

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 134 DE 2012 09 MAR 2012

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la
SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

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

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

CONSIDERANDO:

Que en el artículo 334 de la Constitución Política se estableció que "La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano."

Que en desarrollo de la disposición constitucional precitada, en el artículo 1º de la Ley 1ª de 1991 se estableció que la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla de acuerdo con la ley.

Que mediante el Decreto 1800 de 2003, se creó el Instituto Nacional de Concesiones - INCO como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, estableciéndole como objeto el de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Que mediante Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 se cambió la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, pasando de ser un establecimiento público a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial denominada Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.

Que el artículo 25 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 dispone expresamente que los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del citado Decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, continuarán a favor y cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Blm
Def

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Que a través de la Resolución No. 065 de 2005, artículo 1º, se encuentra delegada en la Subgerencia de Estructuración y Adjudicación, la realización de todas las actividades, trámites y actuaciones, así como la expedición de los actos propios e inherentes a los procesos de selección de los contratos relacionados con la misión del INCO, sin límite de cuantía, la realización de los procesos de selección desde su etapa preparatoria y hasta la celebración del respectivo contrato, y la verificación, trámite y expedición de los actos necesarios para configurar los requisitos de ejecución y legalización de los contratos de concesión portuaria.

Que mediante oficio radicado en el Instituto Nacional de Concesiones con el N° 0017859 del 24 de octubre de 2007, el Representante Legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., solicitó concesión portuaria para la utilización, en forma temporal y exclusiva, de la zona de uso público y su infraestructura ubicadas en el Estero San Antonio de la Bahía de Buenaventura, en el Departamento del Valle del Cauca, municipio de Buenaventura, sector nororiental de los muelles de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, Muelle 13, Muelle Graneles y Muelle Cemas, a la altura del kilómetro cuatro (04) de la Avenida Simón Bolívar, Comuna Cinco, en el Barrio Nueva Estación La Palera.

Trámite de la solicitud de concesión portuaria

Que del estudio preliminar y revisión de la solicitud de concesión se expidieron los conceptos que a continuación se relacionan:

Comunicación interna No. 3795 del 6 de diciembre de 2007, que contiene el concepto de conformación técnica. En el concepto se observa que el peticionario no aportó la garantía de seriedad de la oferta, no identifica los accesos terrestres ni marítimos, presenta inconsistencias en la relación entre la carga movilizada y la almacenada, y ha diseñado un muelle que no es paralelo a la línea de playa de la zona de uso público solicitada.

Comunicación interna No. 0418 del 6 de febrero de 2008, que contiene el estudio legal de la solicitud de concesión, en el cual se advierte la falta de garantía de seriedad de la oferta, así como la necesidad de que se aporten los estatutos de la empresa, para verificar la capacidad del representante legal para contratar con el entonces Instituto Nacional de Concesiones –INCO-.

Que mediante comunicación No. 001987 del 27 de febrero de 2008, se requirió a PACIFIC PORT S.A., allegar el original de la garantía de la seriedad de la propuesta.

Que la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., mediante comunicación No. 7915 del 29 de abril de 2008, allegó el original y la certificación de pago de la póliza de la seriedad de la propuesta No. 24 GX000589, certificado 24 GX000723, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA, vigente desde el 24 de abril de 2008.

Que el entonces Instituto Nacional de Concesiones expidió la Resolución N° 214 del 7 de mayo de 2008, a través de la cual se ordenó la realización de la audiencia pública, para divulgar los términos y condiciones de la propuesta de concesión portuaria presentada por PACIFIC PORT S.A., fijando como fecha para su realización el día miércoles 21 de mayo de 2008 a las 9:30 a.m., en las instalaciones de la entidad, con la presencia de las siguientes personas y entidades según consta en el cuadro de asistencia que para este efecto hace suscribir el Instituto, así: Superintendencia de Puertos y Transportes, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Dirección Marítima –DIMAR-, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, y representantes de la sociedad PORTUARIA PACIFIC PORT S.A.

Que no asistieron las siguientes entidades: Alcaldía Municipal de Buenaventura y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; a pesar de haberseles citado en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991.

mm
Def

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Conceptos de las autoridades

De acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 01 de 1991, se hizo entrega a las autoridades, del expediente contentivo de la solicitud de concesión portuaria junto con sus anexos, quienes se pronunciaron respecto a la conveniencia y legalidad de la solicitud, de la siguiente manera:

Mediante oficio radicado con el N° 009062 del 23 de mayo de 2008, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, emitió concepto favorable.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional – DIAN, a través de la comunicación 2008-409-010011-2 del 9 de junio de 2008, se pronunció favorablemente sobre la viabilidad del proyecto.

