

RESOLUCIÓN No. 000050
(08 DE MARZO DE 2021)

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE DECIDE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE
CONCESIÓN PORTUARIA No. 3-0035 DE 2007 PRESENTADA POR LA SOCIEDAD
PORTUARIA DELCARIBE S.A.**

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

En uso de sus facultades legales y en especial, las conferidas en las Leyes 1ª de 1991, 161 de 1994, 1242 de 2008, 1437 de 2011, los Decretos 1099 de 2013, 474 de 2015, 1079 de 2015, el Acuerdo 208 del 29 de enero de 2019 emanado de la junta Directiva de CORMAGDALENA, y el Acta de Posesión del 29 de enero de 2019 y,

CONSIDERANDO:

1. Que el Artículo 3º de la Ley 1º de 1991 *“Estatuto de Puertos Marítimos”*, otorgó al Superintendente General de Puertos la competencia para definir las condiciones técnicas de operación de los puertos colombianos las cuales deben contener los aspectos allí señalados.
2. Que de conformidad con lo prescrito en el Artículo 331 de la Constitución Política y en la Ley 161 de 1994, se creó y reglamentó la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena — “Cormagdalena”, señalándole como objeto de su actividad la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria en esta arteria fluvial, fijándole su jurisdicción desde su nacimiento en el Macizo Colombiano, hasta su desembocadura en Barranquilla y Cartagena.
3. Que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. suscribió con la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, el contrato de concesión portuaria No. 3-0035-2007 del 23 de agosto de 2007.
4. Que mediante Resolución 137 de 2011, en sus artículos primero y tercero respectivamente, CORMAGDALENA, aprobó el plan de inversiones y el cronograma de ejecución de estas presentado por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., para la etapa o fase 1 del proyecto portuario. Respecto a las inversiones de la etapa o fase 2 del proyecto, el Parágrafo Primero del Artículo Primero de la Resolución 137 citada, dispuso: *“Las inversiones correspondientes las actividades de la FASE 2, serán establecidas en un acto administrativo posterior”*, en los términos allí indicados.
5. Que mediante comunicación radicada en CORMAGDALENA bajo el No. 2014302170 el 13 de junio de 2014, la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. solicitó la modificación del cronograma establecido en el Artículo Tercero de la Resolución 137 de 2011 y el traslado de compromisos de inversión para ser ejecutados en la segunda etapa del proyecto.
6. Que revisada la viabilidad técnica de la solicitud indicada en el numeral anterior, CORMAGDALENA la aprobó a través de la Resolución 226 de 2014, en cuyo artículo tercero

estableció como plazo para que el concesionario presentara el plan de inversiones de la FASE 2 del contrato, el día 31 de enero de 2015.

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

15. Que mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No. 202002004212 del 31 de agosto de 2020 la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. solicitó suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007 del 23 de agosto de 2007, argumentando lo siguiente:

“(…) Al no tener una respuesta clara por parte de las entidades competentes, la SPC se encuentra en una imposibilidad absoluta de atender los plazos previstos en la Resolución No. 241 de 2018, toda vez que no existe información confiable ni cierta, sobre aspectos que necesariamente deben ser tenidos en cuenta por el Concesionario para la estructuración de las inversiones de la Fase 2, situación que se encuentra completamente fuera del control razonable de la SPC. Lo anterior, no ha impedido que la SPC ejecute la totalidad de las obligaciones que, bajo el contexto referenciado, se encuentra en capacidad de cumplir, como es el pago de la contraprestación portuaria, la cual se ha pagado de acuerdo con lo señalado en el Contrato de Concesión.

Con base en lo anterior, la SPC ha resuelto acudir a Cormagdalena para solicitarle la suspensión de mutuo acuerdo del Contrato de Concesión. Para el efecto, les proponemos sostener una reunión, en la cual les podamos exponer con mayor detalle las circunstancias, ya conocidas por Cormagdalena, y que hoy siguen afectando de manera determinante, la posibilidad de concretar las actividades necesarias para el desarrollo del plan de inversiones de la Fase 2 del Plan de Inversiones. (…)”

16. Que mediante oficio No. 202003001991 del 7 de septiembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect 2020 concepto respecto de la solicitud presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.

17. Que mediante concepto No. CGDF-082-RLT, radicado en Cormagdalena con No. 2020020005083 del 6 de octubre de 2020, el Interventor conceptuó así:

(…) 1.3. Conclusión Técnica

De acuerdo con lo anterior, no se consideran válidos los argumentos del concesionario relacionados con la vía de acceso y estado del canal navegable, toda vez que a la solicitud de la concesión y posterior firma del contrato se conocían perfectamente estas condiciones tanto de las vías de acceso como del canal navegable, y por lo tanto es responsabilidad de la Sociedad Portuaria la gestión y solución de los problemas que se presenten.

De acuerdo con lo anterior el concesionario a la firma del contrato asumía el riesgo de las condiciones iniciales de la concesión, lo cual incluía su acceso terrestre y las condiciones de navegabilidad en el río Magdalena, así como también su ubicación cercana a una zona de protección y las actuaciones posteriores que fueran objeto de dicha situación.

ANÁLISIS FINANCIERO

Desde el área financiera de esta Interventoría se indica que el Concesionario debe continuar con sus compromisos contractuales:

- Si bien es cierto que el concesionario ha venido pagando en debida forma su contraprestación, debe continuar con el cumplimiento de esta obligación debido a que la suspensión es No Viable. Para esta vigencia debe realizar el pago los cinco días siguientes al vencimiento de la anualidad; es decir, cinco primeros días después del 23 de agosto de 2020, por un valor en pesos colombianos, equivalente a USD\$ 45.344,75.

- Ejecución del plan de inversión garantizando el cumplimiento del Valor Presente Neto contractual que según Resolución No. 000137 del 16 de mayo de 2011 corresponde a US \$8.083.190 dólares.

ii. Consideraciones jurídicas.

Desde que se otorgó la concesión en el año 2007 hasta la fecha han transcurrido 13 años, enfatizando que, desde el 31 de enero de 2015, plazo inicial concedido por CORMAGDALENA para presentar el Plan de Inversiones pertenecientes a la Fase 2, éste no se ha desarrollado y se ha prorrogado tres (3) veces. La primera fue a través de la resolución 119 del 16 de abril del 2015 que concedió una prórroga por un (1) año, es decir hasta el 31 de julio de 2016; la segunda, mediante la Resolución No. 216 del 27 de julio de 2016 que prorrogó una vez el término, pero esta vez por dos (2) años más, es decir, hasta el 31 de julio de 2018 y finalmente, la tercera mediante la Resolución No. 000241 del 05 de septiembre de 2018 se prorrogó la misma hasta el 31 de julio de 2020.

