

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 624 DEL 2011

(30 de diciembre de 2011)

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

LA SUBGERENTE DE GESTION CONTRACTUAL DEL
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – HOY AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA

En cumplimiento de la Ley 1ª de 1991 y sus decretos reglamentarios y en ejercicio de sus competencias y facultades legales, en especial las contenidas en los Decretos 1800 de junio de 2003, la Resolución N° 065 del 1º de febrero de 2005 y el artículo 24 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 5 de la Ley 1 de 1991 *"Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones"*, define la concesión portuaria como un "contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la entidad correspondiente, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de baja mar y zonas accesorias a aquellas o estos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos [...]".

Que la Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* establece en su artículo 4 que para el cumplimiento de los fines de la contratación pública, las entidades estatales exigirán del contratista y de su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.

Que mediante Decreto 1800 de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, que tiene como objeto 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.

Que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1800 de 2003, dentro de las funciones del Instituto Nacional de Concesiones se encuentran, entre otras, las siguientes:

- "Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley";
- "Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos a su cargo";

SM

MEL

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

- "Supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión establecidos en los contratos a su cargo";
- "Imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos."

Que como complemento de lo anterior, la Ley 1474 de 2011 *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"* en su artículo 83 dispone que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

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.

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.

Que mediante Resolución No. 1242 del 11 de noviembre de 1993, la Superintendencia General de Puertos otorgó formalmente una concesión portuaria a la sociedad C.I. DEL MAR CARIBE S.A., para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva, 150 metros de playa, terrenos de bajamar y zonas accesorias, según las especificaciones que allí se indican, localizadas en el Kilometro 64 de la carretera que de Barranquilla conduce a Santa Marta, en cercanías del municipio de Ciénaga – Magdalena, para construir un puerto particular con muelle privado, para cargue de carbón, cemento, clinker, calizas y demás cargas relacionadas con el giro ordinario de los negocios de la empresa.

Que en virtud de lo anterior, el 23 de abril de 1998 la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria C.I. DEL MAR CARIBE S.A. suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1998.

Que en virtud del Decreto 101 de 2000 fueron trasladadas al Ministerio de Transporte, las competencias en materia de concesiones portuarias.

Que mediante Resolución No. 019149 del 20 de diciembre de 2002, el Ministerio de Transporte, a quien se le habían trasladado las competencias en materia de concesiones portuarias en virtud del Decreto 101 de 2000, autorizó la cesión del contrato de concesión portuaria otorgado a la sociedad C.I. DEL MAR CARIBE S.A. a favor de la SOCIEDAD PORTUARIA DE CIÉNAGA S.A.

Que teniendo en cuenta lo establecido en los Decretos 1800 de 2003 y 2053 de 2003 y la Resolución No. 7553 del 56 de septiembre de 2003 en virtud de la cual el Ministerio de Transporte cedió al Instituto Nacional de Concesiones - INCO los contratos y convenios vigentes relacionados con el cumplimiento de la misión institucional de éste último, el 6 de abril de 2004 se suscribió el Orosí No. 01 al Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994 con el fin de indicar que la entidad contratante es el Instituto Nacional de Concesiones - INCO.

Que mediante otrosí No.2 del 3 de noviembre de 2006 al Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1994, el Instituto Nacional de Concesiones se acogió el cambio de razón social de la SOCIEDAD PORTUARIA DE CIÉNAGA S.A., por el de SOCIEDAD PORTUARIA RIO CORDOBA S.A. NIT 819.005.181-9.

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

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

público a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial denominada Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.

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.

Que dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1994, se encuentran las siguientes cláusulas relevantes para el presente acto:

"CLAUSULA QUINTA. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, SUS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, MODALIDADES DE OPERACIÓN, VOLÚMENES DE CARGA A LA QUE SE DESTINARÁ. 5.1. Descripción del proyecto. Características del puerto. El esquema del puerto (...) se ha pensado llevar a cabo con el fin de manejar anualmente hasta un millón (1.000.000) de toneladas de carbón, aproximadamente. Esto sumado a las condiciones marinas de la zona, a la topografía del terreno, a las características de las vías de acceso y a la capacidad económica de las empresas que construirán el muelle ha producido un diseño consistente para el cargue de barcazas con transferencia en altamar del mineral. (...) **5.2. Obras Marinas.** El muelle de cargue de barcazas se construirá en línea de 7 pies de profundidad, para luego remolcarlas a través de un canal navegable de 40 metros de ancho, 1.100 de longitud y 16 de profundidad (...) El barco se anclará en línea de profundidad de 45 pies. La zona de fondeo queda a 6.800 metros de la costa (...) y será alimentado por un equipo de cuatro barcazas de 3.500 toneladas de capacidad cada una. (...)"