A través del oficio radicado en este Instituto con el No. 2008-409-010100-2 del 10 de junio de 2008, la Directora de Licencias Permisos y Trámites del Ministerio de Ambiente emitió el siguiente concepto:

"(...)

De conformidad con el párrafo del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, la licencia ambiental es prerequisite para el otorgamiento de la concesión portuaria.

De la revisión de la documentación se infiere que la empresa no ha adelantado el trámite de licencia ambiental, y que proyecta manejar aproximadamente ochocientos mil 800.000 toneladas de carga al año; el tipo de carga es carbón y graneles líquidos, por tanto la competencia de la licencia ambiental será de la Autoridad Ambiental Regional. Sin embargo, en el evento que el granel líquido a manejar sea hidrocarburo, la competencia sería del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de conformidad con la Ley 99 de 1993 y el Decreto 1220 de 2005.

En este orden de ideas, una vez la empresa adelante el trámite de licencia ambiental, la autoridad ambiental competente se pronunciará sobre la viabilidad del mismo, mediante el correspondiente acto administrativo."

A través del oficio No. 2008-409-011301-2 del 27 de junio de 2008, el Ministerio de Transporte emitió concepto favorable, sin embargo advierte:

"(...)

No se confirmó si es verdad o no que el concesionario férreo va a prestar el servicio constante y justo a tiempo que se necesita para movilizar la carga a un terreno tan pequeño y limitado.

No se confirmó si los vecinos a ambos lados (Australian y CEMAS) tienen algún comentario operativo que pueda generar inconvenientes en tierra, en muelle o en espejo de agua, son tres vecinos muy cercanos y la operación tiene que ser coordinada previamente para evitar inconvenientes.

No se confirmó si la comunidad que vive en la zona tiene algún comentario al respecto. Anteriormente la comunidad del sector La Palera se opuso al tránsito de camiones por su única vía, el concesionario férreo deberá autorizar el tráfico irrestricto de caminos durante la construcción y operación.

En definitiva, ni el Ministerio de Transporte ni el INCO tienen información confirmada sobre la posibilidad real de construir y operar un terminal marítimo en una franja tan delgada de playa, rodeada por completo de concesión férrea, concesiones portuarias y comunidad.

Consecuentes con la información suministrada y lo expuesto en la Audiencia Pública se observa que a partir de esta pequeña franja se desea construir patio, muelle y dársena; atrás se ve el muro del concesionario férreo, a un lado el del concesionario portuario, por lo que los compromisos previos con los otros concesionarios cobran mucha importancia, ya que esos compromisos deben surgir naturalmente por acuerdos entre las partes."

Def

BW

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

A través del oficio radicado en esta entidad bajo el No. 2008-409-011429-2 del 1 de julio de 2008, el Alcalde de Buenaventura emitió el siguiente concepto:

"Esta Alcaldía considera que no existe inconveniente para el otorgamiento de la concesión solicitada, sin embargo es necesario que el INCO, antes de aprobar la concesión precise:

Técnicamente, si el concesionario de la vía férrea prestará un servicio continuo o no.

La Alcaldía, tiene conocimiento que existe un propietario con muelles en el terreno contiguo a Pacific Port, en donde funciona la Empresa AUSTRALIAN SHIP SHANDLER y quien también está adelantando trámites para solicitar al INCO una concesión portuaria, razón por la cual, técnicamente, las zonas de maniobras para las operaciones portuarias y marítimas no deben interferir en la operación de este colindante. Dicho de otra manera, en nuestro concepto se debe garantizar la operación de todos los usuarios que se encuentran en el sector, por lo que se recomienda que haya un tratamiento de equidad y seguridad para todos los interesados en la actividad portuaria de este sector; para garantizar de esta manera Derecho Constitucional del trabajo y a la libre Empresa.

Conforme a lo anterior se requiere acreditar la disponibilidad de los terrenos adyacentes y colindantes.

Para finalizar, como quiera que se trata de un proyecto que genera un alto impacto social es importante socializar el proyecto, para contar con la anuencia de la comunidad en la presentación de un programa que mitigue el impacto causado y genere aprovechamiento del recurso humano de la región, es decir se requiere adelantar el proceso de consulta previa, tal como lo ordena el Artículo 330 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 76 de la Ley 9 del 93, Ley 21 del 91 y demás normas concordantes."

A través del oficio No. 2009-409-000011-2 del 2 de enero de 2009, la Dirección General Marítima – DIMAR emitió el concepto técnico favorable, pero advierte lo siguiente:

"El área de maniobras solicitada por Pacific Port S.A., contempla un área del canal de acceso natural existente en la zona, que no podría ser autorizada por el INCO a la citada Sociedad en forma exclusiva, ya que implicaría la concesión a particulares de un área que actualmente es transitada y utilizada por diferentes embarcaciones que se desplazan por el sector, y por buques que arriban a los terminales localizados al lado derecho del proyecto.

