

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

RESOLUCIÓN No. 007 DEL 2011

(09 FEB 2011)

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

EL SUBGERENTE DE GESTIÓN CONTRACTUAL

En cumplimiento de la Ley 1ª de 1991, sus decretos reglamentarios y en ejercicio de sus competencias y facultades legales, en especial las contenidas en los Decretos 1800 de junio de 2003 y en la Resolución 065 de 2005 y,

CONSIDERANDO:

Que el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, expidió la Resolución No. 463 del 3 de noviembre de 2010, notificada el 2 de diciembre del mismo año, mediante la cual se decidió la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 24 de 1999, suscrito el 17 de febrero de 2005, entre la Superintendencia General de puertos y la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S. A., CEMAS S. A., en los términos y condiciones definidos en el acto administrativo.

Que mediante oficio radicado No. 2010-409-029188-2 del 10 de diciembre de 2010, la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S. A., CEMAS S. A., por intermedio de apoderado, presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 463 del 3 de noviembre de 2010, encontrándose dentro del término legal y dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual este Instituto procederá a resolverlo, teniendo en cuenta los argumentos presentados por la recurrente.

FUNDAMENTOS LEGALES

Que el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo establece que contra los actos administrativos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

"1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. (...)

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. (...)"

Que el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo establece: "Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

Handwritten signature and initials in blue ink.

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad y con indicación del nombre del recurrente.

(...)"

Que desde el punto de vista general los recursos en la vía gubernativa, entre ellos el de reposición, constituyen un medio jurídico mediante el cual, se controvierte por la parte interesada y reconocida en el proceso los actos administrativos que ponen fin a las actuaciones administrativas, para que la Administración analice y corrija los errores en que haya podido incurrir, si lo considera legal y oportuno, en orden a modificar, aclarar o revocar el acto existente, para lo cual, se deben acatar rigurosamente los requisitos establecidos en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

Con el fin de armonizar los principios que rigen el debido proceso y el derecho de defensa, con las normas que rigen las actuaciones administrativas, es viable allegar información con el fin de que sea tenida en cuenta en la etapa de impugnación de las decisiones administrativas, cualquiera que sea la naturaleza del recurso procedente.

Que el Decreto 01 de 1984, en su título I, capítulo I, establece los principios generales que deben regir en las actuaciones administrativas, y señala que el objeto de tales postulados es "el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley" (Art. 2º), determinando los principios orientadores de: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción (Art. 3º), que servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de reglas de procedimiento".

CONSIDERACIONES

Que como antes se mencionó una vez evaluado el recurso de reposición presentado por la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S. A., CEMAS S. A., se encontró que reúne los requisitos establecidos en la ley, razón por la cual se procederá a resolver, analizando los planteamientos de la empresa.

En el recurso de reposición interpuesto, se solicita revocar el Artículo Primero de la Resolución No. 463 del 3 de agosto de 2010, con fundamento en los siguientes motivos de inconformidad y razonamientos:

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD DEL RECURRENTE**PRIMER ARGUMENTO DEL RECURRENTE**

"(...)

a. El Incidente de la Draga Calima

En la Resolución 463 de 2010 el INCO señala: "Del análisis de los antecedentes citados, se encuentra que el incidente del hundimiento de la draga "Calima" ocaeció el 18 de mayo de 1995,

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

mucho antes de la suscripción del contrato de concesión portuaria, la cual se realizó el 22 de octubre de 1999".

Al respecto nos permitimos manifestar que esta motivación del INCO para negar la modificación del contrato de concesión, no tiene en consideración el estudio detenido de los antecedentes y de los documentos que obran en el expediente que dan cuenta de los siguientes hechos:

- La solicitud de concesión portuaria se presentó antes del hundimiento de la draga Calima, prueba de ello es que la Resolución de Otorgamiento de la concesión a favor de CEMAS fue expedida por la otrora Superintendencia General de Puertos el 21 de octubre de 1993 con número 1197. La Draga se hundió en el año 1995.
- De la lectura de las Resoluciones modificatorias de la Resolución 1197 de 1993 no se puede determinar que el motivo de la prórroga para la firma del contrato de concesión haya sido el hundimiento de la draga Calima. Por el contrario, los motivos que originaron el hundimiento fueron aspectos ambientales y de recuperación de terrenos.
- Que sólo hasta cuando CEMAS recibió la zona de uso público otorgada en concesión por la otrora Superintendencia General de Puertos, mi representada evidenció la existencia de la Draga Calima, por lo cual, el 23 de enero de 2001 pidió oficialmente al Ministerio de Transporte, la remoción de la Draga, fecha en la cual estaba en ejecución el contrato de concesión No. 24 de 1999 (esta solicitud obra en el expediente que reposa en el INCO).

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que CEMAS no tenía porque conocer los hechos que habían acontecido alrededor de la Draga Calima, por tanto, la presencia de dicho artefacto como obstáculo para el desarrollo del terminal portuario de CEMAS sólo se evidenció durante la ejecución del contrato de concesión.

