

RESOLUCIÓN No.000168
(29 DE JUNIO DE 2022)

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN 000015 DEL 20 DE ENERO DE 2022”

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 1099 de 2013, 474 de 2015, 1079 de 2015 y,

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo prescrito en el Artículo 331 de la Constitución Política y la Ley 161 de 1994 se creó y reglamentó la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena- “CORMAGDALENA”, señalándose como objeto de su actividad la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria en esta arteria fluvial, fijándole una jurisdicción que va desde su nacimiento en el Macizo Colombiano hasta su desembocadura en Barranquilla y Cartagena.

Que según lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley 161 de 1994, el objeto de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena — CORMAGDALENA es: “(..) *la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria, la adecuación y conservación de tierras, la generación y distribución de energía, así como el aprovechamiento sostenible y la preservación del medio ambiente, los recursos ictiológicos y demás recursos naturales renovables*”,

Que en atención al artículo 2 de la Ley 2065 de 2020 que modifico el artículo 3° de la Ley 161 de 1994, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena — CORMAGDALENA, tiene “(...) *jurisdicción en el territorio de los municipios ribereños del río Magdalena, desde su nacimiento en el Macizo colombiano, en la colindancia de los departamentos de Huila y Cauca, jurisdicción de los municipios de San Agustín y San Sebastián respectivamente, hasta su desembocadura en Barranquilla y Cartagena. Así mismo, su jurisdicción incluirá los municipios ribereños del Canal del Dique y comprenderá además los Municipios de Victoria, en el departamento de Caldas, Majagual, Guaranda y Sucre en el Departamento de Sucre, Achí en el Departamento de Bolívar y Puerto Colombia, en el departamento de Atlántico.*”

Que el Artículo 6° de la Ley 161 de 1994 sobre funciones y facultades de CORMAGDALENA en su numeral 3° la autoriza para *“Formular y adoptar mecanismos para la coordinación y ejecución de sus planes, programas y proyectos por parte de las entidades públicas y privadas delegatarias, concesionarias o contratistas, así como para su evaluación, seguimiento y control”*.

Que el Artículo 14° de la Ley 161 de 1994 sobre funciones de la Junta Directiva, consigna que le corresponde a esta, entre otras: *“13. Ejercitar todas las funciones y expedir todos los actos que sean indispensables para el cumplimiento de las funciones y facultades de la Corporación y las demás que le asignen los estatutos”*.

Que el parágrafo único del Artículo 20° de la Ley 161 de 1994 le otorgó competencia para *“(…) conceder permisos, autorizaciones o concesiones para el uso de las márgenes del Río Magdalena y sus conexiones fluviales navegables, en lo que respecta a construcción y uso de las instalaciones portuarias, bodegas para almacenamiento de carga, muelles y patios, muelles pesqueros e instalaciones turísticas, obras de protección o defensa de orillas, y en general todo aquello que condicione la disponibilidad de tales márgenes”*, pero no estableció el procedimiento para el otorgamiento de los citados permisos, autorizaciones o concesiones.

ANTECEDENTES

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.

Que mediante Resolución No. 000015 del veinte (20) de enero de 2022 se resolvió negar la solicitud de suspensión contractual presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. al Contrato de Concesión No. 3-0035 de 2007.

Que el día diez (10) de marzo de 2022 fue notificada mediante correo electrónico la precitada resolución al correo electrónico carlos.forero@trafigura.com del Representante Legal Señor Carlos Forero Jiménez de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.

Que el veinticuatro (24) de marzo de 2022 dentro del término legal establecido para el efecto, la apoderada de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 000015 de 2022, registrado en Cormagdalena con radicado No. 2022-200-1023 del mismo día, manifestando lo siguiente:

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS

De acuerdo con los hechos antes expuestos, la SPC considera que las decisiones contenidas en la Resolución 000015 deberían ser revocadas por Cormagdalena, sustentado en lo siguiente:

1. Sobre el principio de motivación del acto administrativo en la Resolución 000015

De acuerdo con la exposición de los hechos contenidos en la Resolución 000015, los cuales se mencionan en los numerales 23 y 24 del presente recurso, el 2 de noviembre de 2021 el Interventor presentó ante Cormagdalena un concepto con Radicado CINP 499-238-4189, mediante el cual se pronunció sobre la solicitud de suspensión **por mutuo acuerdo** presentada por la SPC en el memorial del 6 de octubre de 2021 en el marco del Proceso Sancionatorio.

Este concepto fue presentado por el Interventor a petición de Cormagdalena, para que contara con una opinión técnica y legal sobre las situaciones de hecho expuestas por la SPC para sustentar su solicitud.

Es decir, se esperaba que Cormagdalena tomara como referencia dicho concepto técnico y legal del Interventor para adoptar una decisión emanada de sus facultades administrativas propias de la función administrativa, contrario a esto, y tal y como se evidencia en el numeral 18 de la sección de consideraciones de la Resolución 000015, la Entidad transcribió literalmente algunos apartes del mencionado concepto del Interventor. Las cuales, corresponden a las siguientes líneas:

“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 unió de 2008:

*“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 jurisprudencia”

Una vez transcrito el concepto del Interventor, Cormagdalena procedió a resolver la solicitud de la SPC de forma negativa. Es decir, que en el acto administrativo de la Resolución 000015 no se evidencia razonamiento alguno por parte de la Entidad, entendiendo de esta forma que Cormagdalena al resolver la solicitud trasladada, vulneró el deber de motivación de los actos administrativos, en la medida en que no expuso las

razones que fundamentaron la decisión que se adoptó mediante la referida resolución, no expuso las razones por las cuales consideraba que no procedía la suspensión por mutuo acuerdo.