El arribo del buque tipo presentado por el peticionario al muelle propuesto, representa una maniobra de alto riesgo cuando de manera simultánea en el muelle de la Sociedad CEMAS S.A., se encuentre atracada una embarcación.

Se hace necesario que el peticionario allegue a la Dirección General Marítima, la información correspondiente a la señalización marítima que vayan a colocar, con el fin de verificarla y avalarla."

También recomienda la DIMAR:

"Con el fin de mantener una uniformidad en el sector con relación a los muelles existentes y que se encuentran aledaños al de Pacific Port S.A., se recomienda conservar la línea de paramento que actualmente existe entre el muelle 13 y el de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura y proyectarlo al de la Sociedad peticionaria(...)"

Que a través del oficio No. 6402 del 25 de junio de 2008, esta entidad le solicitó a la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., aclaraciones al modelo financiero.

Que con oficio No. 2008-409-013184-2 del 25 de julio de 2008, la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., allega la información solicitada en relación con 1. Las cargas estimadas del proyecto y las modeladas en el flujo de caja de hierro, acero y fertilizantes; 2. Las inversiones de la primera etapa en los años 1 y 2 del proyecto; 3. Las inversiones de la segunda etapa en el año 6 del proyecto; 4. El flujo de caja ajustado del año 1 al 30.

Mun
Out

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Que a través del oficio No. 007917 del 11 de agosto de 2008, esta entidad, solicitó a la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., la siguiente información adicional:

Documento soportado por un plano, que describa los accesos terrestre, marítimo y férreo a la zona de uso público solicitada en concesión indicando como se realizará la operación en cada uno de ellos.

Contrato entre la Sociedad Pacific Port S.A., y el concesionario férreo Tren de Occidente S.A., para el transporte de carga.

Escritura del predio ubicado en el kilómetro 6 de la vía alterna interna que servirá de apoyo para el almacenamiento de la carga prevista movilizar.

Documento donde conste el tipo de servicio que prestará el concesionario férreo a la Sociedad Pacific Port, indicando si prestará un servicio continuo, considerando que la zona de uso público solicitada en concesión es muy pequeña y con limitaciones.

Documento técnico indicando las implicaciones operativas de maniobra de los buques, teniendo en cuenta que en la zona de uso público solicitada en concesión, existen en el sector occidental la Sociedad Portuaria de Cementeras Asociadas S.A.-CEMAS y en el sector oriental unas instalaciones con un muelle en madera y otro en concreto identificadas en el plano No. 2 de localización general del proyecto, como Familia Giraldo (Empresa Australian Ship Chandlers). Adicionalmente se requiere indicar como se amarrarán los buques que atraquen al muelle, debido a que en la infraestructura propuesta no se observan piñas de amarre.

Explicar cómo el peticionario tiene previsto movilizar el carbón y coque, previendo un área de almacenamiento aproximada de 5.608 m² distribuida en 2 patios que se ubicarían en la zona de uso público, sobre los cuales en uno de ellos se tiene previsto la construcción del edificio de administración y la báscula."

Que con oficio radicado en esta entidad bajo el No. 2008-409-016920-2 del 19 de septiembre de 2008, el apoderado de la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., allegó copia del contrato de Transporte y suscrito el 3 de abril de 2007, entre las sociedades TREN DE OCCIDENTE S.A. (Transportador) y la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., así como el Otrosí No. 1, suscrito el 27 de junio de 2007, a través del cual se aclara que la duración del contrato será la del contrato de concesión celebrado entre TREN DE OCCIDENTE S.A. y el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura). El objeto del contrato de transporte consiste en que: "...EL TRANSPORTADOR, se obliga para con la SOCIEDAD PACIFIC PORT S.A., a transportar, bajo su conservación, custodia, cuidado y manejo de las cargas antes descritas en un término fijado de acuerdo con la distancia cubierta desde la recepción de la carga en el Predio Gámez, ya identificado, hasta su entrega en los sitios previamente determinados por LA SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A.", así como la copia del contrato de comodato de bien raíz suscrito entre la sociedad INVERSIONES MAKKA S.A. (EL COMODANTE) y la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. (EL COMODATARIO), suscrito el 15 de septiembre de 2008, cuyo objeto consiste en la entrega del lote denominado "Las Palmas", el Lote H del predio denominado "LA AURORA", el Lote G del predio denominado "LA AURORA", ubicado en la Vereda El Aguacatal del municipio de Buenaventura, el Lote F del predio denominado "LA AURORA", ubicado en la Vereda El Aguacatal del municipio de Buenaventura, y el Lote I del predio denominado "LA AURORA", ubicado en la Vereda El Aguacatal del municipio de Buenaventura; el plazo de este contrato de comodato precario es de cinco (5) años contados a partir de la firma del contrato de comodato.