Los dos elementos que distinguen la concesión de obra pública son «(...) su construcción por cuenta y riesgo del concesionario y el pago de la misma por sus usuarios a través de tarifas, tasas, peajes u otras modalidades similares, que vienen a constituir el precio del contrato y son “el elemento esencial de la economía financiera de la explotación(...) De ello, se desprende, dos clases de riesgos claramente identificables en un contrato de concesión. «(...)los que se relacionan con la construcción de la obra, tales como su financiación, su terminación oportuna y su ejecución dentro del plazo y los límites presupuestales proyectados por el concesionario; y el riesgo relacionado con la explotación económica de la obra, es decir el riesgo comercial.

Los principales riesgos durante la etapa de construcción en un contrato de concesión de obra pública son, el de la financiación del proyecto, principalmente de la obra que haya de construirse; el de la terminación oportuna de la construcción; el llamado riesgo regulatorio que incluye la obtención de los permisos y licencias a que haya lugar; el de los sobrecostos inherentes a la construcción, comprendidos dentro de este concepto los riesgos de inflación y devaluación; el riesgo de la falta de los inmuebles sobre los cuales haya de emprenderse la obra; el de la falta de insumos para la construcción; el de la responsabilidad del concesionario frente a terceros y finalmente, la fuerza mayor y el caso fortuito.(...)

La jurisprudencia establece algunos criterios en la asunción de riesgos por parte de los concesionarios en este tipo de relación contractual, toda vez que, desde el momento de la solicitud de concesión, el concesionario debe incluir en el plan a presentar los riesgos involucrados en la contratación:

La jurisprudencia establece algunos criterios en la asunción de riesgos por parte de los concesionarios en este tipo de relación contractual, toda vez que, desde el momento de la solicitud de concesión, el concesionario debe incluir en el plan a presentar los riesgos involucrados en la contratación:

DEBER DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PORTUARIA Y ASUNCIÓN DE RIESGOS. En el caso que nos atañe, por tratarse de un contrato estatal le son aplicables los principios establecidos en el artículo 01 de la Ley 1 de 1991 y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentra el deber de planeación, así como también le es aplicable el deber de previsibilidad consagrado en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el cual reza así:

“Artículo 4°. 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 estructuradores de los contratos a incorporar dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos se mitiguen adecuadamente.

Puede considerarse, en estas condiciones que el concesionario asumió el riesgo que implicaba la posible demora de los trámites de la construcción de la vía al puerto, riesgo que, inclusive, previó expresamente y no estableció mecanismos para la diligencia ante las entidades gubernamentales en aras de obtener una respuesta clara, concreta y de fondo a las peticiones radicadas debido a que pese a la demora en los términos de respuesta, el concesionario solo radicaba una nueva petición bajo los mismos hechos, sin agotar los mecanismos constitucionales para obtener la respuesta a la primera petición de conformidad con los mecanismos constitucionales para ello previsto.

iii. Conclusiones.

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

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

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

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

18. Que mediante oficio No. 202003002400 del 16 de octubre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta a la solicitud presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. correspondiente a la suspensión del contrato de concesión No. 3-0035 de 2007, en la cual se negó la solicitud de suspensión del citado contrato, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Para dar respuesta a su solicitud es menester indicar lo señalado en la Cláusula Vigésima Quintal del Contrato de Concesión Portuaria No. 035 de 2007 en la cual se indica las causales de suspensión del citado contrato, a saber:

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) Suspenden 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 esta ha proferido la correspondiente aprobación; o por continuarlo, en ambos casos sin indemnización. **PARAGRAFO 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”

En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia SU 449 del 2016 definió lo pertinente a fuerza mayor y caso fortuito así:

“la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”

En este orden de ideas, en sentencia 1997-13602 de 2014 la Corte Constitucional en un aparte de la providencia señaló:

“En atención a dicho precedente, la Sala ha señalado:

“(…) la fuerza mayor solo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias (…). En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no solo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito (…)”

Ahora bien, en cuanto a los elementos esenciales de la fuerza mayor, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que se debe probar la imprevisibilidad e irresistibilidad y, además, se debe acreditar que la situación resulta completamente externa o exterior al sujeto que la padece, de tal manera que no tenga control, o pueda achacarse alguna injerencia en su ocurrencia.

Es menester señalar que los hechos esbozados por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. no son nuevos y/o extraños y/o ajenos al concesionario, toda vez que, estos mismos hechos fueron presentados ante la Corporación en el año 2018, solicitando la postergación de la presentación del plan de inversión de la Fase 2 del Contrato de Concesión No. 035 de 2007.

Adicionalmente, la Corporación solicitó a la interventoría CONSORCIO INCOPLAN – INGEPROYECT 2020 concepto integral mediante oficio No. 202003001991, respecto de la solicitud de suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 035 de 2007; sobre lo cual, el indicado interventor conceptuó en los siguientes términos:

“- Conclusiones Técnicas

De acuerdo con lo anterior, no se consideran válidos los argumentos del concesionario relacionados con la vía de acceso y estado del canal navegable, toda vez que a la solicitud de la concesión y posterior firma del contrato se conocían perfectamente estas condiciones tanto de las vías de acceso como del canal navegable, y por lo tanto es responsabilidad de la Sociedad Portuaria la gestión y solución de los problemas que se presenten.

De acuerdo con lo anterior el concesionario a la firma del contrato asumía el riesgo de las condiciones iniciales de la concesión, lo cual incluía su acceso terrestre y las condiciones de navegabilidad en el río Magdalena, así como también su ubicación cercana a una zona de protección y las actuaciones posteriores que fueran objeto de dicha situación. (Subrayado y en negrilla fuera de texto original)

- Conclusiones financieras

Desde el área financiera de esta Interventoría se indica que el Concesionario debe continuar con sus compromisos contractuales:

- Si bien es cierto que el concesionario ha venido pagando en debida forma su contraprestación, debe continuar con el cumplimiento de esta obligación debido a que la suspensión es No Viable. Para esta vigencia debe realizar el pago los cinco días siguientes al vencimiento de la anualidad; es decir, cinco primeros días después del 23 de agosto de 2020, por un valor en pesos colombianos, equivalente a USD\$ 45.344,75.

