

RESOLUCIÓN No. 000015
(20 DE ENERO DE 2022)

"POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 35 DE 2007 PRESENTADA POR LA SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A.

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 1^a de 1991, 161 de 1994, 1242 de 2008, 1437 de 2011, los Decretos 1099 de 2013, 474 de 2015, 1079 de 2015, el Acuerdo 208 del 29 de enero de 2019 emanado de la junta Directiva de CORMAGDALENA, y el Acta de Posesión de Acta de Posesión del 29 de enero de 2019 y,

CONSIDERANDO:

1. Que el Artículo 3º de la Ley 1º de 1991 “Estatuto de Puertos Marítimos”, otorgó al Superintendente General de Puertos la competencia para definir las condiciones técnicas de operación de los puertos colombianos las cuales deben contener los aspectos allí señalados.
2. Que de conformidad con lo prescrito en el Artículo 331 de la Constitución Política y en la Ley 161 de 1994, se creó y reglamentó la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena — “Cormagdalena”, señalándole como objeto de su actividad la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria en esta arteria fluvial, fijándole su jurisdicción desde su nacimiento en el Macizo Colombiano, hasta su desembocadura en Barranquilla y Cartagena.
3. Que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. suscribió con la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, el contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007 del 23 de agosto de 2007.
4. Que mediante Resolución 137 de 2011, en sus artículos primero y tercero respectivamente, CORMAGDALENA, aprobó el plan de inversiones y el cronograma de ejecución de las mismas presentado por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., para la etapa o fase 1 del proyecto portuario y respecto a las inversiones de la etapa o fase 2 del proyecto, el Parágrafo Primero del Artículo Primero de la Resolución 137 citada, dispuso: “Las inversiones correspondientes a las actividades de la FASE 2, serán establecidas en un acto administrativo posterior”, en los términos allí indicados.
5. Que mediante comunicación radicada en CORMAGDALENA bajo el No. 2014302170 el 13 de junio de 2014, la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. solicitó la modificación del cronograma establecido en el Artículo Tercero de la Resolución 137 de 2011 y el traslado de compromisos de inversión para ser ejecutados en la segunda etapa del proyecto.

6. Que revisada la viabilidad técnica de la solicitud indicada en el numeral anterior, CORMAGDALENA la aprobó a través de la Resolución 226 de 2014, en cuyo artículo tercero estableció como plazo para que el concesionario presentara el plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No 3-0035-2007, el día 31 de enero de 2015.
7. Que mediante comunicado radicado en CORMAGDALENA con el No. 2014302170 del 13 de junio de 2014, la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. solicitó la modificación del cronograma establecido en el artículo tercero de la resolución 137 de 2011 y el traslado de compromisos de inversión para ser ejecutados en la segunda etapa del proyecto.
8. Que el 12 de diciembre de 2014 CORMAGDALENA expidió la Resolución 424 de 2014 a través de la cual prorrogó por seis (6) meses, hasta el 31 de julio de 2015, el plazo otorgado a Sociedad Portuaria del Caribe S.A., para entregar el plan de inversiones correspondiente a la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007.
9. Que mediante comunicado radicado en CORMAGDALENA con el No. 2015301089, el 9 de abril de 2015, el concesionario informó acerca de la necesidad de realizar análisis y estudios de la información desarrollada hasta la fecha para la estructuración del plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, los cuales debían desarrollarse con cierta cronología por lo cual se requería una prórroga del plazo otorgado para el cumplimiento de la obligación establecida en la Resolución No. 137 de 2011.
10. Que mediante Resolución 119 de 2015, CORMAGDALENA aprobó la solicitud del concesionario otorgando una prórroga para la presentación del plan de inversiones correspondiente a la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, hasta el 31 de julio de 2016, por las razones expuestas en el acto administrativo.
11. Que mediante comunicado radicado en CORMAGDALENA el 19 de julio de 2016 con el No. 2016303019, la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. solicitó una nueva prórroga por dos (2) años adicionales, es decir, hasta el 31 de julio de 2018, para efectos de adelantar ciertas actividades necesarias para la estructuración del plan de inversiones de la FASE 2 del contrato de concesión portuaria.
12. Que mediante Resolución 216 de 2016, CORMAGDALENA modificó el plazo a la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., para presentar el plan de inversiones correspondiente a la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, hasta el 31 de julio de 2018, por las razones expuestas en el acto administrativo citado en este numeral.
13. Que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. mediante radicado de CORMAGDALENA No. 201802000911 de fecha 8 de marzo de 2018, solicitó la prórroga del plazo otorgado por la Resolución 216 de 2016 antes citada, para presentar el plan de inversiones correspondiente a la FASE 2 del contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007 del 23 de agosto de 2007, por dos (2) años adicionales, a partir del vencimiento del término establecido en la resolución 216 de 2016.
14. Que mediante Resolución 241 de 2018, CORMAGDALENA modificó el plazo a la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., para presentar el plan de inversiones correspondiente a la FASE 2 del contrato de concesión portuaria, de un plazo de dos años contados a partir de la ejecutoria de la Resolución, cuyo plazo venció el 19 de septiembre de 2020.