Que a través del memorando interno 200930300008393 del 19 de febrero de 2009, se emitió el concepto técnico en el que se recomienda dar continuidad al trámite de la solicitud siempre y cuando se exija al peticionario la presentación de la documentación e información técnica que a continuación se relaciona:

"(...)

[Handwritten signature]

[Handwritten initials]

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Documento técnico en el cual amplíe y aclare la información con la descripción del acceso marítimo, descripción de la maniobra de atraque y desatraque de naves en forma segura, debido a las limitaciones de espacio existente con el muelle de CEMAS y muelles contiguos.

Teniendo en cuenta que en la solicitud de concesión portuaria PACIFIC PORT S.A. informa que tiene previsto la movilización de carbón, presentar un documento técnico en el que se describa como se realizará esta operación, dando cumplimiento a la exigencia del Decreto 3083 de 2007.

De acuerdo con la información presentada en la audiencia pública, una parte de la zona terrestre solicitada en concesión, cuenta con una concesión otorgada por la Dirección General Marítima – DIMAR conocida como Varadero (Don Bareque), para lo cual el titular actual de la concesión Varadero Don Bareque y PACIFIC PORT S.A. suscribieron un acuerdo en virtud del cual la primera cede sus derechos a la segunda, haciéndose parte de esta última.

Dado que sobre una misma zona de uso público no podría recaer una concesión portuaria y una concesión marítima, se requiere que PACIFIC PORT S.A. aporte un documento donde se aclare jurídicamente esta situación.

Con el fin de estandarizar y unificar la información del sistema de coordenadas para los proyectos portuarios localizado en la Bahía de Buenaventura, se requiere que la PACIFIC PORT S.A. envíe una certificación expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en la que conste para cada uno de los puntos que conforman la zona de uso público solicitada en concesión, cual es la correspondiente coordenada plana de Gauss Krueger con origen OESTE-MAGNA.

Se requiere que PACIFIC PORT S.A., aclare para los planos denominados "planta de recorridos vehiculares y vías de acceso Pacific Port adyacente a la vía férrea contiguo al barrio la palera " y "planta general del muelle de Pacific Port adyacente a la vía férrea contiguo al barrio la palera " aportados mediante comunicación radicada con el No. 2008-409-016920-2 el 19 de septiembre de 2008 porque tienen dibujadas un área para almacenamiento de carbón hulla y otra para el almacenamiento de coque, resultando inconsistente con la información aportada inicialmente en la solicitud de concesión donde se tiene previsto la construcción de 4 silos de almacenamiento en un sector.

Se requiere que PACIFIC PORT S.A., presente una propuesta para el muelle tipo T, en el cual el alineamiento de la plataforma de operaciones sea paralelo a la zona de aproche y se reubique el silo de almacenamiento No. 1 para mantener el alineamiento con la línea costera.

PACIFIC PORT S.A. debe presentar un documento en el que ajuste su proyecto a un buque de diseño que garantice realizar operaciones portuarias en forma adecuada y segura en la zona de uso público que cuenta con un frente de playa de aproximadamente 140 metros lineales."

Que a través del oficio No. 200930300334901 del 31 de marzo de 2009, se le solicitó a PACIFIC PORT S.A., ajustar el modelo financiero a veinte (20) años para calcular el valor de la contraprestación.

Que con oficio radicado en este Instituto bajo el No. 2009-409-017425-2 del 21 de agosto de 2009, el Representante Legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., aportó el flujo de caja a 20 años en documento físico y CD.

Que mediante oficio No. 200-3030104361 del 26 de agosto de 2009, se le solicitó a la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., complementar y aclarar la información allegada a través del oficio 2009-409-017425-2 del 21 de agosto de 2009, para lo cual se concedió un término de un (1) mes.

Que a través del oficio No. 2009-409-019358-2 del 14 de septiembre de 2009, el representante legal de PACIFIC PORT S.A., solicitó ampliar el plazo para presentar la información por un mes más.

Que con oficio radicado bajo el No. 2009-409-020868-2 del 30 de septiembre de 2009, la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., dio respuesta a los requerimientos financieros efectuados y

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

anexó el documento denominado "DOCUMENTO ACLARATORIO DE INFORMACIÓN ADICIONAL AL INCO, PARA EL TRÁMITE DE CONCESIÓN PORTUARIA DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A.", el cual fue aportado en medio físico y en archivo de Word.

