

RESOLUCIÓN No.000196
(09 DE JULIO DE 2021)

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA SOCIEDAD PORTUARIA DEL CARIBE S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN 000050 DEL 8 DE MARZO DE 2021”

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,

CONSIDERANDO:

Que la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. suscribió con la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, el Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035-2007 del 23 de agosto de 2007.

Que mediante Resolución No. 000050 del ocho (8) de marzo de 2021 se resolvió negar la solicitud de suspensión contractual presentada por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. al contrato de concesión No. 3-0035 de 2007.

Que el día quince (15) de marzo de 2021 fue notificada mediante correo electrónico la precitada resolución al correo electrónico carlos.forero@trafigura.com del Representante Legal en ese momento de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A.

Que el treinta (30) de marzo de 2021 dentro del término legal establecido para el efecto, la apoderada de la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 000050 de 2021, registrado en Cormagdalena con radicado No. 202102001117 del mismo día, manifestando lo siguiente:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

“1. Sobre la distribución de los riesgos en contratos de concesión portuaria.

Uno de los aspectos sobre los cuáles Cormagdalena sustentó la negativa de la suspensión por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión, se basa en endilgar a la SPC la responsabilidad sobre hechos que claramente no le son imputables y que tampoco se encontraban dentro de los riesgos por los que debía responder la SPC en el marco de riesgos previsibles, con un comportamiento en el marco de la normalidad del Contrato de Concesión. Sobre el particular, debemos manifestar con total claridad, al considerar que existe cierta duda por parte de la Interventoría, que la SPC al presentar la solicitud de concesión portuaria en efecto previo y planificó el proyecto portuario con total cuidado, hasta al punto de que el Estado consideró viable su proyecto y en tal sentido emitió una resolución mediante la cual, se autorizó la solicitud y se dio viabilidad a la suscripción del Contrato de Concesión portuaria.

De igual forma, debe ser claro para Cormagdalena, que la SPC al estructurar su proyecto en el marco de lo establecido en la Ley 1 de 1991, consideró los riesgos previsibles que podían presentarse en la ejecución contractual, siendo plenamente conocedora de que la solicitud que presentaba era para el nacimiento a la vida jurídica de un contrato de concesión, cuya esencia parte de la asignación al particular de los riesgos del proyecto. (...)

2. Sobre la teoría de los actos propios y confianza legítima.

En la resolución No. 000050 del 8 de marzo de 2021, Cormagdalena presenta las solicitudes que la SPC realizó en 2015, 2016 y 2018, con el fin de prorrogar el plazo de entrega de la Fase 2 del Plan de Inversiones, como requerimientos sustentados en circunstancias que le hubieran sido imputables a la SPC.

En efecto, al realizar una lectura desprevenida de los hechos expuestos en la resolución que se recurre, pareciera que cuando la SPC acudió a Cormagdalena para solicitar una prórroga para presentar la Fase 2 del Plan de Inversión, lo hacía para completar asuntos a su cargo y control, los cuales estaban pendientes por circunstancias que le eran imputables, omitiendo Cormagdalena indicar que dichas solicitudes encontraban respaldo en eventos que la SPC no podía controlar y que además, fueron analizadas por Cormagdalena, considerándolas válidas y suficientes para autorizar mediante resolución una prórroga.

En el recuento de los hechos, optó Cormagdalena por referir las prórrogas sin detenerse a analizar el motivo por el cual las mismas fueron otorgadas. Olvida Cormagdalena que cuando las otorgó mediante resoluciones, lo hizo luego de analizar los argumentos expuestos por la SPC los cuales fueron considerados válidos y suficientes. Pasó por alto Cormagdalena que consideró necesario dar un espacio para que Barranquilla Verde se pronunciara sobre las medidas de protección que debían ser adoptadas por la SPC. Así mismo, Cormagdalena omitió considerar que se presentaban circunstancias claras que impedían el diseño y construcción de la vía de acceso, que además debía respetar la servidumbre y; olvida Cormagdalena que consideró necesario que la SPC contara con información sobre el canal de acceso y su profundidad en un abierto reconocimiento del cambio de condiciones desde que la solicitud de concesión fue presentada y el buque tipo fue identificado. (...)