CLAUSULA DÉCIMA SEGUNDA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO se obliga para con la SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial, con las siguientes: (...) **14.5.** Cumplir con los demás requerimientos que las leyes prevean, respecto de otras autoridades, a través de la SUPERINTENDENCIA. En este orden de ideas, EL CONCESIONARIO deberá cumplir con los requerimientos formulados por la DIMAR, la DIAN, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, el Ministerio del Medio Ambiente, la Alcaldía del Municipio de Ciénaga y por la SUPERINTENDENCIA (...) **14.6.** Cumplir con los demás requerimientos que las leyes prevean, respecto de otras autoridades de cualquier orden. **14.19.** Las otras obligaciones que se deriven de la Ley y demás disposiciones vigentes sobre aspectos técnicos de operación.

CLAUSULA DÉCIMA SEXTA. MULTAS POR MORA O INCUMPLIMIENTO. Cuando se haya producido mora o incumplimiento parcial de obligaciones legales y contractuales por parte de EL CONCESIONARIO, la SUPERINTENDENCIA le impondrá multas sucesivas. Cada multa podrá ser hasta por un valor de 35 días de ingresos brutos de EL CONCESIONARIO calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa, de conformidad con el artículo 20 del Decreto Reglamentario 1002 de 1993. El monto de la multa se graduará atendiendo los perjuicios causados, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y de las instituciones portuarias y al hecho de si se trata o no de una reincidencia por parte de EL CONCESIONARIO. Si este no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones previstas por el Artículo 41 de la Ley 01 de 1991 y el Decreto Reglamentario 1002 de 1993. Contra la resolución que impone la multa procede el recurso de reposición, de conformidad con el artículo 42 de la citada ley.

PARAGRAFO. En caso que no sea posible la aplicación de la multa establecida en la cláusula precedente, se cobrará por concepto de intereses moratorios la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de conformidad con el inciso segundo del numeral 8 del artículo cuarto de la Ley 80 de 1993. El concesionario renuncia a los requerimientos de ley para ser constituido en mora.

SML

Mel

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

OTROSI No. 01 DE 2004

CLAUSULA PRIMERA. ENTIDAD CONTRATANTE: EI INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, en virtud de lo establecido en las normas citadas en los considerandos, reemplazará en el contrato al MINISTERIO DE TRANSPORTE Y/O Superintendencia General de Puertos, de tal manera que donde diga MINISTERIO DE TRANSPORTE Y/O Superintendencia General de Puertos se entenderá INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y en este sentido la entidad contratante es ésta.

Que el Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1998 y sus respectivas modificaciones y aclaraciones se encuentran amparados por la Garantía Única de Cumplimiento expedida por la compañía aseguradora SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. según Póliza No. 1000162-9 Documento 9969408.

Que el 15 de agosto de 2007 se expidió el Decreto 3083 *"Por el cual se reglamentan el artículo 39 del Decreto Ley 2811 de 1974 y el artículo 3° de la Ley 336 de 1996"*, el cual en su artículo 1 dispone expresamente que: *"A partir del 1° de julio de 2010, en todos los puertos marítimos del país, el cargue de carbón en naves se deberá hacer a través de un sistema de cargue directo, utilizando para ello bandas transportadoras encapsuladas u otro sistema tecnológico equivalente. El sitio de embarque será el más próximo a la línea de playa que evite el fondeo para cargue, mediante la ejecución de dársenas, zonas de maniobra y canales de acceso adecuados."*

Que mediante Decreto 4289 del 4 de noviembre de 2009, se adiciona el citado Decreto 3083 de 2007 en el sentido de establecer que en el término de un (1) mes, contado a partir de la expedición del presente Decreto, los puertos marítimos que realicen cargue de carbón deberán presentar, para aprobación de los Ministerios de Transporte y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el cronograma que contenga las actividades necesarias para el cumplimiento de la obligación de cargue directo prevista en el Decreto 3083 de 2007.

Que en virtud de las disposiciones indicadas, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – MAVDT, efectuó requerimientos a la Sociedad Portuaria Rio Córdoba para que diera inicio al trámite de modificación del Plan de Manejo Ambiental a fin de incluir el sistema de cargue directo.

Que la SOCIEDAD PORTUARIA RIO CORDOBA S.A. presentó ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – MAVDT y ante el Ministerio de Transporte, el cronograma de actividades necesarias para el cumplimiento del Decreto 3083 de 2007 el cual fue aprobado por dichas autoridades mediante comunicaciones del 19 y 24 de marzo de 2010 respectivamente, estableciendo como fecha máxima de implementación del sistema de cargue directo el mes de mayo de 2012.

