las razones por las que la Interventoría considera que no existe correlación y/o codependencia en el desarrollo y ejecución entre el proyecto portuario de la SPC y el Proyecto de la Navegabilidad del Río Magdalena...."*

RESPUESTA: En los compromisos contractuales adquiridos por la Sociedad Portuaria Caribe S.A. no se estableció una condicionalidad entre el cumplimiento de sus obligaciones y el desarrollo y ejecución del Proyecto de la Navegabilidad del Río Magdalena. De igual modo, el no desarrollo y ejecución del Proyecto de la Navegabilidad no es un motivo que impida al concesionario presentar el Plan de Inversiones de la Fase II. Por consiguiente, dicho Proyecto no es justificación razonada para el incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Portuaria.

5. "...2.4. ACLARACIÓN – Sobre la ejecución y continuidad del Contrato de Concesión. (...) solicitamos que se nos aclare, bajo el entendimiento de la Interventoría, como se materializaría el principio de planeación, por parte de Cormagdalena y de la Agencia Nacional de Infraestructura, si ambas entidades toman decisiones sin considerar la correlativa afectación que generarian sobre los proyectos a su cargo..."

RESPUESTA: El principio de planeación "tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones"³. En el presente caso, "el particular tiene íntegramente la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto y en ello debe empeñar todo su esfuerzo y todo su conocimiento no solamente de los mercados sino del entorno macroeconómico en el cual va a desarrollar su actividad"⁴.

Por consiguiente, desde el momento en que se presentó la solicitud para el otorgamiento de una concesión portuaria, el interesado debía planear y prever las condiciones técnicas, financieras y económicas del proyecto. El concesionario, debe cumplir con los deberes de planeación y previsibilidad ampliamente desarrollados, además de asumir íntegramente los riesgos contractuales, entre otros, el riesgo comercial, constructivo y el económico.

Ahora bien, la materialización de este principio por parte de Cormagdalena consiste en hacer la revisión del modelo aportado por el solicitante. Por otro lado, en lo que respecta a la Agencia Nacional de Infraestructura, es necesario recordar que las obligaciones de inversión son con Cormagdalena, no con la ANI. Por último, es necesario mencionar que la Sociedad Portuaria se obligó, con fundamento en el principio de autonomía de la libertad, a que las inversiones fueran por su cuenta y riesgo.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación N. 07001-23-31-000-1999-00546-01(21489). (CP: Ruth Stella Correa; 28 de mayo de 2012)

⁴ Tribunal Arbitral de Zona Franca Argos S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura. Radicado N. 15769. 12 de marzo del 2020.

...

5.3.2.6. (J1) Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 3, a cargo del Consorcio Intermagdalena (Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 : Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474).

En esta aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 3, se señaló, entre otros que, respecto de los documentos presentados por el Concesionario, en especial los siguientes:

- En el numeral 1.3), relativo a: "...1.3. COMPLEMENTACIÓN y ACLARACIÓN – Sobre el numeral tercero (3) de la Prueba por Informe No. 3, referente al Decreto 3888 de 2009..."
- En el numeral 1.4), relativo a: "...1.4. COMPLEMENTACIÓN y ACLARACIÓN – Sobre la afirmación relativa al pronunciamiento de Barranquilla Verde, como Autoridad Ambiental del Proyecto, del 17 de octubre de 2019..."
- En el numeral 1.5), relativo a: "...1.5. ACLARACIÓN – Sobre la conclusión relacionada con la Cláusula 16.7 del Contrato de Concesión, en la que se establece la obligación de procurar por la conservación y protección del medio ambiente..."
- En el numeral 1.7), relativo a: "...1.7. ACLARACIÓN – Sobre el deber que tiene el Concesionario de acogerse y dar cumplimiento a las condiciones de manejo ambiental..."
- En el numeral 1.8), relativo a: "...1.8. COMPLEMENTACIÓN – Sobre la no objeción de Barranquilla Verde sobre el Proyecto..."

Se señaló que:

"..."

RESPUESTA: El 17 de octubre de 2019, mediante oficio 00441 Barranquilla Verde mencionó que "establecerá a través de un acto administrativo de seguimiento y control las medidas pertinentes a las que haya lugar, *en relación con las situaciones nuevas observadas por Barranquilla Verde*, que garanticen la administración, manejo responsable y sostenible de los recursos naturales, tal como se establece en el marco de la ley" (Negrita fuera del texto). Por consiguiente, el acto administrativo que menciona la autoridad ambiental es con respecto a las situaciones nuevas. Precisamente, el mismo concesionario mediante comunicado del 25 de octubre de 2019 con asunto "Segundo alcance a cumplimiento a Resolución No. 000241 de 2018 "Por la cual se aprueba una ampliación a la prórroga concedida mediante Resolución No. 216 de 2016 a Sociedad Portuaria del Caribe S.A. para la presentación del plan de inversiones de la Fase 2 del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007"" menciona que la expedición del acto administrativo en cuestión es con respecto a situaciones nuevas. Por lo que, la sociedad al no imponérsele nuevas obligaciones o modificaciones a las actuales, debió dar cumplimiento a los compromisos contractuales y ambientales

administrativo para poder presentar el Plan de Inversiones de la Fase II. El concesionario tiene un deber de actuar de manera diligente, por lo que, de considerar que alguna obra o acto hubiera afectado la Ciénaga Mallorquín, debió presentar su inquietud a la autoridad ambiental.

Por otro lado, es de recordar que, el porcentaje de área concesionada afectada es de 0,58% por lo cual es menor y no impide que se pueda estructurar el plan de inversiones. Además, en dicho oficio la autoridad ambiental sólo indica que reglamentará el manejo ambiental del área.

Por último, si bien el Decreto 3888 se expidió con posterioridad a la firma del Contrato de Concesión, desde la presentación de la solicitud, la sociedad portuaria tenía conocimiento del impacto que conlleva la construcción y operación de un puerto especializado en dicha área.

..."

Así mismo la interventoría señaló "...Sobre la presencia de la Ciénaga de Mallorquín dentro del trazado inicial del área dada en concesión. En la página No. 4 de la Prueba por Informe No. 3, la Interventoría afirma que, desde la solicitud de concesión portuaria, el Concesionario debía tener en cuenta que las obras de construcción y/o actividades propias de la actividad portuaria podían impactar a la Ciénaga de Mallorquín...", que:

"..."

RESPUESTA: En el contrato de concesión en el numeral 16.7 establece como obligación del concesionario "procurar la protección del medio ambiente y, llegado el caso recuperarlo según las instrucciones de las autoridades competentes y adoptar las medidas de preservación sanitaria y ambiental que le sean requeridos, de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental el cual la sociedad deberá mantener vigente". En el presente caso, es claro que no se ha materializado ningún riesgo, tan es así que la autoridad ambiental no le ha impuesto a la sociedad portuaria ninguna obligación nueva, ni le ha modificado las existentes. En caso de que el concesionario considere la materialización de alguno de los riesgos contractuales, deberá realizar el trámite pertinente.

..."

De igual forma, la interventoría señaló "...Sobre el impacto de la construcción y operación de un puerto especializado sobre la Ciénaga de Mallorquín...", que:

"..."

RESPUESTA: La finalidad es recordarle al concesionario que en audiencia pública se mencionó que las obras podían afectar la Ciénaga de Mallorquín, tal como lo indica la cita del documento de referencia.

..."

Al final, la interventoría señaló "...Sobre la conclusión relacionada con la no inclusión de la Gestión Ambiental del Proyecto, dentro del Plan de Inversiones presentado por el Concesionario...", que:

"..."

RESPUESTA: Con respecto a la declaratoria de zona RAMSAR, el 17 de octubre de 2019, mediante oficio 00441 Barranquilla Verde mencionó que "establecerá a través de un acto administrativo de seguimiento y control las medidas pertinentes a las que haya lugar, *en relación con las situaciones nuevas observadas por Barranquilla Verde*, que garanticen la administración, manejo responsable y sostenible de los recursos naturales, tal como se establece en el marco de la ley" (Negrita fuera del texto). A la fecha, no se han impuesto obligaciones nuevas, ni se han modificado las obligaciones existentes.

..."

5.3.2.7. (I) Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Oficio de Barranquilla Verde radicado No. 1803, del 15 de septiembre de 2021, notificado el 22 de septiembre de 2021 a la SPC mediante correo electrónico, en el cual se da respuesta al acusó de recibo que la SPC radicó el 10 de agosto de 2021 bajo el número de radicado CR-19453 (*SR - 5/11/2021).

Adicional a lo citado en el numeral 5.3.2.6., anterior, es de resaltar aquello que se le señala al Concesionario, en especial que:

"...

que genere el proyecto. Explicado esto, se concluye que en la respuesta dada mediante oficio fechado 13 de julio del 2021, no se indica que será el Ministerio el que definirá los lineamientos de manejo del porcentaje del área RAMSAR dentro de la cual se encuentra la concesión de la Sociedad Portuaria del Caribe. La interpretación correcta es que, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en virtud de su potestad reglamentaria, será el que expedirá las normas de carácter general que apliquen a todos los humedales y/o sitios designados como áreas RAMSAR.

Finalmente, una vez se expida el Plan de Manejo Ambiental del área RAMSAR "Complejo Delta Estuarino del Río Magdalena- Ciénaga Grande de Santa Marta", esta autoridad ambiental deberá tener en cuenta los lineamientos que queden incluidos en dicho documento, así como hoy por hoy nos acogemos a la determinante ambiental adoptada por la Corporación Regional Autónoma del Atlántico, C.R.A., sin perjuicio de las medidas de prevención y mitigación que el Establecimiento Público Ambiental ordene en el marco del seguimiento a la licencia ambiental otorgada a la Sociedad Portuaria del Caribe.

..."

Ahora, teniendo en cuenta que en el presente procedimiento administrativo sancionatorio se cerró el periodo probatorio, y como quiera que se dio paso a los alegatos finales en los cuales, tanto el Concesionario expuso sus argumentos, como la Compañía Aseguradora expuso los suyos, y material probatorio que obra en expediente, y en especial las pruebas citadas anteriormente (Subnumerales 5.3.2.1.¹⁷; 5.3.2.2.¹⁸; 5.3.2.3.¹⁹; 5.3.2.4.²⁰; 5.3.2.5.²¹; 5.3.2.6.²²; y 5.3.2.7.), es evidente para este jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la no presentación del plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018, genera el incumplimiento de la obligación establecida en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, suscrito entre SPC y Cormagdalena. Con lo anterior, el objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio PERSISTE, por incumplimiento de esta obligación contractual.

5.3.3 El principio de planeación en las Concesiones Portuarias y Asunción del Riesgo.

Teniendo en cuenta los argumentos señalados tanto por el Concesionario, como por su Garante, es necesario recordar en que consiste el principio de planeación en las Concesiones portuarias y la Asunción del Riesgo que realizan los Concesionarios, frente a este tipo de contratos estatales, como son las concesiones portuarias.

En efecto, el principio de planeación se erige como uno de los pilares principales en los que se basa toda la actividad contractual del Estado. Sin embargo, este principio no se encuentra definido de manera expresa en la Ley 80 de 1993. Concretamente en los artículos 23 y siguientes de aquella norma se hace alusión a los principios que rigen la contratación estatal. Es por ello que a falta de una conceptualización, la doctrina ha indicado lo siguiente:

"Su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7

¹⁷ Página 24 de la presente resolución.

¹⁸ Página 30 de la presente resolución.

¹⁹ Página 37 de la presente resolución.

²⁰ Ibídem.

²¹ Página 39 de la presente resolución.

²² Página 41 de la presente resolución.

y 11 a 14 del artículo 5, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1992; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales **para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales**". (Negritas y subrayas fuera del texto).

Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que el principio de planeación se encuentra contenido en algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993 como el artículo 25 que trata del principio de economía y el artículo 26 sobre el principio de responsabilidad. El principio de economía se encuentra definido así en la referida ley:

“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...)12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, **deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.**

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer **la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental**. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. (...)" (Negrita y subraya fuera del texto).

Por su parte, el numeral tercero del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 hace referencia a que las entidades y los servidores públicos serán responsables en los que eventos en que abran licitaciones sin haber elaborado de manera previa los estudios y diseños necesarios o cuando estos hayan sido elaborados de manera incompleta o confusa, así:

“ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

3. *Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, el principio de planeación tiene como finalidad **asegurar que todo proyecto cuente con los estudios necesarios para determinar su viabilidad económica y técnica, entre otros aspectos**. Además, de ser necesario, el proyecto deberá estar acompañado de los diseños, planos; la modalidad de selección; las características y servicios que debe reunir el bien o servicio objeto de licitación; y los costos y recursos requeridos para su celebración y ejecución.

