

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 298 DEL 2012

(24 MAY 2012)

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012”

EL PRESIDENTE DE LA 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 el numeral 9º del artículo 11 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, y

CONSIDERANDO:

Primero. Que mediante Resolución No. 090 del 09 de febrero de 2012 la Agencia Nacional de Infraestructura, previo el cumplimiento de las disposiciones legales contenidas en la Ley 1ª de 1991 y del procedimiento previsto en el artículo 24 del Decreto 4735 de 2009, resolvió la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 1992 presentada por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC.

Segundo. Que la Resolución No. 090 del 9 de febrero de 2012 fue notificada en forma personal al Representante Legal de la sociedad concesionaria el día 9 de febrero de 2011.

Tercero. Que mediante comunicación radicada bajo el No. 2012-409-004460-2 del 15 de febrero de 2012 el representante legal de la Sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 090 del 9 de febrero de 2012.

Cuarto. Que la Agencia Nacional de Infraestructura procedió a analizar cada uno de los argumentos del recurso interpuesto, de conformidad con los documentos contractuales, las actuaciones surtidas dentro del procedimiento de modificación que nos ocupa y el marco legal aplicable de forma y de fondo a la actuación surtida, conforme se evidencia a continuación:

4.1 MOTIVOS DE ICONFORMIDAD RELACIONADOS CON LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE LA CONCESIÓN.

El recurrente solicita que se modifique la resolución y se acepte la solicitud de extensión del plazo que le fuera negada mediante el acto administrativo recurrido, con base en los argumentos y motivos de inconformidad analizados a continuación:

4.1.1 Argumentos según los cuales las inversiones en el área privada deben ser tenidas en cuenta

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

4.1.1.1 Sostiene el recurrente que "... Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: 1. APCI, al realizar las obras de cargue directo, **responde a una orden del Gobierno Nacional**, impuesta en el Decreto 3083 de 2007¹ y en el art 113 de la Ley 1450 de 2011². Es decir, las obras en el área marina, en la playa y en tierra responden a una obligación legal. Además, las obras en el área privada (en tierra) se requieren para operar el puerto en forma integral y eficiente." – Resaltados fuera de texto-

Lo primero es diferenciar claramente entre lo que es una "orden" y la situación y naturaleza jurídica que surge de la operación de los puertos marítimos del país que se dediquen o tengan dentro de su giro ordinario el cargue de carbón, pues este argumento y otros subsiguientes .

El concesionario indica que la realización de las obras necesarias para la implementación del cargue directo obedece a una orden del Gobierno Nacional en virtud del Decreto 3083 de 2007 y el artículo 113 de la Ley 1450 de 2011; sin embargo las normas citadas por el recurrente son normas de carácter ambiental derivadas de los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, que 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.

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. A su vez, 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.

De allí que el marco normativo que fue establecido desde hace más de tres años por el Gobierno Nacional en materia de cargue de carbón constituyen disposiciones de ORDEN PÚBLICO, y que se establecen como expresión del deber del Estado de garantizar la prevalencia del interés general y de los derechos colectivos fundamentales sobre el interés particular y los derechos individuales.

En este sentido, la realización de las obras de cargue directo por parte de AMERICAN PORT COMPANY INC, quien está desarrollando una actividad económica privada, constituye una condición para que la operación portuaria y el cargue de carbón se realicen en armonía con los principios del Estado social de derecho que se estableció en la Constitución Política, .

Debe recordarse que si bien la propiedad privada y su actividad y gestión empresarial en el ámbito del derecho privado se encuentra garantizada por la Constitución y la Ley, la misma no constituye un derecho absoluto, pues el legislador, facultado para definir su alcance o limitar su ejercicio cuando así lo exija el interés público, en este caso particular estableció un

¹ 2 Por el cual se reglamentan el artículo 39 del Decreto-ley 2811 de 1974 y el artículo 30 de la Ley 336 de 1996 Este Decreto fue modificado por el Decreto 4286 de 2009 y Decreto 700 de 2010 Dice el Decreto "Artículo 10 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"

² Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. "ARTICULO 113. CARGUE DIRECTO DE CARBÓN A partir del 1 de enero de 2012, los puertos marítimos y fluviales que realicen cargue de carbón, deberán hacerlo a través de un sistema de cargue directo

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

marco legal que impone condiciones para su ejercicio. Al respecto la H. Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

*"(...) La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo **no es absoluta**, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan "el interés social, **el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación**". Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica "supone responsabilidades". El Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, **el medio ambiente**, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica." (Subrayado y resaltado fuera de texto). C. Cnal. Sentencia No. C-524/95 del 16 de noviembre de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz*

En este sentido, no puede sostenerse a ningún título que la Agencia Nacional de Infraestructura como concedente, ni el Gobierno Nacional como ejecutivo, hayan "impartido una orden"; antes por el contrario, el Congreso de la República en su condición de legislador expidió normas que fueron reglamentadas por el Gobierno Nacional, relacionadas con condiciones que la propia Constitución Política ordena expedir en orden a hacer prevalecer el orden constitucional y los derechos fundamentales que se impone observar en el contexto del Estado Social de Derecho, que en interés de AMERICAN PORT COMPANY INC de desarrollar su actividad comercial privada se le impone observar por el carácter de orden público que tienen las disposiciones ambientales, a las que se les brinda prelación y preferencia sobre la iniciativa privada.

Por las razones anteriores no es de recibo el argumento planteado.

- 4.1.1.2 Sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 2. El proyecto solamente puede concebirse en forma integral, que incluye tanto su operación minera como su operación férrea y su operación portuaria, que a su vez requiere tanto de una actividad en el área objeto de la concesión portuaria como en el resto del puerto Para poder exportar carbón se requiere una eficiencia y coordinación en esas actividades, y las inversiones y ampliaciones deben guardar coherencia e integridad y precisamente por ello todos los contratos esta interrelacionados legalmente.³"

El argumento transcrito cita apartes de una modificación contractual suscrita en el año 1993 al Contrato No. 078 de 23 de agosto de 1988, celebrado entre Carbones de Colombia S.A. - CARBOCOL⁴- y DRUMMOND LTDA, que tenía por objeto la exploración, construcción y

³ Escritura Pública 4143 de 18 de agosto de 1993 de la Notaría 20 de Bogotá

"...El Contrato de exploración y explotación suscrito entre Drummond Ltd y Carbochol (Ingeominas) hace expresa referencia a esta relación "En el evento en que el contrato de exploración y explotación CARBOCOL-DRUMMOND termine por cualquier causa antes que la concesión portuaria otorgada a APCI, CARBOCOL y APCI obligan a que, **tanto las instalaciones cuya propiedad sea transferida a CARBOCOL como las que continúen siendo de propiedad de APCI, operen en forma integrada** con el propósito de mantener la funcionalidad de la unidad portuaria, en forma tal que preste el servicio portuario que requiere el proyecto carbonífero de La Loma, todo ello hasta el vencimiento del contrato de concesión portuaria entre APO y la Superintendencia General de Puertos Para efectos del servicio portuario al proyecto Carbonífero de La Loma, necesariamente **se habrá de tener en consideración cualquier derecho o propiedad que llegue a tener CARBOCOL sobre las instalaciones del Puerto**" (Se resalta)

⁴ ECOCARBON fue cesionaria de los derechos de CARBOCOL en el contrato 078, según Resolución No. 601078 de diciembre de 1993, expedida por el Ministerio de Minas y Energía. Por Decreto 1679 de 27 de junio de 1997, se

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

montaje para la extracción del mineral, así como la explotación, transporte y comercialización del proyecto carbonífero en una zona del Departamento del Cesar, siendo necesario precisar que el mencionado contrato es un contrato completamente diferente al Contrato de Concesión Portuaria suscrito por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC, rigiéndose cada uno por una regulación diferente, sin que, de manera alguna, pueda jurídicamente justificarse el traslado de los efectos de un contrato a otro, ni se puedan considerar los efectos de las prestaciones, obligaciones y derechos de un contrato para generar consecuencias en el otro.

En este sentido, ni la agencia nacional de infraestructura tiene injerencia alguna en la relación jurídica y contractual existente entre Drummond e Ingeominas, como, del mismo modo, Ingeominas no tiene injerencia alguna en la relación jurídica contractual existente entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad American Port Company Inc.

Ahora bien, revisado el aparte transcrito al pie de página del contrato suscrito entre CARBOCOL (Ingeominas) y Drummond Ltda., se observa que en el mismo se establecen derechos y obligaciones a cargo de las partes de ese contrato, que no vinculan a la Agencia Nacional de Infraestructura. Por el contrario, en el mismo simplemente se establecen consecuencias de la eventual terminación del contrato de concesión portuaria frente al desarrollo y ejecución del contrato de explotación minera suscrito por CARBOCOL (Ingeominas) y DRUMMOND, que de ninguna manera alteran o condicionan el plazo del contrato de concesión portuaria vigente entre la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC. y la Agencia Nacional de Infraestructura, el cual obedece a criterios autónomos y propios de la concesión portuaria otorgada. .

Por las razones anteriores este argumento resulta improcedente.

4.1.1.3 Sostiene el recurrente que "(...) *Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 3. Mantener las instalaciones existentes en el área privada, para atender el cargue directo diseñado, implicaría una reducción en la capacidad de embarque a volúmenes entre 15 y 20 millones de toneladas año, con lo cual las cálculos sobre la amortización de la inversión serían diferentes. Adicionalmente, mantener las instalaciones existentes causaría impactos en las explotaciones, con las consecuencias inmediatas en la reducción en regalías e impuestos, entre otros.*"

Este argumento del recurrente es contraevidente respecto de su propia información, suministrada por el peticionario a la Agencia Nacional de Infraestructura para el trámite de su solicitud, si se tiene en cuenta, en primer lugar, que conforme a la misma, la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC efectuará exportaciones hasta el 31 de diciembre de 2013 con una rata de desembarque que depende de las barcazas, grúas flotantes y banda de descargue, con lo cual no se afectarían las operaciones actuales; es así como la adaptación del nuevo sistema de cargue directo no interferirá de manera sustancial con la operación ya existente.