3. Sobre el cumplimiento del principio de planeación.

Algunas de las premisas que tuvo Cormagdalena para expedir la resolución 000050 de 2021, que en parte fueron tomadas del informe aportado por el interventor, consisten en alegar que la SPC no cumplió con el deber y principio de planeación al momento de estructurar el proyecto, y que es por esa razón que en este momento no se puede mitigar el riesgo materializado, como puede ser la declaratoria de protección especial RAMSAR.

Sobre este punto, es necesario precisar, por si existe alguna duda, que la SPC sí cumplió con la planeación debida al momento de elevar la solicitud de concesión portuaria, lo que contempló no solo un comportamiento de los riesgos dentro de un contexto de normalidad, sino que partió de la buena gestión de la administración, como ya se mencionó en el punto 2 de este acápite. Planear adecuadamente no implica imaginar todo lo que puede ocurrir en el desarrollo de un proyecto, ya que lo que puede contemplarse es lo previsible, siendo claro que incluso si los efectos de lo imaginado no pudieron preverse, salen del alea normal. En tal sentido, prever todo lo que puede ocurrir en un contrato a largo plazo es imposible, siendo esa la razón por la cual, se consideran los contratos de concesión negocios imperfectos, que deben modularse a las situaciones que se presentan, lo que no los hace incorrectamente planeados o estructurados. (...)

4. Sobre la suspensión en los contratos de concesión portuaria.

La solicitud que la SPC radicó ante Cormagdalena busca que, de mutuo acuerdo, se suspenda el Contrato de Concesión en razón de que existen situaciones fuera del control razonable de las partes, que impiden la ejecución del Contrato de Concesión. Es así, como la intención de la SPC fue mantenerlo vigente, con la finalidad de reanudar la ejecución del mismo, una vez se hayan superado las situaciones externas no imputables a la SPC que han dificultado la elaboración y presentación del plan de inversión de la Fase 2.

Si bien, la SPC hubiera podido solicitar una nueva prórroga, no lo hizo, precisamente al considerar riesgoso que el plazo del Contrato de Concesión siguiera corriendo, con la dificultad de poder luego recuperar la inversión. Fue por tal razón que analizó la regulación contractual, la cual le arrojó la posibilidad de solicitar una suspensión, pero no basada en los eventos relatados en el Contrato, sino sustentada en el acuerdo libre de las Partes que pueden concretar ajustes lícitos a los negocios jurídicos. Por tal razón, no se hizo una presentación sobre fuerzas mayores o algo similar, como lo reclamó la Interventoría. Se elevó una solicitud de suspensión por cuanto se consideró como un camino viable desde el punto de vista técnico, financiero y jurídico. (...)

5 Sobre lo referido por la Interventoría

La SPC considera importante llamar la atención sobre ciertos apartes del concepto emitido por la Interventoría al considerar que se incurre en ciertas imprecisiones que tal vez si son aclaradas, el concepto puede ser modificado.

Si bien reconocemos la utilidad del recuento normativo efectuado por la Interventoría en materia de contratos de concesión portuaria, debemos indicar que consideramos que omitió analizar el caso concreto. Lo anterior por cuanto su postura se centra siempre en lo que debió tener en cuenta la SPC al momento de presentar la solicitud de concesión portuaria y de suscribir el Contrato de Concesión, olvidando que luego de dichos momentos, pueden presentarse circunstancias sobrevinientes que impliquen que las partes del contrato, deban efectuar ajustes para orientar la correcta ejecución contractual.

Debe tener presente la Interventoría que cuando las partes llegaron a un acuerdo para proceder con la firma del Contrato de Concesión, se analizaron las prestaciones de cada una y se logró su equivalencia, no pudiendo en ese punto las partes prever que luego, ocurrirían circunstancias no previstas que terminaron modificando los supuestos de riesgo asumidos e identificados. (...)