Que a través del oficio 20093030129781 del 21 de octubre de 2010, se requirió a la sociedad peticionaria para que remitiera nuevamente el documento mencionado anteriormente, pero formulado en hoja de cálculo Excel.

Que a través del oficio radicado en esta entidad bajo el No. 2009-409-023427-2 del 30 de octubre de 2009, la Dirección General Marítima – DIMAR, en respuesta al oficio radicado bajo el No. 20093030098071 del 14 de agosto de 2009, advirtió sobre la posible interferencia de la operación del proyecto portuario con los existentes en la zona.

Que posteriormente a través del oficio 2009-409-023622-2 del 4 de noviembre de 2009, la Dirección General Marítima –DIMAR-, realizó a la Sociedad Portuaria PACIFIC PORT S.A., las siguientes precisiones:

"El área contigua a la solicitada en concesión por Pacific Port S.A., y en la cual se pretende la instalación de una boya o piña de amarre como alternativa para las maniobras de atraque en el puerto proyectado, también se encuentra en la misma condición, solicitada por la sociedad portuaria de Monómeros Colombo Venezolanos S.A. En este último trámite de concesión esta Dirección ya se pronunció mediante concepto técnico radicado con el número 29200902955 MD-DIMAR-Litorales-613 del 19 de junio de 2009, utilizando los mismos criterios de acuerdo con las competencias de la DIMAR.

Los cuatro planos suministrados a esta Dirección deberán ser entregados al INCO, así como complementarlos con una descripción técnica del proyecto, para que ese Instituto, en su competencia, analice y defina la viabilidad de esta alternativa, toda vez que mediante oficio 29200806884 del 15 de diciembre de 2008, esta dirección ya se pronunció con referencia al trámite de concesión portuaria adelantado ante el INCO por la sociedad portuaria Pacific Port S.A.

De igual manera le informó que mediante oficio No. 29200905292 MD-DIMAR-Litorales-810 del 28 de octubre de 2009, se dio respuesta al comunicado del INCO, en el que solicita a esta Dirección la aclaración sobre algunos conceptos emitidos por DIMAR en el oficio 29200806884 del 15 de diciembre de 2008 en el que la Dirección General Marítima se pronunció referente al trámite de concesión adelantado por la Sociedad Pacific Port S.A. y que fueron cuestionados por la mencionada sociedad. (...)"

Que a través del oficio No. 2009-409-023990-2 del 9 de noviembre de 2009, la Dirección General Marítima – DIMAR, remitió copia de la Resolución No. 342 del 21 de septiembre de 2009, "Por la cual se declara la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 109 del 4 de mayo de 2007, mediante la cual se modificó un área y se autorizó la cesión de una concesión al señor FERNANDO DURANGO VALERO, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Buenaventura"; considerando entre otros aspectos que mediante concepto Técnico No. 29200806884 del 15 de diciembre de 2008, la Dirección General Marítima otorgó concepto de conveniencia y legalidad favorable para el trámite de la solicitud de concesión portuaria presentada ante esta entidad por parte de PACIFIC PORT S.A.

Que con oficio radicado en esta entidad bajo el No. 2010-409-005992-2 del 17 de marzo de 2010, PACIFIC PORT S.A., allegó una aclaración y actualización a la información financiera ya aportada por la mencionada sociedad.

Dentro del expediente reposa copia del acta de reunión celebrada el 1º de junio de 2010, en las instalaciones de la Superintendencia Delegada de Concesiones e Infraestructura – Vigilancia e Inspección, de la Superintendencia de Puertos y Transporte, a través de la cual con la presencia de delegados y funcionarios de Ferrocarril del Oeste, Tren de Occidente, Pacific Port S.A., el entonces Instituto Nacional de Concesiones –INCO-, y Superintendencia de Puertos y Transporte, con el objeto de discutir la reinserción de las líneas férreas 5ta y 6ta del llamado FERROCARRIL DEL

[Handwritten signature]
[Handwritten initials]

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

OESTE. Dichas líneas fueron levantadas por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., en virtud del contrato suscrito con la SOCIEDAD TREN DE OCCIDENTE S.A., en la estación de Buenaventura. En la reunión anotada, los involucrados se comprometieron a informar a más tardar el 17 de junio de 2010 a la Superintendencia de Puertos y Transporte, Delegada de Concesiones e Infraestructura y al INCO, (hoy Agencia nacional de Infraestructura), el resultado de la negociación para la reinstalación y rehabilitación de las líneas férreas, así como el cronograma en que se incluyan las condiciones técnicas y los responsables de la obra a ejecutar.

Que a través del oficio radicado con el No. 2010-409-013548-2 del 16 de junio de 2010, la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., allegó los estudios efectuados por el Ministerio de Minas y Energía -Unidad de Planeación Minero Energética-, respecto del comportamiento de exportaciones en las que se encuentran involucrados productos como el coque y el carbón.