Antes por el contrario, es claro para ésta entidad que las nuevas obras a ejecutar por parte de la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC para la implementación del sistema de cargue directo generarían un incremento en las exportaciones de carbón, pues la movilización de esta carga pasará de aproximadamente 23.000.000 de toneladas anuales a aproximadamente 40.000.000 de toneladas anuales, lo cual no se podría lograr sin aumentar la rata de descargue.

fusionaron las sociedades MINERALCO S.A. y ECOCARBON, fusión que dio lugar a la creación de MINERCOL Ltda., como una sociedad de responsabilidad limitada, del orden nacional, con capital estatal, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, entidad que luego entró en liquidación según lo ordenado por el Decreto 254 de 28 de enero de 2004 e INGEOMINAS se subrogó en la posición de MINERCOL Ltda. en liquidación.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Con base en lo anterior se considera que, aunque se tengan que efectuar cambios que implican inversiones por parte de la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC, está previsto en la cifrase del concesionario que el cambio le generarán aumentos en las exportaciones así como en su capacidad de embarque.

En este punto es preciso tener en cuenta que contrario a lo manifestado por la sociedad recurrente, el documento CONPES No. 3611 de 2010 "PLAN DE EXPANSIÓN PORTUARIA 2009-2011: PUERTOS PARA LA COMPETITIVIDAD Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE" indica que la ampliación de la infraestructura, el mejoramiento de los sistemas de cargue y el cumplimiento de las normas ambientales, específicamente para el cargue de carbón, redundará en el mejoramiento del desempeño de los puertos. En este sentido se lee:

"... la ampliación de la capacidad portuaria constituye una prioridad a considerar en los lineamientos de política nacional, como aporte en la búsqueda de mayores niveles de competitividad para el país, y en la deseable reducción de costos logísticos; sin embargo, teniendo en cuenta la coyuntura económica actual, una desaceleración en la productividad mundial, en la demanda generalizada de bienes y servicios, y por lo tanto, en la demanda de servicios de transporte marítimo, deberá ser tomada como una oportunidad para la mejora progresiva de la infraestructura actual y la reducción de los índices de congestión, que el crecimiento del comercio exterior ha generado en el sistema portuario nacional durante los últimos años.

(...) Es función del Gobierno Nacional promover la adopción de criterios de sostenibilidad en la gestión de los sectores productivos, en aras de mejorar la calidad ambiental, hacer un uso racional de los recursos naturales, proteger el medio ambiente y mejorar la calidad de vida de la sociedad.

(...) La exportación del carbón, a través de los puertos marítimos, es una de las actividades sobre las cuales se han establecido problemas y planteado soluciones en términos de sostenibilidad ambiental que minimicen la interacción de la actividad con su entorno. En ese sentido, mediante el Decreto 3083 de 200723 y el Documento Conpes 3540 de 200824, se estableció una estrategia para la adopción de mejores prácticas operativas en los puertos carboneros, basadas en tecnologías limpias que permitan minimizar los posibles impactos que la movilización del carbón puede ocasionar.

Como consecuencia de lo anterior 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. Los puertos marítimos que sean autorizados para la operación de carbón, deberán ser compatibles con el Plan Integral de Ordenamiento Portuario. El interesado deberá tramitar y obtener los permisos, concesiones, autorizaciones y/o modificaciones a que haya lugar para asegurar el cumplimiento de las medidas dispuestas. Lo anterior sin perjuicio de los demás requerimientos exigidos por las autoridades competentes.

La operación de los puertos carboníferos deberá realizarse de acuerdo con las mejores prácticas y tecnologías limpias que eviten la dispersión de partículas de carbón, incluyendo entre otros, sistemas de humectación eficientes, control de altura de pilas de almacenamiento y de descarga de carbón, reducción de inventarios y control de emisiones en puntos de transferencia. Estas operaciones contarán con barreras u otros dispositivos para el control de la dispersión de estas partículas por fuera de las zonas de manejo."

Por todo lo anterior, este argumento resulta improcedente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

4.1.1.4 Sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 4. Las obras en el área privada también revertirán a la Nación, según el contrato de exploración y explotación suscrito entre Drummond Ltd y Carbocol (Ingeominas)

Sobre este particular se reitera que la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene injerencia en la ejecución, desarrollo o terminación del citado contrato, toda vez que no es parte en el mismo y por lo tanto las cláusulas contractuales en él establecidas no vinculan a la Agencia, y por lo tanto nos remitimos a los argumentos ya expuestos en el numeral 4.1.1.2 del presente acto administrativo, sin perjuicio de reiterar que, tratándose de contratos de concesión independientes, en cada uno de ellos se tiene establecida la reversión a favor de la Nación, pero cada entidad será competente en los términos y en uso de las facultades que en cada caso corresponde, y no de manera integral como se indica en su recurso.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la actividad minera se encuentra regulada actualmente por la Ley 685 de 2001, Código de Minas vigente, norma que dispone lo siguiente frente al tema de la reversión:

"Artículo 113. Reversión gratuita. En todos los casos de terminación del contrato, ocurrida en cualquier tiempo, operará la reversión gratuita de bienes en favor del Estado circunscrita esta medida a los inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinadas por el concesionario en forma exclusiva al transporte y al embarque de los minerales provenientes del área comprendida en tal contrato y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del mismo (yacimiento) y de los frentes de trabajo.

"Esta reversión operará sólo en los casos en que las características y dimensiones de los mencionados bienes, **a juicio de la autoridad minera**, los hagan aptos como infraestructura destinada a un servicio público de transporte o embarque o darse al uso de la comunidad.

"Artículo 357. Cláusula de reversión. En los contratos celebrados antes de la expedición del presente Código, en los que se hubiere pactado la obligación de entregar, a título de reversión gratuita, bienes adquiridos o construidos por el contratista, este podrá, a la terminación del contrato, convenir la sustitución de esa obligación por la de pagar **a la entidad contratante**, una suma equivalente al valor de tales bienes. En caso de no haber acuerdo sobre el monto de la mencionada suma, las partes podrán recurrir al arbitramento técnico en la forma prevista en el artículo 294 de este Código y correrán por cuenta del contratista los costos y honorarios que se causen. No habrá lugar a la sustitución de la obligación de reversión de los inmuebles e instalaciones permanentes que tengan, **a juicio de la autoridad minera**, las características y dimensiones que las hagan aptas como infraestructura a un servicio público de transporte o embarque o darse al uso de la comunidad." (Subrayados y resaltados fuera de texto)

Como se observa, la competencia en el procedimiento de reversión en los contratos de explotación y exploración minera, si bien implica que algunos bienes pasen a ser propiedad de la Nación, son de la autonomía de la "autoridad minera", autoridad que de conformidad con lo establecido en el Decreto 4134 de 2011 es actualmente la Agencia Nacional de Minería, ANM y quien está encargada de administrar y disponer de los bienes muebles e inmuebles que pasen al Estado por finalización de los contratos de concesión de su competencia a los que aplique cláusula de reversión.

Por lo anteriormente expuesto, el argumento analizado no prospera.

4.1.1.5 Sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 5. En las extensiones de los plazos de los contratos de concesión de las

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

sociedades portuarias regionales de Buenaventura⁵, Santa Marta⁶ y Barranquilla⁷ la autoridad portuaria tuvo en cuenta las inversiones que se realizarían o instalarían tanto en los bienes de uso público como en el resto del puerto APCI invoca su derecho constitucional a la igualdad para que se adopte respecto de ella el mismo criterio que se ha adoptado en casos similares. Hasta donde APCI sabe, no hay norma alguna que permita privilegiar a las sociedades portuarias regionales en este sentido".

Sobre el particular, en lo que tiene que ver con los contratos de concesión portuaria de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura (Contrato No. 009 de 1994) y de la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta (Contrato No. 006 de 1993), se precisa que en los mismos solo se tuvieron en cuenta las inversiones a realizar en la ZONA DE USO PÚBLICO, y como consecuencia de lo anterior, en las negociaciones correspondientes, así como en los análisis financieros que en su momento se hicieron de las respectivas modificaciones contractuales, no se consideraron para ningún efecto las inversiones en las áreas privadas, lo cual puede corroborarse en los correspondientes contratos de concesión portuaria.

Por su parte, nos abstenemos de hacer pronunciamiento alguno sobre el contrato de la sociedad portuaria de Barranquilla, toda vez que el mismo se encuentra bajo la competencia de CORMAGDALENA, entidad autónoma e independiente de la Agencia Nacional de Infraestructura, sin que ésta entidad tenga conocimiento ni injerencia alguna sobre las condiciones y criterios que se han aplicado para su ejecución y desarrollo.

⁵ Otrosí No 02 al Contrato de Concesión No 09 de 1994 suscrito entre la Nación Superintendencia de Puertos y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S A:

CLAUSULA SEXTA. - Modificación del plazo de la concesión portuaria. El plazo de la concesión portuaria será por (20) veinte años adicionales, contados a partir de la fecha de vencimiento del plazo original, esto es hasta el 21 de febrero de 2034, teniendo en cuenta las inversiones previstas en el Plan de Inversión y el cronograma para su ejecución.

Estas inversiones incluyen:

- Adecuación de zona para contenedores
- Demolición bodega y construcción vigas
- Sustitución losas piso
- Grúas
- Adecuación de edificio, etc.

⁶ Otrosí número 006 de 2008.

CLAUSULA QUINTA - Modificación del plazo de la concesión portuaria. Las partes convienen ampliar el plazo de la concesión portuaria por veinte (20) años adicionales, teniendo en cuenta las inversiones previstas en el Plan de Inversión y el cronograma para su ejecución.

Las inversiones aprobadas las relaciona el mismo Otrosí y hacen referencia, con un valor en dólares cuya sumatoria equivale al total de la inversión, a conceptos como:

- Infraestructura terminal Contenedores
- Equipos terminal Contenedores
- Infraestructura terminal graneles
- Equipos terminal graneles
- Infraestructura terminal carga general
- Equipos terminal carga general

⁷ Resolución 123 de mayo 29 de 2008.