Ahora bien, la Ley 1 de 1991, ha delegado en el particular la estructuración del negocio jurídico, su viabilidad financiera, operativa y técnica. Ello, dentro de unos parámetros establecidos en la ley y en los planes de expansión portuaria. Por lo anterior, **puede concluirse que cuando se está ante una iniciativa privada el deber de planeación y previsión se desplaza al particular concesionario**. En ese sentido, es el particular el que tiene toda la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto. Por su parte, si bien es cierto que en lo que atañe a los proyectos de concesión portuaria la entidad estatal revisa el modelo para poder confirmar si se ajusta a los presupuestos legales, la naturaleza de la inversión, el cronograma de ejecución y el cálculo de la contraprestación, **ello no implica que el Estado sea el que asume el deber de planeación**, contrario a lo que ocurre en los

eventos en que la iniciativa tiene origen en un proceso de selección donde la Entidad Pública es la compradora (licitación pública, selección abreviada, mínima cuantía etc).

En cuanto al **deber de previsibilidad** del concesionario en los contratos estatales, el Consejo de Estado ha indicado que:

"El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como comunitativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervenientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la comunitatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación **la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico**, en consecuencia, la comunitatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales. (...)

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente". (Negrilla y subraya fuera del texto).

En los contratos de asociaciones público - privadas de iniciativa privada, y en la gran mayoría de las concesiones portuarias, **el deber de previsibilidad recae más rigurosamente sobre el particular**. Es por esto por lo que, una vez definidos y evaluados los riesgos, estos deben ser, en principio, **asignados en su gran mayoría al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto**. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

"Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión [que] para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto." (Negrilla y subraya fuera del texto).

En ese sentido, el concesionario, en cumplimiento de los deberes antes vistos de planeación y previsión debe actuar con responsabilidad y diligencia en la evaluación del

negocio y en la asunción de riesgos que lleva implícito. **El concesionario está llamado a prevenir esos riesgos.**

Por otra parte, la jurisprudencia ha aclarado que, en el desarrollo del deber de ejecución de los contratos en el marco de la diligencia y la buena fe, no solo le corresponde a quien asumió los riesgos²³ controlarlos mediante la adopción de medidas para resistirlos o prevenirlos, sino que también es imperioso evitar con su propia conducta que se agraven sus efectos.

Ahora bien, en este punto es relevante dejar en claro que el principio de planeación no se limita únicamente al momento previo a la celebración del contrato. Este debe ser igualmente observado durante toda la ejecución del mismo.

En ese sentido, las partes, en este caso especialmente el Concesionario, en el marco de la ejecución del contrato y a la luz del principio de planeación, están llamadas a adoptar las medidas necesarias y que estén dentro de sus posibilidades, para que el contrato pueda ejecutarse.

5.3.4. Argumentos de defensa del Concesionario:

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los citados a lo largo del procedimiento, desde los descargos hasta las conclusiones finales, esta Oficina Asesora Jurídica extrajo los diferentes puntos de defensa con el fin de abordarlos, evaluarlos y tomar la decisión que en derecho corresponda.

Así las cosas, empezaremos por los puntos expuestos por la defensa del Concesionario, así:

- i. Sobre la vulneración al debido proceso de la SPC por parte de Cormagdalena, por haber iniciado un proceso sancionatorio sin antes resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 050 del 8 de marzo de 2021.

Como primer punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “...frente al acto administrativo por medio del cual Cormagdalena negó la solicitud de suspensión del Contrato de Concesión, la SPC dentro del término otorgado, presentó un recurso de reposición en contra de la Resolución 050 de 2021. Si bien la SPC se encontraba a la espera de que Cormagdalena resolviera, mediante acto administrativo el recurso referido y le notificara la decisión, para de esa forma, agotar la vía gubernativa, con sorpresa se recibió en su lugar, una citación para una audiencia por el presunto incumplimiento en la entrega del Plan de Inversión en su Fase II, situación que precisamente fue la que motivó la solicitud de suspensión del Contrato de Concesión...”

Sobre el particular esta Oficina Asesora Jurídica procede a señalar lo siguiente:

- a) En palabras de la Corte Constitucional el debido proceso es definido “...como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que

²³ “...El concepto de asunción de riesgo implica para el particular que, cualquiera que sea el resultado de la actividad, está obligado a pagar la contraprestación fija que se conviene en el Contrato y que, en cuanto no se pacte que durante el plazo, se efectúen ajustes a esa contraprestación, ésta se causa como una suma predeterminada, sea que el particular obtenga utilidad o pérdida en la prestación del servicio...”. Tribunal de Arbitramento de Palermo Sociedad Portuaria S.A. contra Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA-. Junio 22 de 2015.

deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo²⁴.

Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos...²⁵ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

- b) Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece respecto al Derecho al debido proceso que:

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

(Negrillas y subrayas fuera de texto).

- c) A su vez, el artículo 86 de Ley 1474 de 2011, establece que:

“...Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento...”

(Subrayas fuera de texto).

- d) Por tanto, y frente al argumento de defensa del Concesionario, es de señalar que aquí existen dos procedimientos administrativos independientes, que se desarrollan frente a CORMAGDALENA, teniendo en cuenta: d1) las atribuciones y/o funciones otorgadas, a esta Oficina Asesora Jurídica, las cuales distan de las asignadas a la Subdirección de Gestión Comercial de la misma corporación²⁶ y; d2) uno es el procedimiento administrativo sancionatorio, tendiente a instar al contratista el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y el otro es un procedimiento administrativo relacionado con la respuesta que se solicita frente a una petición elevada ante la administración pública (Actualmente se denomina actuación administrativa relativa a los recursos previstos en la ley, y no vía gubernativa, como

²⁴ Señala la alta corte que “...La extensión del debido proceso a las actuaciones administrativa constituye una de las notas características de la Constitución Política de 1991. Al respecto, y en un escenario semejante al que debe abordarse en esta decisión, ver la sentencia C-980 de 2010...”

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-980 de 2010. M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ “...Son funciones de la Subdirección de Gestión Comercial, las siguientes: 1. Planear, estructurar, ejecutar y administrar los negocios de las actividades de Navegación, Actividad Portuaria del Río, adecuación y conservación de tierras, generación y distribución de energía y el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y todas aquellas actividades que le generan recursos a la entidad. 2. Promover y participar, en coordinación con la Dirección en la creación de sociedades portuarias en las poblaciones ribereñas del Río Magdalena, que contribuya a desarrollar el servicio del transporte fluvial y su integración con otros medios complementarios. Para el efecto, la Corporación podrá ceder en concesión o aportar las instalaciones y equipos de su patrimonio...”

lo llama la apoderada en su oficio (Prueba A)²⁷), los cuales si bien es cierto tienen una base común, se resuelvan de manera independiente, y se adelanten, como así se dio.

En consecuencia, y con base en lo señalado hasta el momento se desestima el argumento presentado por el Concesionario.

ii. **Prohibición de ir en Contra de Actos Propios.**

Como segundo punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “...La administración no puede ir en contra de sus actos o de las decisiones que previamente haya tomado, pues su actuación reiterada y uniforme permite mantener el marco de seguridad jurídica y confianza legítima.

(...)

Requisitos del Acto Propio Corte Constitucional: “a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas”

(...)

En el caso en concreto, se tiene que Cormagdalena desplegó tres (3) conductas jurídicas relevantes, anteriores y eficaces, que fueron los actos administrativos que prorrogaron los plazos de entrega de la Fase 2 del Plan de Inversión, lo cual se dio a través de las Resoluciones 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018 proferidas por la referida entidad.

(...)

Por lo anterior, y dado que los actos de Cormagdalena expresados en las resoluciones 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018 se configuran como un acto propio, la pretensión de la entidad dentro de este proceso sancionatorio de imponer una multa por incumplir una obligación que antes había aceptado como imposible de ejecutar, configura una conducta que se proscribe y termina siendo una clara muestra de actuar en contra de actos propios...”

Sobre el particular esta Oficina Asesora Jurídica procede a señalar lo siguiente:

- Sobre el particular es de señalar que en principio “...Las condiciones sociales imponen la necesidad de que los comportamientos de las personas sean coherentes. En consecuencia, el Derecho ha evitado actuar en contra de los actos propios. Sin embargo, por distintas razones, existen situaciones en las cuales el legislador permite venire contra factum proprium. Debido a ello, no contamos con una regla jurídica que nos dé claridad sobre la materia: por el contrario, el tema es de aquellos que padecen de cierta ambigüedad, por su escaso desarrollo doctrinal, y aun más, por la hasta hace poco casi inexistente jurisprudencia que desarrolla la teoría de los actos propios, en especial en las actuaciones de la administración pública...²⁸ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

²⁷ Radicado del 23/04/2021, realizado por la apoderada de la SPC, y denominado descargos iniciales. Sin fecha oficio.

²⁸ MESA VALENCIA, ANDRÉS FERNANDO. El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2013. Pág. 49.

- b) Así mismo a nivel doctrinal, frente a los presupuestos de aplicación de la doctrina de los actos propios, Eduardo García de Enterría señalaba, para delimitar la aplicación de esta doctrina de los actos propios, que: "... a. La doctrina de los actos propios no alude a los problemas de la voluntad negocial: se predica, particularmente, más bien de conductas que de actos jurídicos. (...). b. La doctrina de los actos propios presupone así mismo la eficacia jurídica de la conducta vinculante, una conducta formada por actos que sean jurídicamente efficaces y válidos y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos. c. Por tanto, en derecho administrativo la doctrina de los actos propios operará únicamente cuando la administración, con actos efficaces jurídicamente, haya revelado su designio de definir una situación jurídica, al margen de la existencia o no de derechos subjetivos derivados del acto o actos administrativos reveladores de aquella conducta..."²⁹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).
- c) Para la Corte Constitucional, esta doctrina de los actos propios, sería aplicable en el evento en que "... (i) se ha proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, que la disposición sea efficaz y jurídicamente vinculante; (ii) la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor sin que este autorizado por el ordenamiento para ello y con base en parámetros irrazonables o desproporcionados y, (iii) exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos regulen la misma situación jurídica subjetiva..."³⁰ (Negrillas y subrayas fuera de texto).
- d) Así mismo, frente a la teoría del precedente administrativo en el Derecho Colombiano, la Corte Constitucional ha señalado que: "...La observancia del principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales; pues el dinamismo de los hechos y variedad de situaciones que sirven de sustento a la subsunción de las hipótesis legales puede dar lugar a diversos puntos de vista en la definición de la situación concreta. Es más, puede existir divergencia de interpretación en las normas por los distintos funcionarios encargados de ejecutarlas; inclusive el funcionario puede variar su criterio sobre la forma en que ha venido interpretando una determinada disposición. En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo..."³¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).
- e) En este punto, es de recordar lo señalado en el artículo 83 de la Constitución Política, el cual, impone a los particulares y a las autoridades públicas, la obligación de ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las actuaciones que estos adelanten. Por tanto, este principio permea todo el ordenamiento jurídico colombiano, y guarda especial importancia en el ámbito de las relaciones jurídico-negociales, espacio propicio donde los agentes que intervienen en el medio, contraen obligaciones³², cómo este caso bajo análisis.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Curso de Derecho administrativo, vol. 1, 15.a edición. Madrid: Civitas. 2011. Pág. 72.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-265-1999. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-334-1998. M.P- Dr. Antonio Barrera Carbonell.

³² CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella".

- f) Sobre el principio de buena fe, especialmente en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente: “*Sin embargo, con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien. Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.*”³³ (Subrayas y negrilla fuera del texto).
- g) Así las cosas, tenemos claro que en virtud del principio de la buena fe, las partes se obligan a cumplir con las estipulaciones del contrato.
- h) Así mismo, es de recordar que los numerales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, que establecen, respectivamente, lo siguiente: “(...) Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1º: Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacerse al garante. 2º: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...). (Subrayas y negrilla fuera del texto)
- i) De igual forma, el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, tendrán el siguiente: “Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad: acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las imparten y, de manera general, obrarán con

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. C.P. Dr.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Rad. No.: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043). En igual sentido. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dra.: Ruth Stella Correa Palacio. Veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009). Rad. No.: 17552.

Lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trámites que pueden presentarse". (Subrayas y negrilla fuera del texto)

- j) En concordancia con lo anterior, los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: "(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. (...) Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. (...) En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)". (Subrayas y negrilla fuera del texto).
- k) Finalmente, el numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a "(...) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".
- l) Así las cosas, es claro que en el ordenamiento jurídico Colombiano en materia portuaria o contractual, no existe un solo lineamiento que no permita exigir el cumplimiento de los contratos de concesión portuaria, todo lo contrario, no hacerlo acarrearía sanciones para los funcionarios públicos que tuvieran a cargo dichos procesos, sin perjuicio de la responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal. Pensar al contrario, sería ilógico y contra derecho, ya que se llegaría a la conclusión que no se podría exigir el cumplimiento del contrato de concesión en estudio.
- m) Frente al caso concreto, tal y como se ha observado a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, en el mismo han habido garantías, en cuanto al respectivo debate probatorio, en cumplimiento de los presupuestos del debido proceso y contradicción, siendo escuchadas las partes en todo momento, y considerándose y controvirtiéndose las pruebas, que ha bien tuvieron allegar al procedimiento administrativo sancionatorio. Por tanto, la presente decisión obedece y es fruto de un debate probatorio intenso, en respeto al debido proceso y contradicción, fundándose en hechos y pruebas razonables y proporcionales, frente a lo establecido en el desarrollo o ejecución del contrato de concesión portuaria No. No. 3-0035 de 2007, por las partes que lo suscribieron.
- n) Así las cosas, si bien es cierto que lo señalado en la Resolución No. 241 del 2018, y antecedentes, se podría considerar como una posición jurídica definida de forma parcial, frente al CONCESIONARIO, en relación con algunas de las obligaciones para el cumplimiento del contrato de concesión portuaria No. 3-0035 de 2007, suscrito con Cormagdalena, también es cierto, de conformidad con lo señalado anteriormente que: **n1) La doctrina de los actos propios no alude a los problemas de la voluntad negocial;** pue esta se predica particularmente, de conductas, que de actos jurídicos; **n2) Esta posible definición de la posición jurídica de forma parcial de la Corporación, no es absoluta desde la misma creación del acto administrativo.** En efecto, el artículo 1 de la Resolución No. 241 del 2018, contempla una condición suspensiva, a la cual está atado el cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión portuaria No. 3-0035 de 2007, en especial, el cumplimiento del término establecido para la presentación del Plan de Inversiones correspondiente a la fase II, lo cual debió realizarlo el CONCESIONARIO a más tardar el 5 de septiembre de

2020, aspecto este que finalmente no se dio; **n3)** Mantener una posición contraria, llevaría al absurdo jurídico de la indefinición de las situaciones jurídicas, y a no exigir el cumplimiento de los contratos de concesión portuaria, perdiendo por ende su razón de ser.

En consecuencia, y con base en lo señalado hasta el momento se desestima el argumento presentado por el Concesionario.

iii. Suspensión por Mutuo Acuerdo.

Como tercer punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que "... La SPC considera que esta es la mejor opción para las Partes, considerando que no resulta viable que el plazo contractual siga corriendo, sin que le sea posible al Concesionario presentar su Plan de Inversiones, obedeciendo dicha situación a causas que no pueden serle imputables y las cuales con el tiempo reiteran el impedimento que se ha venido poniendo de presente. (...) La suspensión no afecta el vínculo contractual, sino que afecta temporalmente las obligaciones de éste, excluyendo de responsabilidad a las partes por su cumplimiento y consecuencias, y evaluando la situación de hecho que afecta el desarrollo regular del Proyecto, proponemos llegar a un acuerdo sobre la suspensión total del Contrato de Concesión, para evitar que el plazo siga corriendo sin que el Concesionario se quede sin tiempo para actuar. (...) Una vez el plazo del Contrato de Concesión sea reanudado, el Concesionario podrá contar con el tiempo suficiente para poder recuperar las inversiones a realizar, de lo contrario, y si se continúa exigiendo la ejecución contractual bajo las condiciones de imposibilidad ya mencionadas a lo largo de este documento, se pondría en riesgo la posibilidad de que el Concesionario lleve a cabo el desarrollo del negocio portuario en un periodo prudente que le permita generar utilidades. (...) La suspensión por mutuo acuerdo no necesariamente debe seguir las causales del Contrato de Concesión, porque es una facultad de las partes. El Consejo de Estado indica: "(...) se puede afirmar que es viable la modificación del contrato de forma consensuada o unilateral para variar sus límites temporales y, por tanto, para ampliar o reducir los plazos de ejecución del mismo, entre otras razones, por la aparición de circunstancias nuevas o de causas imprevistas que no se contemplaron en el momento de su celebración, y con el exclusivo objeto de "evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos" a cargo de la entidad contratante..."

Sobre el particular es de señalar por parte de esta Oficina Asesora Jurídica, lo siguiente:

- a) En línea con la aclaración señalada a la apoderada del CONCESIONARIO, en una de las sesiones de la audiencia objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio³⁴, se señaló por parte de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de aquel entonces, que ésta dependencia no era competente para resolver las solicitudes que elevará el CONCESIONARIO, con el objetivo de suspender el contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035-2007, dado que funcionalmente esta Oficina Asesora Jurídica no es supervisora u ordenadora del gasto del contrato objeto de revisión. Por tal razón en dicho momento se procedió a dar traslado funcional a la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, teniendo en cuenta el contenido del oficio antes referido, junto con sus anexos.
- b) Teniendo en cuenta lo anterior, se informó por parte de la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación a esta Oficina Asesora Jurídica, que procedió a dar respuesta a la solicitud antes señalada, mediante la Resolución No. 015 de 2022 del 20 de enero de 2022 (aspecto este señalado a título informativo a los asistentes en la sesión del procedimiento administrativo sancionatorio, llevado a cabo el 31 de agosto de 2022), negando la solicitud de suspensión del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007.

³⁴ Llevada a cabo el pasado 5 de noviembre del 2021 a las 10:00 a.m.

- c) Dicha Resolución No. 015 de 2022 del 20 de enero de 2022, fue objeto de recurso de reposición por parte del CONCESIONARIO, el cual fue resuelto por la Resolución No. 168 de 2022 del 29 de junio de 2022, negando el recurso interpuesto.
- d) Teniendo en cuenta lo anterior, el argumento de suspensión del contrato no es un argumento de recibo, toda vez que como ya se señaló, no es un tema que competa funcionalmente a esta Oficina Asesora Jurídica, tal y como se explica en detalle en la respuesta al argumento del Concesionario titulado “x. Cormagdalena no ha dado respuesta de fondo a nuestros argumentos”³⁵. Por tanto, y teniendo en cuenta que los argumentos expuestos por parte del CONCESIONARIO ya fueron resueltos y/o respondidos en su integridad mediante los actos administrativos antes citados (Resolución No. 015 de 2022, y Resolución No. 168 de 2022, entre otros), esta Oficina Asesora Jurídica, se atiene y remite a lo señalado por esta área funcional de esta Corporación.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento, por carecer de fundamento el mismo.

iv. Zona RAMSAR y Solicitudes Barranquilla Verde.

Como cuarto punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “... Una vez declarada parte del área concesionada como zona RAMSAR, la SPC esperó por más de dos (2) años para que Barranquilla Verde expidiera el acto administrativo que regulara las intervenciones sobre estas áreas. (...) Sin embargo, hasta septiembre de 2022, esa autoridad ambiental indicó que el competente para regular el tema es el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (...) En relación con el deber de reglamentar los lineamientos para la intervención de esta área RAMSAR, Barranquilla Verde aclaró que el Ministerio de Ambiente debe regular el tema mediante Decretos y más no, mediante otros actos administrativos. (...) Apreciación contraria a la de la SPC, en la medida en la que mediante oficio de Barranquilla Verde del 24 de octubre de 2019, al SPC se encontraba a la espera de un acto administrativo particular. (...) Sin perjuicio de que el área declarada RAMSAR corresponda a un 0,5% del total del área concesionada, la ausencia de lineamientos de intervención impide diseñar el Plan de Inversiones Fase 2 sin contemplar posibles afectaciones...”

Sobre el particular es de señalar que:

- a) Aparte de lo ya señalado en varios numerales de la presente resolución³⁶, respecto a este punto, es de resaltar el hecho tan significativo que resulta del análisis del porcentaje afectado por la declaración del área RAMSAR. En efecto, si tenemos en cuenta que del cien por ciento (100%) del porcentaje de área concesionada al Concesionario, mediante el Contrato No. 3-0035 de 2007, se vio solamente afectada por la declaración del área RAMSAR, el cero punto cincuenta y ocho por ciento (0,58%), lo anterior significa, que el Concesionario ha tenido la posibilidad de cumplir

³⁵ Página 62 de la presente resolución.

³⁶ En especial, las respuestas a las preguntas No. 1 y 3, del numeral 5.3.2.1 (B. Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP-499-052-2350, del 18/06/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002274), citada en la página 24 y siguientes de la presente resolución. Así como los numerales 5.3.2.2., 5.3.2.4., y 5.3.2.6., de la presente resolución (B1. Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP-499-089-2846, del 28/07/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002817), (J. Prueba por informe No. 3, a cargo del Consorcio Portuario 01 Rad. No. CINP – 499 –320-0122, del 12/01/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-0105), y (J1. Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 3, a cargo del Consorcio Intermagdalena. Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474), respectivamente.

con la obligación contenida en la Cláusula 14 del Contrato No. 3-0035 de 2007, consistente en haber presentado el plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del Artículo 1 de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018, **respecto del noventa y nueve punto cuarenta y dos por ciento (99.42%)**.

- b) Revisada las pruebas documentales aportadas por el Concesionario, se observa, en especial en el radicado No.1803³⁷, Barranquilla Verde en su pronunciamiento no hace ninguna objeción a la Concesión otorgada mediante el Contrato No. 3-0035 de 2007 (más aun teniendo en cuenta que esta cuenta con licencia ambiental, debidamente otorgada), pues simplemente señaló que “...una vez se expida el plan de manejo ambiental del área RAMSAR “Complejo Delta Estuarino del Río Magdalena- Ciénaga Grande de Santa Marta”, esta autoridad ambiental deberá tener en cuenta los lineamientos que queden incluidos en dicho documento, así como hoy por hoy nos acogemos a la determinante ambiental adoptada por la Corporación Regional Autónoma del Atlántico C.R.A., sin perjuicio de las medidas de prevención y mitigación que el establecimiento público ambiental ordene en el Marco el seguimiento a la licencia ambiental otorgada a la Sociedad Portuaria el Caribe...”, con lo anterior es claro, que este argumento esgrimido por el concesionario, no es de recibo pues en ningún momento se limita el accionar del concesionario, en especial para el cumplimiento de la obligación de presentar la fase 2 del plan de inversión.
- c) En relación con los riesgos contractuales, se ha señalado que: “...De conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1682 de 2013 de Infraestructura, en los procesos de contratación en desarrollo del deber de planeación, debe procurarse una equitativa distribución de riesgo, con base en el principio general de que asume el riesgo quien tiene mayor capacidad de gestionarlo y **esta obligación se concreta en adoptar todas las medidas que aconsejen la diligencia y la prudencia de un buen administrador para evitar su ocurrencia o para mitigar sus efectos...**³⁸(Negrillas y subrayas fuera de texto), que para el caso en concreto es el Concesionario, quien tiene la mayor capacidad de gestionar, y por ende un deber de diligencia contractual, para dar cumplimiento a lo que se comprometió en el contrato de concesión.
- d) Finalmente, si bien es cierto que con la expedición del Decreto 3888 de 2009 (Compilado en el Decreto 1076 de 2015), pudo llegar a considerarse esta situación un hecho imprevisible para el Concesionario, a la fecha ya no lo es, teniendo en cuenta que han pasado más de 13 años desde su ocurrencia, lo cual cambió la óptica en que se percibía el acaecimiento de la nueva norma (Decreto 3888 de 2009), y hoy es considerada más bien, como una falta de diligencia contractual, el seguir argumentando esta situación para exonerarse indebidamente del cumplimiento del contrato de concesión, más aun teniendo en cuenta que desde el

³⁷ Numeral 5.3.2.7. (I) Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Oficio de Barranquilla Verde radicado No. 1803, del 15 de septiembre de 2021, notificado el 22 de septiembre de 2021 a la SPC mediante correo electrónico, en el cual se da respuesta al acuso de recibo que la SPC radicó el 10 de agosto de 2021 bajo el número de radicado CR-19453 (*SR - 5/11/2021).

³⁸ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de zona franca Argos S.A.S. Contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, Bogotá D.C., Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020). Pág. 132 y sig.

momento en que suscribió el contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007, por parte del Concesionario, también asumió este riesgo (ubicación cercana de la sociedad portuaria a una zona de protección correspondiente al 0.5% del trazado a la Ciénaga de Mallorquín).

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

v. Profundidad y Navegabilidad Río Magdalena – Solicitud INVIA.

Como quinto punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “... Pese a que el 31 de marzo de 2021 el INVIA remitió algunos estudios a la SPC, este documento brindó información amplia sobre todos los terminales que están ubicados en la denominada zona “Terminal” o canal de acceso sobre el Río Magdalena, pero no presentó información sobre la zona de aguas profundas. (...) Por lo tanto, es insuficiente la información que los documentos del INVIA proveen en términos de cargas, tráficos, tipos de buque, calados, profundidades, etc. (...) Adicionalmente, toda la información está fundamentada en un espacio de tiempo de dos (2) a tres (3) años atrás, por lo que las condiciones en este momento son totalmente diferentes en términos de profundidades, calados, tipos de buques, tráfico y cargas que puedan ser susceptibles de utilizar, hoy en día, en el puerto a cargo de la SPC...”