- Ejecución del plan de inversión garantizando el cumplimiento del Valor Presente Neto contractual que según Resolución No. 000137 del 16 de mayo de 2011 corresponde a US \$8.083.190 dólares.

- Concepto jurídico

Considerar una prórroga del plazo adicional, tal como lo aseveró el concesionario, no sería conveniente para las partes, puesto que resulta contrario para la estabilidad financiera del proyecto de las partes que este continúe en el intervalo contractual sin

materialización de las inversiones comprometidas, y que posteriormente al iniciar la actividad portuaria el tiempo restante no será suficiente para recuperar la inversión.

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

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

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

Ahora bien, respecto de la afectación ambiental que presuntamente dificultaría y/o impediría la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 035 de 2007, esta Corporación transcribe y anexamos el oficio No. 00441 del 17 de octubre de 2019 en el cual, la Autoridad Ambiental de Barranquilla – Barranquilla Verde, conceptuó respecto del asunto en particular:

“Como se evidencia las coordenadas correspondientes al área de estudio de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A, se encuentra dentro del trazado RAMSAR, directamente sobre los Puntos 7, 8 y 17 de las coordenadas referenciadas en la Tabla 1, En términos de ocupación de área, la concesión otorgada para la sociedad portuaria en mención ocupa 2.07 hectáreas declaradas como sitio Ramsar (decreto 3888 de 2009 y 1076 de 2015), lo cual representa el 0.5 % del área concesionada.

Tabla 3. Ocupación de área concesión Sociedad Portuaria del Caribe, respecto Sitio Ramsar.

ZONA	CÓDIGO	ÁREA OCUPADA (Ha)	% OCUPACIÓN
RAMSAR		2.07	0.58355544
No Zonificada		352.646	99.41643456

Fuente: Propia, 2019.

Cabe resaltar que la ciénaga de Mallorquín pertenece al área Ramsar- Ciénaga Grande de Santa Marta — Complejo Delta Estuarino Río Magdalena y teniendo en cuenta las actividades a desempeñar por la SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A junto a la hidrodinámica del cuerpo de agua, se puede presentar afectación a este humedal, por las actividades propias del puerto e incluso las actividades de construcción.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con el análisis realizado, se puede determinar que la concesión de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A., ocupa una porción correspondiente al 0.5% del trazado RAMSAR respecto al área concesionada a esta sociedad, a pesar de no ocupar gran cantidad del área en mención, se debe tener en cuenta la importancia de la ciénaga de Mallorquín, pues este pertenece al complejo delta estuarino catalogado como uno de los más importante de Colombia y basados en la nueva metodología de estudios ambientales, específicamente lo que respecta al área de influencia este además de

ocupar zonas del trazado RAMSAR, esta ciénaga se puede ver vulnerado por obras de construcción y/o actividades propias de la puesta en marcha de la sociedad portuaria, razón por la cual los monitoreos deben ser reajustados de acuerdo al valor ecológico que representa este cuerpo de agua.

Todo lo anterior y en virtud del seguimiento y control a la licencia ambiental esta autoridad ambiental, establecerá a través de un acto administrativo de seguimiento y control las medidas pertinentes a las que haya lugar, en relación con las situaciones nuevas observadas por Barranquilla Verde, que garanticen la administración, manejo responsable y sostenible de los recursos naturales, tal como se establece en el marco de la ley.”

De lo antes señalado se indica que la afectación de la Zona RAMSAR solo es del 0.5% respecto del área concesionada; por lo tanto, no existe una afectación que imposibilite la ejecución del contrato de concesión.

Al respecto de la vía de acceso a las instalaciones de la sociedad portuaria, se indica que el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de Barranquilla, Decreto Distrital No. 0212 de 2014 en su artículo 73 “proyectos de sistema de movilidad” establece los proyectos del plan de ordenamiento territorial para el sistema vial del Distrito de Barranquilla, entre los que se destaca el Acceso Corredor Vial al Puerto de Aguas profundas, asimismo en el Documento técnico de soporte – Libro II: componente urbano; en el numeral 2.2.2.1.1.2 “Subsistema vial Distrital”, en su literal B- Vías semiarteria, se manifiesta el desarrollo de la vía oriental acceso al puerto (Km 4.3 Tajamar Occidental Rio Magdalena).

Dicho lo anterior esta Corporación realizó consulta a la Secretario de Planeación del Distrito de Barranquilla, cuya respuesta se dio a través del comunicado QUILLA-20-145937 indicando lo siguiente:

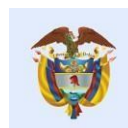
“En cuanto al tipo de financiación de la obra (iniciativa pública, privada o mixta) y demás documentos referentes a la misma, lo anterior por peticiones elevadas por el Ministerio de Transporte a esta entidad sobre la materia; se le informa que en el Plan de Ordenamiento Territorial, específicamente en el Documento Técnico de Soporte – Libro I - Componente General, se encuentra las fichas de los proyectos del POT, donde estas muestran los proyectos relacionados en el plan de inversión del mismo. Cada ficha posee una relación directa con las políticas, estrategias y objetivos del plan, así como se incluye dentro de una estructura y subtema específico del plan. En la página 500 se encuentra la ficha del proyecto: Implementación Plan vial (Nuevas regionales, arterias, semi arterias, colectoras y peatonales). En las páginas 501 y 502 se encuentra en un cuadro con el respectivo listado de vías proyectadas, el cual indica la jerarquía en el POT, la categoría, nombre de la vía, donde empieza y donde termina, tipo de vía, ancho del perfil, longitud en kilómetros, valor por tramo. Y en el segundo renglón de la página 502 se encuentra la vía que concierne al tema.



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

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

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



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**



Vale la pena aclarar que los trazados y valores de los proyectos incluidos en el POT corresponden a corredores de ruta posibles y cifras económicas estimadas en el momento de la formulación del plan, los cuales pueden ser objeto de ajuste, acorde al artículo 165 del plan de ordenamiento.”

Como se demuestra en las imágenes suministradas por el Distrito de Barranquilla, el trazado de la vía para ingresar a la zona portuaria de Bocas de Ceniza está delimitada, por lo que no es de recibo el argumento del concesionario referente al hecho que no cuenta con certeza de la trazabilidad de la vía.