Ahora bien, dentro de las consideraciones de la Resolución recurrida, el INCO menciona como antecedentes el informativo No. 18 de DIMAR de 23 de mayo de 1995, documento el cual CEMAS no tuvo obligación de tener en cuenta para la solicitud de concesión portuaria que finalmente llegó a la firma del contrato de concesión No. 24 de 1999, entre otras cosas por ser posterior a dicha solicitud. Además, la otrora Superintendencia General de Puertos nunca mencionó el informativo dentro del trámite de solicitud de concesión, por tanto, el INCO, no podría concluir que dicho informe le evidenció a CEMAS la situación del hundimiento de la Draga Calima y sus consecuencias en la ejecución de contrato de concesión. Valga la pena resaltar que en dicho informe se concluyó que el responsable del hundimiento es la Sociedad Portuaria de Buenaventura S. A. (Esto resulta coincidente con la ubicación de la draga hundida de acuerdo con las evidencias encontradas por CEMAS con posterioridad al año 1999 y que reposan en el INCO de conformidad con el plano adjunto a la comunicación GE&A- AFR-487-10 radicada ante el INCO el 15 de julio de 2010 con número 2010-409-016098-2, donde se evidencia que la Draga se encontraba en parte en las zonas de maniobra de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S. A.).

Adicionalmente el INCO menciona el fallo de DIMAR de 1 de marzo de 1995 confirmado el 7 de noviembre de 1995 donde se declara responsable a José Vicente Narváez Polo en calidad de propietario de la Draga Calima, decisión que tampoco puede entenderse como evidencia de la existencia de la Draga Calima frente a CEMAS, toda vez que en dicho proceso mi representada no participó, ni tenía la obligación de hacerlo.

De acuerdo con todo lo anterior consideramos que el hundimiento de la Draga Calima y sus consecuencias frente a la ejecución del contrato de concesión se evidenciaron para CEMAS con posterioridad a la suscripción del contrato de concesión No. 24 de 1999. (...)"

285

✓

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"**CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES**

Frente al argumento citado, consta en los documentos obrantes en el expediente, que constituyó un hecho notorio el hundimiento de la draga; el hecho notorio, es definido como aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. Según el artículo 177 del C. P. C., los hechos notorios no requieren prueba.

La configuración del hecho notorio ha sido tratada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia T-589 de 2006, al definir: "para determinar el significado de esta figura, se debe recurrir a la definición de "hecho" en términos jurídicos, lo cual indica una modificación del mundo exterior que produce la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1093-08.htm> - ftn33. Por su parte "notorio" significa, según la real academia de la lengua, "Público y sabido por todos - Claro, evidente" <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1093-08.htm> - ftn34. Así, este concepto se traduce, en virtud de la prescripción dada por la legislación colombiana en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en que este tipo de hechos no requieren prueba dada la claridad con la que se presentan."

Lo anterior aunado a que la Sociedad CEMAS S. A., tenía acceso permanente a los documentos aportados al expediente, de manera específica a los informes de la Dirección General Marítima DIMAR, cuando se evidenció que la Draga "Calima" se hundió, y aún así consintió en la suscripción del contrato de concesión.

SEGUNDO ARGUMENTO DEL RECURRENTE

T...

b. Suspensión del contrato

En cuanto a la suspensión del contrato de concesión consideramos que esta no sirve como fundamento para negar la solicitud presentada por CEMAS para la ampliación del término del contrato de concesión, toda vez que durante la suspensión del contrato el concesionario no puede adelantar ninguna labor en el puerto, es decir, CEMAS no podía retirar la Draga Calima en dicho momento; pero aun si lo hubiese podido hacer, de todas formas las inversiones que se hubiesen hecho para el retiro si hubiesen afectado las proyecciones financieras hechas por la compañía para el terminal de CEMAS, ASUNTO QUE TRATAREMOS MÁS ADELANTE.

De acuerdo con lo anterior nos remitiremos más adelante al asunto relacionado con los aspectos financieros de la solicitud de modificación del contrato."

El argumento anterior se complementa por el recurrente en los siguientes términos:

T...

Inexistencia de análisis financiero por parte del INCO

AS

17

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

La Resolución objeto del presente recurso no contempla en ninguno de sus apartes el análisis del modelo financiero comparativo presentado por CEMAS en la solicitud de modificación del contrato de concesión portuaria.

En dicho modelo se presentaron en conjunto dos escenarios, a saber:

El primero consiste en el cálculo de la tasa interna de retorno TIR sin incluir contraprestación con el contrato de concesión No. 24 de 1999 terminado en el año 2021, plazo que está contemplado en la actualidad. Si se observa con detenimiento, al haberle incluido al cálculo el capital por concepto del retiro de la draga Calima, la tasa interna de retorno para este escenario es del 9.75%, rentabilidad que no cumple con la mínima del 12% para los proyectos portuarios de conformidad con las Resoluciones 596 y 873 de 1994 expedidas por la otrora Superintendencia General de Puertos [...]