Sobre el particular, esta Oficina Asesora Jurídica señala que:

- a) Respecto a este punto, es de manifestar que, en el desarrollo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, se le solicitó de oficio al Concesionario, que se aportará la Prueba documental con radicado # SMF 14677 proferido por el INVIA, de fecha 31 de marzo de 2021³⁹, para lo cual se ordenó de oficio la Prueba por Informe No. 2⁴⁰, y sus respectivas aclaraciones y complementaciones⁴¹, a fin que se sirviera aclarar al Despacho si con la información entregada por el INVIA al Concesionario, el pasado 31 de marzo de 2021 con radicado # SMF 14677, le era imposible a este último, formular el Plan de Inversiones de la fase II al Concesionario.
- b) Cómo conclusión de la prueba por informe No. 2, se “...reitera que al concesionario No le es imposible formular el Plan de Inversiones de la fase II al Concesionario...”, por lo cual, se remiten estos argumentos, a lo citado y resaltado, tanto en el numeral 5.3.2.3., como en el numeral 5.3.2.5 de la presente resolución.
- c) Adicionalmente, al revisar el contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007⁴², no se observa obligación alguna para Cormagdalena, respecto a la garantía del calado del canal de acceso a puerto, todo lo contrario, es una carga que se impone al Concesionario, la cual fue aceptada por éste, en atención al principio de autonomía de la voluntad en la celebración de contratos.

³⁹ Identificada en el cuadro de pruebas con el literal E) Prueba documental con radicado # SMF 14677 proferido por el INVIA, de fecha 31 de marzo de 2021. Página 23 de la presente resolución.

⁴⁰ Numeral 5.3.2.3 de la presente resolución. (H Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Portuario 01 Rad. No. CINP-499-265-4532, del 26/11/21 - Rad. Cormagdalena No. 2021-200-4658). Página 37 de la presente resolución.

⁴¹ Numeral 5.3.2.5 de la presente resolución. (H1. Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Intermagdalena. Radicado Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474). Página 39 de la presente resolución.

⁴² Cláusula 34 del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007: “...CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA: REQUERIMIENTOS ADICIONALES PARA LA OPERACIÓN PORTUARIA. Para el desarrollo de las actividades portuarias, el peticionario deberá tener en cuenta la reglamentación vigente, relacionada con los siguientes aspectos: (...) **34.4 Condiciones del canal de acceso al área portuaria: El beneficiario de la concesión deberá realizar un monitoreo permanente de las profundidades disponibles en la zona de maniobras y el sector Inmediato a la ribera, para conocer los problemas existentes en el sector, y plantear las posibles soluciones**”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

- d) Finalmente es de señalar que el Concesionario desde antes de la suscripción del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, así como en el momento de la suscripción y posterior a la misma, conocía y le fue cognoscible, tanto el calado que existía en todo momento en la vía de acceso al puerto, así como la variabilidad de la profundidad de este, por lo cual, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica y en sintonía con lo establecido respecto al principio de planeación de las concesiones portuarias (numeral 5.3.3 de la presente resolución), que este argumento expuesto por el Concesionario, es un riesgo previsible por parte del concesionario que debe ser asumido por este.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

vi. Vía de Acceso y Solicitudes a la Alcaldía de Barranquilla.

Como sexto punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “... *El 24 de mayo de 2019 la Secretaría Distrital de Planeación, mediante oficio No. QUILLA-19-117017, informó que aún se requieren estudios geográficos, geológicos, de topografía de márgenes y orillas, de transporte, ambientales, gestión social con las comunidades, entre otros, para concretar el diseño de la vía referida. (...) Después de varios derechos de petición, el 4 de junio de 2021, la Secretaría Distrital de Obras Públicas dio respuesta a la solicitud de la SPC mediante el radicado No. QUILLA-21-136225, indicando que: “(...) por lo que es menester indicar que, la Secretaría Distrital de Obras Públicas dentro de su plan de acción para la vigencia 2021 no ha contemplado intervenciones viales en las áreas de acceso al Puerto.” (...) Por consiguiente, la SPC no ha podido avanzar en el diseño y construcción de la vía terrestre de acceso al puerto, en la medida en la que no ha podido unificar los diseños con las obras adyacentes que debe realizar la Alcaldía de Barranquilla.*”

Debido a lo anterior, para la SPC quedó claro que la Secretaría Distrital de Obras Públicas de Barranquilla no tiene comprendido dentro de su plan de acción, inversiones destinadas a intervenir la Vía Oriental de Acceso al Puerto a cargo de la SPC. (...) Por ende, proceder con el diseño y construcción de esta vía, sin conocer las especificaciones técnicas de la Vía Oriental de Acceso al Puerto, implicaría ejecutar unas inversiones y realizar unas construcciones con el riesgo de que no unifiquen con las construcciones posteriores que realizará el distrito de Barranquilla... ”

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) El artículo 83 de la Constitución Política de 1991, impone a los particulares y a las autoridades, la obligación de ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las actuaciones que estos adelanten. Este principio permea todo el ordenamiento jurídico colombiano, y guarda especial importancia en el ámbito de las relaciones jurídico-negociales, espacio propicio donde los agentes que intervienen en el medio contraen obligaciones⁴³.
- b) Sobre el principio de buena fe, especialmente en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha indicado el Consejo de Estado, lo siguiente: “*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección. “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin*

⁴³ Op. Cit. CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella”.

olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia". es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y "por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho" o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.⁴⁴ (Subrayas y negrilla fuera del texto);

- c) En virtud del principio de la buena fe, las partes se obligan a cumplir con las estipulaciones del contrato que suscriben entre ellas, de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad en la celebración de contratos.
- d) Por tanto, en materia de contratación estatal, los numerales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establecen, respectivamente, lo siguiente: "(...) Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1º: Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacerse al garante. 2º: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)" .(Subrayas y negrilla fuera del texto).
- e) De igual forma, el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, tendrán el siguiente: "Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad: acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las imparten y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trámites que pueden presentarse".(Subrayas y negrilla fuera del texto).
- f) En concordancia con lo anterior, los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: "(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. (...) Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. (...) En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)" .(Subrayas y negrilla fuera del texto).
- g) Teniendo claro lo anterior, es de recordar que el Concesionario de manera precontractual⁴⁵ incluso, a la suscripción del contrato de Concesión No. 3-0035-2007⁴⁶, conocía tanto que "era su responsabilidad la construcción y operación

⁴⁴ Op. Cit. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. C.P. Dr.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Rad. No.: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043). En igual sentido. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dra.: Ruth Stella Correa Palacio. Veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009). Rad. No.: 17552.

⁴⁵ Literal c) de la parte resolutiva de la Resolución No. 00055 de 2007.

⁴⁶ Cláusula octava del contrato:"B) Zona Para Usos Auxiliares o Especiales: Para el acceso terrestre a las instalaciones portuarias de la Sociedad Portuaria del Caribe, el concesionario deberá construir por su cuenta y riesgo, el tramo de la vía necesario para acceder a sus instalaciones portuarias y deberá asumir su mantenimiento. El concesionario deberá permitir las servidumbres de paso a terceros por dicha vía, en caso de requerirse, en tal evento el costo de mantenimiento correrá por cuenta de todos los usuarios. De igual manera será obligación del concesionario adecuar su modalidad de operación de tal manera que no interrumpa u obstaculice dicha servidumbre." (Negrilla y subraya fuera del texto).

de la vía de acceso al puerto, así como que “**debía respetar y garantizar la servidumbre para los demás puertos que debieran hacer uso de ella**”.

- h) Por tanto, y en atención a lo señalado en la respuesta b) del Numeral 3, de la Prueba por Informe No. 1, y el Numeral 3, de las aclaraciones y complementaciones de la prueba por informe No. 1, tanto frente al pronunciamiento en general del Distrito de Barranquilla, como en especial respecto al radicado No. QUILLA-21-136225⁴⁷, si bien previamente el Concesionario no tenía claridad con respecto al trazado de la vía y sus características, lo manifestado por la Alcaldía de Barranquilla en la comunicación en referencia aporta los datos necesarios para estructurar el Plan de Inversiones de la Fase II.
- i) Finalmente se puede concluir que el Concesionario cuenta con la información pertinente para dar cumplimiento a esta obligación emanada del contrato de concesión, y proceder a estructurar el plan de inversiones de la fase II, sin dejar de lado el hecho que este tipo de riesgos, con la firma del contrato de concesión, y en atención al principio de la autonomía de la voluntad, se asumió por parte del concesionario (cláusula séptima⁴⁸).

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

vii. **Sobre el Proyecto Aguas Profundas.**

Como séptimo punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “... La SPC presentó una manifestación de interés el 29 de marzo de 2021, para el proyecto de aguas profundas. (...) De la misma forma, desde el segundo semestre del año 2021, este proyecto se convirtió en un tema de relevancia para la región, debido a que la propuesta del proyecto es hacer un complemento de los puertos actuales, para brindar una prestación del servicio portuario unificada a los usuarios. (...) Es necesario esperar cómo avanzan las mesas de coordinación para determinar cuáles serán los aspectos que incidan en el diseño del Plan de Inversiones Fase 2. (...) Para de esta forma, presentar, posteriormente, un Plan de Inversiones Fase 2 unificado y ajustado con los proyectos que se realizarán en la zona portuaria donde se encuentra la SPC. (...) Igualmente, en julio de 2022 el presidente junto con el ministro de transporte anunció la destinación de recursos para financiar los estudios y diseños de este proyecto...”

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) El proyecto de aguas profundas, tal y como lo señaló el Concesionario en sus argumentos, surgió con posterioridad a la suscripción del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, con lo cual se debe señalar que en aras a los argumentos ya esbozados respecto a la buena fe contractual (literales e3 a e8)⁴⁹, el Concesionario debió estructurar su proyecto con base en las condiciones previstas para el momento de la presentación de la solicitud de concesión y suscripción del contrato antes citado, en cumplimiento de las obligaciones emanadas de este.
- b) El Concesionario, como profesional en su rama, debió prever cuál iba a ser el potencial de desarrollo que tendría el terminal concesionado, de acuerdo con las obligaciones del contrato, y proceder a adaptar, dentro del marco del cumplimiento

⁴⁷ Numerales 5.3.2.1, y 5.3.2.2, de la presente resolución (B. Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP-499-052-2350, del 18/06/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002274), y (B1. Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP-499-089-2846, del 28/07/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002817). Pág. 27 y 35 respectivamente.

⁴⁸ Contrato de Concesión No. 3-035-2007. “7.2. INFRAESTRUCTURA DE LA OPERACIÓN DE TRANSFERENCIA Y ALMACENAMIENTO DE CARGA (...) Esta zona se adecuará para su operación **con las siguientes inversiones: Una vía de acceso al puerto paralela al tajamar directo a las bodegas, patios y báscula, en una longitud de 1000 metros que se extenderá hasta la plataforma de servicio en la zona de uso público...**” (Negrilla fuera del texto)

⁴⁹ Página 51 de la presente resolución.

efectivo de las obligaciones antecedentes a esta nueva oportunidad negocial, sus operaciones y obligaciones contractuales (se reitera, dentro del marco del cumplimiento efectivo del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007).

- c) Lo sugerido por el Concesionario en sus argumentos, es tanto como señalar que se detenga de forma indefinida el cumplimiento del contrato de concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, lo cual a todas luces es evidentemente inviable, pues carece de sustento tanto práctico como jurídico (no está previsto en el contrato de concesión portuaria), pues a la fecha, esta nueva oportunidad aún se encuentra en estructuración, y depende de muchos factores, internos y externos, para que algún día vea la luz.
- d) De acuerdo con lo anterior, no se evidencia que este supuesto fáctico constituya un eximiente de responsabilidad del Concesionario.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

viii. APP del Río Magdalena.

