

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 023 DE 2012 17 ENE 2012

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A. -TCBUEN S.A.** y se toman otras determinaciones"

LA SUBGERENTE DE ESTRUCTURACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA,

En ejercicio de las facultades contenidas en la Ley 1ª de 1991 y la Ley 80 de 1993, en cumplimiento de las funciones establecidas en los Decretos, 4735 de 2009 y 4165 de 2011, y las Resoluciones N° 065 del 1º de febrero de 2005, N° 493 del 18 de octubre de 2011 y,

CONSIDERANDO:

1. Que en el artículo 334 de la Constitución Política se estableció que *"La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano."*
2. Que en desarrollo de la disposición constitucional precitada, en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1991 se estableció que la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla de acuerdo con la ley.
3. Que mediante el Decreto 1800 de 2003, se creó el Instituto Nacional de Concesiones - INCO como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, estableciéndole como objeto el de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.
4. Que mediante Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 se cambió la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, pasando de ser un establecimiento público a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial denominada Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.
5. Que el artículo 25 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 dispone expresamente que los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del citado Decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, continuarán a favor y cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura.

ASU

BUM

17 ENE 2012

“Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A. –TCBUEN S.A.** y se toman otras determinaciones”

6. Que a través de la Resolución No. 065 de 2005, artículo 1º, se encuentra delegada en la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación, la realización de todas las actividades, trámites y actuaciones, así como la expedición de los actos propios e inherentes a los procesos de selección de los contratos relacionados con la misión del INCO, sin límite de cuantía, la realización de los procesos de selección desde su etapa preparatoria y hasta la celebración del respectivo contrato, y la verificación, trámite y expedición de los actos necesarios para configurar los requisitos de ejecución y legalización de los contratos de concesión portuaria.
7. Que quien actúa y expide el presente acto como Subgerente de Estructuración y Adjudicación, es la doctora Beatriz Eugenia Morales Vélez, en virtud del nombramiento que le fuera realizado a través de la Resolución INCO No. 493 del 18 de octubre de 2011.
8. Que la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A.** (en adelante TCBUEN S.A.), presentó solicitud de concesión portuaria mediante escrito radicado bajo el No. 2009-409-008391-2 del 27 de abril de 2009, con el objeto de ocupar, utilizar y administrar, en forma temporal y exclusiva, una zona de uso público ubicada en la Bahía de Buenaventura.
9. Que la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A.** (en adelante TCBUEN S.A.) le fue otorgada una concesión portuaria, al suscribirse el contrato de concesión portuaria No. 005 de 2007 cuyo objeto es: *“(...) ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva la zona de uso público que incluye el sector de playa, terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquellas o éstos, que se encuentran ubicados al oriente del Terminal Marítimo de Buenaventura, entre los esteros de El Piñal, El Aguacate y Brazo Angosto del municipio de Buenaventura – Valle del Cauca, por el término de treinta (30) años (...).”*

Trámite de la solicitud de concesión portuaria

10. El 8 de mayo de 2009, a través del memorando interno No. 2009-409-002314-3 se llevó a cabo la revisión preliminar de la solicitud, y se advirtió que la misma estaba incompleta por no haberse aportado la respectiva garantía de seriedad de la oferta. Se requirió al peticionario para que completara su solicitud, y éste aportó la póliza de seriedad de la oferta faltante a través de comunicación remisoría radicada bajo el número 2009-409-014224-2 del 13 de julio de 2009.
11. El 24 de febrero de 2010 (comunicación No. 2010-303-0023112-1) se requirió nuevamente al peticionario, para que ajustara su solicitud de concesión portuaria a lo dispuesto en el Decreto 4735 de 2009.
12. A través de la Resolución 096 del 1º de marzo de 2010, se convocó a la Audiencia Pública de presentación del proyecto a las autoridades competentes y posibles interesados, que se celebró el 8 de marzo del mismo mes y año.
13. Las siguientes autoridades conceptuaron favorablemente respecto de la propuesta sometida a consideración de la entidad por parte de TCBUEN S.A.:
 - a. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a través del oficio No. 2010-409-006942-2 del 30 de marzo de 2010.
 - b. Ministerio de Transporte, a través de la comunicación No. 2010-409-008064-2 del 14 de abril de 2010
 - c. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, a través del oficio No. 2010-409-007174-2 del 5 de abril de 2010.