Que mediante oficio radicado con el No. 2010-409-017894-2 del 5 de agosto de 2010, el representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., remite copia de la comunicación dirigida a la Superintendencia de Puertos y Transporte, en la cual manifiesta que dicha sociedad siempre ha estado en disposición de cumplir con el acuerdo celebrado el 1º de junio de 2010, entre esta empresa y el concesionario férreo, respecto de una vía bimodal (vial y férrea); pero informa los impases que se han presentado en el desarrollo de los compromisos asumidos, ya que la sociedad FERROCARIL DEL OESTE S.A., argumenta que la vía bimodal agudizaría los problemas operacionales de la concesión y según la citada sociedad los beneficios serían únicamente para la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A.

Que a través del memorando interno 20103030043773 del 15 de septiembre de 2010, fue rendido el concepto financiero a través del cual se determinó las contraprestaciones que podrían cobrarse al concesionario de otorgarse la concesión portuaria solicitada.

Que a través del memorando interno 2010-409-024276-2 del 15 de octubre de 2010, se dio alcance al concepto técnico No. 20093030008393 del 19 de febrero de 2009, en el cual se advierte que el peticionario i) todavía no ha atendido la totalidad de los requerimientos recomendados a través del concepto técnico con número de radicación 20093030008393 del 19 de febrero de 2009, así como las diferentes aclaraciones solicitadas por las autoridades competentes; y ii) que está pendiente allegar el acuerdo con las empresas afectadas mediante el cual se garantiza el acceso terrestre a la concesión portuaria solicitada.

Que a través del oficio No. 2011-303-005580-1 del 2 de mayo de 2011, se requiere a la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., para que allegue los siguientes documentos:

"(...)

La Sociedad Portuaria Pacific Port SA. debe ajustar su proyecto a un buque de diseño que pueda operar en forma segura en el área antes descrita.

Es necesario que la Sociedad Pacific Port SA., ajuste para el muelle tipo T propuesto, en el cual el alineamiento de la plataforma de operaciones sea paralelo de aproche y considerarlo pertinente, reubicar el silo de almacenamiento No. 1 para mantener el alineamiento con la línea costera, presentando para ello los planos respectivos.

Ajustar el proyecto a estas nuevas condiciones, tanto en el plan de inversiones como en la modelación financiera.

Ajustar los planos denominados "planta de recorridos vehiculares y vías de acceso Pacific Port S.A., adyacente a la vía férrea contiguo al barrio la palera" aportados mediante comunicación radicada en el INCO con No. 2008-409-016920-2 el 19 de septiembre de 2008, porque tienen dibujadas un área para almacenamiento de carbón hulla y otra para el almacenamiento de coque, resultando inconsistente con la información aportada inicialmente en la solicitud de concesión donde se tienen previsto la construcción de 4 silos de almacenamiento en un sector.

Bum

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Allegar el acuerdo con las empresas afectadas mediante el cual se garantiza el acceso terrestre a la concesión portuaria solicitada, toda vez que el concesionario férreo actual es Ferrocarril del Oeste S.A., y no el acreditado en su momento cuando el concesionario férreo figuraba Tren de Occidente S.A.

(...)"

Que a través del oficio No. 2011-409-020753-2 del 25 de julio de 2011, la sociedad PACIFIC PORT S.A., dio respuesta de manera parcial a los requerimientos efectuados por esta entidad, informando lo siguiente:

"(...)

1.- En relación con el ajuste del buque al área, cabe aclarar que el buque presentado inicialmente es el buque tipo, lo que no impide que en el desarrollo de la operación arriben buques de menor eslora, mas el proyecto debe continuar su desarrollo con el buque que se presentó con la solicitud de concesión. Como es de su conocimiento, la zona de atraque todos los terminales de Buenaventura en muchas oportunidades no son suficientes y entre los diferentes terminales se coordina la operación de la nave de manera que se haga más eficiente el uso del limitado espacio. Para el caso de SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., es perfectamente viable coordinar operaciones con muelles adyacentes, mas teniendo en cuenta que se trata de buques que arriban en virtud de contratos de fletamento, de manera que se logre colaboración y proceda el atraque de los buques.

En relación con los numerales 2 y 3 de la comunicación por ese Instituto remitida, se anexan los planos correspondientes.

De otra parte se anexa la Proyección Financiera con los ajustes pertinentes.

