

Resolución No.000365

"Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 000230 del 18 de agosto de 2022"

EL JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 489 de 1998, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00215 de 2017, Resolución No. 00334 del 2019 y

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

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

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

¹ Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón. En igual sentido Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 10 de octubre de 2013, exp. 11001030600020130038400 (2157), C.P. Álvaro Namén Vargas

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

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

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

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

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

Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que: "...Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal...", conforme al procedimiento establecido en la misma disposición.

El artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, consagra: "...La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así: (...) 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Decreto 1510 de 2013, artículo 128)"

Que mediante la Resolución N° 000334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual, el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena–CORMAGDALENA-, delega en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente: "...**ARTÍCULO PRIMERO: DELEGAR** en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogue o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017

de la Junta Directiva de Cormagdalena “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena - CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo.”, los cuales se traman en el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO PRIMERO:** De igual forma se delega en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o convenios, los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales...”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

1. La SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. (el “Concesionario”), mediante comunicación radicada el 31 de marzo de 2006 ante CORMAGDALENA, presentó una solicitud de Concesión de Zonas de uso público para la construcción, administración, operación y explotación de un Terminal Portuario Particular para Servicio Público en la ciudad de Barranquilla, margen izquierda del Rio Magdalena, para el manejo, almacenamiento y embarque de carbón mineral y otros graneles sólidos por un término de treinta (30) años.
2. Que en cumplimiento del artículo 12 de la Ley 1 de 1991 y el artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, CORMAGDALENA aprobó la solicitud de Concesión mediante la expedición de la Resolución No.000234 del 8 de agosto de 2006
3. Que mediante la Resolución No. 000235 del 24 de septiembre de 2007, CORMAGDALENA otorgó formalmente la Concesión Portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.
4. El 14 de noviembre de 2007 CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria N. 036 del 14 de noviembre de 2007, cuyo objeto corresponde a: “*La entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este contrato*”.
5. El 12 de mayo de 2008 se suscribió entre las señaladas partes el Acta de Entrega de bienes de uso público a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín.

6. Que mediante comunicación No. 200900896 de fecha 28 de mayo de 2009, CORMARGDALENA recomienda a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., presentar una solicitud de modificación contractual con el fin de adicionar las áreas o zonas de uso público fluvial requeridas para la construcción de la infraestructura portuaria y operación.
7. La SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., para el 2 de octubre de 2009, presentó solicitud de modificación contractual a CORMAGDALENA, con el fin de adicionar las zonas de uso público fluvial y terrestre.
8. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, expidió el Decreto No. 3888 del 8 de octubre de 2009, por el cual, se modifica el artículo 1° del Decreto 224 de 1998.
9. CORMAGDALENA expidió la Resolución No. 000370 del 4 de octubre de 2016, mediante la cual archivó la solicitud de modificación del contrato de Concesión, presentada por la Concesionario, en cumplimiento de lo establecido las Leyes 768 de 2002 y 1617 de 2013 del 14 de noviembre de 2007.
10. Mediante la Resolución No. 312 de 2017, CORMAGDALENA decidió “Declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 36 de 2007 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. (...)"
11. Mediante Resolución N.º 360 de 2017, la entidad resolvió “CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 00312 del 31 de octubre de 2017 “Por la cual se declara el incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 036 de 2007 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAR DE MALLORQUÍN S.A., se impone una multa y se adoptan otras decisiones”
12. Mediante el oficio No. C.E-SGC- 2018003000563 de fecha 21 de marzo de 2018, CORMAGDALENA realizó el aviso de presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas Octava (Contraprestación) y Décima Segunda (Plan de inversiones) del Contrato de Concesión 036-2007, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles siguientes al recibo del mismo para su cumplimiento.
13. Posteriormente, CORMAGDALENA, mediante comunicado No. CE-SGC-201803001737 del 19 de julio de 2018, le solicitó al Consorcio Inter- Puertos 02, Interventor del Contrato de Concesión No. 036-2007, presentar un informe del presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A.

y, adicionalmente, se le informó que el Concesionario ya había sido sancionado por el no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 9 y 10.

14. El 9 de octubre de 2018 mediante oficio con radicado No. 201802003953, el Consorcio Inter-Puertos 02, emitió concepto donde concluyó que se evidenciaba un posible incumplimiento en el pago de la contraprestación por parte del Concesionario y, por ende, CORMAGDALENA podría dar aplicación al régimen sancionatorio establecido en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Concesión.
15. Mediante múltiples oficios, CORMAGDALENA ha realizado el cobro persuasivo de la mora que presenta el Concesionario y ha invitado al mismo a comunicarse con la Entidad para solucionar lo antes mencionado y con el menor riesgo contractual.
16. A la fecha, el Concesionario no ha pagado la contraprestación de las anualidades 9, 10, 11, 12 y 13, la Sociedad ya fue sancionada por el no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 9 y 10.
17. Así las cosas, la solicitud de apertura de Procedimiento Administrativo Sancionatorio fue presentada por INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007, bajo el número de oficio CINP –484 –065–3108 de fecha 18 de septiembre de 2020, radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. 202001001896 del 2 de octubre de 2020 y ajustado a través del oficio con número de radicado CINP –484 –126 –3758, de fecha 3 de noviembre de 2020 y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No.202001002197de fecha 4 de noviembre de 2020, así como a través del oficio CINP –484 –069–3118 de fecha 21 de septiembre de 2020 ajustado por el Oficio CINP –484 –125 –3757de fecha 3 de noviembre de 2020 y radicado en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No.202001002197de fecha 4 de noviembre de 2020.
18. Mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-202003002763 del 24 de noviembre de 2020, enviado al Concesionario y No. CE-OAJ-202003002764 del 24 de noviembre de 2020, enviada a la compañía garante, se procedió a notificarles la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio objeto de la presente resolución.

III. RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1 SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN

La apoderada del Concesionario interpuso y sustentó recurso de reposición de manera verbal y de manera escrita, y solicitó la revocatoria de la Resolución No. 000230 del 18 de agosto de 2022 a travésde la cual se declaró el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión PortuariaNo. 036 de 2007 suscrito con la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., se cierre y archive el presente procedimiento y finalmente que se adopten las medidas legales y administrativas pertinente para restablecer la ecuación económica, por razones metodológicas y aunque no fue presentado así el recurso agruparemos por títulos los argumentos presentados por la apoderada, a saber:

3.1.1. Frente a las Coordenadas y área.

De acuerdo con la apoderada del Concesionario, sus argumentos respecto a este acápite, señaló que:

- (i) Las coordenadas solicitadas por la Sociedad Portuaria difieren de las entregadas en concesión por Cormagdalena.
- (ii) Las coordenadas solicitadas por la Sociedad Portuaria difieren de las concesionadas mediante acta de entrega del 12 de mayo de 2008.
- (iii) Las zonas solicitadas en concesión y las zonas entregadas en concesión mediante contrato No. 036 de 2007 no incluye área de uso público fluvial, de igual manera no incluye áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental.
- (iv) La zona concesionada ha sido objeto de invasiones, según INP, a lo largo de los años, han podido comprobarse en las visitas realizadas por ellos y se pudo establecer que efectivamente en la zona existen edificaciones de invasión que ocupan los terrenos entregados, en concesión, a través de fotografías históricas de la herramienta Google Earth Pro, se puede establecer que desde el inicio de la concesión en el año 2007 y hasta la fecha se tiene edificaciones que invaden la zona entregada en concesión.
- (v) En cuanto a las áreas de uso público fluvial, el contrato no puede ser ejecutado sin una zona de uso fluvial, puesto que la operación de todas las concesiones a lo largo del río Magdalena se desarrolla por el mismo, los buques que ingresan al puerto de Barranquilla utilizan el canal navegable del río para dirigirse a cada una de las sociedades portuarias que se encuentran a los (sic) largo de las orillas del río, si no se tiene zona de uso público en agua, no se podrá realizar ningún tipo de operación desde el agua, que es la razón de ser de este puerto sobre el río.
- (vi) En cuanto a las áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental, se puede apreciar en las fotografías que en la orilla del río no hay espacio necesario para desarrollar un muelle, y solo se podría desarrollar la zona administrativa y de bodegas al otro lado de la línea ferrea y específicamente fuera del tajamar, así mismo es claro que considerando el trazado de la línea ferrea sobre el tajamar occidental no se podría ejecutar ninguna infraestructura sobre esta vía pública que va hasta la punta norte de esta estructura y que funciona como acceso a otras sociedades portuarias ubicadas en este tramo y también como atracción turística.

- (vii) Que fue la misma CORMAGDALENA quien, mediante comunicación No. 200900896, de fecha 28 de mayo de 2009, recomienda a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., presentar una solicitud de modificación contractual con el fin de adicionar las áreas o zonas de uso público fluvial requeridas para la construcción de la infraestructura portuaria y operación.

Aunado a lo anterior, la apoderada señaló para este grupo de argumento que, conminar y sancionar al contratista por no cumplir con sus obligaciones, de un contrato que contiene un proyecto inviable, es inconstitucional, ya que nadie puede ser obligado a lo imposible, referencia doctrina y jurisprudencia constitucional en este sentido, reprocha a Cormagdalena que desde el mismo momento en que SPTM solicitó la concesión, cuando menos CORMAGDALENA como autoridad encargada de estudiarla y evaluar la viabilidad y procedencia de construir un Puerto o terminal Marítimo para la movilización de carbón en la zona de mallorquín debió revisar las circunstancias de la zona y la viabilidad del proyecto.

Asimismo, señaló que Cormagdalena, no solo debió entregar la concesión con las coordenadas del contrato, sin invasiones, sino que en sentir de la profesional del derecho debió subsanar al percibirse de no contar con zona de uso público, porque como autoridad administrativa es encargada de estudiar y evaluar la viabilidad, debió revisar las circunstancias de la zona y la viabilidad del proyecto.

La apoderada señaló, que pretender como se argumenta en la Resolución recurrida, que la culpa es exclusiva de la SPTM por la no aplicación del principio de planeación al no incluir en la solicitud de concesión las zonas de uso público fluvial y terrestre, exonerándose CORMAGDALENA de cualquier responsabilidad, cuando es el Estado al que le corresponde otorgar las concesiones y evaluar su procedibilidad.

Concluye la apoderada del Concesionario, que rechaza que CORMAGDALENA manifieste que no hubo obligación o carga alguna que debería asumir la Corporación, ya que cuando menos en sentir de la profesional del derecho al estudiar la concesión, debió velar porque presentara en la solicitud de concesión las zonas mínimas indispensables para poder ejecutar el contrato de concesión en debida forma, antes de exigir que se realizara el pago de la contraprestación mensual cuando ya conocía la inviabilidad del proyecto; asevera que el Estado tiene un deber de diligencia, y enlista normatividad relacionada con la Ley 80 de 1993, referente a fines de la contratación¹, derechos y deberes de las Entidades

¹“ARTÍCULO 3.- De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (...).”