15. Que mediante correo electrónico enviado a la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA el día 6 de octubre de 2021, la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. presentó memorial con fecha del 5 de octubre de 2021 mediante el cual, en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio precitado, (...) **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.”**
16. Que 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 la solicitud de suspensión del contrato de concesión No. 035 de 2007 presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.
17. Que mediante comunicado 2021-300-3561 del 20 de octubre de 2021 CORMAGDALENA solicitó al interventor CONSORCIO PORTUARIO 01 realizar un concepto técnico, jurídico y financiero respecto de la solicitud de suspensión presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., al Contrato de Concesión Portuaria No. 035 de 2007.
18. Que mediante concepto CINP 499-238-4189 del 2 de noviembre de 2021, radicado en Cormagdalena el 3 de noviembre de 2021 con número de registro 2021-200-4272 la interventoría CONSORCIO PORTUARIO 01 presentó concepto respecto de la solicitud de suspensión del contrato de concesión portuaria No. 035 de 2007 presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. pronunciándose así:

2.2 CONCEPTO TÉCNICO.

“El proyecto de aguas profundas surgió con posterioridad a la suscripción del contrato.
Teniendo en cuenta lo anterior está interventoría se permite realizar las siguientes precisiones:

1. El contratista debió estructurar su proyecto con base en las condiciones previstas para el momento de la suscripción del contrato y en atención a las obligaciones en él contenidas.

Lo anterior, en tanto que las condiciones del canal de acceso debieron ser planificadas por el concesionario, así como debió tener certeza de cuál iba a ser el potencial de desarrollo que tendría el terminal concesionado de acuerdo a las obligaciones del contrato.

2. el desarrollo de la concesión de ninguna manera puede depender o estar condicionado a la adjudicación de un proyecto que depende de terceros.

Lo precedente, implicaría congelar indefinidamente el contrato de concesión. Situación que es completamente inviable y que carece de sustento tanto práctico como jurídico.



En consecuencia, dicho lo anterior, le corresponde al concesionario estructurar su proyecto con base en las condiciones actuales de navegabilidad del río. Tal como fue previsto en la solicitud de concesión.

Por otro lado, es pertinente anotar que actualmente operan en el canal de acceso al Puerto de Barranquilla por lo menos 7 terminales portuarias con las mismas condiciones de Calado.

2.3 CONCEPTO JURÍDICO

(...) En estas condiciones, esta Interventoría debe indicar en primer lugar, que efectivamente los argumentos esgrimidos no se enmarcan dentro las causales de suspensión descritas en la cláusula vigésima quinta del Contrato de Concesión Portuaria¹, por lo que a juicio de la Interventoría no resulta procedente avalar la solicitud del Concesionario por esa vía.

Ahora bien, de la lectura de la solicitud presentada se podría entender que los motivos que pretende hacer valer el concesionario para la viabilidad de la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria, más que ser viables jurídicamente responden a un asunto de conveniencia para sus intereses, los intereses del Distrito de Barranquilla y de la actividad portuaria en esa zona portuaria.

Frente a este particular conviene establecer que el llamado a determinar la necesidad a satisfacer con la suscripción del contrato estatal, así como la conveniencia del mismo es la Entidad Estatal **por medio de los estudios de conveniencia**.

Por estudios de conveniencia se entienden todos aquellos análisis encaminados a determinar la adecuación y/o utilidad de una determinada solución que busca, a su vez, satisfacer una necesidad previamente identificada por la entidad contratante.