En lo concerniente al acceso terrestre, es pertinente aclarar que en la actualidad la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. cuenta con posibilidad de acceder al terminal por tres (3) vías de acceso diferentes, a saber: a) la vía de acceso de la Palera, vía que se encuentra en zona destinada a la expansión portuaria; b) vía a construir con fundamento en el acuerdo celebrado con Tren de Occidente (hoy Tren del Oeste) y que obra en la solicitud de concesión; y, c) vía a través de CEMAS cuyo acuerdo estamos remitiendo. En consecuencia, las vías de acceso al terminal de PACIFIC PORT S.A., se encuentran garantizadas."

Que a través del oficio No. 2011-303-012776-1 del 14 de septiembre de 2011, se reitera nuevamente a la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., lo siguiente:

"(...)

Reiteramos lo ya solicitado, que fue ignorado en los planos anexos a su último comunicado; con el fin de permitir la continuidad, sin afectación, de las operaciones marítimas regionales previamente existentes en la zona en la que se propone construir el nuevo terminal, la Sociedad Pacific Port S.A., deberá ajustar el diseño y radicar oficialmente los planos correspondientes ante el INCO, en los que el muelle propuesto sea paralelo a la línea costera.

Establecer un esquema de cobro realista para el servicio de almacenaje: valor en dólares por unidad de mercancía almacenada, por unidad de tiempo.

Debido al interés de atender buques con eslora superior a la dimensión de la pantalla de muelle que quedará construida en el área concesionada, su entidad debe confirmar, por escrito, la existencia de acuerdos operativos de cooperación, firmados con los concesionarios vecinos, en los que se establezcan las condiciones en las que se prestara el servicio de amarre.

Allegar el documento que garantice el acceso terrestre ininterrumpido a la concesión portuaria solicitada, durante todo el plazo en que ella sea eventualmente otorgada.

Es oportuno indicar que en el documento de promesa de acceso que obra en el expediente de la solicitud, suscrita entre la sociedad que representa y CEMAS, quien es el concesionario portuario

WGP

mm

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

vecino de la zona de su interés, deja de lado las condiciones particulares de interacción que tendrían los dos puertos, de modo que garantice, en los términos del artículo 1º de la ley 1ª de 1991, el funcionamiento continuo y eficiente de ambos puertos.

Si esta condición no es garantizada ni mantenida durante el plazo que dure la eventual concesión, se estaría trasgrediendo la finalidad de la citada norma, y con ello, la concesión portuaria que se otorgue perdería todo sustento.

Debe por tanto informar con exactitud, para mayor claridad sobre la forma en que operaría esa eventual colaboración entre ambos puertos, los equipos y sistemas que serán adquiridos, construidos y/o instalados para permitir el ingreso, pesaje, descargue de camiones con mercancía de exportación, incluyendo el sistema mediante el cual se trasladará esta mercancía hasta el sitio de almacenaje y/o el muelle, y el sistema inverso, para el caso de importaciones, así como cualquier otro detalle que este Instituto deba conocer.

Esto debe ser definido así, teniendo en cuenta que su funcionamiento será, muy seguramente, dentro de la zona concesionada a uno de los concesionarios portuarios con mayores limitantes de área de operaciones en Colombia, como es CEMAS, lo que supone un alto riesgo para el normal funcionamiento de dicha concesión, sobre la cual este Instituto no accederá a que se le imponga ninguna carga no prevista en el contrato de concesión suscrito con él.

Incorporar, dentro de las proyecciones de egresos y de disponibilidad operativa, los valores y tiempos que permitan llevar a cabo las labores de dragado de mantenimiento durante la vida útil del contrato, y sus correspondientes suspensiones del servicio en dársena, con el fin de permitir al concesionario cumplir con el servicio portuario seguro, dentro del horizonte del contrato, en las muy especiales condiciones de sedimentación del sitio donde se encuentra ubicado.

Descripción exacta del esquema de ingreso y salida de vehículos que será definitivamente adoptado por el terminal, con gráficos explicativos, de los procesos de acceso vehicular y transferencia de carga mediante la utilización de predios de terceros.

Avances documentales del proceso construcción de la vía acceso la Palera adelantados por su entidad ante las autoridades municipales y los representantes de la comunidad respectivos, en caso de haberlos.

Es preciso indicar que ésta ha sido una de las alternativas que se han puesto de presente como solución para dar acceso terrestre al puerto, en caso tal que la concesión sea otorgada.

Es pertinente anotar que con esta son varios los requerimientos que este Instituto le ha hecho para que subsane los términos en que presentó la solicitud de concesión, sin que hayan sido aún atendidos de manera oficial por el interesado.

Finalmente, debemos advertir que existe un alto riesgo en el esquema propuesto, que el puerto de Pacific Port, en el evento de llegar a ser otorgada la concesión, opere la entrada de la carga, dependiendo por completo de otra concesión, que podría verse afectada en su normal funcionamiento por cuenta de tener que compartir el acceso al área del puerto.