6. Sobre la debida diligencia de la SPC

A continuación, nos permitimos reiterar cada uno de los argumentos expuestos por la SPC en la comunicación del 16 de diciembre de 2020 con radicado 202002007245, a partir de los cuales se demuestra con claridad que se han desarrollado todas las gestiones tendientes a superar las causas que generaron la expedición de la Resolución 241 de 2018, pero que como se ha señalado con anterioridad en este recurso, aún permanecen vigentes:

a) En relación con la Zona RAMSAR

Cormagdalena afirma en su comunicación que "...el concesionario está haciendo una mala lectura de lo indicado por la autoridad ambiental en el oficio No. 00441 del 16 de octubre de 2019; toda vez, que la dicha autoridad manifestó que la mitigación de 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 normal.”

Sobre dicha afirmación, nos permitimos reiterarle a Cormagdalena que la SPC comparte la lectura del oficio No. 00441 del 16 de octubre de 2019, en cuanto a la proporción de la zona afectada por la declaratoria. Resaltando que en oportunidad alguna no ha manifestado que la afectación sea mayor. Tal vez lo que ha ocurrido, es que nuestros argumentos no han sido adecuadamente valorados. El tema no radica en el porcentaje de afectación, sino en que independientemente del mismo, debe ser emitido un acto administrativo con un protocolo para adelantar las intervenciones. (...)”

Que, el día veintitrés (23) de abril de 2021 mediante correo electrónico, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al interventor Consorcio Portuario 01, la elaboración de concepto respecto del recurso de reposición presentado por la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. el 30 de marzo de 2021 mediante comunicado con radicado No. 202102001117.

Que el dieciocho (18) de junio de 2021 el interventor Consorcio Portuario 01, presentó concepto CINP – 499 –050–2347, el cual fue radicado en CORMAGDALENA con No. 202102002266, en el cual el interventor conceptuó así:

“3.3. CONCEPTO JURÍDICO

Teniendo claridad sobre la situación fáctica y sobre el análisis desde el punto de vista técnico, encuentra esta Interventoría que para analizar desde una perspectiva jurídica cada una de las situaciones puntuales que según el concesionario imposibilitan la presentación del Plan de Inversiones de la Fase II, es necesario contextualizar, por una parte, sobre la teoría de la imprevisión y por otra parte, sobre el principio de planeación.

A juicio de esta interventoría, el entendimiento de dichas instituciones jurídicas y la determinación de cómo proceden en el caso concreto, llevará convicción a la entidad para tomar una decisión en este importante asunto.

3.3.1. DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

*El desequilibrio económico¹ de un contrato se puede analizar a través de la “teoría de la imprevisión”. Esta supone que la **ruptura de las condiciones contractuales pactadas inicialmente ocurra por hechos imprevisibles y ajenos a las partes, que alteren de forma grave y sustancial la ecuación financiera**. Lo anterior, haciendo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones contraídas, sin que la acaecia de tales hechos conduzca a la imposibilidad en la ejecución del contrato.*

El Consejo de Estado es claro en indicar que la teoría de la imprevisión está basada “(...) en los principios de equidad contractual, de continuidad del contrato estatal para su cabal ejecución y la satisfacción del fin general propuesto él y el de ayuda de la administración a su colaborador cocontratante sobre la base de la obtención de una remuneración justa y razonable”.

Ahora bien, para la aplicación de la teoría de la imprevisión, el Consejo de Estado en sentencia del 8 de febrero de 2017 relacionó los siguientes requisitos:

*“3.7.- **Debe tratarse de un contrato o un negocio jurídico de carácter conmutativo o sinalagmático**, pues para proceder a la revisión o adecuación por hechos o circunstancias sobrevinientes, imprevistas o imprevisibles, se parte de la base de considerar que para la fecha en la que éste se **celebró las partes saben o dan por sentado que su relación negocial es equitativa**, o que las prestaciones a su cargo son conmutativas o simétricas.*

3.8.- Debe tratarse de un **contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida en el tiempo**, pues no resulta razonable que se proceda a su revisión o adecuación por circunstancias o hechos “sobrevinientes a su celebración” cuando las prestaciones a cargo de las partes deban ejecutarse de forma instantánea.