En la Sociedad Portuaria de Barranquilla, ya no el INCO sino Cormagdalena resolvió modificación al Contrato de Concesión, así

Artículo Séptimo MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE LA CONCESION. portuaria se adiciona en La concesión portuaria se adiciona en un término de 20 años contados a partir de la expansión (sic) del plazo inicial, es decir la concesión terminará el día 8 de noviembre de 2033

El plan de inversiones incluye

- * Terminal contenedores
- * Terminal multipropósito
- * Edificio Administrativo
- * Accesos vías internas patios
- * Centro de negocios internacionales

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión portuaria en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura se rigen por la ley 1ª de 1991 (Art. 8) y en el Acuerdo 0112 de 2005 (Num. 17.10), la cual establece que los bienes a revertir son aquellos **ubicados habitualmente en la zona de uso público** objeto de la concesión, y por lo tanto, las inversiones que se pueden tener en cuenta al establecer las condiciones de la concesión son únicamente aquellas realizadas en la zona de uso público y no en las áreas privadas.

Por lo anterior, el argumento planteado resulta improcedente.

4.1.1.6 Sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 6. Consistente con la práctica del INCO y Cormagdalena al tratar la extensión del plazo de los contratos de las sociedades portuarias referidos, la Corte Constitucional ha señalado que el plazo de la concesión debe ser suficiente para poder amortizar la inversión realizada en los bienes⁸, y que el plazo debe responder al capital vinculado a la gestión (no sólo al área de uso público que se entrega en concesión) y a los costos que apareja el negocio. Es decir, la solicitud de APCI es consistente con (i) las prácticas acogidas por el INCO y Cormagdalena al responder a las solicitudes de extensión del término de las concesiones portuarias, (ii) como con la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Como sustento al argumento planteado, el recurrente hace referencia a la Sentencia C-068 de 2009 de la H. Corte Constitucional, que en su momento estudió la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 8 de la Ley 1ª de 1991

Al respecto es preciso tener en cuenta lo que establece el citado artículo 8 de la ley 1ª de 1991 a saber:

"ARTÍCULO 8º. Plazo y reversión. El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por periodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos.

Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de concesión serán cedidos gratuitamente

⁸ Corte Constitucional, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo "Sentencia C068 2009" Dice la Corte

"...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,()

El tope de este termino inicial no aparece desproporcionado, pues guarda correspondencia con la magnitud de lo que suelen ser las inversiones desarrolladas en ejecución de contratos de concesión, y se aprecia razonable para garantizar la ecuación contractual -según el caso- de modo que el capital vinculado a la gestión disponga del incentivo justo que le permita al operador cumplir con el cometido de la prestación adecuada ()

() el esquema de concesión portuaria implica inversiones a cargo de las sociedades portuarias para vincular capitales a la generación de infraestructura o prestación de servicios portuarios, reducir el impacto de los costos portuarios en los precios al consumidor y en la competitividad de los productos en los mercados internacionales, promover el empleo de tecnología de punta en la adecuación de la infraestructura portuaria y su expansión, y en general, estimular el crecimiento del sector externo de la economía nacional

(...) En tal orden, la ampliación del término de la concesión o de la prórroga será determinable, con base en factores objetivos, de acuerdo con cálculos económicos previsibles. Así, por ejemplo, si las inversiones requeridas para actualizar en tecnología un puerto son tan significativas como para poder determinarse que su operación normal no alcanzaría a cubrir las en los 20 años inicialmente pactados, sería constitucionalmente viable que se otorgue la concesión por un término superior, con miras a mejorar la prestación del servicio y a solventar una necesidad en el sector. Como es fácil de notar, las razones que justifican el aumento en el término son perfectamente cuantificables y su fundamento se reflejara previamente en un cálculo financiero que tenga en cuenta las variables relacionadas con el negocio y con los costos que apareja.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquella." (Subrayado y resaltado fuera de texto)

La norma transcrita es clara al establecer que los factores a tener en cuenta al momento de determinar el plazo de los contratos de concesión portuaria apuntan precisamente a que el concesionario, en condiciones razonables de operación, recupere las inversiones propuestas, y en tal sentido en el caso que nos ocupa se hizo el análisis de las inversiones propuestas por el concesionario y el tiempo en que dichas inversiones serían recuperadas por AMERICAN PORT COMPANY INC en condiciones normales de operación, según la información financiera presentada por la propia sociedad concesionaria dentro del trámite de la solicitud de modificación del contrato, resultando de ello la suficiencia del plazo concedido para la recuperación de sus inversiones. No se tuvo en consideración otro factor para analizar la viabilidad de prorrogar el plazo, y no se podría haber hecho toda vez que se trata de un puerto de servicio privado y el peticionario no solicitó el cambio de la naturaleza del servicio que hubiera permitido entrar a considerar esa situación dentro de presente trámite.

Ahora bien, haciendo uso de la misma referencia jurisprudencial presentada por el recurrente, consideramos necesario aclarar que en la sentencia citada se concluyó que eran inconstitucionales los partes relacionados con las prórrogas automáticas y sucesivas de los contratos de concesión portuaria, sin embargo en lo que tiene que ver con las prórrogas de estos contratos, en la misma sentencia se indicó lo siguiente:

"(...) Esta Corporación ha puesto de presente que la prórroga de las concesiones no implica en sí misma una figura inconstitucional, reconociendo, por el contrario, que puede constituir un valioso instrumento para la administración, resultando aconsejable desde el punto de vista técnico y financiero en ciertas situaciones. Así lo expresó en sentencia C-949 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), a propósito de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones:

"[...] no puede desconocerse que la prórroga de los contratos... puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato [...]"

"Y así lo reiteró, al examinar la prórroga de las concesiones para la prestación de los servicios postales, prevista en el artículo 37 de la Ley 80. Sostuvo:

"[...] La prórroga constituye un valioso instrumento para la administración, por cuanto pueden existir eventos en los que la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio público hagan aconsejable la extensión del plazo inicial del respectivo contrato [...]"

"(...) No sobra destacar que la entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática.

"(...)"

"Lo anterior hace razonable que el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 habilite al Gobierno Nacional para otorgar excepcionalmente a una concesión portuaria un plazo mayor de explotación o prórroga, cuando fuere necesario para que en condiciones normales razonables de operación los concesionarios recuperen el valor de las inversiones, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos. La razonabilidad de lo dispuesto descansa en que el Legislador no libra a la mera voluntad del Gobierno la posibilidad de ampliar por encima de los 20 años los términos, ya que tal decisión se estructura con los requerimientos de la operación como son la recuperación del valor de las inversiones y el estímulo a realizar la prestación del servicio al público en las instalaciones portuarias."

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

"En tal orden, la ampliación del término de la concesión o de la prórroga será determinable, con base en factores objetivos, de acuerdo con cálculos económicos previsible. Así, por ejemplo, si las inversiones requeridas para actualizar en tecnología un puerto son tan significativas como para poder determinarse que su operación normal no alcanzaría a cubrir las en los 20 años inicialmente pactados, sería constitucionalmente viable que se otorgue la concesión por un término superior, con miras a mejorar la prestación del servicio y a solventar una necesidad en el sector. Como es fácil de notar, las razones que justifican el aumento en el término son perfectamente cuantificables y su fundamento se reflejará previamente en un cálculo financiero que tenga en cuenta las variables relacionadas con el negocio y con los costos que apareja. A través de este ejercicio, sobre el que descansa la necesaria motivación de la prórroga, se podrá controlar el uso de esta facultad discrecional, que no arbitraria, concedida al Gobierno." (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Vista la decisión constitucional en todo su contexto, se puede corroborar entonces que ésta entidad ha atendido en el presente caso el razonamiento de la jurisprudencia puesta de presente por el recurrente, puesto que, como se indicó anteriormente, el análisis fue efectuado frente a la recuperación de las inversiones propuestas de conformidad con la información suministrada por el concesionario en su propia solicitud de modificación, como más adelante se verifica.

Por todo lo anterior el argumento resulta improcedente.

4.1.1.7 Sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 7. La ANI se basa en una proyección del 2010 para concluir que, doce años después, habrá APCI amortizado la inversión Por tanto, dice que para, el año 2022, APCI ya habrá amortizado las obras del cargue directo Pero APCI no puede amortizar, desde el 2010, las obras que solo fueron autorizadas por la ANI en el 2012, y que empezará a operar en el 2014 Sólo restarían entonces 7 u 8 años para amortizar la inversión Y solo amortizaría la inversión que se realice en el área otorgada en concesión".

Lo que sostiene el recurrente no guarda coherencia con lo que evidencian los antecedentes de la actuación administrativa que él mismo ha impulsado para la modificación de su contrato, en la cual obran las proyecciones de inversión que el propio concesionario utilizó para justificar o soportar su solicitud, información a la cual se ha atendido la Agencia Nacional de Infraestructura de manera estricta.

En efecto, la proyección presentada por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC previo requerimiento, mediante correos del 22 y 27 de noviembre de 2011; presentó el siguiente horizonte de tiempo a evaluar.

Año de Proyección	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
Año Calendario	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026
Año de Proyección	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32
Año Calendario	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039	2040	2041	2042

A partir del anterior horizonte de tiempo, y teniendo en cuenta que la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC presentó, como ya se mencionó, las proyecciones de la evaluación financiera en el mes de noviembre de 2011, se procedió a actualizar el horizonte de tiempo acorde a la fecha de la evaluación lo cual quedó como a continuación se ilustra.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Año de Proyección	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16
Año Calendario	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027
Año de Proyección	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32
Año Calendario	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039	2040	2041	2042	2043

Así las cosas, la evaluación financiera realizada a las proyecciones presentadas por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC teniendo en cuenta solo las inversiones en zonas de uso público, dio como resultado que la citada sociedad recuperará tales inversiones en el año 2022, lo cual corresponde al año 12 del horizonte de tiempo de las proyecciones presentadas por el concesionario, y al año 11 del horizonte de tiempo actualizado por la Agencia, como se indicó anteriormente.