Por todo lo indicado, esta Corporación no considera viable su solicitud de suspensión del Contrato de Concesión Portuaria no. 035 de 2007, toda vez que, los argumentos esgrimidos no se enmarcan dentro las causales de suspensión descritas en la Cláusula vigésima Quinta del contrato.

19. Que mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No. 202002005532 del 26 de octubre de 2020 la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. dio respuesta a oficio No. 2020003002400 manifestando su diferencia respecto de la negativa de la Corporación de conceder la suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007 del 23 de agosto de 2007, y reiteró la solicitud así:

(...) Así las cosas, insistimos en que nos encontramos en la misma situación de hecho reconocida por Cormagdalena en el año 2018 mediante la Resolución No. 241 de 2018, no existiendo razón alguna que justifique la negativa de la Entidad, y que en su lugar soporta de manera suficiente la solicitud de suspensión por mutuo acuerdo.

Teniendo en cuenta lo manifestado, solicitamos a la Entidad que reconsidere su postura, teniendo en cuenta que el Concesionario tiene argumentos sólidos para sustentar la suspensión solicitada. El Concesionario estará atento para precisar el alcance del acuerdo de las Partes, con el fin de lograr que se materialice la alternativa propuesta, la cual no sólo resulta ser viable, sino de conveniencia objetiva y transparente para quienes concurren a suscribir el Contrato de Concesión y entendieron precedente la aprobación de dos prórrogas para la entrega del Plan de Inversión de la Fase 2.

20. Que mediante oficio No. 202003002558 del 3 de noviembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect 2020 concepto respecto de la segunda solicitud suspensión presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. ante esta Corporación.

21. Que mediante concepto No. CGDF-082-RLT, radicado en Cormagdalena con No. 2020020006386 del 24 de noviembre de 2020, el Interventor conceptuó negativamente la solicitud de suspensión del contrato de concesión No. 035 de 2007, amparado en los siguientes argumentos:

(i) Sobre la suspensión.

*Precisa el concesionario que **tal vez** la entidad omitió tener en cuenta que la solicitud del Concesionario **no estaba dirigida A obtener una suspensión en los precisos términos de regulación del Contrato de Concesión, sino que la misma fuera el resultado del acuerdo entre las Partes**, que ante una situación particular, que afecta la correcta ejecución de obligaciones contractuales, resuelve, a través del instrumento que mejor consideren, suspender el Contrato de Concesión, para evitar que el paso del tiempo termine generando más perjuicios para el Concesionario. (Subrayado y negrillas propios).*

(...)

*Consideramos que la Entidad, para Pronunciarse sobre lo solicitado, **debía evaluar la posibilidad, junto con el concesionario**, de suscribir un acta de acuerdo, o de ser el caso, un otrosí al Contrato de Concesión, para otorgar un plazo razonable para aquello que ha impedido razonablemente el cumplimiento de las obligaciones contractuales pueda resolverse, sin que se sacrifique el tiempo necesario para recuperar las inversiones y propender por la viabilidad financiera del proyecto. (Subrayado y negrillas propios).*

Por lo manifestado, la invitación que el Concesionario reitera en esta oportunidad, es que las Partes se tomen un espacio para de mutuo acuerdo, adoptar decisiones equilibradas que contemplen la realidad del negocio y adopten las mejores decisiones para el proyecto.

(ii) Sobre el contrato de Concesión.

*Sobre el particular, si bien debemos manifestar que en efecto, estamos frente a un Contrato de Concesión, **donde el concesionario obra por cuenta y riesgo**, ello no puede bajo la circunstancia alguna implicar, que deba asumir obligaciones de imposible cumplimiento (sic), o que los riesgos deban reservarse en toda su extensión, siempre moviéndose el Concesionario dentro de lo que se denomina un alea normal. **En tal sentido e independientemente de que se conocieran ciertas circunstancias el (sic) momento del Contrato de Concesión, si sus efectos superan un espacio de normalidad, siempre se está en el derecho de que se reconozcan eventos que puedan considerarse eximentes de responsabilidad**. (Subrayado y negrillas propios).*

*Para ilustrar lo anterior, no debe irse muy lejos, tal vez debe analizarse con cuidado los antecedentes del presente Contrato de Concesión en el marco del cual, las partes, **partiendo del reconocimiento de las obligaciones libremente adquiridas por el Concesionario así como de los riesgos asumidos, reconocieron la existencia de circunstancias que superaban las previsiones iniciales**, y que justificaban sin lugar a*

dudas, la decisión de prorrogar el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales.
(Subrayado y negrillas propios).

(iii) Sobre el conflicto de intereses.

(...)

En primer lugar, consideramos que la interventoría debe velar por los intereses de las Partes, así ello implique que la relación económica que tiene con la Entidad, se vea perjudicada producto de la suspensión del Contrato de Concesión. El hecho de no considerar si quiera la viabilidad de la opción, desconociendo argumentos previamente aceptados por la propia Entidad evidencia el primer conflicto de interés en el caso. Esto, debido a la afectación económica que tendría la interventora como consecuencia del la suspensión del Contrato de Concesión.

Por otra parte, consideramos fundamental llamar la atención de la Entidad frente el hecho de que la interventoría, en una reunión llevada a cabo con el Concesionario, al pronunciarse sobre uno de los argumentos puestos de presente por éste, manifestó ser consultor del INVIAS en la misma materia.

(...)

Sobre el particular llama la atención de que (sic) interventoría terminó conceptuando sobre la razonabilidad de los obstáculos que enfrenta el Concesionario, cuando para el presente caso, dicho organismo tiene un evidente conflicto de interés económico y contractual el cual compromete la objetividad de sus consideraciones y no necesariamente coincide con el mejor interés de las Partes del Contrato de Concesión.

Por lo anterior, solicitan a CORMAGDALENA que reconsidere su postura de no conceder una prórroga de plazo adicional teniendo en cuenta los argumentos que fueron planteados en la para sustentar la suspensión solicitada son sólidos y así lograr materializarse la propuesta.

De conformidad con lo anterior, procederemos a elaborar un concepto, el cual se hará por temas de acuerdo a los siguientes:

ii. Conclusiones.