De acuerdo con el Consejo de Estado, el anterior deber por parte de la administración, se entiende como un principio que se debe aplicar en la expedición de los actos administrativos para que estos contengan todos sus elementos esenciales. Al respecto, y sobre la forma en la que las autoridades administrativas deben adoptar sus decisiones debidamente motivadas, el Consejo de Estado ha precisado:

“La Sala llama la atención a acerca de la *existencia de una obligación que impone el sistema jurídico (a nivel convencional, constitucional y legal) de que las autoridades públicas sustenten de manera suficiente las razones por las cuales adopta una determinada decisión jurídica (...).*

En cuanto al deber de motivación de las decisiones que adopten las autoridades administrativas se tiene que la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la configuración de esta exigencia se ajusta a la cláusula de Estado de Derecho, el principio del debido proceso administrativo, el principio democrático y el de publicidad; así mismo, ha llamado la atención sobre el hecho de que no se trata de cualquier tipo de motivación sino que ésta debe satisfacer rigurosos requerimientos como es el hecho de mostrar una justificación interna y otra externa, que hagan ver que la decisión además de ser racional satisface los postulados de la razonabilidad; en términos del Tribunal Constitucional: ‘deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de “racionalidad”, sino también en reglas de carácter valorativo, pues con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la “razonabilidad” se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas’.

1.4.-Lo anterior encuentra pleno sentido cuando se entiende que los jueces y los funcionarios administrativos, quienes tienen poder decisorio, tienen la obligación jurídica y política de erradicar la arbitrariedad en la toma de decisiones; **razón por la cual ellos y, en general, todos los partícipes de la práctica jurídica tienen la obligación de fundamentar de manera racional y razonable las posturas que defienden**; más aún cuando, en la mayoría de los casos, es claro que la adopción de una decisión jurídica no se sigue lógicamente a partir de un ejercicio de subsunción de una norma jurídica en un caso concreto.

Es por esta razón que se ha dicho que la formulación de argumentos jurídicos consistentes pueden ser explicados a partir de un método de doble razonamiento, comoquiera que debe existir una justificación externa, en donde el operador proponga a la luz del ordenamiento vigente la fundamentación de las premisas mayores que empleará como referente normativo para adoptar la decisión; mientras que, **hecho lo anterior, deberá exponer una justificación interna, que implica la aplicación lógico deductiva de las premisas mayores a los hechos que se encuentran acreditados en un caso**. Este último punto puede revestir las características propias de un razonamiento estructurado como un silogismo, por lo cual son plenamente aplicables los argumentos lógico deductivos así como sus respectivas falacias”). (Subraya fuera del texto)

Por lo anterior, no era suficiente con que Cormagdalena enunciara las normas jurídicas y las consideraciones hechas por el Interventor, sino que debió precisar los motivos por los que llegó a su decisión, tal y como se evidenció en los apartes transcritos en este recurso que hacen parte del concepto con Radicado CINP 499-238-4189 presentado por el Interventor.

Por consiguiente, la falta de motivación de la Resolución 000015 impide el ejercicio del derecho de defensa de la SPC, pues se desconocen las razones que le dan sustento, siendo imposible una verdadera contradicción. Esto además implica, la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, aspecto sobre el cual el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“El debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales de obligatorio acatamiento por parte de los operadores disciplinarios, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse, presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo contencioso- administrativo en demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso.

La Corte Constitucional al respecto ha sostenido: «Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) **al ejercicio del derecho de defensa y contradicción**, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso»" (Subraya fuera del texto)

Sumado al aparte de la sentencia del Consejo de Estado transcrita anteriormente, la Corte Constitucional también se ha manifestado sobre la violación del derecho al debido proceso y al derecho a la defensa por la falta de una debida motivación en los actos administrativos, de la siguiente forma:

“Igualmente, el artículo 29 superior plantea como presupuesto para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, que los administrados tengan argumentos que puedan ser controvertidos cuando no están de acuerdo con las actuaciones de las autoridades. De esta forma, cuando en el acto no se expresan las razones que han dado sustento a la decisión, el particular se encuentra en un estado de indefinición derivado de la imposibilidad de expresar los motivos por los que disiente de la decisión tomada, vulnerando así su derecho a controvertir la actuación con la que no está de acuerdo.

(...)

Derivado de lo anterior, **la motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las**

vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico". (Resaltado nuestro)

Así las cosas, al no haber motivado Cormagdalena la Resolución 000015, a la luz de los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, también vulneró el derecho de defensa de la SPC al notificarle un acto administrativo que no contiene argumentos para poder ser controvertidos mediante el recurso de reposición.

Por lo anterior, la SPC considera que la Resolución 000015 debe ser revocada por parte de Cormagdalena y proceder con la expedición de un acto administrativo verdaderamente motivado, en el que se cumpla con los deberes que tiene Cormagdalena en el ejercicio de la función administrativa, y también se garanticen los derechos de la SPC al derecho de defensa y que sus solicitudes sean resueltas de fondo con un análisis real por parte de la Entidad, con base en los hechos que han sido puestos a su consideración.

La anterior consecuencia, ha sido expuesta por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.
(...)

Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente, carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas tácticas y jurídicas que determinan su adopción". (Resaltado fuera del texto)

Lo anterior, también ha sido señalado por parte de la Corte Constitucional, en el sentido de señalar que la falta de motivación de los actos administrativos, además de generar una violación al debido proceso, los preceptos del Estado de Derecho y los principios democráticos y de publicidad del ejercicio de la función pública, también constituye una **causal de nulidad de los actos administrativos** que no estén debidamente motivados.

De esta forma, se entiende que la Entidad no indicó los motivos por los cuales considera que no es procedente la solicitud de suspensión **por mutuo acuerdo** presentada por la SPC, solo se limita a transcribir las consideraciones del Interventor, aparentemente generando una extralimitación de las funciones que tiene el Interventor a la luz del contrato de interventoría suscrito con Cormagdalena.

Ahora bien, sin perjuicio de lo ya expuesto, y sin desconocer que la Resolución 000015 es un acto administrativo que carece de motivación alguna, en las siguientes secciones de este recurso, la SPC procederá a controvertir las consideraciones incluidas por el Interventor en su informe. Es decir, que la SPC **no** reconoce que esta transcripción sea la motivación de la Resolución 000015, pero, en aras de responder al traslado hecho por Cormagdalena, se pronunciará sobre lo que exclusivamente se encuentra en dicha Resolución 000015.