Como octavo punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que: “... *En julio de 2022 este proyecto fue declarado desierto. (...) La falta de contratación genera incertidumbre sobre las condiciones futuras que garanticen los niveles adecuados de navegabilidad por el canal del Río Magdalena. (...) Circunstancia que impide el diseño y ejecución de un Plan de Inversiones Fase 2 ajustado a la realidad del puerto. (...) Adicionalmente, Cormagdalena no ha mantenido los mejores niveles de dragado en el canal navegable...*”

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) Adicional a lo expuesto en el literal c) del numeral 3 (B. Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01)⁵⁰, respecto del buque de diseño definido en la solicitud de concesión elevada por el Concesionario, entre otros argumentos que se señalan, es de complementar que: **a1)** El desarrollo de una concesión, y en especial del contrato de concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, de ninguna manera puede depender o estar condicionado a la adjudicación de un proyecto de app que depende de terceros y que no se preveía al momento de suscripción del contrato de concesión; **a2)** Al revisar el contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007⁵¹, no se observa obligación alguna para Cormagdalena, respecto a la garantía del calado del canal de acceso a puerto, todo lo contrario, es una carga que se impone al Concesionario, la cual fue aceptada por éste, en atención al principio de autonomía de la voluntad en la celebración de contratos; **a3)** Desde antes, y con la suscripción del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, así como posterior a la misma, el Concesionario conocía y le fue cognoscible, tanto el calado que existía en todo momento en la vía de acceso al puerto, **así como la variabilidad de la profundidad de este**, por lo cual, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica y en sintonía con lo establecido respecto al principio de planeación de las concesiones portuarias (numeral 5.3.3 de la presente resolución), que este

⁵⁰ Rad. No. CINP-499-052-2350, del 18/06/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002274. Pág. 30 de la presente resolución.

⁵¹ Cláusula 34 del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007: "...CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA: REQUERIMIENTOS ADICIONALES PARA LA OPERACIÓN PORTUARIA. Para el desarrollo de las actividades portuarias, el peticionario deberá tener en cuenta la reglamentación vigente, relacionada con los siguientes aspectos: (...) **34.4 Condiciones del canal de acceso al área portuaria: El beneficiario de la concesión deberá realizar un monitoreo permanente de las profundidades disponibles en la zona de maniobras y el sector Inmediato a la ribera, para conocer los problemas existentes en el sector, y plantear las posibles soluciones**". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

argumento expuesto por el Concesionario, es un riesgo previsible por parte del concesionario que debe ser asumido por este.

- b) Con lo anterior, es de resaltar que teniendo en cuenta que el Concesionario realizó la definición del buque tipo, desde la misma solicitud de concesión, en opinión de esta Oficina Asesora Jurídica, no hay impedimento alguno para que los argumentos señalados por el Concesionario prosperen y sean tenidos como un obstáculo para formular un plan de inversión de la Fase II.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

ix. La crítica situación del canal de acceso.

Como noveno punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que: “... Los niveles de profundidad se han comportado de forma anormal siendo los más bajos en los últimos treinta (30) años. Esta situación ha afectado considerablemente la operación del servicio portuario en los terminales de la zona, generando condiciones que sin duda impactan el diseño del Plan de Inversión de la Fase 2 a cargo de la SPC...”

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

Adicional a lo expuesto en el literal c) del numeral 3 (B. Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01)⁵², así como en el numeral 2 “ACLARACIÓN- sobre la definición del buque tipo”, de la aclaración o complementación a la prueba por informe No. 2⁵³, es de complementar que:

- a) Al revisar el contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007⁵⁴, no se observa obligación alguna para Cormagdalena, respecto a la garantía del calado del canal de acceso a puerto, todo lo contrario, es una carga que se impone al Concesionario, la cual fue aceptada por éste, en atención al principio de autonomía de la voluntad en la celebración de contratos;
- b) Desde antes, y con la suscripción del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, así como posterior a la misma, el Concesionario conocía y le fue cognoscible, tanto el calado que existía en todo momento en la vía de acceso al puerto, **así como la variabilidad de la profundidad de este**, por lo cual, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica y en sintonía con lo establecido respecto al principio de planeación de las concesiones portuarias (numeral 5.3.3 de la presente resolución), que este argumento expuesto por el Concesionario, es un riesgo previsible por parte del concesionario que debe ser asumido por este.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

x. Cormagdalena no ha dado respuesta de fondo a nuestros argumentos.

Finalmente, como décimo punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que:

“...

⁵² Rad. No. CINP-499-052-2350, del 18/06/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002274. Pág. 30 de la presente resolución.

⁵³ Numeral 5.3.2.5 de la presente resolución. (H1) Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Intermagdalena (Radicado Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474). Pág. 39 de la presente resolución.

⁵⁴ Cláusula 34 del contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007: “...CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA: REQUERIMIENTOS ADICIONALES PARA LA OPERACIÓN PORTUARIA. Para el desarrollo de las actividades portuarias, el peticionario deberá tener en cuenta la reglamentación vigente, relacionada con los siguientes aspectos: (...) **34.4 Condiciones del canal de acceso al área portuaria: El beneficiario de la concesión deberá realizar un monitoreo permanente de las profundidades disponibles en la zona de maniobras y el sector Inmediato a la ribera, para conocer los problemas existentes en el sector, y plantear las posibles soluciones**”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

| Respuesta/ Tema | Comunicado 202003002400 (16.10.20) | Comunicado 202003002959 (07.12.20) | Resolución 000050 (08.03.21) | Resolución 000196 (09.07.21) | Resolución 000015 (20.01.22) | Comunicado 2022-300-2041 (29.06.22) | Resolución 0 |
|---------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------|-------------------------------------|---------------------------------|--|--------------|
| Suspensión Mutuo Acuerdo | Sin Respuesta | Sin Respuesta | Sin Respuesta | Sin Respuesta | Sin Respuesta | Sin | |
| RAMSAR | Parcial (Sin análisis de fondo) | Parcial (Sin análisis de fondo) | Parcial (Reitera lo dicho) | Sin Respuesta (Reitera lo dicho) | | Sin Resp | |
| Vía Terrestre | Parcial (Sin análisis de fondo) | Parcial (Sin análisis de fondo) | Parcial (Reitera lo dicho) | | Sin Res | | |
| Estudios INVIAS | No Aplica | Sin respuesta | | Par | | | |
| Niveles Calado | No Aplica | | | | | | |
| Proyecto Aguas Profundas | | | | | | | |
| APP R | | | | | | | ..." |

Sobre el particular es de señalar y aclarar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) Que mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No. 202002004212 del 31 de agosto de 2020, el Concesionario solicitó suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007, con base en los siguientes argumentos: a1) Zona RAMSAR; a2) Vía de acceso al puerto; a3) Adición al puerto de aguas profundas; a4) Calado del río magdalena (para los estudios del buque tipo).
- b) Con base en lo anterior, mediante oficio No. 202003001991 del 7 de septiembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, solicitó a la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect 2020, concepto respecto de la solicitud presentada por el Concesionario.
- c) Mediante concepto No. CGDF-082-RLT, radicado en Cormagdalena con No. 2020020005083 del 6 de octubre de 2020, el Interventor conceptuó de la siguiente forma, después de haber realizado un análisis técnico, financiero y Jurídico, en donde se tuvo en cuenta la solicitud de suspensión de mutuo acuerdo, la zona Ramsar, y la vía de acceso al puerto, señalando como conclusión que:

"..."

iii. Conclusiones.

Considerar una prórroga del plazo adicional, tal como lo aseveró el concesionario, no sería conveniente para las partes, puesto que resulta contrario para la estabilidad financiera del proyecto de las partes que este continúe en el intervalo contractual sin materialización de las inversiones comprometidas, y que posteriormente al iniciar la actividad portuaria el tiempo restante no será suficiente para recuperar la inversión.

Siendo así las cosas, NO ES VIABLE económica y jurídicamente la suspensión del contrato por mutuo acuerdo, ya que las razones que manifiesta la Sociedad Portuaria del Caribe no son suficientes, debido a que desde el momento en que suscribió el contrato, asumió tanto las condiciones contractuales como los riesgos a asumir tales como la servidumbre y la construcción de la carretera, así como que la ubicación cercana de la sociedad portuaria a una zona de protección correspondiente al 0.5% del trazado a la Ciénaga de Mallorquín.

Por lo anterior se concluye que el hecho alegado por un hecho de un tercero, es un riesgo propio que asume el concesionario, aunado que la sociedad concesionaria obró poco diligentemente en realizar un estricto seguimiento y/o hacer uso de los mecanismos constitucionales y legales para acceder a una respuesta de fondo dentro de los términos legales para evitar los efectos económicos negativos que el mismo podría tener.

Así las cosas, el concesionario asumió el llamado riesgo regulatorio que incluye la obtención de los permisos y licencias a que haya lugar, que implicaba la posible demora de los trámites de la construcción de la vía al puerto, riesgo que, conocía y su condición externa o exógena respecto de las partes del negocio.

"..."

- d) Con base en el anterior concepto, mediante oficio No. 202003002400 del 16 de octubre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación dio

respuesta a la solicitud presentada por el Concesionario (202002004212 del 31 de agosto de 2020), en la cual, se negó la solicitud de suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007, teniendo en cuenta tanto la solicitud de suspensión de mutuo acuerdo, como la zona Ramsar, y la vía de acceso al puerto⁵⁵. Por tanto, no es cierto lo señalado por el Concesionario en sus argumentos, respecto a que no había habido respuesta o que las mismas habían sido parciales, pues las mismas como se puede observar con una simple lectura, obedecen a criterios técnicos y análisis concienzudo de los argumentos expuestos por el Concesionario.

- e) Frente a lo anterior, mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No. 202002005532 del 26 de octubre de 2020, el Concesionario dio respuesta al oficio No. 2020003002400 manifestando su diferencia respecto de la negativa de la Corporación de conceder la suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007, y reiteró su solicitud de suspensión.
- f) Por ello, mediante oficio No. 202003002558 del 3 de noviembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, solicitó nuevamente a la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect 2020, concepto respecto de la segunda solicitud suspensión presentada por el Concesionario.
- g) Mediante concepto No. CGDF-143-RLT, radicado en Cormagdalena con No. 2020020006386 del 24 de noviembre de 2020, el Interventor conceptuó nuevamente negativamente la solicitud de suspensión del contrato de Concesión No. 035 de 2007, en donde se tuvo en cuenta la solicitud de suspensión de mutuo acuerdo, la zona Ramsar, la vía de acceso al puerto, y los estudios del Invias, señalando como conclusión que:

“...

ii. Conclusiones.

El concesionario solicita que les sean reconocidas las mismas situaciones de hecho de la Resolución 241 de 2018, no existiendo razón alguna que justifique la negativa de la entidad y en su lugar soporta de manera suficiente la solicitud de suspensión por mutuo acuerdo, solicitando reconsiderar la postura.

Al revisar la parte Resolutiva de la Resolución 241 de 2018 se le exige al Concesionario el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1. *Antes de cumplirse un (1) año de la ejecutoria de esa resolución, deberá presentar ante CORMAGDALENA, un informe anual de avances del plan de inversiones de la FASE 2 del proyecto el cual deberá contener como mínimo:*
 - a) *Informe sobre estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente en relación con las posibles limitaciones ambientales del proyecto por trazado RAMSAR.*
 - b) *Un sobre estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones del Distrito de Barranquilla del Plan de Ordenamiento Territorial en relación con la infraestructura vial en el área de desarrollo del proyecto portuario del concesionario.*

⁵⁵ Resolución 050 de 2021, expedida por Cormagdalena. Páginas 8 y siguientes.

- c) *Informe de estado avance de los diseños e infraestructura portuaria de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, a partir del estudio del INVIA, para el mejoramiento de la infraestructura y navegación del canal de acceso al Puerto de Barranquilla, incluyendo planos, memorias de cálculo, especificaciones técnicas.*
- d) *El incumplimiento del concesionario en la presentación del informe de avances anual, que verifique la continuidad de las razones que dieron lugar a la ampliación de la prórroga, dará lugar a la revocatoria de la prórroga otorgada una vez se cumpla la condición del plazo de un (1) año señalado con anterioridad.*

Al vencimiento del plazo otorgado en la presente resolución, el concesionario deberá presentar el plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007.

En escrito de fecha 31 de agosto de 2020, el concesionario solicita la Suspensión al Contrato de Concesión, afirma que el concesionario ha realizado todas las gestiones disponibles a su alcance, actuando siempre de manera diligente, con el fin de determinar el estado de avance de los requisitos definidos por Cormagdalena para iniciar los estudios y diseños de la Fase 2 del plan de inversiones, en la actualidad no se evidencia ningún avance en relación con la ejecución de las vías de acceso terrestre al puerto y especificaciones de vías conectantes, planes de dragado y especificaciones de profundidad para contar con un canal de acceso navegable y medidas de protección ambiental que deben ser adoptadas. Las respuestas otorgadas por las autoridades competentes a sus comunicaciones, no han solucionado de fondo las cuestiones puestas a su consideración, lo que se convierte en una situación insuperable que no puede ser controlada por el concesionario.

(...)

Siendo así las cosas, no es viable económica y jurídicamente la suspensión del contrato por mutuo acuerdo, ya que las razones que manifiesta la Sociedad Portuaria del Caribe no son suficientes, debido a que desde el momento en que suscribió el contrato, asumió este riesgo, tanto las condiciones contractuales como los riesgos a asumir tales como la servidumbre y la construcción de la carretera, así como que la ubicación cercana de la sociedad portuaria a una zona de protección correspondiente al 0.5% del trazado a la Ciénaga de Mallorquín.