Dentro de la evaluación financiera realizada se contempló la entrada en operación en el año 2015; así mismo se tomaron los ahorros proyectados en costos operativos a partir del año 2015. Por lo anterior es claro que se evaluó el proyecto teniendo en cuenta un periodo de análisis a partir del año 2012.

Ahora bien en la información presentada por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC el 22 y 27 de noviembre de 2011, proyectó realizar inversiones **en 4 años** y en los motivos de inconformidad del recurso de reposición que nos ocupa, informa que empezará a operar en el año **2014**, lo cual quiere decir que las inversiones las realizaría en **2 años** y así las cosas, al realizar mas temprano las inversiones generaría un mayor ahorro proyectado en costos operativos, lo cual hace que se recuperen las inversiones aun en un menor tiempo.

Por lo anterior, este argumento resulta improcedente.

- 4.1.1.8 Sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 8. En el caso de APCI, además, existe una infraestructura que APCI perderá (se dará de baja o se venderá a un precio muy bajo) por implementar el cargue directo Me refiero al muelle existente, sistema de cargue de barcasas, grúas flotantes, remolcadores, barcasas y otros elementos Este costo ni siquiera fue incluido dentro de las proyecciones entregadas a INCO pero sin duda impacta el equilibrio del contrato"

Lo primero es precisar que, por definición, los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio **por cuenta y riesgo del concesionario** y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Lo anterior resulta concordante con la política de manejo de riesgos en los contratos de concesión señalados en el documento CONPES No. 3107 de 2001 adicionado por el documento CONPES No. 3133 de 2001, que sobre el particular indica lo siguiente:

"F. Riesgos Regulatorios

En desarrollo de los términos de la Ley 80 de 1993, el Estado hará explícito en los términos de contratación el tratamiento para cambios regulatorios, administrativos y legales, diferentes a los tarifarios, que afecten significativamente los flujos del proyecto.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Como regla general este riesgo debe ser asumido por el inversionista privado, con excepción de los casos de contratos donde se pacten tarifas.

"(...)

"J. Riesgo Soberano o Político

"Se refiere a diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como por ejemplo riesgos de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas. En proyectos de participación privada en Colombia, tradicionalmente, este riesgo es asumido por el inversionista privado." (Subrayado y resaltado fuera de texto)

En este sentido, el riesgo del cambio normativo referido en el recurso de reposición está relacionado con la obligación de cumplimiento de disposiciones ambientales en razón a su actividad económica privada, el cual corresponde enteramente al concesionario; máxime cuando dicho riesgo es asumido y se consolida como un riesgo aceptado al solicitar la modificación de su contrato y de los permisos y licencias pertinentes, para mantener su actividad de cargue y transporte de carbón de naturaleza privada y acogerse a la nueva reglamentación ambiental que implica el cambio de su operación al sistema de cargue directo de carbón, lo cual igualmente exige acogerse a todo el régimen jurídico de éste sistema, esto es, a la reglamentación técnica y operativa, así como al cálculo de la contraprestación para la movilización de carga de carbón a través de este sistema.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, la proyección financiera de recuperación de inversiones presentado por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC esta basado en ahorros proyectados en costos operativos y según lo expresado por dicha sociedad, estos son dados entre el ahorro que surge de los costos operacionales del terminal de cargue directo y los costos actuales de AMERICAN PORT COMPANY INC con el sistema de barcaza/remolcador/grúa. De esta manera con los mencionados ahorros AMERICAN PORT COMPANY INC recuperaría las nuevas inversiones lo cual es generado por los beneficios de la tecnología de cargue directo en la eficiencia de la operación.

Por todo lo anterior, el argumento resulta improcedente.

4.1.1.9 Sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) "9. En el marco legal general, según el art 8 de la Ley 1 de 1991, las concesiones tienen un plazo de 20 años, pero puede ser mayor, a juicio del Gobierno, cuando fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas o para estimuladas a prestar servicio al público en sus puertos⁹

"Con base en dicho marco, la ANI, en el Contrato de Concesión 001 de 2011 de Puerto Nuevo 5 A (PNSA), consideró que PNSA requería de 30 años para recuperar una inversión de US\$212,5 millones¹⁰, que debe realizarse en el área que es de uso público

"Pero en el caso de APCI, la ANI consideró que las inversiones de APCI, de unos US\$ 192 millones, pueden recuperarse en un plazo de doce años (que en realidad son 7 u 8 años) De nuevo, APCI pide que se aplique el principio constitucional de igualdad

⁹ En el mismo sentido, el Decreto 345 de 1992 "Por el cual se reglamenta el artículo 8o de la Ley 1a de 1991" expresó que, **en consideración a las elevadas inversiones que demanda la construcción** en puertos para la exportación de carbón se autoriza el otorgamiento de concesiones con un plazo inicial mayor a los veinte (20) años

¹⁰ Cláusula primera del contrato

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Al respecto es necesario hacer varias precisiones:

- a. El contrato de concesión portuaria No. 001 de 2011 de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. obedeció a un proceso de oferta oficiosa en el que el Gobierno Nacional a través de la entidad concedente ofreció en concesión por el término de 30 años las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos para la construcción y operación de un puerto de servicio público para la exportación de carbón, el cual debe operar con el sistema de cargue directo (Resolución 548 de 2010 INCO)
- b. En el caso de la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC encontramos que el contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992 fue otorgado por el término inicial de 30 años, y lo que se está tramitando mediante este procedimiento es una solicitud de modificación de las condiciones iniciales de la concesión, entre ellas, el plazo inicialmente otorgado, por razón de la implementación del sistema de cargue directo que se establece en el Decreto 3083 de 2007 y que resulta ser una disposición de orden público y por lo tanto de carácter obligatorio .
- c. El servicio portuario que será prestado en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011 de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. es de carácter PÚBLICO, en tanto que el servicio que presta la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC en virtud del contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992 que nos ocupa es de carácter PRIVADO.
- d. Como se indico anteriormente, la recuperación de las inversiones planteadas por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC en su solicitud de modificación se hará vía ahorros por cambio de tecnología.

Estas razones nos permiten concluir que no es posible comparar estos dos contratos para darles el mismo tratamiento, toda vez que son dos situaciones y dos condiciones sustancialmente diferentes que no permiten la comparación. En lo que tiene que ver con la aplicación del principio constitucional de la igualdad, es preciso tener en cuenta que dicha aplicación parte de la premisa de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Para ilustrar este principio, podemos referirnos a los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

"...El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de igualdad de la ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con ello sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado." Sentencia 013 de 1993 Corte Constitucional

"...El derecho a la igualdad no se traduce en una igualdad mecánica y matemática sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto. Lo que implica que la aplicación del derecho en una determinada circunstancia no puede desconocer las exigencias propias de las condiciones que caracterizan a cada sujeto. Sin que ello sea óbice para hacerlo objeto de tratamiento igualitario. El derecho a la igualdad no excluye necesariamente dar un tratamiento diferente a sujetos colocados en unas mismas condiciones, cuando exista motivo razonable que lo justifique." Sentencia 040 de 1993 Corte Constitucional

"...La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien sea por las circunstancias concretas que los afectan, o por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es cosa distinta que la justicia concreta." Sentencia 345 de 1993 Corte Constitucional

"...El derecho a la igualdad impone al legislador dar el mismo tratamiento a quienes están en el mismo supuesto de hecho que va a regular. Para establecer si una disposición legal es

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

discriminatoria, se debe verificar si ella otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho, si ese tratamiento persigue alguna finalidad que lo justifique constitucionalmente y si la limitación a la igualdad era adecuada para alcanzar tal finalidad. Además, se requiere que sea ponderada o proporcional, para evaluar si la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios generados." Sentencia 1047 de 2001 Corte Constitucional

"...El derecho a la igualdad que consagra la Constitución es objetivo y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, concepción ésta que supera así la noción de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente reglamentación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado." Sentencia C-1033/02

Por todo lo anterior resulta improcedente el argumento planteado.

4.1.1.10 Finalmente sostiene el recurrente que "(...) Las obras en el área privada de APCI deberían ser tenidas en cuenta por cuanto: (...) 10. En 1992, la Superintendencia de Puertos otorgó a APCI una concesión por 30 años en razón de las altas inversiones que debía realizar en dicho término La ANI ordena, en la Resolución que se recurre, que, en el término inicialmente pactado, también amortice las obras de cargue directo que impone ahora el Gobierno, que implican, en la práctica construir un nuevo puerto".

Sobre el particular se precisa en primer lugar que el establecimiento del término inicial de 30 años para la ejecución del contrato de concesión portuaria obedeció al tipo de carga a movilizar y no al valor de las inversiones que realizaría el concesionario, en virtud de lo establecido en el Decreto 345 del 24 de febrero de 1992 "Por el cual se reglamenta el artículo 8° de la Ley 1ª de 1991" que dispuso lo siguiente:

"Artículo 1° La Superintendencia General de Puertos, podrá otorgar concesiones por plazos mayores a veinte (20) años, prorrogables por periodos sucesivos hasta de veinte (20) años cada uno, para la construcción y operación de puertos destinados a la exportación del carbón. En ningún caso el plazo inicial podrá ser superior a treinta (30) años." (Subrayado ajeno al texto)

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las inversiones iniciales que la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC realizó en virtud de su contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992, es preciso tener en cuenta la comunicación allegada por el propio concesionario a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, radicada bajo el No 2011-409-032656-2 del 16 de noviembre de 2011 en donde se indica claramente que:

"...Como es de su conocimiento el Contrato de Concesión No. 002 es del año 1992, así que las actividades de construcción se llevaron a cabo a mediados de la década de los 90, hace cerca de 18 años, y los soportes contables correspondientes se encuentran en archivo inactivo, lo que hace más dispendiosa su consecución..." (Subrayado fuera de texto)

De la misma manera, mediante comunicación radicada bajo el No. 2011-409-035027-2 del 7 de diciembre de 2011, la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC informa que la totalidad de las obras en zona de uso público ascendió a la suma de 33.335'044.000 de pesos colombianos y que las mismas fueron efectuadas entre el año 1994 hasta 1996, esto es hace aproximadamente 16 años, tiempo durante el cual ya se habría recuperado la inversión efectuada, más aún si tenemos en cuenta que la movilización de carga ha ascendido de forma significativa, y que desde el año 2003 ha pasado de movilizar

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

aproximadamente 16'000.000 de toneladas a aproximadamente 23'000.000 toneladas anuales de carbón.