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

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

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

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

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

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

Sostiene que luego de otorgado el plazo adicional, y de reconocer Cormagdalena la problemática que enfrentaba la SPC, se le impusieron a ésta ciertas obligaciones, que llevaron a la SPC a adelantar las siguientes actividades:

d) El día 7 de febrero de 2019 la SPC solicitó mediante comunicación con registro EXTQUILLA- 19-028151 ante la Alcaldía de Barranquilla, información sobre el estado de definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones del Distrito de Barranquilla del Plan de Ordenamiento Territorial en relación con la infraestructura vial en el área de desarrollo del proyecto portuario de la SPC. Para ello, se establecieron las coordenadas específicas del área a ocupar y utilizar en virtud de lo previsto en el Contrato.

e) Afirma que este, fue reasignado a la Secretaría Distrital de Planeación que respondió el 24 de mayo de 2019 mediante oficio No. QUILLA-19-117017. En esta comunicación, se entregó una imagen U3 del subsistema vial urbano, con unas especificaciones de la “Vía Oriental Acceso Puerto”. Igualmente, también mencionó que se requieren estudios geográficos, geológicos, de topografía de márgenes y orillas, de transporte, ambientales, gestión social con las comunidades, entre otros.

f) En respuesta a dicha comunicación, el 6 de septiembre de 2019, la SPC presentó una nueva petición con Radicado EXT-QUILLA-19-166285. En ella, se manifestó que la respuesta anterior de la Secretaría Distrital de Planeación no había logrado resolver la petición que se había formulado con anterioridad. Además, se pidió concretamente el cronograma de desarrollo vial en el área de construcción y operación del proyecto portuario, así como el trazado de la vía que se estaba planeando construir, lo anterior por ser información esencial para que la SPC pudiera cumplir con la obligación impuesta por Cormagdalena.

g) Sin perjuicio de la petición formulada, y de la importancia de lo solicitado, con preocupación advierten que a la fecha de la presentación de esa petición ante Cormagdalena, la SPC no ha recibido respuesta por parte del Distrito de Barranquilla sobre esta petición.

h) En atención a lo señalado anteriormente, el 4 de agosto de 2020 la SPC radicó nuevamente ante la Alcaldía de Barranquilla, una petición a través de la cual se solicitó nuevamente la entrega del cronograma de desarrollo vial en el área de ejecución de la SPC, así como la entrega del diseño del trazado detallado de la “Vía oriental Acceso al Puerto”.

i) El 5 de agosto de 2020, la Alcaldía de Barranquilla dio respuesta a la comunicación, señalando que por competencia, la solicitud fue remitida a la Secretaría Distrital de Planeación de Barranquilla.

j) A la fecha, no hemos recibido respuesta por parte de la Secretaría Distrital de Planeación.

En cuanto a la Recuperación de la Navegabilidad del Río Magdalena el concesionario Considerando lo dispuesto en la Resolución del 2018, afirma que realizó las siguientes actividades:

a) Mediante comunicación con radicado No. 77 7745 del 7 de febrero de 2019, la SPDC le solicitó formalmente al INVIAS, la información a que hace referencia la Resolución, en tanto la misma resulta ser fundamental para desarrollar el informe de avance de infraestructura portuaria Fase 2, en los términos exigidos en el acto administrativo referido.

b) El INVÍAS respondió a esta petición el 22 de febrero de 2019, mediante oficio DT ATL 5449, en el que indicó que la solicitud había sido enviada a la Interventoría Asesoría Portuaria S.A.S (INAPO S.A.S), por ser ésta la encargada del contrato No. 919-2018 en el canal de acceso a Barranquilla.

c) A su vez, INAPO S.A.S dio respuesta a dicho requerimiento mediante comunicado IAPSAS-2019-162, recibida el 22 de febrero de 2019, donde se mencionó que la consultoría había realizado la totalidad de los proyectos de campo programada, sin embargo, señaló que necesitaba más tiempo para procesar dicha información y así dar una propuesta definitiva sobre las obras definitivas de encauzamiento para fijar el Canal Navegable, y fijar otras acciones para solucionar los problemas en estos sectores del río.

En esta comunicación, se pronosticó que la entrega de los resultados de estudio iba a ser el 30 de junio de 2019. A más tardar ese día, se entregarían los planos, las memorias de cálculo y las especificaciones técnicas que se le habían requerido.

d) Sostiene el concesionario que el día 3 de mayo de 2019, radicó ante INAPO S.A.S una solicitud para que se entregara de manera preliminar la información sobre planos, memorias de cálculo y especificaciones técnicas, precisando las coordenadas especificadas, sin perjuicio de que luego se entregara el resto de la información.

e) A la fecha de la petición de data 31 de agosto de 2020, no han recibido respuesta de INAPO S.A.S sobre dicha solicitud.

f) Frente a la tardanza que se estaba presentando, SPC radicó el 5 de agosto de 2019 ante el INVÍAS una nueva petición solicitando información sobre si efectivamente se estaba trabajando en la construcción de un canal de acceso por vía marítima que beneficie a todas las zonas portuarias ubicadas en Boca de Cenizas, con acceso tanto marítimo como fluvial.

k) En relación con la anterior comunicación, la SPC no obtuvo respuesta ante dicha petición, pese a diferentes acercamientos efectuados ante el INVÍAS.

l) En atención a lo señalado anteriormente, y sin lograr un espacio para obtener la información, el 3 de agosto de 2020 la SPC radicó nuevamente ante el INVÍAS, una petición a través de la cual se solicitó la entrega de los estudios y diseños que hubiera adelantado para el acceso fluvial al Puerto de Barranquilla, los cuales debieron haber sido terminados a más tardar el 30 de junio de 2019.

m) Así mismo, en dicha comunicación se preguntó sobre las gestiones realizadas por el INVÍAS, sobre el mejoramiento de la infraestructura de acceso al Puerto de Barranquilla, solicitado una relación de las obras que se están realizando, su estado de ejecución y viabilidad de los proyectos portuarios ubicados en el Puerto de Barranquilla.

n) En relación con la anterior comunicación, la SPC no ha obtenido respuesta por parte del INVÍAS.