Que mediante documento radicado con el No. 2011-409-003302-2 del 10 de febrero de 2011 denominado "Evaluación de informes de avance de actividades para la implementación de cargue directo de carbón de la Sociedad Portuaria Rio Córdoba S.A." la supervisión del contrato reporta atraso en el cumplimiento del cronograma para la implementación del cargue directo de carbón

Que mediante documento radicado con el No.2011-409-013966-2 del 23 de mayo de 2011 denominado "Informe de supervisión Planes de Inversión", se reporta presunto incumplimiento a los requerimientos efectuados por la autoridad ambiental, según se evidencia en la parte considerativa de la Resolución No. 0159 del 4 de febrero de 2011 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – MAVDT por medio de la cual dicha autoridad decidió no autorizar la modificación del Plan de Manejo Ambiental de la SOCIEDAD PORTUARIA RIO CORDOBA S.A.

Que en informe de visita realizada entre el 23 y el 27 de mayo de 2011 se reporta que el concesionario continua haciendo operaciones portuarias utilizando el sistema de cargue de barcasas y que aun no ha iniciado las obras para la implementación del cargue directo de carbón establecido en el Decreto 3083 de 2007.

Que mediante documento radicado bajo el No. 2011-409-021493-2 del 1 de agosto de 2011 denominado "Evaluación de informes de avance de actividades para la implementación de cargue directo de carbón de la Sociedad Portuaria Rio Córdoba S.A.", la supervisión del contrato reporta nuevamente atraso en el cumplimiento del cronograma para la implementación del cargue directo de carbón

me/ *WML*

H

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

Que en virtud de los anteriores antecedentes, la Entidad dio inicio a un procedimiento administrativo por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales para la imposición de las sanciones a que hubiere lugar, de conformidad con lo establecido en Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1998 y siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 28 y demás complementarios y concordantes del Código Contencioso-Administrativo.

Que teniendo en cuenta lo anterior, se procedió a requerir a la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A. mediante comunicación No. 2011-303-010496-1 del 2 de agosto de 2011 y a la compañía aseguradora SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. mediante comunicación No. 2011-303-010492-1 del 2 de agosto de 2011, para que en ejercicio de su derecho de defensa y con el fin de salvaguardar el debido proceso, presentaran sus descargos frente a los presuntos incumplimientos contractuales reportados en los informes presentados por la supervisión del contrato; de los cuales se remitió copia con el requerimiento.

Que en el mismo requerimiento enviado al concesionario y a su garante se les citó a audiencia de descargos para el día 23 de agosto de 2011 a las 10:00 a.m. en las instalaciones del INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, en la ciudad de Bogotá.

Que mediante comunicación de fecha 22 de agosto de 2011 radicada bajo el No. 2011-409-023743-2, la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A. a través de su apoderado, dio respuesta al requerimiento efectuado por los presuntos incumplimientos contractuales reportados, planteando, en resumen, los siguientes argumentos de defensa:

1. Aspectos sustanciales

- a. El cronograma presentado por la Sociedad Portuaria Rio Córdoba estaba sujeto a una condición, consistente en el previo otorgamiento de los permisos y autorizaciones legales y, por lo tanto, no consagra obligaciones exigibles al concesionario.
- b. La Sociedad Portuaria Rio Córdoba S.A. ha demostrado la intención de darle cumplimiento al Decreto 3083 de 2007 a pesar de no ser aplicable al contrato de concesión portuaria No. 022 de 1998.
- c. El cargue directo de carbón se rige por el artículo 113 de la Ley 1450 de 2011 (Ley del Plan de Desarrollo) vigente que modifica el contenido del artículo 1 del Decreto 3083 de 2007.

2. Aspectos sustanciales

- a. El Instituto Nacional del Concesiones – INCO carece de competencia para imponer las sanciones que anuncia en el requerimiento.
- b. La cesión del contrato de concesión portuaria No. 022 de 1998 no implica la cesión, ni la delegación al INCO, de las facultades legales sancionatorias de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Que dentro del término establecido en el requerimiento correspondiente no se recibió escrito de descargos por parte de la compañía aseguradora SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. en su calidad de garante del Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1998.

Que el día 23 de agosto de 2011 a las 10:00 a.m., se llevó a cabo la audiencia de descargos dentro del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1998 según consta en el Acta No. 1 de la misma fecha, audiencia en la cual el apoderado de la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A expuso los argumentos de su defensa planteados por escrito en los descargos presentados a la entidad.