3.9.- **Que se presenten hechos o circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que generen un desequilibrio o una onerosidad excesiva para uno de los cocontratantes frente al otro**¹, pues para proceder a la revisión o adecuación de aquel, no resulta razonable que las partes hayan tenido conocimiento de éstos al momento de celebrarlo, razón por la cual los hechos o circunstancias deben ser sobrevinientes o posteriores a su celebración.

3.10.- **Que los referidos hechos o circunstancias hayan sido extraordinarios e imprevisibles para las partes en el contrato, es decir, que se salían de toda previsión, que no estuvieran comprendidos dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato ni debían ser asumidos por alguna de éstas, o que no hubieran tenido la posibilidad de evitar su ocurrencia**, pues si una de las partes ya tenía conocimiento de los hechos al celebrar el contrato o razonablemente hubiera podido preverlos o evitarlos, “dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad”².

3.11.- **Que los hechos o circunstancias sean exógenos**, es decir que sean ajenos a la voluntad de las partes y no hayan sido producto de su actividad, negligencia, descuido o temeridad.

3.12.- Debe resaltarse en este punto que **quien alega la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a su cargo con ocasión de hechos o circunstancias sobrevinientes, no sólo debe demostrar que él no fue el causante de dichas circunstancias que generaron el desequilibrio económico, sino también que desplegó todos los mecanismos o medios tendientes a morigerar su impacto.**

3.13.- **Que el desequilibrio o alteración económica del contrato sea excesiva, anormal o fundamental.**

3.14.- **Que la revisión o adecuación del contrato por hechos o circunstancias sobrevinientes se alegue o se invoque antes de realizarse el pago respectivo (...)**” (Negrilla y subraya fuera del texto).

En suma, para que en un caso en concreto haya lugar a aplicar la teoría de la imprevisión, resulta necesario verificar lo siguiente:

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

De lo precedente se puede extraer que, ante la ocurrencia de hechos imprevisibles, y, en aras de garantizar los principios que rodean el contrato estatal, la administración puede exigirle al contratista que **adecúe o modifique su conducta, introduciendo nuevos métodos y**

prácticas más útiles, a fin de garantizar, entre otras cosas, la ejecución del objeto contractual sin poner en riesgo el equilibrio contractual del mismo.

Por otra parte, debe advertirse que **las circunstancias imprevistas pueden volverse previsibles por el paso del tiempo**. Esto, si se tiene en cuenta que si bien en un principio no era posible considerar la ocurrencia de determinado hecho, una vez este se presenta y perdura, la situación de cierta manera puede llegar a normalizarse. En ese sentido, existe la posibilidad de que quien asume el riesgo de ese evento pueda adaptar su conducta a la misma.

Visto lo anterior, a continuación, se hará referencia a la manera en que opera el principio de planeación en las concesiones portuarias.

3.3.2. EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LAS CONCESIONES PORTUARIAS

El principio de planeación se erige como uno de los pilares principales en los que se basa toda la actividad contractual del Estado. Sin embargo, este principio no se encuentra definido de manera expresa en la Ley 80 de 1993, concretamente en los artículos 23 y siguientes que hacen alusión a los principios que rigen la contratación estatal.

Respecto a su falta de conceptualización, la doctrina ha indicado lo siguiente:

"Su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 5, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1992; y del artículo 2 del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales". (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Adicionalmente, la jurisprudencia ha indicado que el principio de planeación se encuentra contenido en algunas disposiciones de la Ley 80 de 1993 como el artículo 25 que trata del principio de economía y el artículo 26 sobre el principio de responsabilidad. El principio de economía se encuentra definido así en la referida ley:

"ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...)