2. Sobre las consideraciones presentadas por el Interventor

De acuerdo con la transcripción hecha por Cormagdalena del concepto del Interventor con Radicado CINP 499-238-4189, en el numeral 18 de la Resolución 000015, se identifica que el Interventor abordó dos (2) aspectos generales para considerar que la solicitud de suspensión **por mutuo acuerdo** de la SPC no era viable.

(i) Sobre el Concepto Técnico del Interventor: *Al respecto, el Interventor indica que el Proyecto Aguas Profundas surgió con posterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión. De igual forma, se precisó que el Concesionario debió haber estructurado su proyecto portuario con base en las condiciones previstas para el momento de la suscripción del Contrato de Concesión y en atención a las obligaciones allí contenidas.*

Al respecto coincidimos con el Interventor en que el Proyecto Aguas Profundas fue diseñado y surgió con posterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión, razón por la cual, siempre se ha presentado dicho suceso como una situación que sobrevino a la suscripción del Contrato de Concesión y que afecta lo que se previó al momento de proceder con la estructuración del proyecto portuario.

Este se trata de un contrato a largo plazo, que debe enfrentar situaciones que pueden naturalmente afectar las condiciones previstas al momento de solicitar una concesión portuaria, y que ha sido el razonamiento que ha soportado, entre otros argumentos, lo solicitado por la SPC. No puede realizarse un análisis del cumplimiento de obligaciones cuando se presentó la solicitud de concesión, sino cuando se espera su materialización, debiendo analizar si se presentaron circunstancias externas y ajenas al control del Concesionario, que afectan la ejecución obligacional de la forma que se previó en un inicio.

Considerando que el diseño del Plan de Inversiones de la Fase 2 debe tener en cuenta el nivel de acceso al canal, las labores realizadas por Cormagdalena sobre el dragado del Río Magdalena y las condiciones de operación existentes, debe considerar elementos externos que pueden afectar el desarrollo del negocio o que generen la posibilidad de replantear la necesidad de obrar conforme se pensó al momento se elevar la solicitud de concesión portuaria. La SPC no pudo haber previsto, cuando suscribió el Contrato de Concesión que el Gobierno Nacional diseñaría un proyecto alterno en la zona alejada del Río Magdalena, que implicara un cuestionamiento sobre la necesidad de darle curso a las inversiones conforme al Contrato de Concesión.

Es decir, el diseño de un Plan de Inversiones Fase 2, sin considerar el inminente desarrollo y ejecución del Proyecto Aguas Profundas, significa el diseño y realización de inversiones que tal vez, no tendrán mayor utilidad, siendo tal vez lo más prudente, esperar hasta conocer el desarrollo del proyecto, para aportar de forma eficiente, sin necesidad de perder una inversión que no podría ser objeto de recuperación.

Actuar como al parecer exige Cormagdalena, implica que la SPC deba presentar un plan de inversiones que bajo una alta probabilidad, deberá ser modificado y ajustado a los diseños de detalle que se determinen para las intervenciones en el sector del Bocas de Ceniza con el Proyecto Aguas Profundas, lo que representa un desgaste en tiempo y

pérdida inmensa, siendo un hecho que de prosperar el proyecto de aguas profundas, será necesario desechar o ajustar las inversiones de la Fase 2 a futuro, sin la garantía de que Cormagdalena reconozca alguna compensación en favor de la SPC.

Por lo tanto, es congruente la afirmación del Interventor sobre el desarrollo del Proyecto Aguas Profundas con posterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión, teniendo presente que esta situación, debe ser tomada como una situación sobreviniente que genera una gran afectación para el cumplimiento de obligaciones contractuales en los términos previstas al momento de suscribir el Contrato de Concesión, siendo un hecho que definitivamente la SPC, no pudo haber considerado en la estructuración de su proyecto portuario, en la medida en la que no pudo haber sabido de la existencia misma del hecho.

Adicionalmente, el Interventor afirma que la SPC se encontraba en la obligación de tener la certeza sobre cuál iba a ser el potencial de desarrollo de la terminal portuaria que le fue dada en concesión. Si bien, debemos indicar que, en efecto, al momento de solicitar la concesión portuaria se realizaron estimaciones con la información disponible, no puede pretender que el Concesionario cuente con la capacidad de prever todo aquello que podía suceder. Debe tener claro la Interventoría que resulta imposible prever todo aquello que puede suceder en un negocio a largo plazo, siendo completamente viable que se solicite un tiempo de espera para ajustar aspectos del contrato a la realidad del negocio.

Pensar como lo hace el Interventor es pretender que los negocios a largo plazo son estáticos, lo que lejos está de ser cierto. Precisamente lo que justifica la modificación de un contrato a largo plazo, es la ocurrencia de situaciones imprevistas que pueden alterar el cumplimiento de obligaciones contractuales, siendo esa la razón por la cual, la SPC solicitó se tuviera en cuenta el impacto del proyecto de aguas profundas, como uno adicional a los ya expuestos, para proceder con la suspensión del Contrato de Concesión.

Afirmar que se podía prever la existencia de proyectos sobre la zona de Bocas de Ceniza, que iban a impactar el diseño y presentación del Plan de Inversiones Fase 2, y con las actividades portuarias de la SPC, se traduce en extralimitar la asignación del riesgo a una situación de total imprevisibilidad, incluso, en una situación en la que se deben asumir las acciones del Gobierno Nacional.

De hecho, el Interventor afirma que, pretender congelar indefinidamente el Contrato de Concesión, es totalmente inviable y carece de sustento práctico. Sin embargo, el Interventor no consideró a fondo la solicitud de la SPC, pues desde siempre se ha propuesto una coordinación con Cormagdalena para poder determinar las características y condiciones de la suspensión, la cual, en el caso del desarrollo del Proyecto Aguas Profundas, estaría condicionada a la definición de la estructuración de este proyecto, para evitar que las inversiones entre ese proyecto y el proyecto portuario de la SPC, no interfieren y generen resultados ineficientes.