El segundo escenario consiste nuevamente en el cálculo de la tasa interna de retorno TIR sin incluir contraprestación con el contrato de concesión No. 24 de 1999 ampliado en siete años hasta el año 2028. Bajo este escenario, la tasa interna de retorno será de un 12.59%, porcentaje que supera el mínimo requerido del 12% de conformidad con las Resoluciones 596 y 873 de 1994 antes mencionadas.

Resulta importante destacar que el artículo 1 de la Resolución 873 de 1994 establece respecto a la tasa interna de retorno al momento de calcular la contraprestación portuaria de los puertos lo siguiente: "Se calcula el flujo de caja con contraprestación igual a cero, con el objeto de establecer si el proyecto es rentable. Se considera rentable si la tasa interna de retorno es igual al doce por ciento (TIR mayor o igual al 12%) en proyectos en dólares de los Estados Unidos de América."

[...] así las cosas, para el caso que nos ocupa, por causa de los costos del retiro de la draga Calima, el cálculo de la mencionada tasa de conformidad con el tiempo restante del contrato de concesión (hasta 2021) arroja como resultado un retorno inferior al exigido por la norma, haciéndose necesario prorrogar el contrato de concesión por un término de siete años adicionales a fin de satisfacer el retorno mínimo exigido por la Resolución 873 de 1994.

Es precisamente este análisis el que debió hacer el INCO al examinar la solicitud de modificación del contrato de concesión presentada por CEMAS. Solicitud que está debidamente justificada en aspectos financieros, de acuerdo con la exigencia del acta de reanudación del contrato de concesión suscrita entre el INCO y CEMAS, la que expresamente señaló que a la luz del Artículo 17 de la Ley 1 de 1991, el concesionario podía solicitar la modificación del contrato de concesión.

De acuerdo con todo lo anterior, INCO debió analizar la información financiera presentada por CEMAS para determinar cuál fue el impacto de la TIR del proyecto, una vez CEMAS pagó el contrato de remoción de la draga Calima, artefacto que se hundió por causas ajenas a CEMAS, estudio que le hubiese permitido al Instituto la aprobación de la solicitud presentada por la mencionada compañía por encontrarse debidamente justificada desde el punto de vista financiero y legal de acuerdo con la condición establecida en el Acta de Reanudación del Contrato de Concesión No. 24 de 1999 de CEMAS suscrita entre dicha compañía y el INCO el 17 de febrero de 2005.

[...]"

CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

88

27.

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

En relación con el análisis financiero, el Instituto Nacional de Concesiones INCO, emitió el Concepto radicado No. 2011-303-000216-3 del 12 de enero de 2011, en el que consignó lo siguiente:

"(...) CEMAS S.A. presentó modelo financiero el cual contempla dos escenarios, el primero con horizonte de tiempo hasta el año 2021 y tasa interna de retorno del 9.75%, y el segundo con horizonte de tiempo hasta el año 2028 y tasa interna de retorno del 12.59%; en estos escenarios se incluyó el capital por concepto del retiro de la draga Calima.

Ingresos

El modelo financiero presenta ingresos por concepto de muellaje, uso de instalaciones a la carga y uso de instalaciones al operador portuario. Respecto de la carga a movilizar por el puerto la cual está directamente relacionada con los ingresos, en el modelo financiero presentado no hay incrementos anuales en el tonelaje de carga a movilizar, permaneciendo constante a partir del año 2011, 840.000 toneladas anuales.

A continuación se muestra mes a mes durante el primer semestre de 2010 el tonelaje movilizado por CEMAS S.A., junto con un estimado de carga anual, el cual es la base comparativa para analizar el tonelaje proyectado por CEMAS S.A.

Datos Históricos movilización de carga por puerto – CEMAS S.A.

Mes de 2010	TONELADAS CARGA
ENERO	64.544
FEBRERO	77.369
MARZO	74.804
ABRIL	69.508
MAYO	97.632
JUNIO	90.167
JULIO	68.778
Total	542.802

ESTIMADO ANUAL	930.518
-----------------------	----------------

Se tienen en cuenta los 7 últimos meses reportados al Instituto de la carga movilizada por el puerto de CEMAS S.A., no se toman los datos de 2009 tiempo en que el puerto entra en funcionamiento, debido a que la información está incompleta (se cuenta con datos del periodo agosto-noviembre de 2009 sin contar con el mes de diciembre ya que no se reporto este mes). Se obtiene un estimado anual de carga a movilizar de 930.518 toneladas.

Como ya se mencionó en el modelo presentado por CEMAS S.A. no hay incrementos anuales en el tonelaje de carga a movilizar; para efectos de analizar si la carga granelera tiende a incrementarse o no, se toma como referencia la carga granelera movilizada por la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura en los años 2008 y 2009, información que a continuación se muestra.

es

1.