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

(...)" (Negrilla y subraya fuera del texto).

Por su parte, el numeral tercero del artículo 26 de la Ley 80 hace referencia a que las entidades y los servidores públicos serán responsables en los que eventos en que abran licitaciones sin haber elaborado de manera previa los estudios y diseños necesarios o cuando estos hayan sido elaborados de manera incompleta o confusa, así:

“ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

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

Teniendo en cuenta lo anterior, el principio de planeación tiene como finalidad **asegurar que todo proyecto cuente con los estudios necesarios para determinar su viabilidad económica y técnica, entre otros aspectos.**

Además, de ser necesario, el proyecto deberá estar acompañado de los diseños, planos; la modalidad de selección; las características y servicios que debe reunir el bien o servicio objeto de licitación; y los costos y recursos requeridos para su celebración y ejecución.

Ahora bien, volviendo a la Ley 1 de 1991, esta ha delegado en el particular la estructuración del negocio jurídico, su viabilidad financiera, operativa y técnica. Ello, dentro de unos parámetros establecidos en la ley y en los planes de expansión portuaria. Por lo anterior, **puede concluirse que cuando se está ante una iniciativa privada el deber de planeación y previsión se desplaza al particular concesionario.** En ese sentido, es el particular el que tiene toda la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto.

Por su parte, si bien es cierto que en lo que atañe a los proyectos de concesión portuaria la entidad estatal revisa el modelo para poder confirmar si se ajusta a los presupuestos legales, la naturaleza de la inversión, el cronograma de ejecución y el cálculo de la contraprestación, **ello no implica que el Estado sea el que asume el deber de planeación,** contrario a lo que ocurre en los eventos en que la iniciativa tiene origen en un proceso de licitación.

En cuanto al **deber de previsibilidad** del concesionario en los contratos estatales, el Consejo de Estado ha indicado que:

“El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la **estructuración previsa del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales.** Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica **la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato,** de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la **anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad,** en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsa del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación **la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico,** en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

(...)

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente". (Negrilla y subraya fuera del texto).

En los contratos de asociaciones público-privadas de iniciativa privada, y en la gran mayoría de las concesiones portuarias, el deber de previsibilidad recae más rigurosamente sobre el particular. Es por esto que, una vez definidos y evaluados los riesgos, estos deben ser, en principio, asignados en su gran mayoría al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

"Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión [que] para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto." (Negrilla y subraya fuera del texto).

En ese sentido, el concesionario, en cumplimiento de los deberes antes vistos de planeación y previsión debe actuar con responsabilidad y diligencia en la evaluación del negocio y en la asunción de riesgos que lleva implícito. Esto, toda vez que, a pesar de que en estricto sentido estamos frente a una obligación de resultado, el concesionario está llamado a precaver esos riesgos.

Por otra parte, la jurisprudencia ha aclarado que en el desarrollo del deber de ejecución de los contratos en el marco de la diligencia y la buena fe, no solo le corresponde a quien asumió los riesgos controlarlos mediante la adopción de medidas para resistirlos o prevenirlos, sino que también es imperioso evitar con su propia conducta que se agraven sus efectos.

Ahora bien, en este punto es relevante dejar en claro que el principio de planeación no se limita únicamente al momento previo a la celebración del contrato. Este debe ser igualmente observado durante toda la ejecución del mismo.

En ese sentido, las partes, en este caso especialmente el contratista, en el marco de la ejecución del contrato y a la luz del principio de planeación, están llamadas a adoptar las medidas necesarias y que estén dentro de sus posibilidades, para que el contrato pueda ejecutarse. Ello, sin desconocer que no puede exigirse el cumplimiento de lo imposible.

Una vez visto lo anterior, a continuación de manera concreta se hará un análisis de las situaciones presentadas por el concesionario que, en su concepto, a la fecha persisten y que por lo tanto dan lugar a una eventual suspensión del contrato de concesión. Para el efecto, se tendrá en cuenta el análisis ya hecho por la parte técnica al respecto.