(ii) Sobre el Concepto Jurídico del Interventor: *ahora bien, sobre la procedencia jurídica de la solicitud de la SPC, el Interventor vuelve a insistir en que esta solicitud no se enmarca dentro de las causales de suspensión descritas en la cláusula Vigésima Quinta*

del Contrato de Concesión, razón por la que no resulta procedente. Por otra parte, el Interventor tiende a afirmar que la solicitud de suspensión responde a intereses particulares de la SPC, y, de forma inteligible, indica que la suscripción del Contrato de Concesión responde a la realización de estudios de conveniencia realizados por la Entidad, por lo cual, el aparente “interés particular” de la SPC no puede ir en contra de la satisfacción del interés general materializada en el Contrato de Concesión.

Sobre este aspecto, la SPC en todos los memoriales que ha presentado ante Cormagdalena, ha sido enfática en indicar que la solicitud de suspensión del Contrato de Concesión, se ha encaminado a que esta sea **POR MUTUO ACUERDO**, lo cual, es una facultad que las partes gozan a partir de la autonomía de la voluntad que rige en los contratos públicos. De hecho, el Consejo de Estado ha indicado en reiterada jurisprudencia que:

“(…) 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. (...) Pero también puede ocurrir que, como se verá enseguida, sin acometer ninguna modificación solemne del contrato, la fecha de terminación varíe con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual, mediante el uso de la suspensión como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de interés público, que de forma suficiente y justificada originen un estado de parálisis del contrato estatal.”

Es decir, que la no viabilidad del Interventor sobre la procedencia de la suspensión **por mutuo acuerdo**, no solo es errada, sino que desconoce las facultades que tienen las partes del Contrato de Concesión, y la cual ha sido reconocida en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien, en relación con el impacto que puede generar la suspensión sobre el vínculo contractual, esta no afecta la existencia del mismo, sino que afecta temporalmente las obligaciones contractuales que acuerden las partes. Lo anterior, excluyendo de responsabilidad a Cormagdalena y a la SPC por su cumplimiento y consecuencias, y evaluando la situación de hecho que afecta el desarrollo regular del proyecto. Lo anterior, lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(…) la figura de la suspensión en la contratación estatal no es estática ni uniforme en su definición y eficacia. Antes bien, tiene alcance y produce efectos distintos: (i) en función del momento en el que se produce (durante el proceso de selección del contratista, o bien durante la ejecución del contrato); o (ii) por las causas que la originen (fuerza mayor, caso fortuito o en procura del interés público), o (iii) en función de ser imputable a los incumplimientos de las partes, o necesariamente ante una modificación del contrato, o (iv) por la forma en que ocurre, se acuerde o consigne su ocurrencia (mediante cláusula contractual, por acta acordada entre las partes por razones de interés público, o de facto, ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito), o (v) por sus efectos en el tiempo (transitoria o indefinida) y, (vi)

por la magnitud de la afectación en el cumplimiento de las obligaciones del contrato (parcial o total) (...)”

Por consiguiente, cuando el Interventor se limitó a revisar la cláusula Vigésimo Quinta del Contrato de Concesión, para evaluar la procedencia de la solicitud de la SPC, desconoció el trasfondo de la solicitud, el cual siempre se ha encontrado encaminado a proteger el plazo de ejecución del Contrato de Concesión, evitando que el plazo se diluya en prorrogar las obligaciones a cargo de la SPC. De hecho, este aspecto de proteger el plazo contractual también ha sido recalcado por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“(...) 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. (...) Pero también puede ocurrir que, como se verá enseguida, sin acometer ninguna modificación solemne del contrato, la fecha de terminación varíe con la finalidad de salvaguardar la continuidad de la relación contractual, mediante el uso de la suspensión como una medida excepcional y temporal encaminada a reconocer las situaciones de fuerza mayor, de caso fortuito o de interés público, que de forma suficiente y justificada originen un estado de parálisis del contrato estatal.”

Considera la SPC que debería procederse con la suspensión del Contrato de Concesión para evitar la realización de inversiones que tal vez deberían ser descartadas para la garantía del proyecto que lidera el Gobierno Nacional, siendo una situación que junto con las otras denunciadas por el Concesionario, justifican un tiempo de espera para resolver asuntos que otorguen más claridad sobre la viabilidad financiera y técnica del proyecto.

3. Sobre el Proyecto Aguas Profundas

Ahora bien, es importante mencionar que las razones dadas por la SPC en el memorial del 6 de octubre de 2021 no fueron analizadas por parte de Cormagdalena en la Resolución 000015, en la medida en la que, no solo transcribió el concepto del Interventor con radicado CINP 499-238-4189, sino que, no mencionó algún razonamiento sobre la existencia del Proyecto Aguas Profundas.

Por lo tanto, se debe recordar que, el Proyecto Aguas Profundas implica la exploración de posibles alternativas para la estructuración de un proyecto portuario ubicado en el sector de Bocas de Ceniza, contra el tajamar occidental, zona en la que se ubican tres (3) concesiones portuarias, incluida la que actualmente es operada por la SPC. Por lo tanto, con la manifestación de interés presentada por la SPC el 29 de marzo de 2021 (revisar ANEXO 3 y ANEXO 4), se buscaba hacer parte de las mesas de trabajo que se han realizado y se realizarán conjuntamente con Cormagdalena como entidad concedente, para definir las alternativas técnicas, jurídicas y financieras para el desarrollo de este proyecto.

Lo anterior quiere decir, que la SPC no solo ha estado al tanto de los cambios y avances portuarios que se pueden generar en la zona cercana de la terminal a su cargo,

cumpliendo con un deber de diligencia mayor al exigido por las obligaciones del Contrato de Concesión y por la asignación de riesgos del mismo, sino que también, la SPC se encuentra a la espera de la definición de la estructura del Proyecto Aguas Profundas, para incluir las posibles afectaciones que se puedan presentar desde este proyecto, sobre el Plan de Inversiones Fase 2 del puerto de la SPC.