Que en desarrollo de la audiencia intervino el representante de la Compañía Aseguradora SURAMERICANA DE SEGUROS S.A., apoyando los argumentos planteados por la sociedad concesionaria y solicitando el archivo del procedimiento administrativo, según consta en el acta No. 1 del 23 de agosto de 2011.

SM

HA
me!

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

Que teniendo en cuenta los argumentos de defensa presentados por la SOCIEDAD PORTUARIA RIO CÓRDOBA S.A., mediante comunicación No. 2011-303-012559-1 del 12 de septiembre de 2011 se solicitó pronunciamiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en lo que tiene que ver con las obligaciones relacionadas con el cargue directo de carbón.

Que mediante comunicación No. 2400-2-116117 del 25 de octubre de 2011 y radicado en la entidad bajo el No. 2011-409-030847-2 del 27 de octubre de 2011, la Dirección General de la "Autoridad Nacional de Licencias Ambientales" – ANLA, emite su pronunciamiento sobre el tema consultado, en los términos que allí se indican.

Que mediante comunicación radicada en la entidad bajo el No. 2011-409-034674-2 del 5 de diciembre de 2011 se emitió concepto jurídico frente a los descargos y los argumentos de defensa presentados por la SOCIEDAD PORTUARIA RIO CÓRDOBA S.A., así como de las demás pruebas y documentos aportados dentro del procedimiento administrativo que nos ocupa; del cual se extractan los siguientes apartes:

"(...) 6. ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA

De acuerdo con lo anterior se abordarán los hechos y las consideraciones jurídicas expuestas por las partes así como las pruebas y documentación recaudada dentro del presente procedimiento administrativo.

6.1. Del cronograma aprobado.

Manifiesta la Sociedad Portuaria Rio Córdoba S.A. que el cronograma presentado ante el Ministerio de Transporte y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para dar cumplimiento lo dispuesto por el Decreto 3083 de 2007 estaba sujeto a una condición que era el otorgamiento de los permisos y autorizaciones legales previas y que por lo tanto no consagra obligaciones exigibles al concesionario.

De acuerdo con los antecedentes que obran en el expediente, en especial, lo consignado en las Resoluciones No. 0159 y No. 1200 de 2011, encontramos que efectivamente la Sociedad Portuaria Rio Córdoba S.A., previo requerimiento de la autoridad ambiental presentó ante el MAVDT y ante el MINTRANSPORTE el cronograma de actividades necesarias para el cumplimiento del Decreto 3083 de 2007, el cual fue aprobado por dichas autoridades mediante comunicaciones del 19 y 24 de marzo de 2010 respectivamente, estableciendo como fecha máxima de implementación del sistema de cargue directo el mes de mayo de 2012.

La SPRC presentó solicitud de modificación del plan de manejo ambiental en junio de 2010 y mediante Resolución No. 0159 del 4 de febrero de 2011 ratificada mediante Resolución No. 1200 del 20 de junio de 2011 el MAVDT decide no autorizar la modificación del Plan de Manejo Ambiental y ordena a la SPRC ajustar el cronograma aprobado haciendo las adecuaciones necesarias a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el Decreto 3083 de 2007.

Es preciso tener en cuenta que en la parte considerativa de los citados actos administrativos, se indica claramente que el oficio de aprobación del cronograma de actividades señaló que la misma se daba "previa obtención de los permisos y autorizaciones a que haya lugar, y del cumplimiento de la normatividad correspondiente"; de hecho, tal argumento fue uno de los sustentos de la autoridad ambiental al reiterar su decisión de improbar la modificación del plan de manejo ambiental, indicando que la aprobación impartida por los Ministerios de Transporte y Medio Ambiente solo se refería a un "calendario de trabajo" pero que se requería la previa obtención de los permisos y autorizaciones y el cumplimiento de la normatividad vigente.

De otra parte, debe tenerse en cuenta igualmente la Resolución No. 0159 del 4 de febrero de 2011 del MAVDT que decidió en primera instancia sobre la modificación del Plan de Manejo ambiental, dispuso que no la autorizaba al considerarse inviable ambientalmente por no cumplir con el cargue directo en los términos del Decreto 3083 de 2007; no obstante señaló que el concesionario está obligado a hacer los ajustes en el cronograma aprobado, haciendo las adecuaciones necesarias para dar cumplimiento a la obligación prevista en el Decreto 3083 de 2007 y sus decretos modificatorios.