Así mismo, es preciso recordar que la sociedad concesionaria pudo en su momento hacer más inversiones si movilizaba más de 8.000.000 de toneladas de carbón al año, inversión que APCI no efectuó por considerar que con su sistema actual podía movilizar mas tonelaje anual de lo previsto; por lo tanto su inversión pudo ser recuperada en menor tiempo al tener mayor movilización de carga que la esperada y haber decidido no invertir en las obras que pudo ejecutar en su momento.

Adicionalmente es preciso señalar, nuevamente, que la proyección financiera de recuperación de inversiones presentada por AMERICAN PORT COMPANY INC en el trámite de la solicitud de modificación que nos ocupa, está basado en ahorros proyectados en costos operativos, y según lo expresado por la propia sociedad recurrente en los documentos que fundamentan su solicitud, éstos surgen del ahorro que surge de los costos operacionales del terminal de cargue directo y los costos actuales de AMERICAN PORT COMPANY INC con el sistema de barcaza/remolcador/grúa; de esta manera con los mencionados ahorros la sociedad concesionaria recuperaría las nuevas inversiones, como resultado de los beneficios de la tecnología de cargue directo en la eficiencia de la operación.

En resumen, en el plazo inicialmente pactado también se alcanzan a recuperar las nuevas inversiones que debe realizar el concesionario para la implementación del sistema de cargue directo de carbón, según se desprende de la información suministrada por el mismo concesionario, y a la cual se atuvo la Agencia Nacional de Infraestructura en todos sus análisis y consideraciones.

Por todo lo anterior, el argumento planteado resulta improcedente.

4.1.2 Argumentos relacionados con la tasa de retorno

4.1.2.1 El concesionario indica que *"... APCI desconoce cuáles decisiones gubernamentales tuvo en cuenta la ANI para considerar que la tasa de retomo que debería tenerse en cuenta es del 12% efectivo anual y no del 15% No aparecen en el expediente y, por lo tanto APCI no ha podido conocerlas ni controvertirlas No se conocen, tampoco, ley o acto administrativo general que obligue a los inversionistas privados a calcular la tasa de retorno de los proyectos con los mismos criterios - desconocidos además- que usa el gobierno. Se trata de un asunto de valoración de riesgos y de costos de capital que varía con las condiciones específicas de cada proyecto, de cada inversionista, y de circunstancias económicas globales Mientras no haya una norma legal o administrativa vinculante para el inversionista, la decisión contra la que recurro, en este punto, carece de motivación y, en este sentido, es contraria al artículo 209 de la Constitución y al artículo 35 del Código Contencioso Administrativo"*.

Adicionalmente, advierte:

"Desde el punto de vista financiero, la tasa de descuento corresponde al costo del dinero para el inversionista, es decir, los costos en que él incurre para obtener los fondos necesarios para el desarrollo de las inversiones asociadas a un proyecto específico. Este costo puede ser estudiado desde dos ángulos diferentes

- *Lo que el inversionista "deja de ganar" por invertir esos recursos en un proyecto específico, o*
- *El costo de capital, es decir, lo que a ese inversionista le costaría obtener esos dineros a través de una fuente de financiamiento*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

"Como se expresa, son ángulos diferentes, cuyos valores solo son iguales en condiciones de equilibrio perfecto en la economía. No puede dejarse de lado que el costo financiero del dinero está afectado por el elemento riesgo, el cual proviene, entre otros, de aspectos tales como el tipo de inversión que ha de realizarse y el país donde se ejecutará

"El utilizar una u otra metodología para el cálculo del costo del dinero dependerá del inversionista, del tipo de inversión y de la magnitud de los recursos requeridos para el desarrollo del proyecto. Lo que definitivamente es claro es que es el inversionista el que está en capacidad de determinar su costo del dinero

"Drummond, al evaluar la rentabilidad de sus diversos proyectos en Colombia, ha aplicado como tasa de descuento, o costo del dinero, mínimo el 15W0, valor que ha sido aceptado por parte de la autoridad minera en los estudios de factibilidad de los diferentes proyectos mineros que han sido puestos a su consideración y aprobados por la respectiva autoridad

Como lo indica el recurrente en su escrito, el 15% como tasa de descuento ha sido utilizado para proyectos mineros. Sin embargo para el caso de la modificación del contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 1992 se debe tener en cuenta una tasa de descuento acorde al proyecto portuario.

En este sentido es importante precisar que en las últimas estructuraciones de concesiones portuarias se han realizado actualizaciones a una tasa de descuento de proyectos portuarios de alrededor del 8.61%; no obstante lo anterior, dando aplicación al principio de favorabilidad en beneficio del concesionario recurrente, se tomaron en cuenta las proyecciones presentadas por APCI con una tasa de descuento del 12%, tasa que está indicada en la Resolución 873 de 1994 expedida por la Superintendencia de Puertos que en su artículo primero numeral 4.1 indica que se considera rentable un proyecto si la tasa interna de retorno es mayor o igual al 12%.

Por estas razones expuestas, el argumento presentado no da lugar a la modificación de la decisión adoptada.

4.1.3 Argumentos relacionados con el costo del dragado

4.1.3.1 En el literal c del numeral 1 del acápite "I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD" del recurso de reposición, el concesionario indica que según su criterio el costo del dragado que debe tenerse en cuenta es de USD \$36.960.000 de acuerdo con el área en que se realizaría el dragado, el volumen estimado a remover en la zona y la cotización del valor de ese servicio, en los siguientes términos:

"... La ANI no explica por qué el costo estimado para realizar el dragado en la dársena de maniobras y zona de atraque es alto. De nuevo, la falta de motivación es contraria al artículo 209 de la Constitución y al artículo 35 del Código Contencioso Administrativo

"APCI pide tener en cuenta (i) el mapa anexo que incluye la descripción del área en la que se realizaría el dragado y el volumen que debe ser dragado. El volumen estimado a remover en esta zona es de 12'000 000 de metros cúbicos y (ii) la cotización del valor del servicio de dicho dragado, que hace referencia a un valor de US \$ 3 08 por metro cúbico. Es decir, el valor del dragado sería de US \$36.960.000

"APCI no presentó a la ANI esta información con anterioridad, en la medida en que fue requerida por ANI durante este proceso"

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Frente a esta petición, es importante aclarar que el recurrente no aportó en su momento los elementos necesarios para efectuar un análisis de esta actividad, por lo que la Agencia Nacional de Infraestructura hizo un cálculo para el dragado de la dársena de maniobra basada en un área de 600 metros de diámetro, con una profundidad aproximada que variaba entre 5 y 6 metros para llegar a una condición estimada de 20 metros, es así como se llegó a un volumen aproximado de 8.500.000 m³ a dragar.

Una vez analizado el plano aportado por la sociedad concesionaria, donde de manera gráfica se visualiza que el área a dragar es de aproximadamente 390.000 m² que resulta ser un área mayor, por esta razón es evidente para la entidad que con este nuevo soporte se puede llegar a concluir que el volumen a dragar es mayor, por lo que se considera entonces que el volumen a dragar será de aproximadamente 12.500.000 m³.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el precio por m³ de dragado, se tendrá en cuenta que el precio de referencia en el sector de Ciénaga, basado en la situación actual donde las dragas que efectúan este tipo de actividad se encuentran en la zona, podría llegar a ser mucho menor al que se indica por el recurrente. Sin embargo, por ser este un negocio entre particulares se considera viable aprobar el valor propuesto en su recurso por la sociedad concesionaria, no sin antes recordar que si una vez ejecutada la actividad correspondiente al dragado en la zona dispuesta para ello y cotejado con los soportes aportados por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC, su valor es inferior al aprobado mediante el presente acto administrativo, el valor correspondiente a la inversión no ejecutada se debe reinvertir en la zona de uso público.

Por último, es necesario precisar que el tiempo estipulado para la actividad denominada "Dragado" debe realizarse antes de cumplirse el plazo establecido en artículo 113 de la Ley 1450 de 2011, y por lo tanto se considera que esta actividad solo tendrá un tiempo máximo de ejecución para finalizar la obra hasta el 31 de diciembre de 2013.

Así las cosas, procede el argumento y se modificará la resolución recurrida en este punto.

4.2 MOTIVOS DE INCONFORMIDAD ASOCIADOS A LA METODOLOGIA PARA DEFINIR LA CONTRAPRESTACION

- 4.2.1 El recurrente solicita modificar la Resolución 090 de 2012 en el sentido de considerar el cambio del cálculo de la contraprestación portuaria sólo si se extiende el término de la concesión; y en tal caso, sólo a partir del vencimiento del término inicial, bajo el argumento según el cual *"1. APCI manifiesta que el cambio de la contraprestación fijada en el contrato tiene efectos en el equilibrio económico del contrato, sería, en los términos en que fue definida en la resolución que se recurre, una modificación unilateral de un contrato y de un derecho adquirido y un antecedente muy grave en materia de estabilidad jurídica de los contratos, tema altamente valorado por los inversionistas extranjeros. La inversión del cargue directo, se está realizando por solicitud del Gobierno no es razonable ni legal entonces que se incremente el valor de la contraprestación fijado en el contrato de concesión portuaria, cuando el cambio obedece a una orden dada por el Gobierno de realizar el cargue directo"*.