1. Zona RAMSAR:

Frente a este punto es relevante reiterar que la declaración de la ampliación de la Zona RAMSAR que por lo tanto incluyó parte del área concesionada se dio mediante el Decreto

3888 del 8 de octubre de 2009. Por otra parte, como bien es sabido, el contrato de concesión portuaria que nos ocupa fue suscrito el 23 de agosto de 2007.

De lo anterior se extrae que en efecto la declaratoria de parte del área concesionada como zona de protección ambiental puede catalogarse como un hecho imprevisible para el concesionario. Tan es así, que ante la incertidumbre de cuál sería la implicación de este evento en el proyecto, la entidad en de manera previa concedió diferentes prórrogas a la presentación del plan de inversiones hasta tanto esto fuera definido.

Sin embargo, **dicha incertidumbre llegó a su fin con el pronunciamiento de Barranquilla Verde del pasado 17 de octubre de 2019** que fue entregado por el mismo concesionario en cumplimiento de la obligación contenida en la Resolución 241 de 2014 de presentar informe de los avances en las diligencias ante las entidades.

En dicha comunicación Barranquilla Verde determinó que **la Zona RAMSAR que se encuentra dentro del área concesionada corresponde a 2.07 hectáreas, es decir, al 0.58%**. Adicionalmente la entidad en mención indicó que mediante acto administrativo definiría las medidas pertinentes de seguimiento y control que garanticen la administración y el manejo responsable y sostenible del recurso natural.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta interventoría considera que **si bien en un principio la declaratoria de una zona de protección dentro del área concesionada era un evento imprevisible para las partes, en la actualidad ya no lo es.**

Lo precedente, si se tiene en cuenta que dicha situación es conocida por el concesionario desde el año 2009, hace más de 11 años. Es decir, **dejó de ser un hecho imprevisible para el concesionario.** Adicionalmente, Barranquilla Verde emitió pronunciamiento en el año 2019 en el que **no se observa que dicha entidad se haya opuesto a seguir adelante con el proyecto.**

2. Vía de acceso:

El concesionario incluso antes de la firma del contrato de concesión conocía que era su responsabilidad la construcción y operación de la vía de acceso al puerto. Así mismo, conocía que la misma debía respetar y garantizar la servidumbre para los demás puertos que debieran hacer uso de ella.

De manera puntual, **de conformidad con lo previsto en el literal c) de la parte resolutive de la Resolución No. 00055 de 2007**, mediante la que se le otorgó la concesión a la Sociedad Portuaria del Caribe, el concesionario debe:

“(...) rehabilitar y ampliar la vía a actual a partir del Barrio las Flores hasta el Kilómetro 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 del 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.” (Negrilla y subraya fuera del texto).

Por su parte, dicha obligación quedó plasmada así en la cláusula octava del contrato:

“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.” (Negrilla y subraya fuera del texto).

De lo anterior, se extrae que **el concesionario es responsable de adelantar todos los trámites que se requieran para poder llevar a cabo la construcción de la vía de acceso a la que está obligado.**

Ahora bien, el concesionario ha argumentado que para cumplir con esa obligación es necesario que el Distrito de Barranquilla se pronuncie con relación al trazado de la misma. Sin embargo, manifiesta que la referida entidad no ha dado respuesta a sus solicitudes.

No obstante lo anterior, Cormagdalena elevó solicitud ante la Alcaldía de Barranquilla con el fin de que se le brindara información respecto del estado de avance de la vía acceso en lo que tiene que ver con estudios de prefactibilidad y factibilidad.

El 10 septiembre de 2020 la entidad dio respuesta mediante comunicado EXT – QUILLA -20-135695 en el que indicó 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, semiarterias, 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”. (Negrilla y subraya fuera del texto).*

Adicionalmente, adjuntó los planos detallados de las vías del distrito localizadas en la zona de influencia de la Ciénaga de Mallorquín, Tajamar Occidental debidamente georreferenciadas. Finalmente, indicó que las proyecciones pueden ser objeto de ajuste de conformidad con lo previsto en el artículo 165 del plan de ordenamiento.