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

Ha sido enfático el Ministerio de Ambiente al reiterar en sus actos administrativos que NO ha modificado la decisión de aprobación del cronograma, el cual estableció una fecha máxima para la implementación del sistema de cargue directo, con lo cual se entiende que la obligación si existe (implementación del sistema de cargue directo en los términos del Decreto 3083 de 2007) y que la fecha máxima para su cumplimiento es la establecida en el cronograma aprobado, esto es en mayo de 2012 como se indica en la parte considerativa de los actos administrativos proferidos por el MAVDT, previa la obtención de los permisos y autorizaciones y el cumplimiento de la normatividad correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que el cumplimiento de la obligación de la SPRC relacionada con la implementación del sistema de cargue directo será exigible en el mes de mayo de 2012 como se ha indicado, no obstante, de acuerdo con los informes presentados por la supervisión técnica del contrato, las obras para tal efecto no han iniciado, lo que a simple vista pudiera significar que para tal fecha no se habrá dado cumplimiento a los requerimientos efectuados por el MAVDT, requerimientos que implican el ajuste del cronograma aprobado para dar cumplimiento a la fecha máxima establecida.

6.2 Obligatoriedad de las disposiciones contenida en el Decreto 3083 de 2007.

Manifiesta el concesionario que las disposiciones contenidas en el Decreto 3083 de 2007 no son aplicables al contrato de concesión portuaria No. 022 de 1998, por no haber sido proferida dicha norma al momento de su celebración, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887¹. No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Los artículos 79 y 80 de la Constitución Política² establecieron como deber del Estado la protección del ambiente, la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, la imposición de sanciones legales y la exigencia de reparar los daños causados. En este sentido, la protección al medio ambiente corresponde a uno de los más importantes cometidos estatales, es deber del Estado garantizar a las generaciones futuras la conservación del ambiente y la preservación de los recursos naturales

A su turno, la Ley 99 de 1993 consagró los principios generales ambientales y atribuyó a las autoridades ambientales las funciones de otorgar permisos y autorizaciones para el desarrollo de actividades, que puedan afectar el medio ambiente, e imponer y ejecutar a prevención las medidas de Policía y las sanciones previstas en caso de violación a las normas de protección ambiental y exigir la reparación de los perjuicios causados.

En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 107 de la citada Ley 99 de 1993 prescribió que **las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.**

Consideramos que las normas de rango constitucional son absolutamente claras y en ese sentido es forzoso concluir que si bien las normas ambientales que nos ocupan (Decreto 3083 de 2007 y demás normas que lo modifican complementan o adicionan) evidentemente fueron proferidas con posterioridad a la suscripción del contrato, son normas de orden público, lo cual implica que son de obligatorio cumplimiento, que no son susceptibles de transacción o de renuncia a su aplicación por las entidades o por los particulares. Y lo anterior tiene su razón de ser en virtud de la obligación del estado de garantizar el derecho colectivo a un medio ambiente sano.

¹ L. 153 / 1887. ART. 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

² ART 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

ART. 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

SM

mej

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

En este sentido no es de recibo el argumento en virtud del cual se indica que las normas relacionadas con el cargue directo de carbón no resultan aplicables por haber sido proferidas con posterioridad a la celebración del contrato, y muy por el contrario, al ser normas de orden público son de OBLIGATORIO cumplimiento y no son objeto de concertación.

De hecho, revisados los antecedentes y consideraciones consignadas en los actos administrativos por los cuales se decidió sobre la modificación del plan de manejo ambiental de la SPRC, se encuentra que dicho procedimiento administrativo inició en virtud de los requerimientos efectuados por el MAVDT mediante auto No. 3163 del 23 de noviembre de 2007 confirmado mediante auto No. 987 del 31 de marzo de 2008, en virtud de los cuales se les requirió el inicio del trámite de modificación del Plan de Manejo Ambiental a fin de incluir el sistema de cargue directo, precisamente en virtud de la obligatoriedad de la norma y de su carácter de intransigible.

Por ello es claro que no se trata de una decisión voluntaria del concesionario de acoger o no la normatividad que nos ocupa, sino que se trata de una obligación que le implica dar estricto cumplimiento a dicha normativa y por lo tanto deberá gestionar oportunamente todo los trámites necesarios para tal efecto.

En el caso de la SPRC se encuentra que en virtud de los requerimientos efectuados por la autoridad ambiental inició el trámite administrativo para la modificación de su Plan de Manejo Ambiental, dentro del cual se han presentado disparidad de criterios entre MINAMBIENTE y la SPRC y que ha dado como resultado el requerimiento de nuevos ajustes al Plan de Manejo Ambiental de tal manera que se de estricto cumplimiento a las normas relacionadas con cargue directo.