Por lo anterior, parte del propósito que se persigue con la suspensión del Contrato de Concesión, es suspender algunas de las obligaciones a cargo de la SPC, para evitar que se agote el plazo contractual necesario para recuperar la inversión prevista, hasta que se pueda ejecutar las mismas, es decir hasta que se cuente con la estructura o una definición clara del Proyecto Aguas Profundas. Lo anterior, sumado a que es contraproducente que se haya aceptado la participación de interés de la SPC en un proyecto de unificación de puertos y, al mismo tiempo, Cormagdalena exija el diseño del Plan de Inversiones Fase 2 que resultaría inaplicable en dado caso de que el Proyecto Zona Portuaria de Aguas Profundas de Barranquilla avance en su cronograma.

III. CONCLUSIONES

A partir de lo señalado en el acápite anterior, el presente recurso de reposición se encuentra sustentado, en gran parte, sobre el hecho de que Cormagdalena no presentó un razonamiento propio en la Resolución 000015, vulnerando de esta forma el principio de motivación de los actos administrativos y, por consiguiente, el derecho de defensa de la SPC al momento de controvertir la mencionada resolución, generando de esta forma una falta de garantías al debido proceso, así como un vicio de nulidad del acto administrativo.

Lo anterior, se evidencia, en parte, en el hecho de que, en el presente documento, la SPC tuvo que controvertir y sustentar su reposición sobre las consideraciones indicadas por el Interventor en el concepto con radicado CINP 499-238-4189. Debido a que, Cormagdalena transcribió literalmente los apartes de dicho concepto en la Resolución 000015 para poder construir las consideraciones del acto administrativo.

Se esperaba que Cormagdalena hubiese realizado un análisis propio, tal y como ha sido indicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, para poder tomar una decisión sobre la solicitud de suspensión del Contrato de Concesión presentada por la SPC. Contrario a esto, no se identificó un análisis separado de la referencia textual del concepto CINP 499-238-4189, el cual, en estricto sentido, Cormagdalena solo podía haber usado para obtener algún contexto técnico y jurídico que motivaran sus razones propias de la decisión.

*Por otra parte, y sin perjuicio de que la SPC **no** reconoce como una motivación del acto administrativo la cita textual que hizo Cormagdalena, se presentaron argumentos sobre las consideraciones del Interventor, que demuestran una visión errada sobre el impacto del Proyecto Aguas Profundas en el proyecto portuario de la SPC. Por un lado, se indicó que, contrario a lo que afirma el Interventor, la SPC no se encontraba en la capacidad ni en el deber de poder prever el avance del Proyecto Aguas Profundas, razón por la que no podía contemplar esta variable, en concreto, al momento de presentar la solicitud de concesión portuaria, debiendo hacerlo ahora que está intentando que se despejen variables que no dependen de su control, para estructurar el Plan de Inversiones Fase 2.*

Afirmar que la SPC tenía este riesgo a su cargo, esto es, el de soportar cualquier asunto que ocurra en la ejecución contractual, sería ir en contra de la teoría de la imprevisibilidad del riesgo en los contratos estatales, lo que además implicaría cierta rigidez en contratos a largo plazo, que se alejan de la realidad de la ejecución de los mismos.

*Ahora bien, el Interventor volvió a indicar que, a la luz del Contrato de Concesión, esta situación no se contempla dentro de una de las causales de suspensión del contrato, por lo que no es procedente la solicitud de la SPC. Sobre el particular, la SPC reitera que, como siempre lo ha solicitado, la suspensión propuesta se pretende materializar **por mutuo acuerdo** entre el Concesionario y Cormagdalena. De tal forma, no es necesario acudir al clausulado contractual, sino que se debe partir del principio de la voluntad de las partes en los contratos estatales, el cual permite hacer ajustes a los contratos y suspender temporalmente la ejecución de las obligaciones del mismo.*

*Finalmente, y en línea con lo anterior, la solicitud de suspensión **por mutuo acuerdo** entre las partes, permite proteger, no solo el vínculo contractual establecido con Cormagdalena, sino que, a su vez, evita que se agote el plazo de ejecución del Contrato de Concesión. Lo anterior, debido a que la ejecución de varias obligaciones a cargo de la SPC, hoy en día, dependen de la definición de la estructura y dimensionamiento del Proyecto Aguas Profundas, por lo que, pretender realizar más prórrogas al cumplimiento de las obligaciones, esperando que se desarrollen los diseños, intervenciones y actividades del Proyecto Aguas Profundas, generaría la insuficiencia del plazo contractual para recuperar las inversiones una vez sea presentado el Plan de Inversiones Fase 2, claro si ello es posible, existiendo otras razones que impiden su estructuración.*

IV. SOLICITUD

PRIMERA: Con base en los argumentos expuestos en el literal 1 de la sección II del presente recurso, se solicita respetuosamente a Cormagdalena que **REVOQUE** la totalidad de la Resolución 000015 del 20 de enero de 2022, en la medida en la que este acto administrativo vulneró el principio de la motivación de los actos, y por lo tanto, carece de uno de los elementos esenciales para su expedición.

SEGUNDA: Con base en los argumentos expuestos, se solicita de manera respetuosa a Cormagdalena que **REPONGA** en su totalidad la Resolución No. 000015 del 20 de enero de 2022, y en su lugar acceda a la petición presentada por la SPC en el sentido de acceder a la suspensión **por mutuo acuerdo** del Contrato de Concesión. Lo anterior, incluyendo reuniones conjuntas con Cormagdalena para poder definir las características y condiciones en las que se pactaría la suspensión del Contrato de Concesión.

TERCERA: Que, como consecuencia de la procedencia de la solicitud PRIMERA o SEGUNDA, la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena solicite a la Oficina Jurídica de la misma Entidad, archivar el Proceso Sancionatorio Administrativo **C.E OAJ No. 202103001138**, que actualmente se está llevando en contra de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., por Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007.