En consecuencia, si bien previamente el concesionario no tenía claridad con respecto al trazado de la vía y sus características, lo manifestado por la Alcaldía de Barranquilla en la comunicación en referencia aporta los datos necesarios para **estructurar el Plan de Inversiones de la Fase II.**

Por otra parte, es importante enfatizar en la **falta de diligencia del concesionario con respecto a la obtención de la información requerida de la entidad, el trazado de la vía, para la estructuración del plan de inversiones.** Lo anterior, tal como se desarrolló en el análisis técnico de este documento.

Al respecto, tal como allí se dijo, la obligación de obtener de la entidad pública la información necesaria para estructurar el Plan de Inversiones de la Fase II, es de medios.

Lo precedente significa que, contrario a una obligación de resultado, en la que se espera un resultado determinado y preciso; en la obligación de medios, llamada también de prudencia o diligencia, en palabras del Consejo de Estado "(...) **el deudor solo se obliga a poner al servicio del acreedor los medios de los cuales dispone; de hacer toda la diligencia para ejecutar el contrato**". (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En ese sentido, **cundo se trata de una obligación de medios, es posible una exoneración de responsabilidad del obligado cuando demuestre diligencia y cuidado en su actuación.** Sin embargo, en el presente caso es evidente que el concesionario no ha adoptado una conducta diligente en aras de obtener la respuesta que se busca de la entidad. Esto, en tanto que **además de que el número de peticiones ha sido insuficiente, el concesionario no activó los mecanismos legales y constitucionales a su alcance a fin de obtener una pronta respuesta.**

Muestra de esa inacción reiterada del concesionario es que Cormagdalena obtuvo respuesta de la Alcaldía de Barranquilla en un término razonable. Respuesta que como ya se indicó, en este punto se considera suficiente para que el concesionario pueda estructurar el Plan de Inversiones de la Fase II.

3. Definición del "Buque Tipo" y vía de acceso

En cuanto a la definición del buque tipo, se recuerda que el concesionario manifestó que debe esperar hasta obtener los resultados del estudio del IINVIAS. Esto, en tanto que en su concepto, las condicione actuales del calado son distintas a las que existían al momento de la presentación de la solicitud de la concesión.

En ese sentido, si bien confirma que en su momento se definió un buque tipo, considera que este debe ser ajustado a las condiciones actuales de navegabilidad del río Magdalena. Esto, para poder presentar un plan de inversiones ajustado toda vez que, según manifiesta, no es lo mismo que puedan transitar buques grandes o pequeños por el puerto. Lo cual tiene una incidencia directa sobre los ingresos para la sociedad.

Debe recordarse que el 24 de abril de 2007 por medio de radicado No. 2007001917 el concesionario aportó el estudio de maniobra de zarpe y atraque en el **que indicó el buque tipo que sería implementado** por la Sociedad Portuaria del Caribe, así:

"...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)." (Negrillas y subrayas fuera del texto).

- 1. El concesionario desde el momento de la presentación de la solicitud de concesión conocía el calado de la vía de acceso al puerto.**
- 2. Así mismo, conocía que dicha profundidad podía variar en atención a las condiciones naturales del río.**
- 3. Dichas circunstancias deben ser asumidas por el concesionario como riesgos previsibles.**

4. La definición de buque tipo entregada por el concesionario estipula un calado máximo de 11.5 mts., por lo que se pueden estimar las dimensiones de las embarcaciones que utilizarían este servicio portuario, y que serían de eslora 150 m., manga 20 m., y calado de promedio 28 pies. Lo que significa que **no hay ningún impedimento**

5. Que la Cláusula Trigésima Cuarta del contrato de concesión portuaria No. 3-0035 de 2007 dispone lo siguiente:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA: REQUERIMIENTOS ADICIONALES PARA LA OPERACIÓN PORTUARIA. Para el desarrollo de las actividades portuarias, el peticionario deberá tener en cuenta la reglamentación vigente, relacionada con los siguientes aspectos: (...) 34.4 Condiciones del canal de acceso al área portuaria: El beneficiario de la concesión deberá realizar un monitoreo permanente de las profundidades disponibles en la zona de maniobras y el sector Inmediato a la ribera, para conocer los problemas existentes en el sector, y plantear las posibles soluciones”.