Estateles², del principio de economía para contratar³, principio de responsabilidad⁴ y ecuación contractual⁵.

Aunado a lo anterior, la profesional del derecho agrega en sus argumentos, que, Cormagdalena no puede sustraerse del principio de responsabilidad, no ha tomado ninguna medida, dejando pasar 13 años, y conociendo la inviabilidad del proyecto no ha utilizado los mecanismos de ajuste y revisión de precios y correcciones, haciendo situación gravosa para la SPTM, no hay conducta desplegada por Cormagdalena, respecto a la conveniencia o no del objeto a contratar, al momento de suscribir el contrato y menos de su ejecución, no ha protegido los derechos del Concesionario, al contrario ha omitido actuar y pretende que el contrato siga su curso, generando obligaciones económicas.

Asimismo, la apoderada, señaló, que la Corporación olvida que por medio de los oficios No. 201902000103 del 10 de enero de 2019 y 201902001277 del 11 de marzo de 2019, se solicitó iniciar una negociación para resolver los obstáculos, en versión de la apoderada señaló que la Corporación, se limitó a solicitar la presentación de los fundamentos de hecho y derecho que soportaba la solicitud, cuestionando que Cormagdalena desde mayo de 2009 había advertido por escrito la necesidad de pedir una adición a la concesión, por no ser viable sin las áreas adyacentes de uso público o no hubiera advertido que esa zona se encontraba limitada ambientalmente por estar en RAMSAR.

Señala que, en la decisión recurrida, Cormagdalena en lugar de buscar una decisión que suspenda los perjuicios a la SPTM y viabilice la concesión o suspenda sus efectos, lo que realiza es la declaratoria de un incumplimiento parcial, para hacer más onerosa la situación económica del contrato, y pretende que el “taxímetro continúe ad infinito” con la finalidad que la SPTM cumpla con la construcción de un puerto que en sentir de la apoderada es

² **“ARTÍCULO 4.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales.** Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...) 8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. (...)"

³ **“ARTÍCULO 25.- Del Principio de Economía.** Reglamentado por el Decreto Nacional 287 de 1996. En virtud de este principio: (...) 7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso."

⁴ **“ARTÍCULO 26.- Del Principio de Responsabilidad.** En virtud de este principio: 1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

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

(La expresión "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. [32](#) de la Ley 1150 de 2007.)"

⁵ **“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.(...)"

totalmente inviable por causas atribuibles a las restricciones que impidieron agregar una zona pública a la concesión, pretendiendo que se cumpla lo imposible.

Seguidamente, relaciona una tabla con los gastos incurridos por la SPTM que arroja un valor total de \$2.616249.490,00, y posteriormente con una relación de gastos por pólizas, honorarios, vigilancia, impuestos, mantenimiento etc., por \$785.035.463,00.

Finalmente, la apoderada del Concesionario manifiesta que, en una interpretación lógica del objeto del contrato, se debería entender que la expresión “a cambio de la contraprestación” se refiere a que el concesionario solo debería pagar, si las demás condiciones del objeto se cumplen, que si efectiva y real la ocupación, utilización y explotación de una zona de uso público otorgada en concesión por un tiempo determinado para la prestación de un servicio público, como lo es la actividad portuaria, además de presentarse causales de fuerza mayor, la Corporación no dio cumplimiento a sus deberes, faltando a la planeación, negando la adición de las zonas, en atención al concepto inviable emitido por el Secretario de Planeación Distrital de Barranquilla.

3.1.2. Frente a la Zona Ramsar y ocupación

La apoderada, señaló frente a estos argumentos que se demostró que con la expedición del Decreto 3888 de 2009, proferido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el contrato se vio afectado por cuanto involucró el puerto dentro de la zona Ramsar.

Sumado a lo anterior, manifestó que la zona no ha sido tranquila y se ha visto afectada constantemente por las múltiples invasiones por parte de terceros, que datan de mucho antes, y que las coordenadas del contrato no coinciden con las coordenadas entregadas.

La profesional del derecho realiza cuestionamientos respecto a lo relacionado con la zona Ramsar, a la Corporación, señalando si la autoridad si podía desconocer la norma y la situación del predio concesionado; no es más exigente la responsabilidad del funcionario público de conocer la norma que restringe la disponibilidad de los bienes de uso público, antes de proceder a entregar la concesión a un particular; si Cormagdalena conocía esta situación, como dice la debía conocer el particular, porque otorgó la concesión y entregó los bienes.

Asimismo, señaló la profesional del derecho que la Corporación manifiesta que no existe eximentes de responsabilidad, frente a lo cual los interventores en la prueba por informe concluyeron:

“(…)

- (i) *Si no se tiene zona de uso público en agua, no se podrá realizar ningún tipo de operación desde el agua, que es la razón de ser de este puerto sobre el río.*
- (ii) *No hay espacio necesario para desarrollar un muelle, y solo se podría desarrollar la zona administrativa y de bodegas al otro lado de la línea férrea y específicamente fuera del tajamar, ... no se podría ejecutar ninguna infraestructura sobre esta vía pública que hasta la punta norte de esta estructura y que funciona como acceso a otras sociedades portuarias ubicadas en este tramo y también como atracción*

turística.