Así mismo se evidencia que la SPRC, mediante comunicación No. 2010-409-030926-2 del 30/12/2010, solicita la modificación del contrato de concesión portuaria No. 22 de 1998, con el fin de que en el mismo se incluyan nuevas inversiones necesarias para atender los requerimientos del Decreto 3083/07, que consiste en el cargue directo de carbón pero con actividades de fondeo y solicita una prórroga por 20 años adicionales; solicitud esta que continúa pendiente hasta tanto se definan los ajustes solicitados por la autoridad ambiental.

Frente a este último aspecto, le asiste razón al concesionario cuando indica que es necesario modificar el contrato de concesión portuaria en lo que tiene que ver a las actividades de cargue de carbón, previo el procedimiento establecido para tal efecto en el Decreto 4735 de 2009, toda vez que actualmente el contrato en su descripción y objeto incluye en forma expresa actividades de fondeo.

Si bien el concesionario se encuentra en mora de cumplir con los requerimientos que ha efectuado la autoridad ambiental para implementar el sistema de cargue directo, motivo por el cual se inició el procedimiento administrativo que nos ocupa en esta oportunidad, también debe tenerse en cuenta que el contrato al describir el proyecto, sus especificaciones técnicas y las modalidades de operación, contempla el cargue de carbón con barcazas de transferencia en altamar.

Por lo tanto, habiéndose solicitado previamente por el concesionario la modificación del plan de manejo ambiental y del contrato de concesión portuaria para dar cumplimiento a las obligaciones sobre la implementación del cargue directo de carbón, no es posible en esta oportunidad imponer una multa por este concepto toda vez que el concesionario ha sido requerido por la autoridad ambiental para hacer los ajustes correspondientes y tiene plazo para el cumplimiento de tales obligaciones hasta el mes de mayo de 2012.

6.3 Del alcance del artículo 113 de la Ley 1450 de 2011

Uno de los argumentos de defensa presentados por la SPRC se encaminó a sostener que del cargue directo de carbón se rige por el artículo 113 de la Ley 1450 de 2011 "Ley del Plan de

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

*Desarrollo*³, artículo que según su interpretación modificó el contenido del artículo 1 del Decreto 3083 de 2007⁴.

En virtud de dicha interpretación, la SPRC interpreta que la norma vigente (es decir el artículo 113 de la Ley 1450 de 2011) NO exige que el cargue directo se haga sin acudir a operaciones de fondeo; y que por tal razón el proyecto presentado ante el Ministerio de Ambiente para dar cumplimiento a las normas de cargue directo se ajusta a la normatividad vigente.

En virtud de lo anterior, la entidad elevó consulta a la autoridad ambiental sobre la interpretación planteada por la sociedad concesionaria, consulta que fue resuelta mediante comunicación No. 2400-2-116117 del 25 de octubre de 2011 radicado con el No. 2011-409-030847-2 del 27/10/2011 proveniente de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, que sobre el particular indicó expresamente lo siguiente:

"...En varias oportunidades el Ministerio de Ambiente a través de la antes Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales ha manifestado su posición y criterio frente a la aplicación del Decreto 3083 de 2007 y sus modificaciones, incluyendo el artículo 113 de la Ley 1450 de 2011, de manera específica frente a la prohibición de fondeo en él establecida. Recientemente mediante oficio No. 2400-2-112747 del 16 de septiembre de 2011, manifestó lo siguiente:

" (...) de conformidad con Concepto emitido por la Oficina Jurídica de este Ministerio a través del memorando 1200I2100678 del 19 de agosto de 2011, la Ley por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo modificó el Decreto 3083 de 2007 sin derogarlo, y en relación con sus disposiciones, señala que deben entenderse vigentes en cuanto no contradigan lo señalado en la Ley 1450 de 2011, entendiéndose que la norma modificó la fecha inicial de julio de 2010 para la implementación del sistema de cargue directo, a enero de 2012, e incluyó la obligación para los puertos fluviales.

Cabe añadir que de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887: Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería" Por lo anterior, al no evidenciarse derogatoria expresa relacionada con la prohibición de fondeo para cargue, se reitera la posición ya expresada por este Ministerio mediante Resolución 1200 del 20 de junio de 2011"

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en la Ley 99 de 1.993, es el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la autoridad ambiental competente para evaluar los estudios ambientales y decidir sobre el otorgamiento o no de las Licencias Ambientales, se considera que frente a este argumento debe estarse a lo indicado por la autoridad ambiental frente a la vigencia de la prohibición de actividades de fondeo en el sistema de cargue directo de carbón.