El argumento en mención resulta improcedente, por cuanto la modificación de la contraprestación es una de las consecuencias que se derivan de las condiciones que conforme al marco legal deben establecerse con ocasión de la solicitud de modificación de las condiciones del contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992 presentada por el propio concesionario para la implementación del sistema de cargue directo de carbón; es decir, no es un efecto que se origine en la voluntad unilateral de la Agencia nacional de Infraestructura como concedente, quien simplemente está dando aplicación al marco legal que rige los procesos de modificación contractual originados en la implementación del

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

cargue directo en los puertos marítimos del país que tengan dentro de su actividad el cargue de carbón.

En este sentido, en tanto la implementación del mecanismo de cargue directo obedece a la aplicación de las normas ambientales cuya observancia se impone en el desarrollo de su actividad privada, riesgo y costo que se encuentra a cargo del concesionario, el cual ha sido asumido por éste al realizar los trámites necesarios ante diferentes autoridades administrativas para poder implementar en el puerto concesionado el sistema de cargue directo de carbón, no puede atribuirse a la voluntad unilateral de la entidad concedente una decisión que simplemente constituye el efecto necesario de la actuación administrativa incoada por la sociedad concesionaria a su propio arbitrio.

Resulta entonces necesario recordar la normatividad que regula la materia objeto de discusión, a saber:

- a) Por una parte, 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."

Debe recordarse que el citado decreto, así como aquellas normas que lo modifican, complementan o adicionan son normas ambientales que tiene el carácter constitucional de ser normas de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento, no siendo susceptibles de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares.

- b) El Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes, mediante Documento No. 3540 del 25 de agosto de 2008 estableció la estrategia para la optimización y modernización del transporte del carbón por los puertos marítimos ubicados el municipio de Ciénaga y la bahía de Santa Marta, teniendo en cuenta para tal efecto las disposiciones ambientales y recomendando al Ministerio de Transporte y al INCO – HOY Agencia Nacional de Infraestructura, iniciar los análisis para determinar la pertinencia de realizar modificaciones a los contratos existentes de concesión portuaria para el transporte de carbón, en el marco de lo establecido en el citado documento; y adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad en las exportaciones de carbón por los puertos marítimos del país, mediante la utilización de los mecanismos pertinentes para ello.
- c) Posteriormente mediante Documento No. 3611 del 14 de septiembre de 2009 el Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes definió el Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, en el cual se indicó que, como consecuencia de lo establecido en el Decreto 3083 de 2007 y en el Documento CONPES 3540 de 2008, 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.

En el mismo documento se dispuso la necesidad de optimizar la metodología de establecimiento de contraprestaciones por concesiones portuarias teniendo como base la clasificación de los puertos según su actividad.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

- d) En virtud de lo anterior, mediante Documento No. 3679 del 21 de julio de 2010, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes estableció la para la determinación de la contraprestación económica aplicable a los puertos carboníferos y sobre el tema particular que nos ocupa dispuso expresamente:

"... La reconversión de los puertos existentes al sistema de cargue directo, puede requerir una modificación de los planes, licencias y autorizaciones ambientales, así como una modificación del contrato de concesión que ampara la actividad portuaria para la exportación de carbón. De igual forma y ante solicitud de modificación del contrato de concesión por parte de un concesionario, la Nación podrá modificar la contraprestación que se paga por el uso de las zonas de uso público, de acuerdo con la normatividad vigente.

"De acuerdo con lo anterior, en este documento se presenta la metodología para el establecimiento de la contraprestación aplicable exclusivamente a los puertos carboníferos nuevos y a los que modifiquen su sistema carga, según los Decretos 3083 de 2007 y 4286 de 2009." (Subrayado y resaltado fuera de texto)

El mencionado documento fue adoptado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 2731 del 29 de julio de 2010 y posteriormente, mediante Resolución No. 003158 del 30 de julio de 2010 el Ministerio de Transporte determinó los parámetros de los componentes fijo y variable de la metodología para la determinación de la contraprestación económica aplicable a los contratos de concesión para los puertos carboníferos.

De la normatividad referida anteriormente podemos concluir que es de imperativo cumplimiento que ante la solicitud de modificación del contrato de concesión portuaria para la implementación del sistema de cargue directo de carbón, en cumplimiento de las normas ambientales que, reiteramos, son de orden público y de obligatorio cumplimiento, se modifique la contraprestación que debe pagar el concesionario.

Al respecto se precisa que de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la ley 1ª de 1991¹¹ y todas las normas mencionadas anteriormente, existen un amplio sustento legal que permite a la entidad concluir que en el presente caso al tratarse de una modificación de las condiciones del contrato de concesión y de la implementación del sistema de cargue directo de carbón de conformidad con lo dispuesto en las normas ambientales, y por lo tanto es obligatorio modificar la contraprestación que debe pagar el concesionario como puerto carbonífero.

En todo caso es preciso señalar que dicha contraprestación la empezará a pagar el concesionario conforme la metodología propuesta una vez inicie la operación con el nuevo sistema de cargue directo, y mientras tanto deberá continuar pagando la contraprestación inicialmente prevista en el contrato.

- 4.2.2 El siguiente argumento relacionado con la metodología para definir la contraprestación se plantea que "2. Al suscribirse el Contrato de Concesión 002, regía el artículo 7 de la Ley 1 de 1991 que disponía que, "una vez establecido el valor de la contraprestación, no es susceptible de modificarse"

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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Esta prohibición fue eliminada al reformarse la Ley 1 de 1991 mediante la Ley 856 de 2003 Independientemente de consideraciones sobre la vigencia o no de dicha prohibición para contratos suscritos luego de la Ley 856 de 2003, lo cierta es que la ley vigente al suscribirse el Contrato de Concesión de APCI expresamente prohibía modificar la contraprestación¹²

Por tanto, en la medida en que el cambio obedece a una orden legal y gubernamental, no puede la ANI modificar una contraprestación acordada en el contrato

Al respecto es preciso señalar en primer lugar, que revisados los antecedentes se encuentra que el valor de la contraprestación pactada inicialmente en el contrato de concesión No. 002 de 1992, ya había sido objeto de modificación según se observa en el **otrosí No. 002 del 21 de abril de 1994**, en el cual, dicha contraprestación paso de USD \$ 4'723.423 a **USD \$2'378.984,¹⁵** lo cual indica que dentro de la ejecución del contrato la contraprestación si ha sido modificada, modificación que se llevó a cabo estando vigente el artículo 7 (original) de la Ley 1ª de 1991, y que disponía que una vez establecida la contraprestación la misma no era susceptible de modificación.

En segundo lugar, la modificación actual de la contraprestación, no obedece a lo establecido en el ya citado artículo 7 (original) de la Ley 1ª de 1991, de cuyo texto se observa que indicaba la distribución de la misma y los factores que debían tenerse en cuenta en su momento para calcularla, siendo lógico que se dispusiera en la misma norma que una vez "establecido el valor de la contraprestación" conforme los factores que allí se indicaban, la misma no sería susceptible de modificación. En el presente caso, la modificación de la contraprestación obedece es a la solicitud presentada por el mismo concesionario para el cambio de las condiciones del contrato de concesión portuaria inicial conforme lo establecido en el **artículo 17** de la misma Ley 1ª de 1991, como consecuencia de la necesidad del concesionario de dar cumplimiento de las normas ambientales vigentes para el desarrollo de su actividad y que reiteramos son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento, no susceptible de renuncia o transacción por las autoridades y los particulares y que prevalecen sobre el desarrollo de la actividad privada..

En este punto es preciso señalar que el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 dispone expresamente que *"Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión **podrá** variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo."* (Resaltado ajeno al texto)

Se entiende el término "podrá" como la **facultad** en cabeza de la entidad contratante de decidir conforme sus criterios y la normatividad vigente, si en el evento de la modificación de las condiciones de un contrato de concesión portuaria, se varía o no la contraprestación que se paga a la Nación y/o si se varía o no el plazo de la concesión. Cualquiera de las posibilidades conforme dicha norma facultativa, es perfectamente legal.

En este caso, la entidad encuentra que el Gobierno Nacional al adoptar el Documento CONPES 3679 de 2010, ha establecido claramente la metodología para el cálculo de la contraprestación a los puertos carboníferos nuevos y a aquellos que modifiquen su sistema de carga, metodología que se encuentra estructurada para ser aplicable una vez entre en operación en el puerto correspondiente el nuevo sistema, criterio éste que resulta suficiente para decidir que en estos eventos debe variarse la contraprestación que viene pagando el concesionario a la Nación, más aún si se tiene en cuenta, como se indicó anteriormente, que dichas disposiciones son desarrollo de la norma ambiental que ordena a todos los puertos que movilizan carbón utilizar un sistema de cargue directo, conforme lo establecido en el Decreto 3083 de 2007.

¹² Ley 153 1887 ARTICULO 38 En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración Exceptuáanse de esta disposición

^{1º} Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

^{2º} Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Por lo anterior el argumento resulta improcedente.

4.2.3 El siguiente argumento relacionado con la metodología para definir la contraprestación se plantea así:

*"3. El mismo Contrato de Concesión expresa que **"La presente contraprestación no es susceptible de modificación alguna**, salvo lo previsto en la Ley 01 de 1991 en el Decreto 2147 de 1991¹³ y en el presente contrato" (9 2) (Se resalta)*

La Ley 1 de 1991 autoriza la modificación de la contraprestación al modificarse la concesión¹⁴ En este caso, sin embargo, es el Gobierno el que ordena realizar inversiones por el cargue directo, que suponen modificar el contrato APCI no está obteniendo beneficios con la modificación que justifiquen el incremento de la contraprestación

Por demás, ni el Decreto 2147 de 1991 ni el Contrato de Concesión mismo suponen que una solicitud de modificación como la presentada por APCI implique que el Gobierno pueda incrementar la contraprestación"

Al respecto es pertinente reiterar lo que ya se sustentó ampliamente en numerales anteriores en el sentido que la modificación en la contraprestación es una consecuencia de la modificación de las condiciones del contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992 solicitada por el propio concesionario en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 y obedece a su disposición de dar cumplimiento a normas ambientales obligatorias que prevalecen sobre el desarrollo de la actividad privada.,

De otra parte, el concesionario indica que la modificación no le reporta beneficio, frente a lo cual manifestamos que contrario a lo afirmado, las inversiones a efectuar para la implementación del sistema de cargue directo a realizarse en cumplimiento de la norma ambiental, aumentará la capacidad de descargue, tanto así que en la solicitud modificación presentada por AMERICAN PORT COMPANY INC., se proyectan movimientos de carga promedio de 35 millones de toneladas anuales, cantidad que supera ampliamente los 22 millones de toneladas movilizados en el año 2011, situación que nos permite concluir que la modificación si reportara beneficio al concesionario.