- (iii) *El Decreto No. 3888 de 2009, y realiza la delimitación “de la zona Ramsar”, LIMITÓ jurídicamente el desarrollo de la actividad portuaria del proyecto portuario contemplando en el Contrato de Concesión No. 36 de 2007, al impedir el manejo de carbón mineral dentro del área concesionada.*
- (iv) *Al limitarse el manejo del carbón mineral, es posible que se impactan las proyecciones de carga e ingresos contempladas por el Concesionario al realizar su solicitud de concesión, a tal grado que IMPIDA financieramente su desarrollo.*

Si estos argumentos no tienen la vocación de prosperar ni ser eximentes de responsabilidad, conforme a lo señalado por CORMAGDALENA, sino que son el sustento para declarar el incumplimiento de la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. e imponerle multas, consideramos que se está revisando las normas que atañen a la responsabilidad del ESTADO al equilibrio contractual, y a la imposibilidad de cumplir lo imposible.”

3.2. COMPAÑÍA SEGUROS GENERALES MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Por su parte, la compañía de **SEGUROS GENERALES MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, interpuso recurso de reposición, pero desistió del mismo a través de la comunicación electrónica del 19 de agosto de 2022, en consideración al hecho de que la resolución No. 00230 proferida en audiencia del día 18 de agosto de 2022 no afecta a la Compañía Garante, y en consecuencia, se procederá a aceptar el desistimiento, de conformidad con lo señalado en el numeral 3 del artículo 87 de la ley 1437 de 2011⁶, en consonancia con lo establecido en el artículo 81⁷ ibidem.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Una vez verificados los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se constató que el recurso y su sustentación, cumplen con el mandato contenido en dicha norma.

En este orden de ideas, Cormagdalena, una vez analizadas y valoradas las razones de orden fáctico y jurídico oportunamente allegadas, y en las que se fundamentaron los recursos de reposición sustentados por la apoderada del Concesionario, procederá esta Oficina, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en tanto al derecho al debido proceso se refiere, a resolver los recursos de reposición en mención, para lo cual se pronunciará respecto de cada una de las razones de inconformidad aducidas por el recurrente, así:

⁶ El artículo establece: “**ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.** Los actos administrativos quedarán en firme: (...)4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos...”

⁷ La norma citada, señala: “**ARTÍCULO 81. DESISTIMIENTO.** De los recursos podrá desistirse en cualquier tiempo.”

4.1. Frente a las Coordenadas y área.

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos elevados por el contratista recurrente, no sin antes señalar que dentro del recurso la apoderada del Concesionario relata una serie de hechos relacionados con las actuaciones surtidas dentro del presente procedimiento sancionatorio, y que no ameritan pronunciamiento por parte de esta Oficina.

Respecto de las aseveraciones relacionadas con la imposibilidad del objeto del contrato, reprochando a la Corporación que desde el mismo momento en que inició la Concesión, debió revisar las circunstancias de la zona y la viabilidad del proyecto, no solo debió entregar la concesión con las coordenadas del contrato, sin invasiones, sino que en sentir de la profesional del derecho debió subsanar al percibirse de no contar con zona de uso público, porque como autoridad administrativa es encargada de estudiar y evaluar la viabilidad, debió revisar las circunstancias de la zona y la viabilidad del proyecto; pretender como se argumenta en la Resolución recurrida, que la culpa es exclusiva de la SPTM por la no aplicación del principio de planeación al no incluir en la solicitud de concesión las zonas de uso público fluvial y terrestre, exonerándose CORMAGDALENA de cualquier responsabilidad, cuando es el Estado al que le corresponde otorgar las concesiones y evaluar su procedibilidad.

Frente a estos argumentos, este despacho se permite desarrollar en primera medida el marco jurídico de las Concesiones en Colombia, de la siguiente manera:

4.1.1. Concesiones Portuarias en Colombia.

Las Concesiones Portuarias en Colombia parten de las prerrogativas que establece la Constitución Política de Colombia en sus artículos 333 y 334, relacionados con la libre competencia y la libertad económica, sin embargo, en voces de la Corte Constitucional estos deben ejercerse dentro los límites del bien común y con sujeción estricta a sus mandatos⁸.

En este orden de ideas, el Estado tiene a su cargo la dirección general de la economía, por lo cual ostenta la dirección, planeación y regulación de la actividad portuaria en el territorio nacional procurando” (...) *adaptar los esquemas de contratación y financiación de proyectos de infraestructura a nuevas exigencias de calidad y eficiencia para la satisfacción del interés general, con el fin de identificar nuevas fuentes de recursos complementarias al Presupuesto General de la Nación (...)*⁹

Así las cosas, a partir de la Ley 1° de 1991, se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones, en él se dispuso que para la satisfacción del interés general bajo el modelo de la libertad económica, se abrió la posibilidad de “*Tanto las entidades públicas, como las empresas privadas, pueden constituir sociedades portuarias para*

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-068/09 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁹ Tribunal Arbitral de CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI Laudo de 28 de febrero de 2019, Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Arturo Solarte Rodríguez y Samuel Chalela Ortiz.

construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios o muelles y para prestar todos los servicios portuarios”¹⁰, y se permitió la creación de sociedades portuarias a través de sociedades anónimas¹¹, al igual que estableció como medio jurídico para materializar esta actividad portuaria a través del **contrato de concesión portuaria** en el numeral 5.2. del artículo 5 de la referida Ley, así:

“La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.”