6.4 Competencia del INCO – hoy Agencia Nacional de Infraestructura – para la imposición de multas.

Indica el concesionario que la entidad carece de competencia para adelantar el proceso sancionatorio y para imponer las multas contractuales, al considerar que esa competencia radica en la Superintendencia de Puertos. Al respecto es necesario hacer algunas precisiones:

³ **Art. 113. Cargue directo de carbón.** A partir del 1º de enero de 2012, los puertos marítimos y fluviales que realicen cargue de carbón, deberán hacerlo a través de un sistema de cargue directo. Aquellos concesionarios que con anterioridad a la vigencia de la presente ley hubieren presentado y les fueran aprobados los cronogramas a los cuales hace referencia el Decreto 4286 de 2009, se regirán por los mismos. En todo caso, dichos cronogramas no podrán exceder del 1º de enero de 2014.

⁴ **Art. 1.** A partir del 1º de julio de 2010, en todos los puertos marítimos del país, el cargue de carbón en naves se deberá hacer a través de un sistema de cargue directo, utilizando para ello bandas transportadoras encapsuladas u otro sistema tecnológico equivalente. El sitio de embarque será el más próximo a la línea de playa que evite el fondeo para cargue, mediante la ejecución de dársenas, zonas de maniobra y canales de acceso adecuados."

SM

HA

Med

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

El contrato de concesión portuaria No. 022 fue suscrito entre la Superintendencia General de Puertos y el concesionario el día 23 de abril de 1998, fecha para la cual se encontraban vigentes tanto la Ley 1ª de 1991 como la Ley 80 de 1993.

Posteriormente, en virtud del Decreto 101 de 2000, fueron trasladadas al Ministerio de Transporte las competencias en materia de concesiones portuarias⁵

Luego, mediante Decreto 1800 de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería Jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, que tiene como objeto 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.

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Transporte cedió a título gratuito los contratos y convenios vigentes relacionados con el cumplimiento de la misión del Instituto, que para el caso particular se realizó mediante Resolución No. 007553 del 5 de septiembre de 2003 del Ministerio de Transporte.

Posteriormente, mediante otrosí No. 1 al contrato de concesión portuaria suscrito el 1 de abril de 2004 se estableció lo siguiente:

"CLAUSULA PRIMERA: ENTIDAD CONTRATANTE: EI INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, en virtud de lo establecido en las normas citadas en los considerandos, reemplazará en el contrato al Ministerio de Transporte y/o Superintendencia General de Puertos, de manera que donde se diga Ministerio de Transporte y/o Superintendencia General de Puertos se entenderá INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y en este sentido la entidad contratante es ésta." (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, el INCO – hoy Agencia Nacional de Infraestructura, es la entidad pública contratante⁶ y por lo tanto en ella radican los derechos y obligaciones que en tal calidad le corresponde.

Sobre este particular tenemos que la Ley 80 de 1993, establece en su artículo 4 que para el cumplimiento de los fines de la contratación pública, las entidades estatales exigirán del contratista y de su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Lo anterior en concordancia con lo establecido en el artículo 3 del decreto 1800 de 2003 y actualmente con el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, le permiten a la entidad ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley e imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos.

Por lo anterior, es perfectamente viable que en el caso del contrato de concesión No. 022 de 1998, el INCO - Hoy Agencia Nacional de Infraestructura, como Entidad Contratante, pueda proceder a declarar el incumplimiento total o parcial del contrato, y en tal virtud pueda imponer las multas que se hubieren pactado e incluso hacer efectiva la garantía de cumplimiento, o en casos extremos pueda declarar la caducidad del contrato por grave incumplimiento a las obligaciones contractuales.

Por último, en lo que se refiere a la Ley 1150 de 2007, es claro que esta norma dispone la facultad que tienen las Entidades para declarar incumplido un contrato e imponer multas. Sobre el particular dispuso el artículo 17 lo siguiente:

"Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de

⁵ Art. 44. Parágrafo 2º. (Modificado por el Decreto 2741 de 2001, artículo 5º). Las funciones que realiza la actual Superintendencia General de Puertos en materia de concesiones y demás actividades portuarias, salvo aquellas de inspección, control y vigilancia, se trasladarán al Ministerio de Transporte, acorde con lo contemplado en este decreto y con las que corresponden a la Supertransporte según lo previsto en este artículo.

⁶ Ver Art. 2 Ley 80 de 1993. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

(...)

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas" (subraya fuera del texto).

De la lectura de la norma se entiende, en primer lugar, que las Entidades contratantes pueden imponer multas, siempre y cuando las mismas se encuentren pactadas en el contrato y se de cumplimiento a un debido proceso. Adicionalmente, la norma ha previsto su aplicación de manera retrospectiva, es decir, para contratos celebrados con anterioridad a su expedición. (...)