Por lo anterior, es improcedente el argumento presentado.

4.2.4 También sostiene el recurrente que *"4. El Documento Conpes 3679 de 2010¹⁵, adoptado por Decreto 2731 de 2010, dispone que, al modificarse un contrato de concesión portuaria para incorporar el cargue directo, la Nación podrá modificar la contraprestación según la normatividad vigente.*

Desde luego que el documento Conpes, cuyo objetivo fundamental es fijar principios y políticas de Estado, no puede modificar unilateralmente las condiciones económicas de los contratos Tampoco el decreto reglamentario que lo adoptó

¹³ Dec 2147 1991 "Por el cual se expide el plan de expansión portuaria y se reglamenta el artículo 20 de la Ley 01 de 1991"

¹⁴ Dice el artículo 17: Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo

¹⁵ Dice así el Documento Conpes

"La reconversión de los puertos existentes al sistema de cargue directo, puede requerir una modificación de los planes, licencias y autorizaciones ambientales, así como una modificación del contrato de concesión que ampara la actividad portuaria para la exportación de carbón De igual forma y ante una solicitud de modificación del contrato de concesión por parte de un concesionario, la Nación podrá modificar la contraprestación que se paga por el uso de las zonas de uso público, de acuerdo con la normatividad vigente"

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

Al respecto es preciso señalar que las normas mencionadas por si solas no modifican las condiciones económicas de los contratos como lo afirma el concesionario en su recurso, no obstante las citadas normas y las demás mencionadas en el numeral 4.13 de la presente resolución, y que reiteramos, son desarrollo de disposiciones ambientales de orden público, de obligatorio cumplimiento, no susceptibles de renuncia o transacción, que prevalecen sobre el desarrollo de la actividad privada y cuyo riesgo debe ser asumido enteramente por el concesionario, establecen que ante las modificaciones contractuales que sean necesarias para el cumplimiento de la implementación del cargue directo de carbón, se debe modificar la contraprestación, que fue lo que en el presente caso ocurrió.

Por lo anterior el argumento presentado resulta ser improcedente.

4.2.4 Sostiene el recurrente que *"5. Si no se otorga la extensión del término solicitado por APCI para recuperar la inversión, mucho menos debería la ANI incrementar la contraprestación portuaria."*

Al respecto se precisa y se reitera lo que ya se expuso ampliamente en numerales anteriores de la presente resolución en el sentido que de acuerdo con la información financiera presentada por el mismo concesionario en el trámite de su solicitud de modificación, las inversiones a realizar en la zona de uso público para la implementación del sistema de cargue directo, serán recuperadas vía ahorro por cambio de tecnología.

Por lo tanto el argumento es improcedente.

4.2.5 En el aparte final el concesionario indica lo siguiente:

"En caso de que la ANI acceda a la extensión del plazo, APCI aceptaría el cambio en la metodología para fijar la contraprestación a partir del vencimiento del término original, como se acordó en relación con la ampliación del plazo de las sociedades portuarias regionales de Buenaventura¹⁶, Santa Marta¹⁷, y Barranquilla¹⁸ en las que se previó que la metodología antigua para definir la contraprestación rige hasta el vencimiento del plazo inicialmente previsto. Esto además, es lo que corresponde por aplicación del derecho constitucional a la igualdad"

Nuevamente es preciso señalar que no pueden compararse éstos contratos, toda vez que las sociedades portuarias mencionadas son sociedades multipropósito, con un régimen de cálculo de contraprestación diferente al de los puertos exclusivamente carboníferos como lo es el puerto de AMERICAN PORT COMPANY INC., puertos que prestan servicio público y no

¹⁶ En el caso de la modificación de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura se expuso:

CLAUSULA QUINTA - Contraprestación EL CONCESIONARIO, **continuará pagando la contraprestación pactada en el Contrato de Concesión que por el presente acto administrativo se modifica en la forma y montos establecidos en el contrato original, hasta la fecha de expiración del término de concesión inicial ()** (Se resalta)

¹⁷ Otrosí numero 006 de 2008 En la modificación del contrato de concesión suscrita entre el INCO y la Sociedad Portuaria de Santa Marta se dispuso

CLAUSULA QUINTA Contraprestación EL CONCESIONARIO, **continuará pagando la contraprestación pactada en el Contrato de Concesión, en la forma y montos establecidos en el contrato original, hasta la fecha de expiración del término de concesión inicial. ()** (se resalta)

¹⁸ Al modificar el contrato de concesión de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, Cormagdalena expresa:

Artículo Octavo Contraprestación () Parágrafo Tercero () La contraprestación a que se refiere el presente artículo será aplicable a partir del 9 de noviembre del 2013, es decir, **a partir de la fecha de inicio del nuevo plazo de la concesión. Hasta dicha fecha se continuarán pagando las contraprestaciones inicialmente pactadas en el Contrato No 008 de 1993 que por la presente Resolución se modifica, en la misma forma y en el mismo monto allí establecido** (Se resalta)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

privado como el del recurrente, y en los que se tienen inversiones proyectadas para realizar dentro de todo el término ampliado del contrato.

De otra parte, debe recordarse que el cálculo de la contraprestación para los puertos carboníferos nuevos y para aquellos que modifiquen sus condiciones para la implementación al sistema de cargue directo, se encuentra estructurada de tal forma que la misma sea pagada una vez el nuevo sistema implementado entre en operación.

Por los motivos anteriores el planteamiento resulta improcedente.

4.3. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD RELACIONADOS CON LA POSIBILIDAD E APCI DE REALIZAR OBRAS DE DRAGADO DEL CANAL DE ACCESO

- 4.3.1 El recurrente solicita la modificación del párrafo segundo del artículo segundo de la Resolución recurrida, aduciendo al efecto que "1. APCI solicita no condicionar la suscripción del Otrosí de APCI a que PNSA acepte los derechos de APCI Esto en razón de la independencia de los contratos, y del derecho a la igualdad. APCI tampoco encuentra que este condicionamiento haya sido motivado en la Resolución que se recurre "

Frente a este aspecto lo primero que debe precisarse es que el argumento planteado no tienen lugar en la actualidad, por cuanto día 27 de febrero de 2012 se suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011, en el cual se incluyó la siguiente cláusula:

"CLAUSULA TERCERA: En el evento de que EL CONCESIONARIO no ejecute o retarde la ejecución del plan de inversiones y/o del cronograma detallado de obra relacionado con la actividad de dragado del canal de acceso público conforme lo establecido en las cláusulas quinta y séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011, LA AGENCIA podrá autorizar a las demás sociedades portuarias ubicadas en Ciénaga, para intervenir y realizar las obras y a cobrarle a EL CONCESIONARIO las sumas generadas por esos conceptos. Lo anterior no implica modificación alguna de la concesión otorgada, y tiene por objeto garantizar el carácter público del canal de acceso y la adecuada prestación de los servicios portuarios."

En virtud de lo anterior se hace evidente que la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. ha aceptado que en el evento del incumplimiento de las actividades que contractualmente está obligada a realizar en lo que refiere al canal de acceso, la entidad pueda autorizar que un tercero realice dichas actividades a su costo para garantizar el carácter público del canal y la adecuada prestación de los servicios portuarios.

Ahora bien, como se indicó en la parte considerativa de la resolución recurrida, debe tenerse en cuenta que la construcción y mantenimiento del canal de acceso es una obligación contractual a cargo de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. en virtud de su Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011, circunstancia que no puede desconocerse por parte de la entidad y ni por AMERICAN PORT COMPANY INC. pues de hacerlo se estarían vulnerando derechos de la sociedad titular de la obligación con las correspondientes responsabilidades que ello implicaría. En otras palabras, el derecho de la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC en dicha actividad es un derecho subsidiario al derecho u obligación principal de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. derivado de su contrato de concesión vigente suscrito con la entidad.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

4.3.2 El siguiente argumento relacionado con la posibilidad de APCI de realizar obras de dragado del canal de acceso se plantea en los siguientes términos:

"2. PNSA se comprometió a realizar la construcción y el mantenimiento del canal de acceso en su Contrato de Concesión¹⁹ Esta ha sido la razón para no permitir a APCI realizarlo Sin embargo, APCI debe poder realizar las obras sin autorización especial de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) Según los considerandos de la Resolución, así fue aprobado por el Consejo Directivo de la ANI, y no se ve cuál es el origen del condicionamiento adicional que introdujo la resolución recurrida.

Frente a este argumento en particular se reitera lo dicho en el sentido que la obligación de la construcción y mantenimiento del canal de acceso se encuentra radicada en cabeza de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. y por lo tanto no puede vulnerarse los derechos de dicha sociedad. Por lo tanto, la entidad debe verificar la existencia de la inejecución o retraso en la ejecución de dichas actividades, caso en el cual también deberá velar por las condiciones técnicas y económicas en las cuales, no solo la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC, sino cualquiera de las otras sociedades portuarias ubicadas en Ciénaga pueda realizar dichas actividades.