1624

BMW

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A. -TCBUEN S.A.** y se toman otras determinaciones"

14. Por el contrario la Dirección General Marítima –DIMAR-, emitió concepto NO FAVORABLE por diferentes motivos de índole técnica que se exponen en la comunicación radicada bajo el No. 2010-409-008434-2 del 18 de abril de 2010. Frente a este concepto TCBUEN S.A., presentó aclaraciones e información adicional a Través de la comunicación radicada bajo el No. 2010-409-024499 del 20 de octubre de 2010.
15. Hace parte del expediente la comunicación dirigida por TCBUEN S.A. a la Dirección General Marítima –DIMAR-, cuya copia se radicó ante el antiguo INCO bajo el No. 2010-409-024499-2 del 20 de octubre de 2010.

"Se reitera lo expuesto en la Audiencia Pública de presentación del proyecto ante las Autoridades Portuarias, a la cual asistió una delegación de la DIMAR, en la cual se explicó que el proyecto de Puerto Solo se ejecutará por Fases complementarias a las obras que actualmente se realizan en la concesión de la Sociedad Portuaria Terminal de Contenedores de Buenaventura – TCBUEN S.A."

16. También hace parte del expediente la comunicación dirigida a la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación, radicada por TCBUEN S.A., bajo el No. 2011-409-002816-2 del 7 de febrero de 2011. En dicha comunicación se afirma:

"Este proyecto es estratégico para el Puerto de Buenaventura y se ha proyectado como parte de la expansión portuaria diseñada por la Sociedad TCBUEN. Es por esto que los muelles diseñados para Puerto Solo se localizarán con orientación paralela al costado sur del canal de acceso construido, y para ello se dragará una ampliación de la solera del canal en franje paralela de 55 metros hasta llegar a la línea de paramento o de aproche de los muelles proyectados. En esta franje de ampliación de canal se realizará la maniobra de atraque de buques a los muelles."

17. En el mismo sentido se allegó al expediente la comunicación dirigida por TCBUEN S.A., al Contralmirante Santamaría Gaitán, de la Dirección General Marítima –DIMAR-, radicada ante dicha institución bajo el número 005403 del 7 de febrero de 2011. En dicha comunicación TCBUEN S.A., explica que es objetivo del proyecto portuario:

"Aprovechar la raza de marea conocida como Leoncico o Puerto Solo, terreno de bajamar cobijado dentro del Plan de Expansión Portuaria de la Bahía de Buenaventura, solicitado en concesión portuaria ante el INCO, para construir una infraestructura portuaria que permita, en primera instancia, extender la placa portuaria de TCBUEN, para disponer en total de tres posiciones de atraque y ampliar su patio de almacenamiento de contenedores. (...)

El acceso marítimo se hará por el canal de acceso a las instalaciones construidas por TCBUEN y la dársena de giro, para facilitar el atraque o desatraque de las motonaves usuarias de acuerdo al ciclo de marea presente." (se subraya)

18. A través de la comunicación radicada bajo el número 2011-200-003947-3 del 19 de septiembre de 2011 se emitió concepto financiero respecto de la solicitud, en el que se recomienda NO otorgar la concesión a Puerto Solo, poniendo de presente que: i) el proyecto no es rentable en los términos que exige la Resolución No. 873 de 1194, y ii) el acceso terrestre al proyecto se hace por el Terminal de TCBUEN, y que de otorgarse la concesión de Puerto Solo, esta revertirá antes de que tenga que revertirse la zona de uso público concesionada a TCBUEN. Concluye que la iniciativa del proyecto Puerto Solo debería considerarse y tramitarse como una modificación del contrato de concesión portuaria ya suscrito con TCBUEN.
19. El 27 de octubre de 2011, por medio de la comunicación radicada bajo el No. 2011-409-030889-2 del 27 de octubre de 2011, se emitió concepto jurídico respecto de la

