

Resolución No. 000110 de 2023

(18 DE MAYO DE 2023)

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICION Y ACLARACION EN CONTRA DE LA RESOLUCION No. 00068 DE 2023”

EL DIRECTOR EJECUTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA-

En uso de sus facultades legales y en especial, las conferidas en las Leyes 1ª de 1991, 161 de 1994, 1242 de 2008, 1437 de 2011, los Decretos 474 de 2015, 1079 de 2015.

CONSIDERANDO:

CAPITULO PRIMERO:

ANTECEDENTES:

Que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena -En adelante Cormagdalena- y la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria No. 031 del 10 de agosto de 2006, en virtud del cual se le otorgó a ésta última el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva un área de uso público localizada en el Distrito de Barranquilla, Departamento del Atlántico, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación.

Que a través del otrosí No. 1 del 29 de agosto de 2006 se corrigió la fecha de suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006 por un error involuntario de digitación, razón por la cual, a través del citado modificatorio se estableció el día 10 de agosto de 2006 como fecha de celebración del Contrato de Concesión Portuaria.

Que el día diecinueve (19) de febrero de 2009 se suscribió el otrosí No. 2 al Contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006 a través del cual se modificó la cláusula segunda, cuarta, novena, décima, décima primera, décima tercera, décimo quinta, décimo novena y trigésima sexta.

Que a través de la resolución No. 000260 del 16 de septiembre de 2010, Cormagdalena resolvió aprobar el plan de inversiones presentado por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. por valor de CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS (\$4.957.087.315), estableciendo el alcance de las obras y su cronograma de ejecución.

Que mediante resolución No. 000325 del 27 de octubre de 2010 se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla contra la resolución No. 000260 de 2010, modificándose el artículo primero de la resolución No. 000260 de 2010, estableciéndose el plan de inversiones definitivo.

Que a través de la resolución No. 000232 del tres (3) de agosto de 2011, CORMAGDALENA autorizó la cesión del Contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006 a la Sociedad Portuaria Río Grande S.A.

Que mediante oficio No. 201702002016 del veintiocho (28) de abril de 2017 la Sociedad Portuaria Río Grande S.A. solicitó a CORMAGDALENA la autorización para actualizar el plan de inversiones del Contrato de Concesión No. 031 de 2006 y para sustituir *“un par de actividades por otras”*

Que mediante la resolución No. 000036 del 18 de febrero de 2019, CORMAGDALENA aprobó un nuevo cronograma de ejecución del plan de inversiones del contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006 y actualizó el programa de inversión.

Que mediante la resolución No. 0015 del 19 de enero de 2021, Cormagdalena autorizó una sustitución de ciertos ítems del plan de inversiones a la Sociedad Portuaria Río Grande S.A. contrato de concesión portuaria No. 031 de 2006.

Que mediante radicado 2022-200-2089 de fecha 24 de junio 2022, la Sociedad Portuaria Río Grande S.A realizó solicitud para la sustitución de ciertos Ítems contemplados en el Plan de Inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006 y autorizados en la resolución 015 de 2021.

Que la Sociedad Portuaria Río Grande S.A. a través de comunicado con radicado No. 2022-200-4238 de fecha 21 de diciembre de 2022, remitió un *“Memorial de alcance a la Solicitud de Sustitución de Ítems del Plan de Inversiones del Contrato de Concesión.”*

Que mediante radicado No. 2023-200-0273 el interventor, remitió concepto integral No. ICB-370-RL de 24 de enero 2023, en el cual se conceptuó como no viable la modificación del plan de inversiones para el contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006.

Que mediante radicado No. 2023-200-0452 del 09 de febrero de 2023, la Sociedad Portuaria Río Grande S.A., remitió un memorial con el cronograma e inversiones actualizadas, relacionadas con la solicitud de sustitución de ítems del plan de inversiones del Contrato de Concesión No. 031 de 2006.

Que por medio del oficio No. 2023-200-0765 del 13 de marzo de 2023, la Sociedad Portuaria Río Grande S.A, presentó memorial de corrección y aclaración para la fecha de finalización y entrega de las obras a

la propuesta de solicitud de sustitución de ítems del Contrato de Concesión No. 031 de 2006.