Dichos estudios se encuentran inmersos dentro del deber de planeación que irradia la contratación estatal, según lo evidencia la sentencia del Consejo de Estado proferida el 19 de junio de 2008:

¹ Esta afirmación tiene sustento en lo indicado por el apoderado del concesionario en la solicitud de suspensión cuando expresa:

"De esta forma, y como ya lo hemos expresado, consideramos que la posibilidad de **suspender el contrato por mutuo acuerdo, es una vía jurídica totalmente válida**, sin que resulte procedente, en nuestro criterio, considerar la suspensión de forma rígida, como lo ha manifestado la Interventoría en varias ocasiones, **quien se limita a analizar la figura a la luz de lo regulado contractualmente.**" (Énfasis fuera del texto original)

2 "CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: El presente contrato de concesión portuaria podrá ser suspendido por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que impidan el cumplimiento de las obligaciones del contrato, debidamente reconocidos por LA CORPORACIÓN, mediante resolución motivada de conformidad con las disposiciones vigentes, por las causales que a continuación se relacionan: **25.1** Incendio, inundación, perturbaciones atmosféricas, explosión, rayo, tormenta, terremoto, derrumbes, erosión o hundimiento del terreno, temblor de tierra, epidemias que impidan la operación, prestación y continuidad del puerto y/o la construcción o terminación de las obras. **25.2.** Asonadas, guerra, guerra civil, bloqueo, insurrección, sabotaje, actos de enemigos públicos o disturbios civiles, orden público que impida la operación y prestación del servicio portuario. **25.3.** Expedición de normas legales que impidan sustancialmente el desarrollo del contrato. **25.4.** Los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, en los términos del artículo 64 del Código Civil. (...)"

“En tal virtud, el deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, 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, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden.”

En efecto, la aplicación del principio general de planeación, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, implica que resulta “(...) indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos que permitan y a la vez aseguren con una alta probabilidad que el objeto contratado se podrá ejecutar en el término previsto y acordado y según las condiciones óptimas requeridas”

CONCLUSIONES

Con base en lo analizado a lo largo del presente concepto respecto de la solicitud de suspensión presentada por el apoderado de la concesión en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio que adelanta CORMAGDALENA por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales, esta interventoría puede concluir lo siguiente:

- 1. le corresponde al concesionario estructurar su proyecto con base en las condiciones actuales de navegabilidad del río. Tal como fue previsto en la solicitud de concesión.**
 - 2. Los argumentos presentados por el concesionario en su solicitud no resultan suficientes ni adecuados para soportar la viabilidad de la misma desde una perspectiva contractual ni jurisprudencial”.**
19. Que, teniendo en cuenta lo indicado por la interventoría en el concepto CINP 499-238-4189 del 2 de noviembre de 2021, respecto de la solicitud de suspensión del contrato de concesión portuaria No. 035 de 2007, y que los argumentos esgrimidos por el concesionario no se ajustan a lo establecido en la Cláusula Vigésima Quintal del citado contrato, esta Corporación no considera procedente dicha solicitud.

En mérito de lo expuesto, el Director Ejecutivo de Cormagdalena,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NIEGUESE la solicitud de suspensión del contrato No. 035 de 2007 presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.





ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente resolución al Representante Legal de la Sociedad Portuaria Del Caribe S.A. o a su apoderado debidamente constituido o a quien haga sus veces, en los términos establecidos en los artículos 66 y ss de la Ley 1437 de 2011, o en su defecto proceder en la forma señalada en el artículo 4º del Decreto Legislativo 491 de 2020, para tales efectos se tiene en cuenta la dirección electrónica: adriana.espinosa@garrigues.com contactocolombia@imperialterminals.com

ARTÍCULO TERCERO: RECURSOS. Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición dentro de los 10 días siguientes a la notificación del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

Dada en Bogotá D.C. a los (20) veinte días de enero de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PEDRO PABLO JURADO DURAN
DIRECTOR EJECUTIVO

Proyectó: Carlos Herrera Gil – Abogado SGC.

Revisó: Erika Arcila– Apoyo Jurídico de la SGC

Vo.Bo. Claudia Morales Esparragoza – Subdirectora de Gestión Comercial CEO

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



El futuro es de todos

Gobierno de Colombia