Asimismo, el Consejo de Estado definió el contrato de Concesión Portuaria en los siguientes términos:

“el contrato de concesión de la Ley 1^a de 1991 es un negocio jurídico bilateral, oneroso, comutativo en virtud del cual el Estado -concedente-- otorga de manera temporal a la sociedad portuaria -concesionaria- la posibilidad de utilizar los bienes de uso público como las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a estos, con el fin de que este último, por su cuenta y riesgo, realice /as actividades necesarias para la construcción y operación de un puerto. Como resultado de lo anterior, el concesionario deberá pagar una contraprestación económica a favor del Estado.”¹²

De igual manera, la justicia arbitral definió el Contrato de Concesión Portuaria, así:

*“(…) el contrato de concesión portuaria es aquel por medio del cual la entidad concedente otorga de manera temporal al concesionario el derecho especial de utilizar bienes de uso público (playas, zona de bajamar, suelo submarino, entre otros), con el propósito de que este último desarrolle, **por su cuenta y riesgo propio**, /as actividades tendientes a la construcción y operación de un puerto, frente a lo cual tendrá derecho a una remuneración consistente en el cobro para sí de /os servicios portuarios prestados. Asimismo, con ocasión del otorgamiento del derecho especial y exclusivo de uso de los bienes de uso público en el marco de la concesión, el concesionario deberá pagar al Estado colombiano una contraprestación económica, que retribuirá o remunerará tales derechos.”¹³*

De las anteriores definiciones se destaca del Contrato de Concesión, los siguientes elementos:

¹⁰ Artículo 1º de la Ley 1 de 1991.

¹¹ Numeral 20 artículo 5 de la Ley 1 de 1991.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 2021. Rad. 25000-23-31-000-2003-00877-01. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

¹³ Tribunal Arbitral de OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA v. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI. Laudo de 26 de julio de 2018 Árbitros: Fernando Silva García, Juan Manuel Garrido Díaz e Ivonne González Niño.

- Bilateral
- Oneroso
- Comutativo
- La Nación permite ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias de un puerto a una Sociedad Portuaria.
- Contraprestación económica a favor de la Nación y de los Municipios o Distritos donde opere el puerto.
- Cuenta y riesgo de las actividades tendientes a la construcción y operación por parte del Concesionario.
- Tarifa a favor del Concesionario.

4.1.2. Riesgos en el contrato de Concesión Portuaria.

De acuerdo al desarrollo normativo colombiano, antes de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, no existía una regulación en materia de riesgos de la Contratación Estatal, fue partir del CONPES 3107 de 2001 sobre Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, se inició un proceso para definir una política en este sentido, relacionado con Concesiones Portuarias.

Así las cosas, en relación con este asunto, el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (subrayado y negrilla fuera de texto)

En el desarrollo normativo, encontramos frente a la asignación de riesgos en los contratos estatales, el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, que señala:

“DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

En el artículo 4 de Ley 1508 de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas”, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan

otras disposiciones, se precisó los criterios para la asignación de riesgos, así:

"PRINCIPIOS GENERALES. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio."

El artículo 2 de la anterior norma determinó que los contratos de concesión son una modalidad de Asociación Público Privada, de la siguiente manera:

"CONCESIONES. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración."

De acuerdo a todo lo anterior, es pertinente entender que la Concesión portuaria es un mecanismo de participación de capital privado en la ejecución de obras y/o en la prestación de servicios permeado por el interés general, como lo ha señalado la justicia arbitral, así:

"en el marco de la generalidad, el contrato de concesión corresponde a un instrumento negocial a través del cual el Estado financia la prestación de los servicios públicos, el desarrollo de infraestructura, el mantenimiento y operación de bienes inmuebles, entre otras actividades de especial relevancia para la satisfacción de intereses públicos, a través de la inversión de recursos del sector privado, a cambio de una contraprestación"¹⁴

Conforme a lo referido, tenemos que los riesgos contractuales en materia de contratación estatal deben asignarse a la parte que pueda gestionarlos de mejor manera, es decir, quien esté en condiciones de adoptar las medidas para evitar su ocurrencia o mitigar su impacto, y aunque no exista una disposición expresa para los contratos de concesión en esta materia, la justicia arbitral ha indicado al respecto:

¹⁴ Tribunal Arbitral de OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA v. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI. Laudo de 26 de julio de 2018
Árbitros: Fernando Silva García, Juan Manuel Garrido Díaz e Ivonne González Niño.

*"aunque no exista una disposición precisa que lo indique en la Ley 1 de 1991, en estos proyectos como en las asociaciones público-privadas **el particular estructurador** asume íntegramente los riesgos contractuales".¹⁵* (negrilla fuera de texto)

De igual forma, la justicia arbitral ha señalado:

*"en relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, **consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico**, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada. Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta"¹⁶ (negrilla y subrayado fuera de texto)*

En este orden de ideas la justicia arbitral ha sido reiterativa señalando que es el particular quien a su propio riesgo le ofrece al Estado **su capacidad técnica, económica y administrativa para la prestación** y es el Estado quien tiene la obligación de evaluar esa propuesta para definir si la acepta o la rechaza. La evaluación de esta propuesta por parte de la administración no implica la valoración de propuestas comparables, sino la evaluación objetiva sobre la conveniencia económica y funcional de aceptar la oferta del particular en el marco de las políticas públicas para **el desarrollo del comercio exterior**; como quiera que para el caso de los puertos, la política del CONPES fue incentivar el desarrollo de esta actividad y ella se reflejó en el interés de los inversionistas de ofrecer al Estado la prestación del servicio por un tiempo determinado, a cambio del cual el particular asume un riesgo económico que poder ser utilidad o pérdida¹⁷.

Como corolario de todo lo anterior, tenemos que, en materia de asignación de riesgos la concesión portuaria sigue el lineamiento que caracteriza a todos los contratos de concesión, esto es, que la obra y/o prestación del servicio se realizan por cuenta y riesgo del concesionario; por lo cual, el contratista es quien asume los riesgos inherentes a la actividad que se le encarga, en la medida que esté en las mejores condiciones de gestionar o administrar el riesgo, para adoptar medidas evitando o mitigando su ocurrencia.