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

CARGA GRANELERA SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BUENAVENTURA			
TIPO DE CARGA	2008	2009	VARIACIÓN PORCENTUAL
GRANEL SÓLIDO	2.814.702	3.439.904	22,21%
GRANEL LÍQUIDO	284.064	265.206	-6,64%
CARBÓN AL GRANEL	405.161	587.849	45,09%

Como se muestra, para el año 2009 se incrementó el tonelaje de granel sólido movilizado por la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura en un 22.21%, el incremento en carbón al granel fue del 45.09% mientras que para granel líquido existió una disminución del 6.64%. Teniendo en cuenta la carga movilizada por CEMAS S.A., se enfoca el análisis en el tonelaje de graneles sólidos movilizados por la SPRB el cual presenta tendencia de crecimiento.

Tomando como referencia la SPRB respecto de la movilización de graneles sólidos en la zona de Buenaventura, no se acepta que durante el horizonte de tiempo del modelo financiero presentado por CEMAS S.A. no se proyecten incrementos anuales de carga.

Análisis de Escenarios.

El Contrato de Concesión Portuaria No. 24 de 1999 definió el plazo de la concesión otorgada a CEMAS S.A., hasta el 2021 por lo cual se realizan los escenarios teniendo en cuenta el año 2021 como el último año de proyección.

Escenario 1: A partir del 2011 se proyecta un estimado anual de carga 840.000 toneladas, con incremento anual del 3.47%

Se toma la proyección de carga de CEMAS S.A. hasta el año 2011, de este año en adelante hasta el 2021 se realizan incrementos anuales del 3.47% obteniendo una TIR del 12%

Como se observa con un incremento del 3.47% anual en el tonelaje de carga a movilizar se alcanza a obtener en el año 2021 una TIR del 12%, lo cual si se compara con el porcentaje de incremento de graneles sólidos movilizado por la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura - SPRB para el año 2009 siendo este del 22.21% resulta un porcentaje muy bajo, incrementándose considerablemente la posibilidad de que en la realidad por el Puerto de CEMAS S.A., se movilice carga con un crecimiento anual superior al 3.47%.

Es importante mencionar que la SPRB es un terminal con características técnicas muy diferentes al puerto de CEMAS S.A., sin embargo es válido el análisis comparativo respecto de la tendencia e incrementos de movilización de carga entre los dos puertos ya que las cifras históricas de la SPRB sirven como indicadores de la evolución de la carga en la zona al ser un puerto multipropósito y que lleva operando varios años.

Escenario 2: Estimado anual de carga para CEMAS S.A. de 930.518 toneladas con incremento anual del 0,23%

82)

A.

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

Teniendo en cuenta datos históricos de movilización de carga por CEMAS S.A., se toma el estimado anual de carga para el año 2010, de este año en adelante hasta el 2021 se realizan incrementos anuales de tan solo el 0,23% obteniendo una TIR del 12%.

Como se observa con un incremento de tan solo el 0,23% anual en el tonelaje de carga a movilizar se alcanza a obtener en el año 2021 una TIR del 12%, lo cual si se compara con el porcentaje de incremento de gráneles sólidos movilizado por la SPRB para el año 2009 siendo este del 22.21% resulta un porcentaje demasiado bajo, incrementándose considerablemente la posibilidad de que en la realidad por el Puerto de CEMAS S.A., se movilice carga con un crecimiento anual superior al 0,23%.

Conclusiones

- Una vez analizado la tendencia en la zona de Buenaventura respecto de la carga movilizada de gráneles sólidos, tomando como referencia la carga movilizada en los años 2008 y 2009 por la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura siendo este terminal un indicador de la evolución de la carga en la zona al ser un puerto multipropósito y que lleva operando varios años, se concluye que el tonelaje de gráneles sólidos presenta tendencia de crecimiento anual, lo cual para el año 2009 presentó un incremento del 22,21%.

Por lo anterior la proyección de carga presentada por CEMAS S.A. en el modelo financiero, al no contemplar incrementos anuales de carga, desconoce la dinámica del mercado lo que resulta en una pérdida de rentabilidad en la proyección, así las cosas, la TIR presentada por CEMAS S.A. es inferior a la que se esperaría teniendo en cuenta una proyección basada en datos históricos.

- Contemplando escenarios respecto de proyección de carga con incrementos anuales muy bajos, el modelo financiero presenta una TIR del 12% tomando como horizonte de tiempo el periodo comprendido entre el año 2009 hasta el año 2021, lo cual se evidencia que bajo los escenarios de modelación expuestos en el presente análisis, CEMAS S.A., recuperaría el capital empleado por concepto del retiro de la draga Calima sin necesidad de extender el plazo definido en el contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999.