Respecto a la Protección Ambiental, arguye que las actividades que ha desarrollado el concesionario, con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas mediante la Resolución 241 de 2018 fueron:

a) El 7 de febrero de 2019, la SPC presentó una solicitud con radicado No. 0900 donde se solicitó la información sobre el estado de las definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente sobre las posibles limitaciones ambientales del proyecto.

b) El 2 de mayo de 2019, ante la falta de respuesta de la entidad, se presentó una nueva solicitud con radicado No. 2994, solicitando nuevamente la información sobre el estado de las definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente sobre las posibles limitaciones ambientales del proyecto, de acuerdo a las coordenadas descritas.

c) El 24 de octubre de 2019, se recibió un oficio donde la entidad hace un análisis del área ocupada por el proyecto. En ella, se indica que las actividades desempeñadas por la SPC podrían potencialmente afectar el humedal de la Ciénaga de Mallorquín, al ocupar el proyecto 2.07 hectáreas declaradas como sitio RAMSAR. Por ello, explica que los monitoreos deben ser ajustados e informa que, a través de acto administrativo, se iban a comunicar las medidas pertinentes a las que haya lugar para garantizar la buena administración y manejo de los recursos.

d) Sin perjuicio del anuncio efectuado, y de la relevancia que implica conocer las medidas que deben ser adoptadas para la viabilidad del proyecto, a la fecha de la petición de data 31 de agosto de 2020, la SPC no ha sido notificada de ningún acto administrativo que establezca las medidas pertinentes para la buena administración y manejo de recursos en las hectáreas declaradas como sitio RAMSAR, siendo fundamental para poder estructurar la Fase 2 del Plan de Inversión.

e) Adicionalmente, el 3 de agosto de 2020, la SPC se dirigió nuevamente ante Barranquilla Verde, para solicitarle información en relación con la expedición del acto

administrativo de seguimiento y control, a través del cual se reglamenten las medidas necesarias para garantizar la administración y el manejo responsable y sostenible.

f) Sin embargo, a la fecha no se ha obtenido respuesta en relación con dicha comunicación.

La petición de data 26 de octubre de 2020, afirma que se encuentran en la misma situación reconocida por Cormagdalena en el año 2018 mediante la Resolución No. 241 de 2018, no existiendo razón alguna que justifique la negativa de la entidad y que en su lugar se proceda a la suspensión por mutuo acuerdo.

La Resolución que es objeto de segunda solicitud y que argumentan que deben concedérseles una nueva suspensión del término contractual, le impuso unas obligaciones al concesionario, que era a partir de la notificación de la resolución de fecha cinco (5) de septiembre de 2018 debía al término ejecutoria, al año siguiente un informe anual sobre:

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

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

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

La primera petición es de fecha 31 de agosto de 2020, la cual no cumple con lo resuelto en el acto administrativo vinculante entre las partes, que en gracia de discusión lograra cumplir la formalidad del informe al que se obligó el concesionario, es extemporáneo, lo que da lugar a la revocatoria de la Resolución 241 de 2018, toda vez que de acuerdo con la documentación aportada por el concesionario no reposa ningún informe de avance dentro del año, son peticiones que radicaron con la finalidad de cumplir lo previsto en la Resolución en comento, pero obviaron la presentación del informe dentro del año siguiente a la ejecutoria de la notificación, que a fecha 31 de agosto de 2020, está más que extemporáneo.

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

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

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

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

22. Que mediante oficio No. 202003002959 del 7 de diciembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial dio respuesta a la segunda solicitud presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. correspondiente a la suspensión del contrato de concesión No. 3-0035 de 2007, en la cual se reitera la negativa de suspensión del citado contrato, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

(...)

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

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

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

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

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

- ZONA RAMSAR

Respecto de la zona RAMSAR, esta Corporación se pronunció respecto de este tema en el oficio No. 202003002400 del 16 de octubre de 2020, en el cual se le indicó que la autoridad ambiental -Barranquilla verde, manifestó que el contrato de concesión

portuario tiene una afectación del 0.5% de la zona entregada en concesión sobre la zona RAMSAR, y no sobre la totalidad de la zona entregada en concesión.

Empero, se deja de presente, que el concesionario está haciendo una mala lectura de lo indicado por la autoridad ambiental en el oficio No. 00441 del 17 de octubre de 2019; toda vez, que la dicha autoridad manifestó que la mitigación a la zona RAMSAR se debe hacer en el porcentaje afectado, es decir el 0.5% de la zona entregada en concesión y no en la totalidad de la zona concesionada como lo presume el Concesionario, por lo que el contrato de Concesión se puede ejecutar de manera normal.

- **VÍA DE ACCESO A LA TERMINAL PORTUARIA.**

En cuanto a la vía de acceso al terminal portuario es necesario tener en consideración lo indicado y dispuesto en la Resolución No. 00055 de 2007 por “Por medio del cual se otorga una concesión a la SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A.”, que en su literal C del acápite resolutivo describe así la obligación del concesionario:

“Para el acceso terrestre a las instalaciones portuarias de la Sociedad portuaria del Caribe se deberá rehabilitar y ampliar la vía a actual a partir del Barrio las Flores hasta el Kilometro 3 + 800 localizado en las proximidades de Puerto Mocho. Posteriormente se construirá sobre el tajamar Occidental, manteniendo un alineamiento paralelo a la línea férrea existente, una vía conformada por dos carriles que permitan la circulación en los dos sentidos, hasta llegar a las instalaciones del proyecto.

Para la conformación de la vía deberá rellenarse el tramo donde se conformará la vía hasta llegar al nivel del tajamar Occidental; estimándose un volumen de relleno aproximado de 27.370 m3.

Como parte fundamental en la construcción de la vía de acceso se prevé la protección de l talud localizado hacia el lado marino que garantice la estabilidad y durabilidad de la estructura de pavimento.

Para el buen desarrollo de las operaciones portuarias en la zona se prevé incluir la colaboración de ductería para la conducción de los servicios de energía, comunicaciones, agua, telefonía y demás desde la ciudad hasta las instalaciones portuarias.”

Adicionalmente la obligación de la construcción de la vía de acceso quedó consignada en el contrato de concesión portuaria firmado por las partes, en su CLAUSULA OCTAVA – CONDICIONES ESPECIALES DE OPERACIÓN DEL PUERTO:

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

De lo antes indicado, se demuestra claramente que la obligación de la construcción y mantenimiento de la vía de acceso a la zona de uso público concesionada recae

únicamente sobre el concesionario y no se puede endilgar a terceros, lo cual acarrea los trámites, licencias y permisos necesarios para la construcción de dicha obra.

- **DEBER DE PLANEACIÓN EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PORTUARIA Y ASUNCIÓN DE RIESGOS.**

En el caso que nos atañe, por tratarse de un contrato estatal le son aplicables los principios establecidos en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1991 y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentra el deber de planeación, así como también le es aplicable el deber de previsibilidad consagrado en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el cual reza así:

“Artículo 4º. 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.” (Subrayas por fuera del texto original)

Por su parte, la Ley 1ª de 1991 contempla que la iniciativa de la concesión portuaria puede tener origen en el particular, caso en el cual el deber de planeación y de previsibilidad se traslada al particular, quien deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 9 de la anotada ley, de cuyo tenor literal se puede leer.