*Lo anterior, en la medida en la que la procedencia de la solicitud de **suspensión por mutuo acuerdo** del Contrato de Concesión, implicaría la falta de motivación de continuar con el*

Proceso Sancionatorio Administrativo C.E OAJ No. 202103001138, al suspenderse la ejecución contractual y no serle exigibles, durante ese lapso, las obligaciones al Concesionario.”

Que, mediante oficio No. 2022-300-1060 el día ocho (8) de abril de 2022, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al interventor Consorcio Portuario 01, la elaboración de concepto respecto del recurso de reposición presentado por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. el 24 de marzo de 2022 mediante comunicado con radicado No. 2022-200-1023.

Que 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.

Que 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 condicionarse 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.”

ANÁLISIS JURÍDICO

1. PROYECTO DE AGUAS PROFUNDAS:

Al respecto, esta Corporación debe reiterar que el proyecto denominado Puerto Aguas Profundas, contrario a ser una realidad no tiene relación contractual ni jurídica con el contrato de concesión portuaria 3-0035 -2007.

Por este motivo, el desarrollo de la concesión que nos ocupa de ninguna manera puede estar condicionada a la estructuración de un proyecto que depende de terceros y que en la actualidad es completamente incierta y ajena al contrato de concesión portuaria 3-0035 -2007 suscrito por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.

En consecuencia, le corresponde al concesionario estructurar su plan de inversiones con base en las condiciones indicadas en su solicitud de concesión portuaria ya que en ella quedó plasmado el modelo de proyecto portuario que iba a desarrollar el puerto y que a la fecha solamente ha ejecutado la Fase1 de su plan de inversión.

Al respecto es importante, que la teoría de la imprevisión supone que la **ruptura de las condiciones contractuales pactadas inicialmente¹ ocurra por hechos imprevisibles y ajenos a las partes, que alteren de forma grave y sustancial la ecuación financiera**. Lo anterior, haciendo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sin que la ocurrencia de tales hechos conduzca a la imposibilidad en la ejecución del contrato.

El Consejo de Estado ha sido claro en indicar que la teoría de la imprevisión está basada “(...) en los principios de equidad contractual, de continuidad del contrato estatal para su cabal

¹ Ley 80 de 1993. “ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

*ejecución y la satisfacción del fin general propuesto él y el de ayuda de la administración a su colaborador sobre la base de la obtención de una remuneración justa y razonable”.*²

Para que en un caso en concreto haya lugar a aplicar la teoría de la imprevisión, resulta necesario verificar los siguientes³ supuestos:

- Debe tratarse de un contrato bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva.
- Debe tratarse de hechos sobrevinientes a la celebración de contrato. Ello implica necesariamente que se presenten con posterioridad a la suscripción del contrato.
- Debe tratarse de hechos imprevisibles y extraordinarios para las partes.
- Debe tratarse de hechos externos a los contratantes, esto es, que las partes no puedan controlarlos.
- **Debe tratarse de hechos que impacten de manera grave y anormal la ecuación financiera del contrato.**
- Debe tratarse, en principio, **de hechos que no imposibiliten la ejecución del contrato.**

En definitiva y para el caso en concreto, no existe un nexo de causalidad entre uno y otro, que alteren la ecuación económica del contrato, puesto que tal y como lo señala el Consejo de Estado ⁴*“la teoría de la imprevisión, se presenta cuando situaciones extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación del mismo en forma anormal y grave sin imposibilitar su ejecución”* lo que en el presente caso no ocurrió, por cuanto los hechos alegados no guardan ninguna relación con lo pactado en el contrato.

Dicho esto, en conclusión, no es viable que el Contrato de Concesión sea suspendido bajo el argumento de esperar a que se estructure un proyecto que depende de terceros, toda vez que el proyecto de aguas profunda no tiene ración jurídica ni contractual con el contrato suscrito entre Cormagdalena y la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.

2. MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 000015 DE 2022.

La Corporación no incurrió en falta de motivación en el marco de la expedición de la Resolución 000015 de 2022. En consecuencia, no se presentó la vulneración al derecho de defensa y al debido proceso alegada por el Concesionario.

Para el Consejo de Estado⁵ la falta de motivación *“(…) es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto”.*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp. 21990 28 de junio de 2012, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2017. Rad. No. 54.614. M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ Consejo de Estado Secc 3ª Rad 14577 de 29 de mayo de 2003 M.P Ricardo Hoyos Duque

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Rad. 110010325000201000064 00 (0685-2010) del 5 de julio de 2018. CP. Gabriel Valbuena Hernández.

Así mismo, se ha indicado que la falta de motivación implica que no hay una exposición clara del motivo que realmente originó una decisión en particular⁶.

En el presente caso, la Corporación motivó su Acto Administrativo en el concepto aportado por la Interventoría consorcio portuario 01 para el efecto, lo cual no encuentra prohibición en la legislación colombiana, ya que la suspensión del contrato se contempla en la Cláusula Vigésima Quintal del Contrato de Concesión Portuaria No. 035 de 2007 la cual indica:

*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 reconocidas 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 impidan la operación y prestación del servicio portuario. **25.3.** La expedición de normas legales que impidan sustancialmente el desarrollo del contrato. **25.4** Los actos de autoridad ejercidos por funcionarios público, en los términos del artículo 64 del Código Civil. Al presentarse un evento como los anteriores, **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** deberá tomar las medidas razonables del caso en el menor tiempo posible, para remover el obstáculo que impide la ejecución del contrato. Si esto no es posible y la circunstancia persiste, las partes podrán de común acuerdo: a) Suspender temporalmente la ejecución del contrato hasta por dos (2) años, mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo, se compute el tiempo de la suspensión. b) Si a los dos (2) años de haber suspendido el contrato, las causales de fuerza mayor o caso fortuito no han desaparecido, **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** podrá optar por solicitar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, evento en el cual tal decisión solo surtirá efectos si **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** ha presentado la respectiva solicitud ante **LA CORPORACION**, y ésta ha proferido la correspondiente aprobación; o por continuarlo, en ambos casos sin indemnización. **PARAGRAFO PRIMERO:** En todo caso, si **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** optare par no continuar con el contrato, deberá estar a paz y salvo por todo concepto con **LA CORPORACION**, la Superintendencia de Puertos y Transporte (...)"*