Por lo anterior se concluye que el hecho alegado por un hecho de un tercero, es un riesgo propio que asume el concesionario, aunado que la sociedad concesionaria obró poco diligentemente en realizar un estricto seguimiento y/o hacer uso de los mecanismos constitucionales y legales para acceder a una respuesta de fondo dentro de los términos legales para evitar los efectos económicos negativos que el mismo podría tener, además de cumplir lo ordenado en el parágrafo del artículo primero de la Resolución 241 de 2018, respecto a la presentación de informes dentro del año siguiente a la ejecutoria de esa resolución.

Así las cosas, el concesionario asumió el llamado riesgo regulatorio que incluye la obtención de los permisos y licencias a que haya lugar, que implicaba la posible demora de los trámites de la construcción de la vía al puerto, riesgo que, conocía y su condición externa o exógena respecto de las partes del negocio, además, que la entidad ha procedido de buena fe para que el concesionario cumpliera, concediendo un plazo supeditado al cumplimiento de la presentación de informes del estado de avance dentro del año siguiente a la ampliación del término contractual, que no fue cumplido o demostrado en las peticiones aportadas por el concesionario.

..."

- h) Con base en lo anterior, mediante oficio No. 202003002959 del 7 de diciembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, dio respuesta a la segunda solicitud presentada por el Concesionario, correspondiente a la suspensión del contrato de concesión No. 35 de 2007, en la cual se reitera la negativa de suspensión del citado contrato, teniendo en cuenta tanto la segunda solicitud de suspensión de mutuo acuerdo, como la zona Ramsar, la vía de acceso al puerto y los estudios del Invias⁵⁶. Por tanto, no es cierto lo señalado por el Concesionario en

⁵⁶ Ibidem. Páginas 17 y siguientes.

sus argumentos, respecto a que no había habido respuesta o que las mismas habían sido parciales, pues las mismas como se puede observar con una simple lectura, obedecen a criterios técnicos y análisis concienzudo de los argumentos expuestos por el Concesionario, en esta segunda solicitud.

- i) Como consecuencia de lo anterior, mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No. 202002007245 del 16 de diciembre de 2020 el Concesionario dio respuesta a oficio No. 202003002959 manifestando su diferencia respecto de la negativa de la Corporación de conceder la suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007.
- j) Frente a lo anterior, mediante oficio No. 202003003072 del 22 de diciembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación solicitó a la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect 2020 concepto respecto de la tercera solicitud suspensión presentada por el Concesionario ante esta Corporación.
- k) Mediante concepto No. CGDF-176-RLT, radicado en Cormagdalena con No. 202102000019 del 10 de enero de 2021, el Interventor conceptuó nuevamente negativamente a la solicitud de suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007, en donde fue objeto nuevamente de análisis la solicitud de suspensión de mutuo acuerdo, la zona Ramsar, la vía de acceso al puerto, y los estudios del Invias, señalando como conclusión que:

“...

En conclusión, la Interventoría considera que no existen nuevos argumentos que ameriten un nuevo concepto, y siguen siendo aplicables el análisis y las conclusiones incorporadas en los conceptos radicados con consecutivos CGDF-82-RLT y CGDF-142-RLT.

...”

- l) Con base en el anterior concepto, así como el anterior recuento, se profirió la Resolución No. 050 del 8 de marzo de 2021 por parte de esta Corporación, la cual resolvió negar la solicitud de suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007. Por tanto, no es cierto lo señalado por el Concesionario en sus argumentos, respecto a que no había habido respuesta o que las mismas habían sido parciales a sus argumentos, pues las mismas como se puede observar con una simple lectura, obedecen a criterios técnicos y análisis concienzudo de los argumentos expuestos por el Concesionario, en esta tercera solicitud.
- m) El 30 de marzo de 2021 dentro del término legal establecido para el efecto, el Concesionario presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 050 de 2021, registrado en Cormagdalena con el No. 202102001117.
- n) A su vez, mediante la Resolución No. 196 del 9 de julio de 2021 esta Corporación procede nuevamente a estudiar los argumentos esgrimidos por el Concesionario (suspensión de mutuo acuerdo, como la zona Ramsar, la vía de acceso al puerto y los estudios del Invias), procediendo a negar el recurso de reposición presentado por el Concesionario.
- o) Mediante correo electrónico enviado a la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA el día 6 de octubre de 2021, el Concesionario presentó memorial con fecha del 5 de octubre de 2021 mediante el cual, en el marco del presente procedimiento administrativo sancionatorio, insiste en que es necesaria la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, indicando principalmente que las razones para ello radican en que “(...) garantizaría la viabilidad financiera del mismo [el Contrato de Concesión Portuaria], además de permitir preservar el interés público que se encuentra inmerso en su ejecución, propósito que atiende los preceptos trazados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.” y que “(...) Se ha demostrado que la Alcaldía de Barranquilla en conjunto

con Puerta de Oro, se encuentran liderando una iniciativa para explorar posibles alternativas para la estructuración de un proyecto portuario que se ubique en el sector de Bocas de Ceniza, contra el tajamar occidental, zona en la que se ubican tres concesiones portuarias, incluida la que actualmente es operada por al SPC.”

- p) Teniendo en cuenta lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena mediante comunicado interno 2021-100-1948 del 10 de octubre de 2021 dio traslado a la Subdirección de Gestión Comercial de la Corporación, respecto de la solicitud de suspensión del contrato de concesión No. 3-0035 de 2007, presentada por el Concesionario, al carecer de competencia para resolver la petición elevada.
- q) Con base en ello, mediante comunicado No. 2021-300-3561 del 20 de octubre de 2021, se le solicitó al interventor CONSORCIO PORTUARIO 01 realizar un concepto técnico, jurídico y financiero respecto de la cuarta solicitud de suspensión presentada por el Concesionario, respecto del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007.
- r) A lo cual, mediante concepto CINP 499-238-4189 del 2 de noviembre de 2021, radicado en esta Corporación, el 3 de noviembre de 2021 bajo el No. 2021-200-4272, la interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01 presentó concepto respecto de la solicitud de suspensión del contrato de concesión portuaria No. 3-0035 de 2007, revisando nuevamente los argumentos esgrimidos por el Concesionario (suspensión de mutuo acuerdo, como la zona Ramsar, la vía de acceso al puerto, los estudios del Invias, Niveles de calado, y proyecto de aguas profundas), manifestado la negativa de la solicitud de suspensión del contrato de concesión portuaria.
- s) Con base en lo anterior, mediante Resolución No. 015 del 20 de enero de 2022 la Corporación resolvió negar la solicitud de suspensión del contrato de concesión portuaria No. 3-0035 de 2007.
- t) En atención a lo anterior, el Concesionario el veinticuatro (24) de marzo de 2022 dentro del término legal establecido para el efecto, presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 000015 de 2022, registrado en Cormagdalena con radicado No. 2022-200- 1023.
- u) Mediante oficio No. 2022-300-1060 el día ocho (8) de abril de 2022, la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, solicitó al interventor CONSORCIO PORTUARIO 01, la elaboración de concepto respecto del recurso de reposición presentado por el Concesionario.
- v) El veinte (20) de abril de 2022 el interventor CONSORCIO PORTUARIO 01, presentó concepto jurídico CINP – 499 –421–1469, el cual fue radicado en CORMAGDALENA con No. 2022-200- 1325, a lo que la Corporación solicitó complementación mediante oficio No. 2022-300-1318 del tres (3) de mayo de 2022.
- w) Así mismo, el Concesionario el veintiuno (21) de abril de 2022 radicó memorial con nueva solicitud de suspensión del Contrato de Concesión por mutuo acuerdo entre las partes, registrado en Cormagdalena con radicado No. 2022-200- 1347.
- x) El once (11) de mayo de 2022 el interventor CONSORCIO PORTUARIO 01, presentó alcance concepto jurídico CINP – 499 –440–1824, el cual fue radicado en CORMAGDALENA con No. 2022-200-1604 en el cual complementa el concepto jurídico CINP-499-421-1469 del veinte (20) de abril de 2022, el cual concluyó lo siguiente:

“...

“CAPÍTULO CUARTO: **CONCLUSIONES**

(...)

2. A juicio de la Interventoría la entidad no incurrió en falta de motivación al expedir la Resolución 000015 de 2022. Esto, teniendo en cuenta que:

- i)** *La entidad puede hacer suyo el concepto de la Interventoría, y, basado en el mismo, adoptar la decisión que considere.*
- ii)** *La entidad presentó argumentos claros y controvertibles para justificar su negativa, tanto así que el Concesionario pudo pronunciarse frente a cada uno de los mismos en su recurso de reposición.*
- iii)** *Además de lo informado por el Consorcio Portuario 01, la entidad de manera expresa indicó que, a su juicio, la solicitud de suspensión NO se enmarcaba en las causales que de mutuo acuerdo la partes acordaron para la procedencia de una suspensión.*

3. Teniendo en cuenta lo precedente, no existen razones para afirmar que la entidad hubiese incurrido en una vulneración al debido proceso.

4. La Interventoría reitera que la ejecución del Contrato de Concesión no puede condicionararse a la estructuración del proyecto del Puerto de Aguas Profundas, que, además de depender de terceros, a la fecha es completamente incierta.

5. En todo caso, el Contrato no puede suspenderse por motivos que no se encuentren contemplados en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato de Concesión, salvo que las partes acuerden algo distinto mediante una modificación contractual.

6. El proyecto de Aguas Profundas no se configura como un riesgo imprevisible en tanto que se trata de un hecho futuro cuyos efectos jurídicos son, a la fecha, completamente inciertos.”

...”

- y) Frente al oficio del Concesionario registrado en Cormagdalena con radicado No. 2022-200- 1347, el 29 de junio de 2022, la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, emitió el oficio de respuesta con radicado No. 2022-300-2041, en el cual y frente a los argumentos reiterados y de los cuales ya se había dado respuestas de fondo⁵⁷, y por ende resuelto (como se puede apreciar del presente recuento), procedió a invocar el artículo 19 de la Ley 1437 de 2011 (Peticiones irrespetuosas, oscuras o reiterativas), razón por la cual injustamente y de manera

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-610/08, reiterada por las Sentencia T-814/12, y T-206/18 y en donde se señala que “...La jurisprudencia ha indicado que una respuesta de fondo deber ser: “(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente...”. Así mismo, mediante la Sentencia T-376/17, este Tribunal ha sostenido “...que se debe dar resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva...”

errónea el Concesionario argumenta en sus descargas finales que no se dio respuesta a ninguno de sus razones.

- z) Así mismo, en la misma fecha del oficio del literal anterior (29 de junio de 2022), se procedió a emitir por parte de esta Corporación, la Resolución No. 0168, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el Concesionario en contra de la Resolución No. 000015 del 20 de enero de 2022, y en donde se resolvió negar la solicitud de suspensión del contrato de concesión portuaria No. 3-0035 de 2007, después de volver a analizar los argumentos reiterados por el Concesionario (suspensión de mutuo acuerdo, como la zona Ramsar, la vía de acceso al puerto, los estudios del Invias, Niveles de calado, y proyecto de aguas profundas).