Que a través del radicado No. 2023-200-0870 el interventor Ingeproyectos Ltda, remitió informe financiero, técnico y jurídico No. ICB-460-RL de fecha 22 de marzo de 2023, sobre la modificación del plan de inversiones de la Sociedad Portuaria Rio Grande S.A. para el contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006, en el cual se determinó la viabilidad de la solicitud.

Que mediante Resolución No. 00068 del 3 de abril de 2023, CORMAGDALENA aprobó la solicitud de sustitución de ciertos ítems de inversión del plan de inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006, así como, sus complementaciones, modificaciones y aclaraciones, en especial lo que concierne a los diseños e Ingeniería de detalle del proyecto que trata el Contrato de Concesión Portuaria.

Que los citados conceptos hacen parte integral del acto administrativo recurrido y contienen las consideraciones de carácter técnico, jurídico y financiero que permiten viabilizar la solicitud de sustitución presentada por la Sociedad Portuaria Rio Grande S.A. para el Contrato de Concesión Portuaria No. 031 de 2006.

CAPITULO SEGUNDO

DEL RECURSO DE REPOSICION

Que el diecinueve (19) de abril de 2023 y mediante correo electrónico, la recurrente SOCIEDAD PORTUARIA RIO GRANDE S.A., identificada con NIT No. 900.363.378-0, presentó Recurso de Reposición de manera oportuna contra la Resolución No. 00068 del 3 de abril de 2023 notificada mediante correo electrónico el día tres (3) de abril de 2023.

2.1. Del fundamento del recurso de reposición:

Como razones de inconformidad, el recurrente adujo las siguientes:

- (a) Que la Sustitución de ítems no comporta una modificación a las condiciones sobre las cuales se otorgó la concesión, ni tampoco, representa variaciones en los elementos esenciales del contrato de concesión, por lo que se solicita se reponga la resolución recurrida y se aclare el contenido de sus artículos.
- (b) Considera el recurrente que *“no se requiere de la suscripción de un documento modificatorio, por cuanto la decisión de la Entidad no altera ningún elemento esencial en el Contrato de Concesión”*

CAPITULO TERCERO

CONSIDERACIONES PARA LA DECISION DEL RECURSO

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el recurrente, en congruencia con la documentación aportada en el recurso de reposición, se considera:

3.1. En cuanto a la suscripción de “documento modificador”:

El Consejo de Estado, ha señalado que: *“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado. [...] La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar. Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes... el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiéndose, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes”*¹

En el mismo sentido, en el concepto 2263 del 17 de marzo del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes: “Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de agosto de 2009, rad. 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas. Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediano o que debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato. Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas. [...]

-Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial"

En el caso que nos ocupa, y atendiendo los argumentos esgrimidos por el recurrente, debemos diferenciar dos (2) aspectos relevantes, y estos son las modificaciones de aspectos esenciales del contrato y la modificación y/o adición de aspectos contractuales, no esenciales.

En concordancia con lo dispuesto por la ley 1 de 1991 se debe interpretar y aplicar el contrato de concesión portuaria No. 031 de 2006 en su cláusula décima cuarta, expresamente determinó que: *"PLAN DE INVERSIONES: Las variaciones y reformas que se requirieran hacer sobre el plan de inversiones inicialmente estipulado, para el proyecto en la solicitud de concesión, deberán adelantarse de conformidad con el procedimiento que señale LA CORPORACION para tales efectos, siempre con autorización previa y escrita por parte de LA COPORACION. 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 este prepare y deberán ser aprobadas por LA CORPORACION. PARAGRAFO PRIMERO: LA CORPORACION 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, aun en el caso en que las haya autorizado expresamente. PARAGRAFO SEGUNDO: Se entiende que toda mejora hecha por la SOCIEDAD CONCESIONARIA a los bienes dado en concesión quedará en propiedad de la Nación..."*