“ARTÍCULO 9º. Petición de concesión. Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos.

La solicitud debe llenar los siguientes requisitos:

9.1. Reglamentado por el Decreto 4681 de 2008. Acreditar la existencia y representación legal del peticionario, si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos.

9.2. Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio.

9.3. Describir en forma general el proyecto, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación, y los volúmenes y clase de carga a que se destinará.

9.4. Informar si se prestarán o no servicios al público en general.

9.5. Presentar estudios preliminares sobre el impacto ambiental del puerto que se desea construir y comprometerse a realizar estudios detallados si se le aprueba la concesión, y a adoptar las medidas de preservación que se le impongan.

9.6. Reglamentado por el Decreto 2400 de 2010. Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una

sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciará y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión.

9.7. Indicar el plazo para el que se desea la concesión.

9.8. Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos.”

No cabe duda, que desde el momento en que se presentó la solicitud para el otorgamiento de una concesión portuaria, el interesado debía planear y prever las condiciones técnicas, financieras y económicas del proyecto.

En apoyo de la conclusión que aquí se expone, resulta pertinente traer a colación precedente constituido por la decisión que adoptó el Tribunal Arbitral que dirimió las controversias entre Zona Franca Argos S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, concluyendo que cuando la iniciativa es privada se delega en el particular la estructuración del negocio, su viabilidad financiera, operativa y técnica dentro de unos parámetros básicos establecidos en la Ley y en los planes de expansión portuaria.

El laudo en mención establece lo siguiente

“el particular tiene íntegramente la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto y en ello debe empeñar todo su esfuerzo y todo su conocimiento no solamente de los mercados sino del entorno macroeconómico en el cual va a desarrollar su actividad.

Es cierto que la entidad estatal tiene la potestad de revisar el modelo para confirmar que se ajusta a los presupuestos de las normas legales, analizar el monto y naturaleza de las inversiones y el cronograma de ejecución y calcular la contraprestación, pero esta facultad no implica que el Estado asume el deber de planeación como sí ocurre cuando la iniciativa tiene origen un proceso de licitación.”

En relación con la asunción de los riesgos, lo que complementa el varias veces citado deber de planeación y de previsibilidad, el mismo laudo establece de manera reiterada que en los contratos que tienen origen en la iniciativa privada el deber de previsibilidad en la estructuración del contrato recae con mayor rigor en el particular, por lo que el Concesionario asume íntegramente los riesgos contractuales:

“En cumplimiento de los deberes de planeación y previsibilidad, recaen en la sociedad concesionaria y en su matriz controlante la responsabilidad de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la evaluación del negocio y en la asunción de riesgos a él asociados, en tanto si bien su obligación no es de resultado, están obligados dentro de sus capacidades y conocimiento a precaver esos riesgos.”
(...)

Así y aunque no exista una disposición precisa que lo indique en la Ley 1ª de 1991, en estos proyectos como en las asociaciones público-privadas el particular estructurador asume íntegramente los riesgos contractuales. (Negrillas y subrayas por fuera del texto original)”

Adicionalmente, el laudo arbitral mediante el cual se dirimieron las controversias surgidas entre OCENSA y la Agencia Nacional de Infraestructura, el tribunal sostuvo que en un contrato de concesión portuaria el Concesionario asume los riesgos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada:

“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.” (resaltado en negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que la estructuración previsiva del contrato estatal obliga a los estructuradores de los contratos a incorporar dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos se mitiguen adecuadamente .

Es claro que la jurisprudencia en estos casos se refiere a la asunción de riesgos normales, enmarcado en el desarrollo de los contratos con diligencia y buena fe, indicando que dentro de los mentados riesgos el comercial se asigna íntegramente a la sociedad concesionaria, entendido como aquel que tiene origen en la oferta y demanda desde y hacia el puerto. Por ello, este riesgo, en principio, no es ni imprevisible, extraño o no imputables al concesionario, y deberá soportarlo este último.

A lo anterior se impone agregar que, según el laudo arbitral del 12 de marzo de 2020, aunque la entidad estatal apruebe o conceda el contrato de concesión portuaria, ello no quiere decir que se haya comprometido a garantizar las proyecciones que trajo el concesionario, pues las mismas corresponden al riesgo inherente a la ejecución del contrato de concesión el cual fue asumido íntegramente por el mismo.

Así las cosas, se tiene que fue el propio Concesionario quien solicitó ante CORMAGDALENA un contrato de concesión portuaria, por lo tanto, el concesionario, debe cumplir con los deberes de planeación y previsibilidad ampliamente desarrollados, además de asumir íntegramente los riesgos contractuales, entre otros, el riesgo comercial, constructivo y el económico.

Por todo lo indicado, esta Corporación reitera lo indicado en el oficio No. 202003002400 del 16 de octubre de la presente anualidad, en el sentido de no conceder la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 035 de 2007.

Finalmente, solicitamos a la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. presentar dentro de los cinco (5) días calendario al recibo de la presente comunicación, los documentos relacionados a la Fase 2 del plan de inversiones para ser aprobados por la Corporación, de no presentarlos dentro del plazo indicado se iniciarán las actuaciones administrativas a que haya lugar.

23. Que mediante comunicado radicado en Cormagdalena con No. 202002007245 del 16 de diciembre de 2020 la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. dio respuesta a oficio No.

2020003002959 manifestando su diferencia respecto de la negativa de la Corporación de conceder la suspensión del contrato de concesión No. 3-0035-2007 del 23 de agosto de 2007, expresando lo siguiente:

“Considerando lo manifestado en la presente comunicación, nuevamente el Concesionario reitera su solicitud de proceder con la suspensión del Contrato de Concesión, no siendo posible efectuar la entrega solicitada y menos en el término definido por Cormagdalena.

El Concesionario esta siempre a disposición de Cormagdalena para analizar los temas en debate, quedando a la espera de que sea objeto de apertura un espacio de diálogo para evitar el cruce de requerimientos de imposible cumplimiento que tanto daño generan en la ejecución contractual.”