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

5.3.5 Argumentos de la Compañía Garante:

Por su parte la compañía garante, en las oportunidades procesales pertinentes ha esgrimido los siguientes argumentos en el presente procedimiento administrativo sancionatorio:

- i. Como primer argumento señala que: “...no hay ninguna obligación incumplida por parte del contratista (...)el reproche que se le hace al contratista porque no ha presentado el plan de inversión de la fase 2 que se debe específicamente a hechos de terceros o a situaciones que en todo caso no son imposibles no son imputables al contratista que no han permitido que efectivamente se cumplan (...)aquí 3 situaciones difíciles su señoría que están afectando precisamente el cumplimiento de la obligación que hoy se le cuestiona al contratista (...) un primer argumento relacionado con precisamente las vías de acceso (...) depende de la alcaldía distrital de Barranquilla (...) segundo tema que la apoderada del contratista lo explicaba ahora y nosotros como garantes consideramos que es el más complejo aquí se celebró un contrato en el año 2007 y obviamente el puerto siempre ha tenido la expectativa de los distintos proyectos que se han intentado desarrollar para efecto de garantizar la navegabilidad del río Magdalena (...) para garantizar un calado adecuado para que pudieran acceder unos buques de unos calados determinados (...) tercer tema que ya aquí lo hemos venido planteando y es que precisamente lo de la zona ramsar significa que una porción del área concesionada fue declarada de especial protección hace parte de la ciénaga grande de santa marta complejo delta...” (Negrillas fuera de texto)

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica que, frente a los argumentos señalados por el garante, se reitera lo ya señalado en los numerales 5.3.2. (Sobre las pruebas en el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio), en especial los subnumerales 5.3.2.1. (B. Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP-499-052-2350, del 18/06/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002274); 5.3.2.2. (B1. Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 1, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP-499-089-2846, del 28/07/21 - Rad. Cormagdalena No. 202102002817); 5.3.2.3. (H. Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP-499-265-4532, del 26/11/21 - Rad. Cormagdalena No. 2021-200-4658); 5.3.2.4. (J. Prueba por informe No. 3, a cargo del Consorcio Portuario 01. Rad. No. CINP – 499 –320-0122, del 12/01/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-0105); 5.3.2.5. (H1. Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 2, a cargo del Consorcio Intermagdalena. Radicado Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474); 5.3.2.6. (J1. Aclaración, complementación o ampliación a la Prueba por informe No. 3, a cargo del Consorcio Intermagdalena. Rad. No. 2022-001-IN-0047 del 13/10/22 - Rad. Cormagdalena No. 2022-200-3474); 5.3.2.7. (I. Pruebas documentales aportadas por SPC: i) Oficio de Barranquilla Verde radicado No. 1803, del 15 de septiembre de 2021, notificado

el 22 de septiembre de 2021 a la SPC mediante correo electrónico, en el cual se da respuesta al acusó de recibo que la SPC radicó el 10 de agosto de 2021 bajo el número de radicado CR-19453. *SR - 5/11/2021); 5.3.3. El principio de planeación en las Concesiones Portuarias y Asunción del Riesgo; así como la respuesta dada por esta Oficina Asesora jurídica a los argumentos de defensa del Concesionario, en especial los subnumerales: iii. Suspensión por Mutuo Acuerdo; iv. Zona RAMSAR y Solicituds Barranquilla Verde; v. Profundidad y Navegabilidad Río Magdalena – Solicituds INVIAS; vi. Vía de Acceso y Solicituds a la Alcaldía de Barranquilla; vii. Sobre el Proyecto Aguas Profundas; viii. APP del Río Magdalena; ix. La crítica situación del canal de acceso; y, x. Cormagdalena no ha dado respuesta de fondo a nuestros argumentos, de la presente resolución, y se señala adicionalmente lo siguiente:

- a) Es de recordar al garante, que la función sancionatoria de la administración "*tiene significativo carácter preventivo, constituyéndose esta en una de sus más sobresalientes notas*"⁵⁸, en otras palabras, esto significa que estamos ante una responsabilidad subjetiva, pues la finalidad precisamente de este procedimiento administrativo sancionatorio es precisamente preventiva y conminatoria al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión portuaria fluvial No. 3-0035 de 2007, el cual fue suscrito a la luz de la normatividad Colombiana para la materia.
- b) La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de febrero de 2018, sobre la naturaleza y alcance de la multa, ha señalado: "*la multa como herramienta conminatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena*".⁵⁹
- c) Por tanto, al estar en el terreno de la responsabilidad subjetiva, y al proceder al análisis del nexo causal, ha quedado claro para esta Oficina Asesora Jurídica que los hechos señalados como pruebas (A, C, D, E, F, G, I, K, L, y M)⁶⁰, por parte del Concesionario, no cumplen con las condiciones señaladas para ser tenidos como hechos de terceros, eximentes de responsabilidad a favor del Concesionario, como se explicó en las pruebas por informe 1, 2 y 3⁶¹. En efecto, no cumplen con el requisito relativo a que deben ser un hecho producido por circunstancias "*imprevisibles e irresistibles*"⁶² para quien lo alega, pues como ha quedado demostrado, este tipo de hechos fueron previsibles y previstos por el Concesionario, razón por la cual no prospera el argumento señalado por el Garante..
- d) Así mismo, en virtud del principio de la buena fe, las partes se obligan es a cumplir con las estipulaciones del contrato, las cuales no se pueden desconocer, más aún, teniendo en cuenta que el Concesionario es un profesional en su área, tal y como se ha explicado a lo largo de la presente resolución.

⁵⁸ JAIME OSSA ARBELAEZ, "Derecho Administrativo Sancionador". Pág.583. Legis, 1era. Edic. 2000; GUSTAVO H. RODRÍGUEZ, Derecho Administrativo Disciplinario. Ed. Librería del profesional. 1.985, pág. 20; REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. Víctor Sebastián Baca Oneto. DOI: 10.18601/21452946.n21.13. Junio 2019.

⁵⁹ Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁰ Página 20 y siguientes de la presente resolución.

⁶¹ Numerales 5.3.2.1 a 5.6.2.6 de la presente resolución.

⁶² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994, expediente 9276.

- e) Adicional a lo anterior, y después de realizado todo el análisis probatorio⁶³ es evidente que existe una obligación omitida por parte del Concesionario (objeto del presente procedimiento), reprochables inicialmente a título de negligencia, (por lo cual, no puede hablarse de diligencia), las cuales afectaron bienes jurídicos, y no se observaron por parte de esta Oficina Asesora Jurídica causales eximentes de responsabilidad, en cuanto al elemento de la antijuridicidad, al elemento de la culpabilidad, excluyentes del nexo causal y confianza legítima.
- f) Finalmente, y a pesar de las actuaciones realizadas por el Concesionario, a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, al momento esta Oficina Asesora Jurídica no ha sido notificada por parte de la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, respecto del cumplimiento del Concesionario, respecto de la obligación objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, independiente de lo señalado en sus descargos por parte del Concesionario.

Así las cosas, se desestima el argumento presentado, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente.

- ii. Como segundo argumento señala que: “....segundo tema que obviamente está muy ligado con la garantía de la póliza de cumplimiento expedida por mi representada y es que cuando al final uno se encuentra frente a una causa extraña o a un hecho como este eso significa que estamos frente a una causal de exoneración de responsabilidad del contratista garantizado que la sociedad portuaria del caribe y en consecuencia ese exclusión impide que se afecte el amparo de cumplimiento o la garantía expedida por Berkley eso es precisamente lo que pasa acá porque es el problema en las vías de acceso depende del distrito Barranquilla el problema es no tener certeza sobre la navegabilidad del río depende de la ANI o del estado colombiano y el problema precisamente de la zona ramsar o de la zona especial de protección que se determinó del área concesionada así la interventoría diga que es el 2 o el 3 por 100% zona muy pequeña depende de Barranquilla verde o de otras autoridades precisamente para poder avanzar en el cumplimiento de la obligación que se está imputando luego esos hechos del tercero lo que constituye realmente una causal de exoneración de responsabilidad que impide que se afecte la garantía expedida por la compañía que yo represento, pero además de los 2 argumentos precisamente el la imposibilidad de cumplir y yo aquí **acudo al principio general se dice que nadie está obligado a imposibles...**” (Negrillas fuera de texto)

Sobre el particular, es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica que no se puede hablar de causa extraña, o eximiente de responsabilidad, y menos aún del postulado general del derecho “*Ad impossibilia nemo tenetur*”⁶⁴, teniendo en cuenta lo ya explicado en los literales a) al f) del numeral i) denominado “*Como primer argumento*” del garante⁶⁵.

Así mismo, de conformidad con lo señalado hasta el momento en la presente resolución, los argumentos del Concesionario, no constituyen causales que excluyan en nexo causal, por caso fortuito o fuerza mayor, y menos por hecho de un tercero, ya que los mismos carecen de los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad.

⁶³ Página 19 y siguientes de la presente resolución.

⁶⁴ Nadie está obligado a cosas imposibles.

⁶⁵ Página 71 y siguientes de la presente resolución.

Por tanto, Se reitera lo señalado en el subnumeral vi), denominado “*Vía de Acceso y Solicituds a la Alcaldía de Barranquilla.*”⁶⁶, v), denominado “*Profundidad y Navegabilidad Río Magdalena – Solicituds INVIAST*”⁶⁷; iv) denominado “*Zona RAMSAR y Solicituds Barranquilla Verde*”⁶⁸.

Finalmente y con base en lo señalado anteriormente, no se constituyen ninguna de las exclusiones que se hablan en la sección II de las condiciones generales de la póliza No. 16019, que impida que se afecte “*el amparo de cumplimiento o la garantía expedida por Berkley*”, razón por la cual, invitamos al garante a proceder al cumplimiento de sus obligaciones, de conformidad con la normatividad propia del contrato de seguro, y las condiciones generales de la póliza No. 16019, expedida por Berkley.

Así las cosas, se desestima el argumento presentado, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente.

- iii. Como tercer argumento señala que: “...tenemos un tercer tema (...) la apoderada del concesionario al final lo que está diciendo o lo que nos acaba de informar hoy es que **se radicó el plan de inversión hoy ante Cormagdalena** resulta que aquí lo que se está cuestionando el plan de inversión no se había presentado luego que yo sí creo con todo respeto que la **suspensión de la actuación administrativa es procedente porque de conformidad con lo que establece el artículo 17 de la ley 1150 la multa sólo se puede imponer en la medida en que la obligación está pendiente** (...)yo que creo con todo respeto que aquí lo que procede es que **se revise precisamente si ya estamos frente a un hecho superado y si ya se cumplió la obligación** porque en ese caso inmediatamente la administración pierde competencia para imponer la multa y obviamente la multa precisamente se torna improcedente porque no se cumplen los supuestos de hecho...”

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica que, si bien es cierto, a la luz del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esta dependencia puede dar por terminado el procedimiento administrativo sancionatorio, de conformidad con las funciones delegadas por la Dirección Ejecutiva de la Corporación, al momento, y tal como se señaló anteriormente, esta Oficina Asesora Jurídica no ha sido notificada por parte de la Subdirección de Gestión Comercial de esta Corporación, respecto del cumplimiento del Concesionario, de la obligación objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, independiente de lo señalado en sus descargos por parte del Concesionario.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

- iv. Como cuarto argumento señala que: “...el cuarto está relacionado con una posibilidad o más bien una obligación establecida en las condiciones generales que regulan la póliza de cumplimiento número 16019 que establece que en el evento en que la entidad contratante la deuda el contratista por cualquier concepto cualquier cantidad de valor se debe **acudir a la figura de la compensación como modo de extinción de las obligaciones** debidamente regulado en los artículos 1714 y 1715 del Código Civil para efectos de extinguir la obligación entonces yo como cuarto argumento solicito respetuosamente que si Cormagdalena por cualquier razón la deuda a la sociedad portuaria del caribe cualquier dinero por cualquier concepto antes de afectar la póliza 16019 expedido por ver que proceda a compensar el valor de la multa los 4000 y algo

⁶⁶ Página 56 de la presente resolución.

⁶⁷ Página 55 de la presente resolución.

⁶⁸ Página 53 de la presente resolución.

dólares que se establece en la situación se compensan con esos valores y no se afecte la garantía..." (Negrillas fuera de texto)

Sobre el particular es de señalar que en atención a lo establecido en el literal C) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esta Oficina Asesora Jurídica, no tiene la facultad expresa o delegada especialmente para realizar compensaciones de ninguna índole, de acuerdo a la normas civiles que operan por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el Código Civil contempló que cuando dos personas son deudoras una de otra “*se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse*”⁶⁹, y que “*la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguieren recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles. Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor*”⁷⁰.

De igual manera estableció que “*para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras. Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él. Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se los hayan cedido*”⁷¹, y que “*La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero. Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo en perjuicio del embargante por ningún crédito suyo adquirido después del embargo*”⁷². De tal manera que para que opere el fenómeno de la compensación, se requiere necesariamente que se den los elementos que determina el Código Civil atrás mencionados y que exista la coincidencia en las características de las obligaciones de tal manera que ambas sean en dinero, o de cosas fungibles o determinadas de igual género y calidad, que ambas deudas estén expresadas en determinado monto y que ninguna esté sometida a plazo o condición o cualquier otra circunstancia que impida su reclamación bien sea por disposición legal o estipulación contractual.

A su vez, la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012 refirió que la parte resolutiva de los actos administrativos sancionatorios o que impongan multas al contratista, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista y a la Procuraduría General de la Nación⁷³, mientras que la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, refirió que en ejercicio del deber de control y vigilancia sobre la ejecución de los contratos, las entidades “*tendrán la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...) y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista (...). La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista,*

⁶⁹ Artículo 1714.

⁷⁰ Artículo 1715.

⁷¹ Artículo 1716.

⁷² Artículo 1720.

cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”⁷⁴.