WJ

WJ

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A. -TCBUEN S.A.** y se toman otras determinaciones"

solicitud. En este concepto también se recomienda NO otorgar la concesión a Puerto Solo, poniendo de presente que dicho otorgamiento no sería para un nuevo puerto, sino para la complementación de un proyecto portuario ya en marcha; y que en consecuencia, lo procedente no era que TCBUEN solicitara una concesión nueva, sino que promoviera el trámite de una modificación contractual del contrato de concesión portuaria No. 005 de 2007.

Consideraciones jurídicas y fundamentos legales

En la Ley 1ª de 1991, se determinó que por intermedio de las concesiones portuarias se "permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto" (artículo 5º numeral 5.2).

Adicionalmente, se definió un puerto como aquel "conjunto de elementos físicos que incluyen obras, canales de acceso, instalaciones y de servicios, que permiten aprovechar un área frente a la costa o ribera de un río en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o fluvial" (artículo 5º, numeral 5.11).

El proyecto propuesto por TCBUEN S.A., se enmarca dentro de las anteriores definiciones; el futuro puerto comprendería todos aquellos elementos que la norma establece como configuradores de un puerto en todo su sentido integral. No obstante, el verdadero sentido de la norma es que el establecimiento de nuevas concesiones portuarias obedezca a la creación de nuevos puertos, nuevos terminales marítimos, y no a la ampliación de puertos existentes.

El numeral 5.2 antes citado es claro: la concesión portuaria permite el aprovechamiento de unos elementos naturales para la "construcción y operación de un puerto".

Por otra parte, para cuando se requiere modificar las condiciones originales bajo las cuales se otorgó una concesión, el trámite previsto en la Ley 1ª de 1991 es el de modificación o cambio de las condiciones en las cuales se otorgó inicialmente la concesión, en los siguientes términos:

*"ARTÍCULO 17. CAMBIO EN LAS CONDICIONES DE LA CONCESIÓN. Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9o., 10, 11 y 12 de esta Ley. Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo."*¹

¹ El artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 fue reglamentado a través del artículo 24 del Decreto 4735 de 2009, en el cual se detalla un procedimiento diferente al del trámite de una solicitud de una nueva concesión portuaria, en los siguientes términos:

"Artículo 24. Modificación de los contratos de concesión. El procedimiento para la modificación de los contratos de concesión será el siguiente:

24.1 Quien solicite la modificación del contrato de concesión deberá publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación, y el valor aproximado de las nuevas inversiones a realizar.

En el evento de que la modificación incluya la solicitud sobre zonas de uso público adicionales se describirán estas de conformidad con lo dispuesto en los numerales 9.1.1.1 y 9.2.3 del presente decreto.

24.2 Dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga interés legítimo, podrá oponerse a la solicitud de modificación.

24.3 Transcurridos dos (2) meses del vencimiento de la fecha para formular oposiciones, la entidad convocará a Audiencia Pública a quienes por ley deban citarse para divulgar los términos y condiciones de la modificación.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A. -TCBUEN S.A.** y se toman otras determinaciones"

Teniendo en cuenta que a partir de los diseños de lo que serían los nuevos muelles y la prolongación de la actual terminal de contenedores construido por el mismo solicitante bajo el amparo del contrato de concesión portuaria No. 005 de 2007, que seguiría dependiendo de los mismos accesos terrestres y marítimos, se concluye que las nuevas construcciones y las zonas de uso público solicitadas, amplían el puerto ya otorgado en concesión. En consecuencia, se trataría de un mismo proyecto portuario, perteneciente a una sola sociedad portuaria, pero bajo el amparo de dos concesiones portuarias diferentes e independientes, con plazos y condiciones igualmente diferentes e independientes unas de otras.