4.1.3. Caso en particular

La apoderada del Concesionario señaló en sus argumentos finales, la imposibilidad del objeto del contrato, reprochando a la Corporación que desde el mismo momento en que

¹⁵ Tribunal Arbitral de ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. v. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI. Laudo de 12 de marzo de 2020 Árbitros: María Luisa Mesa Zuleta, William Namén Vargas y Fernando Pabón Santander.

¹⁶ Tribunal Arbitral de OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA v. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI. Laudo de 26 de julio de 2018 Árbitros: Fernando Silva García, Juan Manuel Garrido Díaz e Ivonne González Niño.

¹⁷ Tribunal Arbitral de PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. v. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA. Laudo de 22 de Junio de 2015. Árbitros: Miguel Hernando González Rodríguez, María Luisa Mesa Zuleta y Alejandro Venegas Franco.

inició la Concesión, debió revisar las circunstancias de la zona y la viabilidad del proyecto, no solo debió entregar la concesión con las coordenadas del contrato, sin invasiones, sino que en sentir de la profesional del derecho debió subsanar al percibirse de no contar con zona de uso público, porque como autoridad administrativa es encargada de estudiar y evaluar la viabilidad, debió revisar las circunstancias de la zona y la viabilidad del proyecto; pretender como se argumenta en la Resolución recurrida, que la culpa es exclusiva de la SPTM por la no aplicación del principio de planeación al no incluir en la solicitud de concesión las zonas de uso público fluvial y terrestre, exonerándose CORMAGDALENA de cualquier responsabilidad, cuando es el Estado al que le corresponde otorgar las concesiones y evaluar su procedibilidad.

De acuerdo al marco normativo relacionado en numerales anteriores, quién estructura el negocio o contrato dentro de una concesión portuaria es el solicitante, a través de solicitud radicada el 31 de marzo de 2006, para una Concesión de Zonas de uso público para la construcción, administración, operación y explotación de un Terminal Portuario Particular para Servicio Público en la ciudad de Barranquilla, margen izquierda del Río Magdalena, para el manejo, almacenamiento y embarque de carbón mineral y otros graneles sólidos por un término de treinta (30) años.

Así las cosas, siguiendo la línea de la justicia arbitral, el Concesionario , es el particular quien a su propio riesgo le ofrece al Estado **su capacidad técnica, económica y administrativa para la prestación**, lo cual no es menor, como quiera que es el colaborador de la administración y el experto para llevar ejecutar el contrato de concesión portuaria, precisamente porque en este caso la Corporación no tiene la capacidad técnica, económica y administrativa para la prestación del servicio portuario, y como se señaló en el marco jurídico anterior en los numerales 4.1.1. y 4.1.2., el Estado ha procurado “adaptar los esquemas de contratación y financiación de proyectos de infraestructura a nuevas exigencias de calidad y eficiencia para la satisfacción del interés general, **con el fin de identificar nuevas fuentes de recursos complementarias al Presupuesto General de la Nación”¹⁸**, uno de estos esquemas ha sido incentivando el desarrollo de la actividad portuaria y ella se reflejó en el interés de los inversionistas de ofrecer al Estado la prestación del servicio por un tiempo determinado, a cambio del cual el particular asume un riesgo económico que puede ser utilidad o pérdida.

Es por las razones inmediatamente anteriores, que la estructuración de estos proyectos nace del particular, los estructura el particular interesado y se materializa a través del principio de planeación que está a cargo en este caso de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., lo cual como se señaló en la Resolución recurrida páginas 46 a 49, y del cual extraemos pronunciamiento arbitral, se señaló el rigor que existe en estos casos por parte del particular, así:

“(...)En los contratos que tiene origen en la iniciativa privada ese deber de previsibilidad recae con mayor rigor en el particular y los postulados señalados por el Consejo de Estado son perfectamente aplicables a la

¹⁸ Tribunal Arbitral de CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. y AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI Laudo de 28 de febrero de 2019, Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Arturo Solarte Rodríguez y Samuel Chalela Ortiz.

Concesionaria, en cuanto su correcta y oportuna definición tiene por finalidad viabilizar y facilitar la ejecución contractual y por ello la Entidad Estatal como en el caso que nos ocupa, una vez evaluados esos riesgos los asigna íntegramente al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto.(...)"¹⁹

Como consecuencia de lo anterior es el Estado quien tiene la obligación de evaluar esa propuesta para definir si la acepta o la rechaza. La evaluación de esta propuesta por parte de la administración no implica la valoración de propuestas comparables, sino la evaluación objetiva sobre la conveniencia económica y funcional de aceptar la oferta del particular en el marco de las políticas públicas para **el desarrollo del comercio exterior**, lo cual fue realizado por la Corporación a través de la Resolución No. 000234 del 8 de agosto de 2006, por medio de la cual se aprueba la Solicitud de la Concesión Portuaria de zonas de uso público, en cumplimiento de lo disciplinado en el artículo 12 de la Ley 1° de 1991, que señala:

"Aprobación de la concesión. Reglamentado por el Decreto 2400 de 2010. Dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial el Superintendente General de Puertos expedirá una resolución en la que indicará los términos en los que se otorgará la concesión. Tales términos incluirán los plazos, las contraprestaciones, las garantías, y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental y de operación a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión. La resolución que aprueba la concesión se comunicará al peticionario, a las autoridades a que se refiere el artículo anterior, y a todos los intervenientes.(...)"(negrita fuera de texto).