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

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

- v. Como quinto argumento señala que: “...finalmente el último argumento es relacionado con el tiempo y el plazo que tiene la entidad contratante para poder ejercer las acciones que se derivan del contrato de seguro y es que aquí no se puede afectar la póliza de Berkley porque operó la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro tal y como lo establece el artículo 1081 del código de comercio ese artículo que está precisamente entre la capital de normas que regulan el contrato de seguros establece que el asegurado que en este caso es Cormagdalena tiene el término de 2 años contado desde el momento en que tuvo conocimiento ha debido tener conocimiento de las materialización del siniestro para reclamarle a la aseguradora aquí en la misma situación la página 8 de la misma textualmente se indica que efectivamente el plan de inversión no se tenía que presentar el 5 de septiembre del año 2020 y no se presentó es claro que Cormagdalena desde ese momento debió tener conocimiento que no se había cumplido la obligación luego el término de prescripción para que se les reclamará la aseguradora prescribió el 5 de septiembre del año 2022 y recuerdo que obviamente estamos a 12 de diciembre del año 2022 luego aquí operaron operó la prescripción frente a las acciones del contrato de seguro y en consecuencia la administración no tiene la facultad legal en este momento de presentar una reclamación porque precisamente le precludió el término o pasó el término que tenía para ejercer las acciones que se derivan del contrato de seguro como lo establece el artículo 1081 en ese orden de ideas aquí independientemente que se imponga una multa no hay responsabilidad del contratista lo cierto pues que como prescribieron las acciones que se derivan del contrato de seguro aquí independientemente de lo anterior no hay lugar a afectar la garantía...” (Negrillas fuera de texto)

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) En principio, dicho mandato legal señalado por el Garante, en tratándose de siniestros acaecidos en el ámbito del contrato estatal debe ser observado para ejercer la facultad legal de las entidades públicas al considerar declarar el siniestro o riesgo asegurado⁷⁵ por incumplimiento de las obligaciones pactadas, cuantificando los perjuicios ocasionados por dicha conducta o hecho para hacer efectiva la garantía constituida a su favor, prerrogativa que

⁷⁴ Parágrafo del artículo 17.

⁷⁵ Artículo 1072 Código de Comercio. “Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.”

puede ser ejercida aún después de la terminación del contrato siempre y cuando la póliza este vigente, por no ser una potestad de carácter sancionatorio⁷⁶.

- b) Sin embargo, la referida potestad por mandato legal, sólo puede ser ejercida previo cumplimiento del procedimiento administrativo, para este caso, consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a través de la expedición de acto administrativo debidamente motivado que además esté sometido a los recursos administrativos y al medio de control de controversias contractuales.
- c) En efecto, para el caso de la declaratoria de siniestro por el no cumplimiento de las obligaciones del contrato público no corresponde a una sanción, sino a la observancia y cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con lo cual se legitima la expedición de dicho acto administrativo previsto en el numeral 3o del artículo 99 del CPACA, que lo relaciona entre los documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado así:

“...Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual...” (Negrillas fuera de texto).

- d) Así mismo, respecto de las normas aplicables en los contratos de seguros de cumplimiento de Entidades estatales, el Consejo de Estado señaló que:

“...Para abordar el análisis de los actos administrativos mediante los cuales se decreta un siniestro contractual o se hace efectivo uno o varios de los amparos otorgados por la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, se debe tener en cuenta que el Régimen de la Contratación Estatal y el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo constituyen normas prevalentes en su aplicación, en virtud de la especialidad de la referida garantía de cumplimiento de la contratación, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80, razón por la cual se advierte que la disposiciones del Código de Comercio no aplican en su integridad...”⁷⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

- e) Así las cosas, en atención a lo señalado por dicha Corporación, el contrato de seguro de cumplimiento de Entidades estatales es especial, es diferente de los demás contratos de seguro que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio. En tal sentido las normas del Estatuto de Contratación y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), prevalecen sobre las normas del Código de Comercio, que conserva carácter supletivo dentro de la presente escala normativa.
- f) De igual forma, el Consejo de Estado ha señalado, respecto a la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio, ha señalado que:

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 25000-23-26-000-2000-02756-01(28685) 9 de julio 2015. C. P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.05001233100020000172001 (24609). Sentencia del 19 de Febrero de 2009. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

“...En el caso particular de la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, la primera hipótesis que se acaba de referir parece la menos probable por la estructuración legal de las dos figuras en el proceso ordinario contractual, puesto que en los eventos de caducidad y de incumplimiento del contrato estatal normalmente se presentan dos actos administrativos secuenciales: en el primero de ellos la entidad estatal contratante decreta la caducidad o incumplimiento del contrato y se ordena su liquidación –actos que son constitutivos del siniestro por disposición legal- a partir de lo cual empieza a correr el término de dos (2) años para la prescripción de la acción del artículo 1081 del Código de Comercio y en el segundo acto administrativo, se concreta la liquidación del contrato y las partidas que el contratista y su garante deben reintegrar o pagar a la entidad estatal contratante, esta última a partir de la cual empieza a correr el término de dos (2) años para la caducidad de la acción contractual.

Por lo anterior, la hipótesis de ocurrencia más usual será la que se formuló en segundo lugar, es decir que la prescripción de la acción del contrato de seguro de cumplimiento ocurre con anterioridad a la caducidad de la acción ordinaria contractual, en tanto que su término empieza a correr a partir del primer acto administrativo en la secuencia cronológica antes descrita...”⁷⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

- g) Por tanto, el término establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, respecto de la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, solo entrarían a correr, cuando la entidad pública haya realizado la declaratoria de siniestro por el no cumplimiento de las obligaciones del contrato público, pues es en ese momento en que tanto el Concesionario, como su garante y por ende la misma entidad pública, tienen certeza (ya que antes de ello la conducta a investigar en el procedimiento administrativo sancionatorio, es presunta), de que los hechos investigados y que dan base a la acciones que se derivan del contrato de seguro, constituyen efectivamente un incumplimiento, todo ello por supuesto, después del debate probatorio y el ejercicio del derecho a la defensa que le asiste a el Concesionario, y a su garante, que para el caso concreto es la observancia y cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- h) En el caso concreto, la conducta objeto de reproche se dio el día seis (6) de septiembre de 2020, a lo cual mediante oficio No. CGD -247-RLJ, fechado el 01 de febrero de 2021, la Interventoría CONSORCIO INCOPLANT- INGEPROJECT, informó a la Subdirectora de Gestión Comercial de esta Corporación, mediante la remisión del informe respectivo, el presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria del Caribe, respecto de su obligación de presentar la Fase II del Plan de Inversiones, de conformidad con la Resolución No. 000216 del 27 de julio de 2016. A su vez dicho informe fue radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000217 de fecha 11 de febrero de 2021, y ajustado a través del oficio CII – 288 – RL, y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Rad. 25000232600020030170501 (29205). Sentencia de 27 de Marzo de 2014. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

202101000378 de fecha 4 de marzo de 2021, para su correspondiente estudio. A razón de lo anterior, se procedió por parte de la Oficina Asesora Jurídica a remitir los oficios de citación No. CE- OAJ – 202103001138 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario, y No. CE- OAJ – 202103001137 del 8 de abril de 2021 enviada a la compañía garante, dando inicio al presente procedimiento administrativo sancionatorio, con la finalidad de tener la certeza respecto del incumplimiento presunto antes señalado, garantizándose el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de los convocados, llegando en consecuencia, al presente acto administrativo, donde después de evaluado todo el material probatorio, se llegó a una certeza, respecto a la acción y/o omisión del Concesionario, razón por la cual, y de conformidad con lo expuesto, se debe contar el término establecido en el artículo 1081 del C.Co., desde el momento que quede en firme el presente acto administrativo, pues es desde aquí que se tiene certeza para todas las partes, respecto del incumplimiento o no del Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0035 de 2007. Considerar lo contrario sería un prejuicamiento y falta de imparcialidad a la hora de analizar las controversias que se produzcan entre particulares y el Estado, colocando a este último en una clara desventaja frente a las relaciones entre particulares, lo cual va en contra a los principios del derecho a la defensa y debido proceso, y rayaría en la incostitucionalidad.

- i) Así mismo, no puede ser de recibo una interpretación contraria, pues sería tanto como aceptar que existe para este tipo de procedimientos administrativos sancionatorios una responsabilidad objetiva, la cual se encuentra proscrita del derecho administrativo, salvo los casos que expresamente señale la ley, y se desconocería que el procedimiento administrativo sancionatorio, tiene una vocación preventiva y cominatoria al cumplimiento de las obligaciones pactadas dentro del ámbito de la responsabilidad subjetiva, dentro de un marco de garantías para todos los que en ella están involucrados, que para el caso concreto, se refieren al cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión portuaria fluvial No. 3-0035 de 2007.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

Finalmente, por todas las razones desarrolladas con anterioridad, ninguno de los argumentos expuestos tanto por el Concesionario, como por la compañía Garante, tienen vocación de prosperar.

5.4. CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones expuestas anteriormente, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que:

- a) Despues de realizado todo el análisis probatorio, es evidente para esta Oficina Asesora Jurídica, que persiste una obligación omitida por parte del Concesionario (objeto del presente procedimiento- no presentación del plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018), reprochables inicialmente a título de negligencia, las cuales afectaron bienes jurídicos (incumplimiento de la obligación establecida en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, suscrito entre SPC y Cormagdalena), y no se observaron por parte de esta Oficina Asesora Jurídica causales eximentes de responsabilidad por parte del Concesionario, en cuanto al elemento de la antijuridicidad, al elemento de la culpabilidad, excluyentes del nexo causal y confianza legítima.

- b) Por tanto, en el presente asunto, **existe o procede la declaratoria del incumplimiento parcial** del Contrato de Concesión No. 3-0035 de 2007 suscrito con el Concesionario (SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5), y en consecuencia, se debe imponer la respectiva multa en relación con el presunto incumplimiento por: i) No haber presentado el plan de inversiones de la Fase II, de conformidad con lo establecido en el parágrafo Primero del Artículo primero de la Resolución No. 137 de 2011, prorrogado en su término por las Resoluciones 226 de 2014, 424 de 2014, 119 de 2015, 216 de 2016 y 241 de 2018, incumpliendo así la obligación contenida en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Concesión, en los términos de los oficios de citación No. No. CE-OAJ-202103001138 y No. CE-OAJ-202103001137, ambos del 9 de abril de 2021, y enviados respectivamente al Concesionario y a la compañía Garante, toda vez que se no se superó por parte del Concesionario la conducta reprochada.

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que impera en el presente procedimiento, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervenientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 3-0035 de 2007, suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5, y en consecuencia se afecta la póliza de seguro constituida con la Compañía Aseguradora **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

5.5. TASACIÓN DE LA MULTA.

1. Como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 3-0035 de 2007, se impone la multa a la SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5, correspondiente a la suma de **CUATRO MIL NOVENTA DÓLARES CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR (USD \$4.090,92)**, la cual se calculará teniendo en cuenta la TRM del 13 de Marzo de 2023, y que resulta de los siguientes aspectos:
 - i. El valor de la multa impuesta tiene su origen en la estipulación pactada en la cláusula vigésima primera del contrato de concesión antes mencionado, la cual señala que:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA – SANCIONES: (...) 21.8. Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas en la Cláusula Décima Sexta y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente Cláusula, se impondrá una multa equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada." (Subrayas fuera de texto)

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

Tasación: USD 409.091,51 * 1% = USD 4.090,92 * TRM (13/03/2023)

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato de concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007 por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A.**,

NIT. 802.009.105 – 5, de conformidad con las razones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a la **SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5**, a título de multa, con base en lo señalado en la cláusula 21 del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007, la suma de **CUATRO MIL NOVENTA DÓLARES CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR (USD \$4.090,92)**, la cual se calculará teniendo en cuenta la TRM del día 13 de marzo de 2023, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR ocurrido el siniestro de incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007 y, como consecuencia, **AFFECTAR** el amparo de cumplimiento de la póliza No. 16019 -1 expedida por **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, identificada con el **NIT 900.814.916-1**.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5** y al representante legal y/o apoderado de **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., NIT 900.814.916-1**, o a quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO QUINTO: La **SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A., NIT. 802.009.105 – 5**, deberá pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Tesorería de CORMAGDALENA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, CORMAGDALENA exigirá su pago a la compañía Aseguradora **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., NIT 900.814.916-1**

ARTÍCULO SEXTO: La parte resolutiva del presente acto administrativo, una vez se encuentre ejecutoriado, deberá ser comunicada a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012.

ARTÍCULO SÉPTIMO: **REMITIR** copia ejecutoriada de la presente resolución a la Secretaría General para que inicie el cobro y los trámites a que haya lugar; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Resolución 000311 de 8 de octubre de 2019 expedida por Cormagdalena.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los trece (13) días del mes de Marzo de 2023.



Firmado
digitalmente por
**NELSON RUBEN
PINERES SENIOR**

NELSON RUBEN PIÑERES SENIOR
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero – Abogada OAJ. 

Proyectó: Cristhian Urrego – Abogado OAJ. 

Aprobó: Jorge López – Abogado OAJ. 
Nelson Piñeres – Jefe OAJ