Las anteriores conclusiones fueron mencionadas ante el Consejo Directivo del INCO en el mes de octubre de 2010.

TERCER ARGUMENTO DEL RECURRENTE

"(...)

- a. *La reanudación del contrato*

Respecto de la reanudación del contrato el INCO manifestó en la resolución recurrida lo siguiente: "en el Acta de reanudación del contrato y de aprobación de la reprogramación del Plan de obras del contrato de concesión No. 24 de 1999, suscrito el 17 de febrero de 2005, se estableció que el refiotamiento de la draga Calima no implicaría para el INCO responsabilidad alguna en cuanto a las condiciones y términos de la reanudación del contrato, y se haría por cuenta y riesgo del concesionario".

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

La manifestación transcrita por el INCO es cierta, pero lo que también es cierto es que en la misma acta de reanudación del contrato de concesión el INCO señaló: "Las partes acuerdan que una vez ejecutada la fase 1ª y concluido el reflotamiento de la "Draga Calima", el Concesionario podrá, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, presentar debidamente justificada ante el INCO una solicitud de modificación de las condiciones iniciales del contrato, que en los términos del artículo 17 podría implicar variación contraprestación (sic), viabilidad que será evaluada en su momento por el INCO".

Precisamente en razón a la posibilidad transcrita en el párrafo anterior, CEMAS presentó con la solicitud de modificación del contrato de concesión la debida justificación en un modelo financiero, sobre la necesidad de ampliación del contrato de concesión No. 24 de 1999 por 7 años más, término cuya extensión no implica afectación alguna para la Nación. Muy por el contrario, la extensión del término de la concesión implica que CEMAS podrá recuperar sus inversiones, garantizando así una rentabilidad mínima de conformidad con las normas portuarias y el Estado recibirá una contraprestación por el uso y goce de las zonas de uso público otorgada en concesión. En ningún momento se está pretendiendo que se amplie el contrato a título gratuito. Más adelante se analizarán los aspectos financieros que no se tuvieron en cuenta para la expedición de la Resolución 463 de 2010 objeto de reproche en el presente escrito."

CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Frente a los motivos de inconformidad antes citados, se reitera que el Acta de reanudación del contrato y de aprobación de la reprogramación del Plan de obras del contrato de concesión portuaria No. 24 de 1999, suscrita el 17 de febrero de 2005, estableció que el reflotamiento de la draga Calima no implicaría para el INCO responsabilidad alguna en cuanto a las condiciones y términos de la reanudación del contrato, y se haría por cuenta y riesgo del concesionario, siendo pertinente nuevamente citar apartes del documento:

"(...)

- Reanudar a partir de la fecha de suscripción del acta, el Contrato de Concesión Portuaria No. 24 de 1999, suscrito entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas CEMAS S. A.
- El Instituto Nacional de Concesiones, aprueba el Plan de Obras presentado por CEMAS S. A., el cual consiste en subdividir la Fase 1 que fue aprobada por la Dirección General de transporte Marítimo del Ministerio de Transporte, mediante Oficio No. 039008 del 21 de diciembre de 2001, en las fases 1A y 1B. (...)
- Como una etapa intermedia entre las fases 1A y 1B, "el concesionario procurará el reflotamiento o remoción total de la "Draga Calima" a su cuenta y riesgo, es decir, asumiendo el concesionario en su totalidad los costos que tal actividad le genere".
- El Ministerio de Transporte aprobó la modificación de la Fase 1 en Oficio 039008 del 21 de diciembre de 2001, dividiéndola en dos fases.
- La Fase 1 se divide en Fase 1A a ejecutarse antes del retiro de la Draga, y la Fase 1B la cual se adelantará una vez retirada.
- En el acta quedó consagrado que "el reflotamiento de la Draga "Calima" se realizará a cuenta y riesgo de CEMAS; es decir, asumiendo el concesionario en su totalidad los costos que tal actividad le genere".
- Adicionalmente, se agregó que "el reflotamiento de la draga Calima no implicará para el INCO responsabilidad alguna en cuanto a las condiciones y términos de la reanudación del contrato".

JK
A'

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

Por lo anterior, la posibilidad a la que hace referencia el recurrente, contemplada en el acta de reanudación no difiere en nada de la posibilidad con que cuentan todos los concesionarios de solicitar la variación de las condiciones establecidas inicialmente en el contrato, siempre y cuando se encuentren debidamente sustentadas y una vez evaluadas de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley y el reglamento vigente, la autoridad competente, en este caso el Instituto Nacional de Concesiones, previa decisión de su Consejo directivo decida su aprobación.

También es pertinente recordar que conforme la jurisprudencia no se debe confundir el derecho de petición -cuyo núcleo esencial radica en la posibilidad de acudir ante la autoridad y en obtener pronta resolución- con el contenido de lo que se pide, es decir con la materia de la petición. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencias T-242 y T-262 de 1993); Por lo tanto no es aceptable el argumento según el cual el contenido del acta de reanudación implica para el Estado la obligación de acceder a cualquier petición de modificación, sin tener en cuenta las consideraciones expuestas, como tampoco puede inferirse que no modificar en los términos de la solicitud presentada por la Sociedad CEMAS S.A., implica vulneración a los principios de confianza legítima o buena fe.