6. Adicionalmente, debe resaltarse que en el Puerto de Barranquilla se encuentran operando por lo menos siete (7) terminales portuarias en las mismas condiciones.

Por lo precedente, es objetivamente factible que el concesionario operar con el calado actual y que por lo tanto, pueda estructurar el Plan de Inversiones de la Fase II con base en el buque tipo presentado al momento de la solicitud de concesión. (...)

4. Proyecto de navegabilidad del Río Magdalena

Tal como se ha mencionado previamente, en cuanto al proyecto de navegabilidad del río Magdalena, el concesionario en el recurso de reposición reconoció que dicho proyecto está en etapa de estructuración y a juicio del contratista, el mismo no puede ofrecer condiciones de estabilidad para el diseño del plan de inversiones.

Al respecto, esta interventoría considera que si bien en un inicio se consideró que con dicho proyecto se podía aumentar la eficiencia y competencia del puerto, lo cierto es que el desarrollo de la concesión de ninguna manera puede depender o estar condicionado a la adjudicación de un proyecto que depende de terceros y que en la actualidad es completamente incierta.

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

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

Que en lo que respecta a la teoría de los *actos propios* y *confianza legítima*, que presenta la Sociedad Portuaria en su recurso, es menester señalar que CORMAGDALENA no desconoce las actuaciones realizadas anteriormente. Sin embargo, se debe tener de presente que la solicitud presentada por dicha sociedad corresponde a una solicitud de suspensión contractual la cual tiene unas condiciones enmarcadas en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0035-2007, a lo que el concesionario no cumplió con los requisitos señalados en la citada cláusula. Ya que los argumentos o elementos presentados por el Concesionario no son sobrevinientes o imprevisibles. Teniendo en cuenta que los mismos son conocidos por el concesionario, como lo indican la interventoría en su respectivo concepto.

Que respecto de la distribución de los riesgos y el principio de planeación en los contratos de concesión portuaria se debe tener en cuenta lo señalado en la Resolución No. 000050 de 2021 expedida por esta Corporación. Sin embargo, se recuerda a la Sociedad Portuaria del Caribe S.A. el fallo proferido por el Tribunal de Arbitramento de Bogotá en el cual fallo dentro del proceso Zona Franca Argos S.A.S contra Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en la cual señalo “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”. Por tanto, al momento de otorgarse la concesión, la Sociedad Portuaria asume todos los riesgos inherentes al contrato, teniendo en cuenta que el proyecto es de iniciativa privada y no de iniciativa pública como sucede en los contratos de licitación pública. (Subrayado fuera de Texto)

En mérito de lo expuesto, El Director Ejecutivo de CORMAGDALENA

RESUELVE:








ARTÍCULO PRIMERO: NIEGUESE el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Del Caribe S.A. contra la Resolución No. 000050 del 8 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente resolución al Representante Legal de la Sociedad Portuaria Del Caribe S.A. o a su apoderado en los términos de los artículos 66 y 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indicando que contra esta Resolución no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C. a los 09 días del mes de julio de 2021

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PEDRO PABLO JURADO DURÁN
DIRECTOR EJECUTIVO

Proyectó: Carlos Herrera Gil – apoyo jurídico SGC. 
Christian De la cruz – apoyo técnico SGC 
Revisó: Erika Arcila – Apoyo Jurídico de la SGC 
María Fernanda De León- Abogada OAJ 
Neila Baleta Mizar- Abogada OAJ 
Deisy Galvis – jefe Oficina Asesora Jurídica 
Vo.Bo. Claudia Morales Esparragoza – subdirectora de Gestión Comercial 

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**