24. Que mediante oficio No. 202003003072 del 22 de diciembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la interventoría consorcio Incoplan Ingeproyect 2020 concepto respecto de la tercera solicitud suspensión presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. ante esta Corporación.
25. Que mediante concepto No. CGDF-176-RLT, radicado en Cormagdalena con No. 202102000019 del 10 de enero de 2021, el Interventor conceptuó lo siguiente:

“En relación con la situación relacionada con el área declarada Zona RAMSAR En relación con este punto, el Concesionario manifestó que: “...En tales términos, lo que estamos poniendo de presente es que Barranquilla Verde no ha expedido el acto administrativo a través del cual se defina las medidas pertinentes para la buena administración y manejo de recursos en las hectáreas declaradas como sitio RAMSAR, siendo una información fundamental para poder estructurar la Fase 2 del Plan de Inversión...”

Si bien el concesionario manifiesta que no desconoce que la zona declarada como RAMSAR es mínima, al ser declarada solo el 0.5 % del área, lo que el concesionario aduce se refiere a que debe seguir lo lineamientos de un acto administrativo a través del cual se definen las medidas pertinentes para la buena administración y manejo de recursos en las hectáreas declaradas como sitio Ramsar, acto administrativo que no ha sido expedido por Barranquilla Verde.

Si bien la expedición del acto administrativo es ajena a las responsabilidades del concesionario, es poco probable que el mismo no se haya podido gestionar en casi 13 años de contrato, En cuanto a la gestión realizada por el concesionario el mismo manifiesta que ha realizado las siguientes actuaciones:

- a. El 7 de febrero de 2019, SPC presentó una solicitud con radicado No. 0900 donde se solicitó la información sobre el estado de las definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente sobre las posibles limitaciones ambientales del proyecto.*
- b. El 2 de mayo de 2019, ante la falta de respuesta de la entidad, se presentó una nueva solicitud con radicado 2994, solicitando nuevamente la información sobre el estado de las definiciones y/o adopciones y/o reglamentaciones de la autoridad ambiental competente sobre las posibles limitaciones ambientales del proyecto, de acuerdo a las coordenadas descritas.*

c. El 24 de octubre de 2019, se recibió un oficio donde la entidad hace un análisis del área ocupada por el proyecto. En ella, se indica que las actividades desempeñadas por SPC podrían potencialmente afectar el humedal de la Ciénaga de Mallorquín, al ocupar el proyecto 2.07 hectáreas declaradas como sitio RAMSAR. Por ello, explica que los monitoreos deben ser ajustados e informa que, a través de acto administrativo, se comunicarían las medidas pertinentes a las que hubiera lugar para garantizar la buena administración y manejo de los recursos.

d. Adicionalmente, el 3 de agosto de 2020, SPC se dirigió nuevamente ante Barranquilla Verde, para solicitarle información en relación con la expedición del acto administrativo de seguimiento y control, a través del cual se reglamenten las medidas necesarias para garantizar la administración y el manejo responsable y sostenible.

Como se puede ver el concesionario inicio gestiones hace casi 2 años y en ese tiempo solo se realizaron 3 solicitudes, que para el caso pueden considerarse pocas ante la magnitud del proyecto que piensa ejecutarse, y adicionalmente pasó casi un año entre la segunda y la tercera solicitud, puede observarse la falta de gestión en la solicitud de los documentos necesarios para que el concesionario pueda establecer su plan de inversiones.

En relación con las Vías de acceso En relación con este punto, el Concesionario manifestó que: "...Lo que al parecer el Concesionario no ha logrado transmitir con claridad, es que no ha sido posible contar con cierta información precisa, que debe ser suministrada por el Distrito de Barraquilla, para poder proceder con el diseño de la vía de acceso, que en efecto, es su obligación. Así si bien, puede ser razonable entender que el Concesionario deba adelantar tramites, y obtener autorizaciones, ello no puede implicar que se le obligue a lo imposible, como al parecer pretende Cormagdalena con su requerimiento..."

Siguiendo la misma razonabilidad del argumento relacionado con el punto anterior, han transcurrido casi 13 años desde el inicio del plazo de la concesión sin que se haya tramitado la información necesaria. Este plazo es más que suficiente para haber realizado diseños y ejecución de obra, lo cual sugiere una escasa gestión por parte del Concesionario.

En relación con el Buque Tipo

En relación con este punto, el Concesionario manifestó que: "...Debe SPC señalar, que esta respuesta de Cormagdalena, basada en el informe de la Interventoría, es aquella que genera más desconcierto. Es definitivamente curioso que se haga referencia a una profundidad y condiciones el canal de acceso del momento en el que se elevó la solicitud de concesión portuaria, cuando es bien conocido por Cormagdalena, que las condiciones del acceso en la actualidad son completamente diferentes. Manejándose niveles de profundidad muy bajos..."

Los argumentos del Concesionario se basan en los cambios que en su concepto ha tenido el canal navegable del Puerto de Barranquilla sin embargo no se considera aceptable tal argumentación dado que esta es una situación natural del río Magdalena que el concesionario conocía en el momento de suscribir el Contrato de Concesión por lo cual, de aceptarse tal argumento jamás podría hacerse exigible obligación alguna pues siempre el Río Magdalena está cambiando su profundidad en función de los procesos morfológicos y dinámicos propios del río en concordancia con el transporte de sedimentos que presente.

Conclusión.

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

26. Que la suspensión de un contrato estatal debe estar sustentada en una causa válida y suficiente que justifique la suspensión, dentro de los cuales se encuentra la existencia de hechos de fuerza mayor o caso fortuito, los cuales como ya se indicó en el oficio No. 202003002400 del 16 de octubre de 2020, el oficio No. 2020030002959 del 7 de diciembre de 2020 y los conceptos presentados por la interventoría, referenciados en las consideraciones del presente acto administrativo, no se han configurado en el presente caso la fuerza mayor o caso fortuito que impidan la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035 de 2007.

En mérito de lo expuesto:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NIEGUESE la solicitud de suspensión del contrato No. 3-0035 de 2007 presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente resolución al Representante Legal de la Sociedad Portuaria Del Caribe S.A. o a su apoderado 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 procede el recurso de reposición dentro de los 10 días siguientes a la notificación de este, según lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dada en Bogotá D.C. a los (08) ocho días del mes de marzo de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PEDRO PABLO JURADO DURAN
DIRECTOR EJECUTIVO

Proyectó: Carlos Herrera Gil - Abogado SGC.

María De León- Abogada OAJ

Neila Baleta- Abogada OAJ

Deisy Galvis - Jefe Oficina Asesora Jurídica

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