En este entendido, el Consejo de Estado Colombiano ha manifestado frente a la suspensión de los contratos estatales:

"(...) La suspensión del contrato, más estrictamente de la ejecución del contrato, procede, por regla general, de consuno entre las partes, cuando situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público impidan, temporalmente, cumplir el objeto de las obligaciones a cargo de

⁶ Ibidem.

las partes contratantes, de modo que el principal efecto que se desprende de la suspensión es que las obligaciones convenidas no pueden hacerse exigibles mientras perdure la medida y, por lo mismo, el término o plazo pacto del contrato (de ejecución o extintivo) no corre mientras permanezca suspendido. Por esa misma razón la suspensión sujeta a un modo específico, plazo o condición, pactados con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, acorde con la situación que se presente en cada caso, pero no puede permanecer indefinida en el tiempo. (...)"⁷

Al respecto se debe indicar que según lo prevé el Contrato de Interventoría⁸ suscrito con Cormagdalena, el alcance de la Interventoría Consorcio Portuaria 01 es integral. Esto significa que las labores de la interventoría incluyen, pero no se limitan, a acciones de carácter administrativo, técnico, financiero y jurídico. Todo esto, con el fin de verificar que se cumplan a cabalidad las especificaciones y actividades contempladas en el pliego de condiciones, y que, a su vez, estas se ajusten a la normativa aplicable en materia de contratación pública y al manual de contratación de Cormagdalena.

Las obligaciones de la Interventoría Consorcio Portuario 01 se destacan las siguientes:

“Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista de las concesiones contenidas en el contrato, anexos y en sus Apéndices y en los planes, programas y manuales presentados por el contratista.

- **Velar por el estricto cumplimiento de las obligaciones** contenidas en los contratos de concesión a vigilar.
- **Rendir informes y conceptos a CORMAGDALENA respecto de la ejecución de los contratos de concesión**, sus adiciones, prórrogas y otros de acuerdo con lo previsto en dicho contrato, y en todo caso **cuando CORMAGDALENA así se lo solicite**.
- **Dar soporte y apoyo a CORMAGDALENA** mediante la elaboración de **conceptos técnicos, económicos, financieros, contables, jurídicos, administrativos, operativos, que sean requeridos por CORMAGDALENA**, incluyendo aquellos necesarios para dar respuesta a derechos de petición, requerimientos de organismos de control o de otras entidades del Estado y acompañamiento a reuniones cuando ello sea necesario”. (Negrillas fuera del texto).

De lo antes señalado, la Interventoría no solo está encargada de la verificación del cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión, al ser los ojos del Estado en la ejecución de las obras, sino que debe apoyar a la entidad a través de la emisión de conceptos relacionados con la ejecución de estos, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 83 de la Ley 80 de 1993 en lo que taña a la funciones y competencia de la interventoría:

“La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente: Carlos Alberto Zambrano, sentencia 11 de abril de 2011.

⁸ Cláusula 1.3 del contrato 208 de 2021.

Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.”

Ahora bien, la Corporación, en el ejercicio de su autonomía, estuvo de acuerdo con los argumentos expuestos por la Interventoría Consorcio Portuario 01 para negar la solicitud de suspensión presentada por el apoderado especial de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., ya que el concepto emitido por el interventor tuvo en cuenta los aspectos Técnicos, Financiero y Jurídicos del contrato de concesión y los antecedentes del referido contrato.

Se debe resaltar que en el evento en que la Corporación no hubiese estado de acuerdo con los argumentos de la interventoría, en ese caso Cormagdalena validó los argumentos presentados por la interventoría por cuanto los mismos no solamente se sustentan en los soportes documentales existentes sino que en efecto, ninguno de los argumentos presentados por el concesionario, por cierto repetitivos, no se enmarcan en ninguna de las causales de suspensión establecidas en la cláusula vigésima del contrato de concesión No. 3-0035-2007.

Teniendo en cuenta lo anterior, no encontramos impedimento alguno para que la Corporación citare en sus respuestas, las posiciones adoptadas por la Interventoría. Posiciones que, por cierto, han sido emitidas en el marco de los conceptos solicitados por la misma entidad y que estas directamente relacionados con la ejecución contractual y fundamentadas en los hechos y elementos contractuales.

Por tanto esta Corporación indica que el acto administrativo se encuentra bien motivado por cuanto: i) la Corporación puede acoger parcial o totalmente el concepto de la interventoría, y, basado en el mismo, adoptar la decisión que considere; ii) la Corporación 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; y, iii) además de lo informado por la interventoría Consorcio Portuario 01, la Corporación de manera expresa indicó que la solicitud de suspensión NO se enmarcaba en las causales que de mutuo acuerdo la partes acordaron para la procedencia de una suspensión.

Ahora bien, sobre el argumento respecto a la supuesta violación del debido proceso debe indicarse lo siguiente:

El debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha señalado “(...) *se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses ya sea de los sujetos procesales, o de la colectividad a una pronta y cumplida justicia (...)*”⁹

⁹ Corte Constitucional, Magistrado Ponente Luís Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-371 de 2011.

De manera concreta, este derecho presupone que los procesos “(...) **deben establecer mecanismos que permitan a los sujetos procesales e intervinientes controvertir, en condiciones de igualdad, las pruebas presentadas, así como los argumentos de hecho y de derecho que se aduzcan en su contra**”. ¹⁰(Negrillas fuera del texto).

En el presente caso, la Corporación remitió al Concesionario una respuesta motivada a su solicitud de suspensión de contrato de concesión portuaria No. 3-0035 -2007, en la que se mencionaron de manera clara los argumentos por los cuales se motivaban que no era procedente la suspensión del citado contrato. Es decir, se le presentaron al concesionario argumentos claros y controvertibles.