Los términos del artículo anterior fueron cumplidos en la Resolución No. 000234 del 8 de agosto de 2006, dejando una anotación respecto de uno de ellos, de conformidad con la recomendación de DIMAR, así:

ARTICULO SÉPTIMO: LAS CONDICIONES DE CONSERVACIÓN SANITARIA Y AMBIENTAL, Y DE OPERACIÓN, A QUE DEBE SOMETERSE LA SOCIEDAD PORTUARIA. La Sociedad portuaria beneficiaria de la concesión, se compromete a cumplir el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación que elabore la Sociedad y apruebe Cormagdalena, de conformidad con lo establecido en la Resolución 0071 del 11 de febrero de 1997, expedida por la Superintendencia General de Puertos y con todas aquellas normas que la modifiquen o adicionen. De igual forma se compromete a cumplir lo indicado en la resolución que emita la autoridad ambiental competente para otorgar la licencia ambiental del proyecto.

PARÁGRAFO: Para el otorgamiento de la concesión es requisito que el solicitante presente la licencia ambiental que avale el proyecto, la cual debe incluir la evaluación por parte de la autoridad ambiental competente de todas las obras del mismo en el sentido que no afecten la estabilidad de la infraestructura existente, como es el tajamar, de acuerdo a las recomendaciones realizadas por las Dirección General Marítima -DIMAR- y que se relaciona en la parte motiva de esta resolución.

¹⁹Tribunal Arbitral de ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. v. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI. Laudo de 12 de marzo de 2020 Árbitros: María Luisa Mesa Zuleta, William Namén Vargas y Fernando Pabón Santander.

De igual forma la Corporación cumplió los términos de aprobación de la solicitud de la Concesión contenidos en el artículo 15 del Decreto 838 de 1992, de lo cual dejó constancia en la referida resolución.

Posteriormente la Corporación emitió la Resolución No. 000235 de 24 de septiembre de 2007, por medio de la cual otorgó una Concesión Portuaria a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., dicho otorgamiento formal, cumplió lo establecido para el efecto en los artículos 14 de la Ley 1 de 1991 y 21 del Decreto 838 de 1992, de lo cual dejó constancia en la referida resolución.

Con todo lo anterior, queremos resaltar que la carga que tenía la Corporación conforme a la Ley fue cumplida por la misma, y quien asume en estos esquemas de contratación de iniciativa privada el riesgo de su misma estructuración es el Concesionario, por ser el experto y quien tiene la capacidad técnica, económica y administrativa de la prestación del servicio, es decir, quien tiene la mejor posición para manejar, administrar y mitigar el riesgo de determinar las coordenadas del proyecto, las características de los terrenos de uso público terrestre y fluvial y de las zonas adyacentes.

Como quedó demostrado en la Resolución recurrida y en las pruebas por informe a cargo de la interventoría y documentales debidamente trasladadas y con su debida contradicción, a lo largo del presente procedimiento, quedó registrado particularmente en las páginas 25 a 46 de la recurrida Resolución, la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín incurre en la falta de planeación, desde la solicitud de concesión que adelantó en 2006 a Cormagdalena, se precisa dentro de las pruebas por informe dadas dentro del procedimiento administrativo sancionatorio con sus respectivas complementaciones y aclaraciones se puede evidenciar que la Sociedad Portuaria Mallorquín S.A., dentro de la solicitud de concesión no solicitó las zonas que se requerían para la ejecución del contrato de concesión, en este orden de ideas la Interventoría en la respuesta a la prueba por informe dada manifiesta: “*(...) las zonas entregadas en concesión en virtud del contrato No. 036 de 2007 no incluye área de uso público fluvial, de igual manera no incluye áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental y es claro que el tajamar es una obra de encauzamiento donde se localiza la vía y la línea férrea, usadas por parte de la nación para realizar el mantenimiento de esta estructura.*” Con fundamento en lo anterior y en las pruebas obrantes en el procedimiento, se puede corroborar la falta de diligencia por parte del Concesionario, hecho probado dentro del presente procedimiento administrativo, al no solicitar las zonas indispensables como lo son el área de uso público fluvial, y áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental, para la ejecución de la concesión, por otra parte el concesionario solicitó la adición de las zonas, solicitud que fue negada en atención al concepto inviable emitidos por el Secretario de Planeación Distrital de Barranquilla, sin pronunciarse o adelantar gestión alguna para superar este evento, al igual que no se observa dicha diligencia para las invasiones referidas.

Ahora bien, la no incorporación de estas zonas era un riesgo previsible para la concesión ya que Mallorquín desde su experiencia y experticia tenía el conocimiento que sin estas zonas era de imposible cumplimiento el objeto de la concesión, en este evento el riesgo generado por la falta de diligencia está en cabeza del concesionario, conforme lo desarrollado en el marco jurídico de las Concesiones Portuarias del presente acto administrativo, y la Corporación cumplió lo señalado en la Ley 1 de 1991 y el Decreto 838

de 1992 en lo de su cargo para la aprobación de la solicitud de concesión y otorgamiento de la misma, conforme se ilustró en líneas anteriores.

Conforme a todo lo anterior no le asiste la razón a la apoderada del Concesionario para este primer grupo de argumentos.