En segundo lugar se observa que la norma establece expresamente que las multas y sanciones se impondrán con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones; y de la lectura del mismo se observa que de ninguna manera diferencia si se trata de obligaciones "contractuales o legales" como lo afirma el concesionario en sus descargos, sino todas las obligaciones del contratista que se derivan de la debida ejecución del objeto contractual, estén las mismas previstas expresamente en el contrato o en la Ley.

En el caso de la Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A. en el Contrato No. 022 de 1998 se establece claramente la facultad para la entidad contratante o concedente de imponer de multas por mora o incumplimiento parcial de obligaciones legales y contractuales por parte de concesionario.

Así las cosas, es claro que el INCO – hoy Agencia Nacional de Infraestructura - tiene plena autorización contractual y legal para imponer multas, en caso de así considerarlo, en el evento de incumplimiento de las obligaciones del concesionario, previo el procedimiento administrativo que garantice el derecho de defensa y el debido proceso del concesionario.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

Revisados así los antecedentes del caso y analizados los argumentos planteados por las partes dentro del procedimiento administrativo que nos ocupa, se recomienda que la Entidad finalice el trámite sancionatorio iniciado en contra de la SPRC, considerando que no es procedente en estas circunstancias imponer la multa contractual, toda vez que durante el presente trámite se logró establecer que si bien es cierto que a la fecha no se está dando cumplimiento con la obligación legal de implementar el sistema de cargue directo de carbón de conformidad con lo establecido en el Decreto 3083 de 2007, disposición de orden público cuyo cumplimiento es imperativo e intransigible; también lo es que Concesionario ha efectuado los trámites necesarios para dar cumplimiento a la obligación, tales como la solicitud de modificación de su plan de manejo ambiental ante el Ministerio de Ambiente y la solicitud de modificación de su contrato de concesión portuaria para los ajustes correspondientes. Adicional a lo anterior, dentro de dichos trámites se ha efectuado requerimiento por parte de la autoridad ambiental para que el concesionario realice los ajustes evidenciando que el plazo para tal efecto vence en mayo del año 2012.

Que la entidad procedió a estudiar los argumentos y pruebas presentadas por la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A. dentro del presente trámite administrativo, así como los conceptos, informes y demás documentación que obra en el expediente contractual, evidenciando que si bien es claro que existe una normatividad ambiental de carácter imperativo que no está siendo implementada por el concesionario, en las circunstancias actuales no es posible imputar incumplimiento de las obligaciones del concesionario relacionadas con la implementación del sistema de cargue directo de carbón y como consecuencia de lo anterior tampoco puede imputarse incumplimiento del cronograma de obras aprobado para tal efecto por la autoridad ambiental.

SMM

me/

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

Que no obstante lo anterior, es necesario que la SOCIEDAD PORTUARIA RIO CÓRDOBA S.A. mantenga informada a la Entidad de manera permanente, sobre todas las gestiones adelantadas ante la autoridad ambiental para dar cumplimiento a los requerimientos que ésta le ha efectuado para que se implemente el sistema de cargue directo de carbón en los términos y condiciones que le han sido exigidos.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Archivar y dar por terminado el procedimiento administrativo iniciado por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, por los presuntos incumplimientos contractuales del Contrato de Concesión Portuaria No. 022 de 1998 de la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Ordenar a la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A. la presentación de reportes mensuales sobre los avances de las gestiones adelantadas ante la autoridad ambiental para dar cumplimiento a los requerimientos que ésta le ha efectuado para que se implemente el sistema de cargue directo de carbón en los términos y condiciones que le han sido exigidos.

ARTÍCULO TERCERO.- Notificar el contenido de la presente Resolución al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CÓRDOBA S.A. y al representante legal de la compañía Aseguradora SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. de conformidad con lo establecido en los artículos 44 y siguientes del C.C.A.

ARTÍCULO CUARTO.- Comunicar el contenido de la presente Resolución a la Dirección General de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

ARTÍCULO QUINTO.- La presente resolución rige a partir de su expedición y contra la misma solamente procede el recurso de reposición.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C.

30 DIC 2011


SILVIA URBINA RESTREPO
Subgerente de Gestión Contractual

Proyectó: Marcela Urquijo - Asesora Jurídica GIPP
Revisó: Fernando Hoyos Escobar - Asesor Técnico GITP
Revisó: María Catalina Laverde - Asesora Jurídica GITP
Vo.Bo: Martha Calderón - Coordinadora Grupo Interno de Trabajo Jurídico