4.3.3 Por último el recurrente plantea lo siguiente:

"3. El artículo no incluye la posibilidad de que APCI realice el mantenimiento si PNSA no lo realiza

El mantenimiento de una obra es tan importante como la obra misma Si la profundidad del canal no se mantiene se pondría en peligro la seguridad de la operación marítima y también se pondría en riesgo la continuidad de la operación portuaria

El mantenimiento del canal de acceso requiere de inversiones permanentes y de monitoreos y de actividades diversas (ambientales y de ingeniería oceánica) Por ello, es crucial para APCI y para el país, que estas actividades nunca se detengan. La ANI tiene la obligación legal de velar por el continuo y eficiente mantenimiento y funcionamiento de los puertos (art 1, Ley 1/91)

Por tanto, al igual que las obras de construcción del canal, APCI debe tener la posibilidad de intervenir en caso de que PNSA descuide el mantenimiento del mismo "

Al respecto es preciso señalar que la resolución recurrida, en el párrafo segundo del artículo segundo indicó lo siguiente:

"PARAGRAFO SEGUNDO. Una vez se suscriba el otrosí modificatorio al Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011 de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del Artículo Primero de la Resolución No. 076 del 3 de febrero de 2011 "Por la cual se decide sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011 de la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.", se convocará a la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC. para suscribir un otrosí al contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 1992 conforme al cual, en el evento en que la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. no ejecute o retarde la ejecución del plan de inversiones y/o del cronograma detallado de obra relacionado con la actividad de dragado del canal de acceso público conforme lo establecido en las cláusulas quinta y séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011, pueda solicitar a la Agencia Nacional de Infraestructura autorización para intervenir y realizar las obras correspondientes y a cobrarle a la PUERTO NUEVO S.A. las sumas generadas por esos conceptos. Esta disposición no implica modificación alguna de las concesiones otorgadas a la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. ni a la sociedad American Port Company Inc. respectivamente, y tiene por objeto garantizar el

¹⁹ Numeral 5 1 1 y párrafo 5 4 del Contrato de Concesión 01 de 2011

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

carácter público del canal de acceso y la adecuada prestación de los servicios portuarios."
(Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, las cláusulas quinta y séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011 de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A., en lo que tiene que ver con la actividad de dragado del canal de acceso disponen lo siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, MODALIDADES DE OPERACIÓN, VOLÚMENES Y CLASE DE CARGA A LA QUE SE DESTINARÁ.

5.1. Descripción. El proyecto contempla la construcción y operación de un puerto especializado en el recibo, almacenamiento y cargue de carbón, directo a buque a través de bandas encapsuladas. El proyecto deberá entrar en operación en el primer trimestre del 2013 de acuerdo al cronograma presentado por el CONCESIONARIO y aprobado por el INCO.

(...)

e) Un canal de navegación de 8.5 kilómetros de largo por 230 a 260 metros de ancho y profundidad de 20.50 metros de calado, este ítem demanda un dragado de treinta millones de metros cúbicos (30.000.000 m³) aproximadamente, del área de maniobras, canal de acceso público, que incluye también las áreas contiguas a los muelles de atraque de los buques carboneros que arriban a este terminal, el tiempo de ejecución de esta actividad es de veinticuatro (24) meses.

(...)

PARÁGRAFO: La construcción y mantenimiento del canal de navegación no concesionado de que trata el literal e) del numeral 5.1.1. de la presente cláusula correrá por su cuenta y riesgo del CONCESIONARIO.

CLÁUSULA SÉPTIMA. PLAN DE INVERSIONES.- El CONCESIONARIO, se obliga a ejecutar el plan de inversiones que se describe a continuación en dólares constantes del año 2009, de conformidad con el cronograma propuesto, así:

Descripción de la inversión	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4
(...)				
Dragado	\$17.962.043	\$26.943.064	\$26.943.064	

De las cláusulas contractuales, así como de el detalle del plan de inversiones se observa que las actividades relacionadas con el dragado del canal de acceso incluye la construcción y el mantenimiento del mismo, por lo cual se considera que dicha actividad si se encuentra incluida en la autorización establecida en el parágrafo segundo del artículo segundo de la Resolución No. 090 del 9 de febrero de 2012, en los términos y condiciones que allí se indicaron.

Por lo anterior resulta improcedente el argumento frente a las pretensiones del recurso.

Quinto. Que analizados así los argumentos presentados por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC en el recurso de reposición contra la Resolución No. 090 del 9 de febrero de 2012, se concluye lo siguiente:

5.1. Frente a la ampliación del plazo del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 1992, se debe ratificar la decisión contenida en el Artículo Tercero de la Resolución No. 090 del 9 de febrero de 2012, en el sentido de negar dicha solicitud, toda vez que la recuperación de las inversiones propuestas para la implementación del sistema de cargue directo de carbón, se

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

hará vía ahorro por cambio de tecnología dentro del plazo inicial del contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992 según la información financiera presentada por el mismo concesionario dentro del trámite de la solicitud de modificación; no siendo viable tener en cuenta las inversiones propuestas por el concesionario para realizar en las áreas de uso privado.

Lo anterior no impide que en con una antelación razonable a la fecha de terminación del plazo inicial del contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992 la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC. pueda solicitar a la entidad una prórroga de su concesión con fundamento en otros nuevos hechos o consideraciones que puedan ser analizados en su momento, tales como nuevas inversiones en la zona de uso público, cambio de la naturaleza del servicio a prestar de privado a público u otras que den elementos de juicios suficientes y aceptables para conceder una prórroga del plazo del contrato.

- 5.2. En lo referente a la metodología para definir la contraprestación, se debe ratificar lo establecido en el literal a del numeral 8 del artículo primero de la Resolución No. 090 del 9 de febrero de 2012, teniendo en cuenta que se trata de una modificación de las condiciones del contrato de concesión portuaria No. 002 de 1992 conforme lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991, modificación solicitada por el propio concesionario para la implementación del sistema de cargue directo de carbón, en cumplimiento de normas ambientales de orden público y por lo tanto de carácter obligatorio, no susceptibles de renuncia o transacción por los particulares o las autoridades; y que prevalecen sobre la actividad privada que desarrolla el concesionario.

Debe tenerse en cuenta que la metodología aplicable para los puertos carboníferos que implementen el cargue directo, se encuentra estructurada de tal manera que la misma se empieza a pagar a la nación una vez se inicie la operación con dicho sistema. En este sentido, esta metodología se aplicará a la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC. una vez inicie la operación con el nuevo sistema de cargue directo.

- 5.3. Finalmente, en lo que tiene que ver con la posibilidad de AMERICAN PORT COMPANY INC. de realizar las obras de dragado del canal de acceso, se debe ratificar lo establecido en parágrafo del artículo segundo de la Resolución No. 090 del 9 de febrero de 2012, entendiendo que las actividades de dragado del canal de acceso contenidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2011 de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. incluye tanto la construcción como el mantenimiento de dicho canal.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar parcialmente la Resolución 090 del 9 de febrero de 2012 para modificar el artículo 4, el cual quedará así:

ARTÍCULO CUARTO.- Aprobar el plan de inversión a ejecutar por la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC., de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la presente resolución, por un valor de DOSCIENTOS DOCE MILLONES, SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA DÓLARES CORRIENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$212'643.850), así:

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

PLAN DE INVERSIÓN EN LA ZONA DE USO PÚBLICO

ITEM	DESCRPCIÓN	VALOR (USD)
1	Ingeniería / Pruebas de campo. Gestión de Proyectos	\$ 7.700.000
2	Preparación del sitio	\$ 2.981.300
3	Construcción de un muelle de carga	\$ 50.910.000
4	Transporte / Banda transportadora	\$ 18.620.000
5	Construcción de muelle	\$ 40.320.000
6	Apiladores de doble brazo o cargadores de buque	\$ 40.400.000
7	Transformación de electricidad en el muelle	\$ 15.800.000
8	Costo estimado de dragado de la parte de APCI en la dársena de giro y del área para el atraque de los barcos	\$ 36.960.000
SUBTOTAL		\$ 213.691.300
MENOS		\$ 1.047.450
TOTAL		\$ 212.643.850

PARAGRAFO PRIMERO: El CONCESIONARIO deberá presentar ante la Agencia Nacional de Infraestructura, dentro de los quince (15) días siguiente a la ejecutoria de la presente Resolución, el cronograma detallado de ejecución de las inversiones aprobadas, que se incluirá en el otrosí modificatorio al contrato de concesión portuaria, cronograma que en ningún caso podrá exceder del 1 de enero de 2014, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley 1450 de 2011. En el evento de que habiéndose ejecutado el monto total del Plan de Inversiones llegaren a requerirse inversiones adicionales, ellas deberán ser previamente autorizadas por la Agencia Nacional de Infraestructura, previo el cumplimiento de los requisitos que para estos efectos establezca la ley.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Para la actividad de dragado de la parte de APCI en la dársena de giro y del área para el atraque de los barcos cuya inversión se autoriza, se deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 3 de la Resolución No. 0091 del 18 de noviembre de 2011, por la cual la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible modificó la licencia ambiental otorgada a la Sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC – APCI. En este sentido para la ejecución de dicha actividad, la sociedad concesionaria deberá obtener la modificación de la licencia ambiental en la cual se autorice dicha actividad, y se incluyan dentro del Plan de Manejo Ambiental las medidas relacionadas con la misma.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 090 de 2012"

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar la Resolución No. 090 del 9 de agosto de 2012 "Por la cual se decide sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 1992 de la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC." en las demás decisiones contenidas en la misma.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al representante legal de la sociedad AMERICAN PORT COMPANY INC, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 y siguientes de C.C.A.

ARTICULO CUARTO: Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno.

24 MAY 2012

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en la ciudad de Bogotá, D.C., el día

LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO
Presidente
Agencia Nacional de Infraestructura

Proyectó: Marcela Urquijo - Asesora Jurídica GITP
Revisó: Fernando A Hoyos Escobar - Asesor Técnico GITP
Revisó: Miguel Landínez - Profesional Financiero GITP
Vo. Bo: Margarita Montilla - Asesora Jurídica SGC

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
NOTIFICACION PERSONAL

En Bogotá, D.C., a los 30 días del mes de Mayo de 2012, se hizo
presencia en la Agencia Nacional de Infraestructura.

Eusebio James Ortega
C.C. 88280453

Quién se identifica con el documento expedido en Ocaña, Apoderado con el fin de notificarse de la Resolución No. 090 del 24 mayo 2012.

El Notificado
Eusebio James Ortega
C.C. 88280453

Eusebio Ortega