Seguidamente, el mencionado contrato en sus cláusulas décima séptima y décima octava, establecieron que los aspectos técnicos del programa ascendían a un valor de UN MILLON CUATROCIENTOS DOS MIL DOLARES (\$1.402.000) conforme el cronograma de inversión de cada actividad, y finalmente, en su cláusula décima primera determinó que: *"GARANTÍAS: LA SOCIEDAD CONCESIONARIA constituyó las*

siguientes garantías a favor de la Nación – Cormagdalena ... PARAGRAFO: LA SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá reajustar la cuantía de las pólizas, de tal manera que cumplan con los porcentajes establecidos en la reglamentación correspondiente, garantizando así el plazo y los términos señalados respecto a cada una de ellas. En cada renovación, deberá actualizarse el valor asegurado, es decir, que la suma en dólares, deberá ser liquidada a la tasa representativa del mercado TRM del día de la renovación garantizándose así que el valor en pesos sea equivalente a la cifra en dólares cada vez que se renueve...”

Es decir, existen aspectos contenidos en el contrato de concesión portuaria, que, con ocasión a la sustitución de ciertos ítems, deberán ser ajustados, hecho por el cual, se determinó en la resolución recurrida, la suscripción del otro sí, con la finalidad de adicionar las modificaciones y/ ajustes pertinentes.

Finalmente, y como bien lo reconoce el recurrente en el escrito presentado, se hace necesario aclarar que la aprobación de sustitución de los ítems no implica modificación del plazo y que el concesionario, asumirá de forma exclusiva y directa el riesgo que genere la ejecución del nuevo plan de inversiones.

Sobre este aspecto el Consejo de Estado ha señalado que: *“aun cuando la tipología del contrato de concesión supone, entre otros aspectos, que el concesionario asume la adecuada prestación o funcionamiento de la obra, por su cuenta y riesgo ello no equivale afirmar que por gracia de esa disposición se encuentre compelido a asumir todas las alteraciones que se presenten durante la ejecución del proyecto y que causen un efecto nocivo en su economía. En ese sentido, se advierte que dicho precepto legal necesariamente debe atemperarse al compendio regulatorio en el que se encuentra vertido, en cuyo contenido igualmente se halla inmerso un catálogo de reglas y principios que determinan un margen objetivo y razonable encaminado a impedir, por motivos de equidad y justicia, una distribución absoluta de riesgos en cabeza exclusiva de una sola de las partes del contrato”²*

Siendo, así las cosas, se hace necesario que el concesionario de forma libre y voluntaria asuma el riesgo de la sustitución de ciertos ítems del plan de inversión, como fuera solicitado por su parte y atendiendo las diversas peticiones sobre el efecto presentadas.

Por estas razones, se hace necesario la suscripción del otro sí señalado en la resolución recurrida, vinculado solamente sobre estos aspectos, aclarando desde ahora que, no se modificarán las condiciones sustanciales del contrato de concesión No. 031 de 2006 y por el contrario, solamente se reforzarán algunos aspectos para mayor seguridad jurídica de Las Partes.

² Consejo de Estado. SCA. S.3. Sentencia del 23 de noviembre de 2016. Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00233-01(52161).

En mérito de lo expuesto, el Director Ejecutivo (E) de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena -CORMAGDALENA-,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: **NO REPONER** la resolución No. 00068 del tres (3) de abril de 2023, de conformidad con la parte motiva de esta resolución

ARTÍCULO SEGUNDO: Continúan vigentes todas las estipulaciones de la Resolución 000068 del tres (03) de abril de 2023.

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese la presente Resolución a **LA SOCIEDAD PORTUARIA RIO GRANDE S.A.**, por medio de su representante legal o apoderado especial, en los términos establecidos en los artículos 66 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indicando que contra esta Resolución no procede recuso alguno

Dada en Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de mayo de 2023.

NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ALVARO JOSE REDONDO CASTILLO
DIRECTOR EJECUTIVO (E)

Proyectó: Angélica Pérez Angulo – Contratista OAJ 

Revisó: Albert Alfaro – Contratista OAJ

Aprobó: Nelson Piñeres Senior – Jefe Oficina Asesora Jurídica 