Con base en las consideraciones expuestas, se concluye, que la propuesta de desarrollo del proyecto portuario Puerto Solo, no constituye una unidad de negocio en sí misma concebida. Por el contrario, en la medida en que lo propuesto complementa un proyecto ya existente, debe tramitarse siguiendo el procedimiento de modificación indicado en las normas precitadas, en procura de que un mismo proyecto, sea desarrollado bajo las mismas condiciones contractuales; y que estas a su vez guarden correspondencia con las condiciones de hecho (de las instalaciones, de la operación, de los accesos, etc.) de una unidad de negocio integralmente concebida.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se concluye, que el proyecto de concesión portuaria para ocupar, utilizar y administrar, en forma temporal y exclusiva, una zona de uso público, propuesto por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A.**, no debe otorgarse como concesión independiente.

Por todo lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 4735 de 2009, se procede a negar y archivar la solicitud de concesión portuaria de acuerdo con las consideraciones expuestas.

Que en mérito de lo expuesto;

RESUELVE :

ARTÍCULO PRIMERO.- Negar la solicitud de concesión portuaria y ordenar el archivo del expediente contentivo de la solicitud de concesión portuaria y demás documentos remitidos por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A.**, para ocupar, utilizar y administrar, en forma temporal y exclusiva, una zona de uso público ubicada en la Bahía de Buenaventura, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

El archivo de las actuaciones que mediante este instrumento se ordena, se hace sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Ordenar la devolución de las copias de los documentos aportados por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A. TCBUEN S.A.**, mediante la solicitud radicada bajo el No. 2009-409-008391-2 del 27 de abril de 2009, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO.- Archivar el expediente contentivo de la solicitud radicada bajo el No. 2009-409-008391-2 del 27 de abril de 2009, por la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A., TCBUEN S.A.** una vez devueltos los documentos a los que se ha hecho referencia en el artículo inmediatamente anterior.

24.4 La entidad competente aprobará o negará la solicitud de modificación previa decisión de su Consejo Directivo o su Órgano equivalente."

BVM

A.T.

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A. -TCBUEN S.A. y se toman otras determinaciones"

ARTÍCULO CUARTO.- Notificar personalmente la presente resolución al representante legal de la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE CONTENEDORES DE BUENAVENTURA S.A., TCBUEN S.A.**, en los términos del artículo 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, advirtiendo que contra la decisión contenida en este acto administrativo, procede el recurso de reposición en los términos del artículo 50 y siguientes del mismo Código.

ARTÍCULO QUINTO.- Comunicar el presente acto administrativo a las autoridades señaladas en el artículo 10° de la Ley 1ª de 1991, a saber: Superintendencia de Puertos y Transporte, Ministerio de Transporte, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible – Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, ANLA; Alcalde del municipio de Buenaventura, Director General de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa –DIMAR-; Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- y Subdirección Administrativa y Financiera del Instituto Nacional de Vías –INVÍAS-, para su conocimiento y fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE

Beatriz E. Morales Vélez 17 ENE 2012
BEATRIZ E. MORALES VÉLEZ
Subgerente de Estructuración y Adjudicación

Proyectó:
Vo.Bo jurídico:
Vo.Bo financiero:
Evaluación Técnica:

Matilde Cardona Arango/Abogada Grupo Interno de Trabajo Jurídico
Martha E. Calderón/Coordinadora Grupo Interno de Trabajo Jurídico
Luis Fernando Castro Romero/Asesor externo SEA
Alejandro Tenorio/Asesor técnico GITP A.T.

NOTIFICACIÓN PERSONAL

En Bogotá D.C., a los 15 del mes de Febrero de 2012 se hizo

presente en ~~_____~~

Gabriel Enrique Corales Zambrano

quién se identificó con la cédula de ciudadanía número 79.147.324 expedida en

Bogotá, en su condición de Representante Legal

con el fin de notificarse de la Resolución No. 023 del 17-01-2012

El Notificado

[Signature]

QuiéN Notificó

[Signature]

[Signature]