CUARTO ARGUMENTO DEL RECURRENTE**b. Los elementos del contrato de concesión definidos por la Corte Constitucional**

[...] Con respecto a lo señalado por el INCO, en primer lugar consideramos que es verdad que el concesionario asume unos riesgos en cuanto al éxito o fracaso de su gestión. Sin embargo, si el Instituto observa con mayor detenimiento, podrá evidenciar que el hundimiento y no retiro posterior de la draga Calima, artefacto naval que fue hallado por CEMAS durante la ejecución del contrato de concesión portuaria No. 24 de 1999, no obedece a una situación acontecida en virtud de la gestión de CEMAS. Por el contrario, es un hecho que sucedió por causa de terceros tal y como quedó determinado en el fallo de DIMAR antes citado, sin que CEMAS haya contribuido con su gestión a dicho suceso. En el caso que nos ocupa CEMAS simplemente es víctima de la conducta omisiva de terceros que implicó para la compañía mayores esfuerzos económicos para tener la posibilidad de desarrollar su gestión y así dar cumplimiento a sus obligaciones derivadas del mismo contrato de concesión.

[...] Así las cosas, en la medida en que CEMAS debió incurrir en mayores sumas para la prestación del servicio público portuario en la zona de uso público otorgada en concesión, en justicia deberá reconocérsele al concesionario la posibilidad de una remuneración justa a través de una tasa de retorno adecuada. Sobre el particular ampliaremos más adelante.

[...] Respecto de la sentencia transcrita por el INCO, nos permitimos manifestar que lo señalado por la Honorable Corte Constitucional da aún mayor sustento a la posición de CEMAS, y no a la negativa por parte de INCO, toda vez que con la solicitud de modificación del contrato de concesión que fue resuelta en el Acto Administrativo objeto del presente recurso, se presentó un modelo financiero con las cifras proyectadas hasta la finalización de la concesión portuaria en el año 2021, comparadas con el posible escenario de la ampliación del contrato hasta el 2028, es decir, por 7 años más, resultando evidente que la tasa interna de retorno hasta el año 2021 no es satisfactoria a la luz de la normatividad portuaria, en contraste con la tasa en el evento en que se ampliara el contrato de concesión portuaria hasta el año 2028. De acuerdo con el análisis de la tasa interna de retorno para el año 2021 se tiene

ST.
ST.

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

que si el contrato culmina en dicho año la remuneración que recibirá el concesionario no será satisfactoria, así las cosas, lo señalado por la Corte Constitucional que se pone de presente en la Resolución recurrida sirve de fundamento a los argumentos que está exponiendo CEMAS, pues la compañía en calidad de concesionario portuario, de conformidad con la jurisprudencia colombiana, debe ser remunerada adecuadamente."

CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Se reitera en este punto que la concesión es uno de los sistemas típicos de participación de la empresa privada en la gestión portuaria. Mediante la concesión, el contratista privado o concesionario tiene la responsabilidad total respecto de los servicios concesionados, incluyendo las operaciones para la prestación de los mismos, el mantenimiento de las instalaciones correspondientes, así como las inversiones de capital necesarias para la realización de las instalaciones o para su expansión².

Los bienes inmuebles fijos aportados o construidos por el contratista a lo largo del periodo concesional, revierten, una vez terminado dicho periodo, a la administración portuaria. Por ello, uno de los elementos esenciales de la concesión es el plazo fijado para la misma, que debe de ser suficientemente amplio para permitir la amortización de la inversión realizada en la construcción de dichos bienes; cuando el plazo concesional no permita la amortización total de la inversión, situación que no se presenta en el caso objeto de análisis como ya se analizó, suelen establecerse condiciones que permitan al concesionario obtener un valor de rescate de dichos bienes al final del periodo concesional³.

La Sentencia citada, recuerda además que dentro de los elementos del contrato de concesión, se encuentra que el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien, siendo pertinente mencionar también que mediante el sistema de concesiones, el concesionario se compromete a explotar el servicio concesionado a su riesgo, y por tanto, a cobrar directamente del usuario las tarifas por el servicio prestado, debiendo existir, en toda concesión, un equilibrio económico entre las tarifas cobradas por el concesionario al usuario, y los cánones que el concesionario debe pagar a la administración.

En la Ley 1ª de 1991 el legislador dispuso los lineamientos específicos para las concesiones portuarias. En su artículo 19, estableció que las sociedades portuarias pueden establecer las tarifas por el uso de la infraestructura portuaria dentro de las reglas definidas y la metodología aprobada. El artículo establece que las fórmulas de cálculo de las tarifas reconocerán la necesidad de que las tarifas cubran todos los costos y gastos típicos de la operación portuaria, la depreciación, y una remuneración a la inversión del concesionario, comparable con la que éste podría obtener en empresas semejantes de Colombia o del exterior.