4. 2. Frente a la Zona Ramsar y ocupación

Frente a este grupo de argumentos, la apoderada del Concesionario, señaló que, frente a estos argumentos que se demostró que con la expedición del Decreto 3888 de 2009, proferido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el contrato se vio afectado por cuanto involucró el puerto dentro de la zona Ramsar; la zona no ha sido tranquila y se ha visto afectada constantemente por las múltiples invasiones por parte de terceros, que datan de mucho antes, y que las coordenadas del contrato no coinciden con las coordenadas entregadas.

La profesional del derecho realiza cuestionamientos respecto a lo relacionado con la zona Ramsar, a la Corporación, señalando si la autoridad si podía desconocer la norma y la situación del predio concesionado; no es más exigente la responsabilidad del funcionario público de conocer la norma que restringe la disponibilidad de los bienes de uso público, antes de proceder a entregar la concesión a un particular; si Cormagdalena conocía esta situación, como dice la debía conocer el particular, porque otorgó la concesión y entregó los bienes.

Respecto a estos argumentos debemos remitirnos nuevamente al marco normativo de las Concesiones Portuarias desarrollado en los numerales 4.1.1. y 4.1.2. del presente acto, reiterando que siendo las Concesiones Portuarias una nueva fuente de recursos complementarios al presupuesto general de la Nación, en la cual se le otorgó al privado la iniciativa para estructurar sus negocios y presentar las solicitudes antes las Entidades respectivas, y son quienes asumen el riesgo en la utilidad o pérdida de los negocios que ellos mismos estructuran, por ser los expertos y colaboradores de la administración en este tipo de negocios de prestación de servicios.

Como se señaló la Corporación cumplió la carga que le correspondía en los términos de la Ley 1 de 1991 y del Decreto 838 de 1992 para aprobación de la solicitud de Concesión y otorgamiento formal de la misma, expuesto en el numeral 4.1.3. del presente acto administrativo.

Es por ello, que el particular para este caso por su experticia estaba en mejor posición para manejar, administrar y mitigar el riesgo, por tener la capacidad técnica, económica y administrativa, es el llamado a conocer las características legales del terreno donde se proyecta la operación portuaria del presente caso, por lo cual, se reitera lo ampliamente desarrollado en las páginas 50 a 52 de la Resolución No. 000230 del 18 de agosto de 2022, objeto del presente recurso, en el sentido que la situación que sobrevino con posterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión, es decir, la expedición del Decreto 3888 de 2009, no fue algo nuevo para la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, ya que este Decreto lo que hizo fue modificar el artículo 1º del Decreto 224 de 1998, el cual reza: *“Desígnase como humedal para ser incluido en la Lista de Humedales*

de Importancia Internacional, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 357 de 1997, El Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, Ciénaga Grande de Santa Marta, que se encuentra localizado en las coordenadas 10°20'-11°05' de latitud norte y 74°06'- 74°52' de longitud oeste, ubicado en la parte noroccidental del departamento del Magdalena, conformado por una intrincada red de caños, ríos, pantanos y planicies aluviales y un conjunto de lagunas costeras que cubren un área de 400.000 ha.” es decir que desde 1998, se había designado la lista de humedales de Importancia Internacional y que no era un acontecimiento nuevo o imprevisto, sino una situación que debió tener presente el concesionario y no desconocer dada su experiencia y experticia.

Referente a las invasiones señaladas, dentro del presente expediente administrativo y de acuerdo con las pruebas obrantes en el mismo, no encontramos una debida diligencia por parte del Concesionario para superar estas situaciones, como quiera que el mismo tiene la carga de activar los mecanismos para sanear cualquier situación con los invasores, dado que como lo señala la misma apoderada estas invasiones databan de tiempo antes. Cabe recordar al Concesionario que, no demostró haber obrado con la diligencia y cuidados propios de un hombre de negocios, ni mucho menos haber gestionado todas aquellas actuaciones que le correspondían en virtud de lo establecido en el artículo 16 de la ley 1 de 1991, según la cual, es responsabilidad del concesionario la gestión de la adquisición de los inmuebles sobre los cuales pretende desarrollar el proyecto portuario.

Por lo anterior, el Concesionario, no alcanza a demostrar que efectivamente realizó todas las gestiones que legalmente encontraban a su alcance para superar el percance presentado.

Finalmente, la Corporación no evidencia, de las pruebas obrantes en el expediente, que nos encontremos frente a un eximiente de responsabilidad, es decir, no se observa una fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, por lo cual, los argumentos de este segundo grupo no prosperan por las razones mencionadas con anterioridad.

5. CONCLUSIÓN

De acuerdo con las normas, jurisprudencia y pruebas antes citadas, esta Corporación confirmará todas las partes de la Resolución No. 000230 del 18 de agosto de 2022, en el sentido de que se encuentra probado el incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 36-2007 por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., NIT 9000.122.484-1, respecto a dos (2) incumplimientos, los cuales versan sobre: i) No pago de la contraprestación ii) No Actualización de Garantías Contractuales. Por lo tanto, se confirmará la Resolución No. 000230 del 18 de agosto de 2022.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 00230 de 18 agosto de 2022.

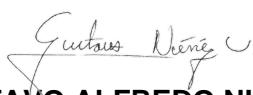
ARTÍCULO SEGUNDO: ACEPTAR el desistimiento del recurso de reposición presentado por la sociedad **SEGUROS GENERALES MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, dentro del presente trámite.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., NIT 9000.122.484-1** y al representante legal y/o apoderado de la **SEGUROS GENERALES MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** o a quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días del mes de noviembre de 2022.



GUSTAVO ALFREDO NUÑEZ VIVERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: OMAA-Abogados Externos OAJ

Proyectó: Sonia Guerrero-Abogada OAJ.