Ahora bien, de lo indicado por la Honorable Corte Constitucional, el concesionario no fue sujeto de vulneración al debido proceso, toda vez que la Corporación dentro del Acto Administrativo, indicó que el Acto Administrativo era sujeto de recurso de reposición como lo indica el Código Contencioso Administrativo, tanto así que, en el recurso presentado por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., logra pronunciarse sobre los argumentos indicados por la Corporación en la Resolución 000015 de 2022.

En este sentido, la Corporación se reitera, en que no encuentra argumentos para indicar que existió una vulneración de este tipo a la Sociedad Portuaria Del Caribe S.A., ya que se garantizaron todos sus derechos de defensa y controversia.

En todo caso, la Corporación manifestó de manera clara que la improcedencia de la suspensión radicaba concretamente en que “(...) **los argumentos esgrimidos por el Concesionario no se ajustan a lo establecido en la Cláusula Vigésima Quinta del citado contrato (...)**”. (Negrillas y subrayas fuera del texto).

3. CONSIDERACIONES PRESENTADAS POR EL INTERVENTOR

Respecto de las consideraciones presentadas por el interventor del (i) Puerto de Aguas profundas y (ii) consideraciones jurídicas; se reitera lo indicado en los puntos 1 y 2 del presente documento, en el cual el interventor realizó un análisis Técnico, jurídico y financiero a la solicitud de suspensión en marcada en el contrato de concesión portuaria 3-0035 -2007 y la jurisprudencia que atañe a los contratos de concesión portuaria.

El interventor realizó una revisión de los argumentos presentados por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. para la suspensión, y estos no cumplían con los parámetros establecidos por en la Cláusula Vigésima Quinta del contrato de concesión portuaria 3-0035 de 2007 correspondiente a la suspensión del contrato de concesión.

“SUSPENSIÓN DEL CONTRATO: El presente contrato de concesión portuaria podrá ser suspendido por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que impidan el

¹⁰ Sentencia C-371 de 2011

*cumplimiento de las obligaciones del contrato, debidamente reconocidas 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 impidan la operación y prestación del servicio portuario. **25.3.** La expedición de normas legales que impidan sustancialmente el desarrollo del contrato. **25.4** Los actos de autoridad ejercidos por funcionarios público, en los términos del artículo 64 del Código Civil. Al presentarse un evento como los anteriores, **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** deberá tomar las medidas razonables del caso en el menor tiempo posible, para remover el obstáculo que impide la ejecución del contrato. Si esto no es posible y la circunstancia persiste, las partes podrán de común acuerdo: a) Suspender temporalmente la ejecución del contrato hasta por dos (2) años, mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo, se compute el tiempo de la suspensión. b) Si a los dos (2) años de haber suspendido el contrato, las causales de fuerza mayor o caso fortuito no han desaparecido, **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** podrá optar por solicitar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, evento en el cual tal decisión solo surtirá efectos si **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** ha presentado la respectiva solicitud ante **LA CORPORACION**, y ésta ha proferido la correspondiente aprobación; o por continuarlo, en ambos casos sin indemnización. **PARÁGRAFO PRIMERO:** En todo caso, si **LA SOCIEDAD CONCESIONARIA** optare por no continuar con el contrato, deberá estar a paz y salvo por todo concepto con **LA CORPORACION**, la Superintendencia de Puertos y Transporte (...)"*

Por tanto, el Interventor Consorcio Portuaria 01 y la Corporación, NO desconoce el trasfondo de la solicitud, ya que los argumentos presentados por el concesionario no tiene relación y/o no impiden la ejecución del contrato de concesión 3-0035 de 2007, como se indicó en las Resoluciones No. 00050 de 2021, ratificada mediante la Resolución 00196 de 2021 y Resolución No. 00015 de 2022 correspondiente a las distintas solicitudes de suspensión contractual.

4. SOLICITUD DEL CONCESIONARIO.

- 4.1. De la primera y segunda solicitud del Recurso de Reposición, se indica que esta Corporación **NO ACCEDE** a la revocatoria ni reposición de la Resolución 000015 del 20 de enero de 2022, con fundamento con lo expuesto en el literal 1 de la sección II de su recurso, teniendo en cuenta lo expresado en el presente Acto Administrativo., ya que los argumentos presentados por la Sociedad Portuaria Del Caribe S.A., para la suspensión del contrato de concesión portuaria 3-0035 de 2007, no son impedimento para la ejecución del proyecto portuario y las mismas no se enmarcan en las causales de suspensión del contrato indicada en la Cláusula Vigésima Quinta, del citado contrato.

4.2. De la tercera solicitud del Recurso de Reposición, consistente en archivar el proceso sancionatorio administrativo, que tiene en curso la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., se manifiesta que **NO** es procedente, teniendo en cuenta que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., no ha subsanado el incumplimiento evidenciado por la Corporación y persiste el presunto incumplimiento, es en el momento que el concesionario subsane el incumplimiento, que la Corporación archivará el proceso, en caso contrario, la Corporación procederá con la imposición de la multa que indica el contrato de concesión portuaria 3-0035 de 2007.

En mérito de lo expuesto, El Director Ejecutivo de CORMAGDALENA

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NIÉGUESE el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., contra la Resolución No. 000015 del 20 de enero de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.



ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente Resolución al Representante Legal de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., o a su apoderado en los términos de los artículos 66 y 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.


ARTÍCULO TERCERO: Contra el presente Acto Administrativo no procede Recurso alguno, de conformidad con lo estipulado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011.


Dada en Bogotá D.C. a los veintinueve (29) días de junio de 2022.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PEDRO PABLO JURADO DURÁN
DIRECTOR EJECUTIVO

Proyectó: Carlos Herrera Gil – apoyo jurídico SGC. 
Revisó: Erika Arcila – Apoyo Jurídico de la SGC 

Neila Baleta – Abogada OAJ 

Karen Durango – Abogada OAJ 

Enzon O'Neil – Profesional U 

Deisy Galvis – Jefe Oficina Asesora Jurídica 

Vo.Bo. Claudia Morales Esparragoza – subdirectora de Gestión Comercial 