La otrora Superintendencia General de Puertos, expidió la Resolución No. 723 del 13 de Julio de 1.993, por la cual adoptó la metodología para el cálculo de las tarifas, modificadas por las Resoluciones 1261 del 22 de noviembre de 1.993 y 884 del 13 de noviembre de 1.996; para que las sociedades portuarias que operan puertos de servicio público, puedan establecer tarifas por el uso de infraestructuras portuarias.

La Resolución en mención, establece en su Artículo Cuarto que las tarifas que se obtengan por la metodología establecida deben responder a los siguientes criterios:

Corte Constitucional. Sentencia C-068 de 2009
² ídem

89

AT.

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

a. Que puedan competir con todos los puertos regionales e internacionales; b. Cubrir todos los costos de las Sociedades Portuarias, y c. Obtener una rentabilidad normal del mercado, para un periodo de diez (10) años.

Teniendo en cuenta las normas mencionadas y el análisis financiero efectuado por este Instituto, es claro que la Sociedad CEMAS S. A., recupera y recuperará las inversiones realizadas dentro del plazo del contrato de concesión, siendo pertinente recordar que la libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas, así lo ha manifestado la Corte Constitucional en repetidas oportunidades; en la Sentencia de la Corte Constitucional, C- 615 de 2002 señaló:

"No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: "La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación." Además, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones. (C. P Art. 333)

El instrumento por excelencia que permite a las autoridades lograr la efectividad de la función social de la empresa, es la actividad estatal de intervención en la economía. Esta intervención, según lo prevé el canon 334 superior, se lleva a cabo 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. (...)"

Del análisis financiero ya expuesto contenido en el Concepto radicado No. 2011-303-000216-3 del 12 de enero de 2011, se encuentra que se garantiza al concesionario la recuperación de sus inversiones en condiciones razonables de operación, por lo tanto CEMAS S.A., recuperará el capital empleado por concepto del retiro de la draga Calima sin necesidad de extender el plazo definido en el contrato de concesión portuaria No. 024 de 1999; más aún cuando en el acta de reanudación del contrato, se manifestó que el reflotamiento de la draga calima, se realizaría por el Concesionario a su cuenta y riesgo.

QUINTO ARGUMENTO DEL RECURRENTE

[...]

c. Causas para la suspensión del contrato

En cuanto a las causas de suspensión del contrato de concesión:

[...]De acuerdo con lo señalado por el INCO, CEMAS tenía la posibilidad de terminar el contrato de concesión portuaria al no haber desaparecido la causa que originó la suspensión. Sin embargo la situación en el presente caso no fue así, pues CEMAS aceptó la continuación del contrato, pero bajo todas las premisas y disposiciones del Acta de reanudación del mismo, es decir, asumiendo los riesgos pero teniendo la posibilidad de modificar el contrato de concesión (modificación que puede incluir el plazo) de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1 de 1991.

HS

AT

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

En efecto, así quedó consagrado en la mencionada Acta de Reanudación del Contrato, pues de haberse establecido las condiciones para la reanudación de este de forma diferente, es decir, sin posibilidad de modificar el contrato, la decisión de CEMAS hubiese podido ser diferente. Fue la misma administración, entonces, la que señaló a CEMAS el camino a seguir para continuar con la ejecución del contrato de concesión, a pesar de que el concesionario para poder cumplirlo, se hubiere visto obligado a hacer inversiones no previstas al momento de firmar el contrato de concesión.

Resulta evidente entonces, que el contenido del acta de reanudación del contrato en su totalidad está siendo desconocido por el INCO al haber negado la solicitud de modificación del contrato de concesión portuaria No. 24 de 1999 presentado por CEMAS, sin hacer un análisis juicioso en materia del sustento financiero de la solicitud objeto del presente trámite administrativo."

CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Se reitera en este punto lo dicho frente al tercer argumento presentado por el recurrente, en el sentido que la posibilidad de solicitar la modificación del contrato de concesión, contemplada en el acta de reanudación no difiere en nada de la posibilidad con que cuentan todos los concesionarios de solicitar la variación de las condiciones establecidas inicialmente en el contrato, siempre y cuando se encuentren debidamente sustentadas y una vez evaluadas de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley y el reglamento vigente, la autoridad competente, en este caso el Instituto Nacional de Concesiones, previa decisión de su Consejo directivo decida su aprobación.

SEXTO ARGUMENTO DEL RECURRENTE

(...) Procedencia del Recurso de Apelación

A pesar de que el Artículo 4 de la Resolución 468 de 2010 menciona que contra dicho Acto Administrativo sólo procede el recurso de reposición, consideramos que de manera subsidiaria el recurso de apelación es procedente toda vez que el numeral 2 del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo señala "por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos: 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito". De acuerdo con lo anterior, el recurso de apelación se interpone en subsidio ante el Despacho de la señora Gerente del INCO. (...)"

CONSIDERACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

En relación con la apelación, debe decirse que es un recurso por medio del cual el ordenamiento permite que el superior jerárquico de quien ha tenido que conocer una causa, pueda revocar o modificar las decisiones tomadas en un proceso. Por medio de esta figura, el sistema jurídico posibilita caminos para la corrección de sus decisiones, para la unificación de criterios jurídicos de decisión.⁴

En el caso bajo estudio, resulta necesario aclarar que la potestad del Subgerente de Gestión Contractual del Instituto nacional de Concesiones INCO para proferir las

⁴ Corte Constitucional Sentencia C-415 de 2002

21
17

09 FEB 2011

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"

decisiones administrativas dentro del trámite de modificación de un contrato de concesión portuaria, tiene fundamento en la facultad delegada expresamente por el Gerente General a través de la Resolución 065 del 1 de febrero de 2005.

El artículo 209 de la Constitución, señala que "la función administrativa está al servicio de los intereses generales y esta se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones", y el artículo 211 de la Carta dispone que la ley fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

Que a su vez la Ley 489 de 1998, sobre la delegación dispone que las autoridades administrativas, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

La doctrina sobre la materia, ha señalado que son elementos constitutivos de la delegación los siguientes: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro; (ii) que la transferencia de funciones se realice por el órgano titular de la función; (iii) que dicha transferencia cuente con una previa autorización legal; (iv) y que el órgano que confiera la delegación pueda siempre y en cualquier momento reasumir la competencias.

Lo anterior significa que la delegación implica investir de autoridad o de competencia al delegatario para que tome decisiones para el cumplimiento de funciones propias del empleo delegante.

En ese orden de ideas, y atendiendo que se cumplieron los presupuestos legales contemplados en la Ley 489 de 1998, es preciso señalar que contra las decisiones adoptadas por los delegatorias, en este caso el Subgerente de Gestión Contractual del INCO, únicamente procede recurso de reposición.

En concordancia con lo anterior, en armonía con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998, contra la decisión adoptada por el Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones INCO, no procede el recurso de apelación, presentado en subsidio del recurso de reposición.

Por lo anterior es claro que el recurso examinado no tiene vocación de prosperar y no hay lugar a acceder a su objeto, en consecuencia se confirmará en su totalidad la Resolución No. 463 del 3 de noviembre de 2010.

Que en mérito de lo expuesto,

Ver sentencia T-024 de 1996, con criterio reiterado en las sentencias C-496 de 1998, C-561 de 1999 y C-727 de 2000

21
17

"POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN"**RESUELVE**

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 463 del 3 de noviembre de 2010 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, notificar personalmente a la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S. A. CEMAS S. A., a través de su representante legal o apoderado debidamente constituido.

ARTÍCULO TERCERO.- Por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, comunicar, al Instituto Nacional de Vías INVIAS, a la Superintendencia de Puertos y Transporte, al Ministerio de Transporte, a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC-, al Alcalde del Municipio de Buenaventura, al Director General de Turismo del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, a la Dirección General Marítima –DIMAR-, a la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, para su conocimiento.

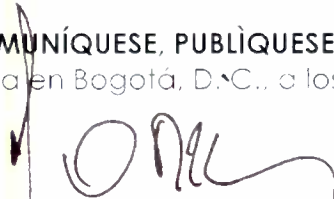
ARTÍCULO CUARTO.- Publicar en la página web de la Entidad, de conformidad con lo establecido en el Artículo 48 del Decreto 4735 de 2009.

ARTÍCULO QUINTO.- Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno y se entiende agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D.C., a los

09 FEB 2011



JAIME FERNANDO ORTIZ DÍAZ
Subgerente de Gestión Contractual

Revisaron: Consuelo Mejía Gallo – Coordinadora Medio Portuario
Hernán Darío Santana Ferrín – Coordinador Grupo Interno de Trabajo Jurídico
Evaluación Financiera: Miguel Alexei Landínez Santos, Profesional Especializado
Proyecto: Sandra Milena Betoncourt – Abogada INCC



INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
NOTIFICACIÓN PERSONAL

En Bogotá D.C., a los 01 DIA del mes de MARZO de 2011 se hizo
presente en las oficinas del Instituto Nacional de Concesiones, ANGEL FERNANDO
REYES TOLE
quién se identificó con la cédula de ciudadanía número 79.533.642 expedida en
BOGOTÁ, en su condición de ADOLESCENTE
con el fin de notificarse de la Resolución No. 097 del 09 FEBRERO 2011

El Notificado:

ANGEL FERNANDO REYES TOLE

CC 79533642

Quién Notifica:

[Signature]