Dicho todo lo anterior, dejamos en claro que, en el evento de identificarse que el otorgamiento de la concesión solicitada por Pacific Port S.A. pueda poner en peligro el normal funcionamiento de la concesión vecina y de contera el de la eventual nueva concesión portuaria, su solicitud deberá ser negada."

Que a través del oficio 2011-409-030877-2 del 27 de octubre de 2011, el apoderado especial de la sociedad PACIFIC PORT S.A., dio respuesta a los requerimientos efectuados por esta entidad, en los siguientes términos:

"(...)

En cuanto al numeral primero (1) de su comunicación, anexamos el plano en donde se ajusta el diseño del muelle de tal manera que el mismo se encuentra paralelo a la línea costera sin que se

Aut

Bum

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

afecte las operaciones marítimas regionales previamente existentes en la zona, y en el que el muelle sigue el paramento que viene desde Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura.

En lo referente al punto dos (2), consideramos que se desconocen los argumentos por parte de ese Instituto con base en los cuales se afirma que el esquema de cobro de almacenaje no responde a un esquema de cobro realista. En el acápite de ingresos de la evaluación financiera se estableció una tarifa por almacenamiento que responde a las necesidades del proyecto más aún cuando el sistema de aproche está previsto para una movimiento rápido de carga de manera que en la zona portuaria del proyecto PACIFIC PORT las cargas, tanto de importación como de exportación, permanezcan el menor tiempo posible, siendo la carga de alta rotación.

Hay que tener en cuenta que el proyecto cuenta con una zona amplia de almacenamiento en área ubicada en la Vía Alternativa Interna, fuera de la zona portuaria, en donde se efectuará el almacenamiento del mayor volumen de carga.

Dado lo anterior, consideramos prudente, por cuanto genera incertidumbre, conocer los soportes en virtud de los cuales ese Instituto considera que el valor en dólares por unidad de mercancía almacenada y la unidad de tiempo del cálculo de la misma no corresponde a cobro realista.

En relación con el punto tres (3) de su escrito, inherente al tipo de buque que se pretende atender y la necesidad de acuerdo escrito operativo de cooperación firmado con concesionarios vecinos en los que se establezcan las condiciones en los que se prestará el servicio de amarre, queremos llamar su atención respecto de las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 824 del Código de Comercio los comerciantes pueden expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco, y solo es válido la solemnidad cuando una norma legal así lo exija, sin que hasta la fecha se cuente con disposición consagrada en la Ley 1ª de 1991 o cualquier norma que desarrolle dicha ley que exija la solemnidad de documento escrito para los acuerdos entre terminales. En consecuencia, es legalmente viable contar con un acercamiento verbal, como efectivamente se tiene, con CEMAS para efectos de colaboración en el amarre de los buques.

Es un hecho, por todos conocido, que entre los diferentes terminales que operan en Buenaventura se tienen esta clase de colaboraciones.

Los buques que se pretenden atender por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT, así como aquellos a los cuales presta servicio el terminal de CEMAS, son buques graneleros, que arriban a los terminales en virtud de contratos de fletamento, es decir, que no son buques de línea regular, siendo por consiguiente la irregularidad de los buques lo que facilita la coordinación entre los diferentes terminales.

En consecuencia, no se entiende la procedencia de este requerimiento, el cual, por demás, no fue previsto en los requerimientos efectuados por esa entidad con fecha dos (2) de mayo de dos mil once (2011), treinta y uno (31) de marzo de dos mil nueve (2009), veintiséis (26) de Agosto de dos mil nueve (2009), veinticinco (25) de junio de dos mil ocho (2008), requerimientos a los cuales se ha dado respuesta por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT SA.

En cuanto al punto cinco (5º) inherente a la incorporación, dentro de las proyecciones de egresos y de disponibilidad operativa, lo valores y tiempos que permitan llevar a cabo las labores de dragado de mantenimiento durante la vida útil del contrato, nos permitimos anexar nuevamente el modelo financiero en el cual si bien desde un principio se había incluido el dragado no solo de inicio para efectos de obra sino igualmente el dragado de mantenimiento, se ajusta el valor del mismo a una tarifa de USD 6.98 dólares por metro cúbico.

Es necesario aclarar que el volumen a dragar anualmente a fin de mantenimiento del terminal es del aproximadamente de 50.000 M3 año, dragado que procederá de acuerdo a la programación de buques de manera que el dragado no afecte la operación del terminal en condiciones seguras, más aún cuando con la expedición del Decreto 3222 del 2 de Septiembre de 2011 el dragado puede ser ejecutado por dragas de bandera extranjera que permiten un mayor rendimiento en el volumen a dragar reduciendo os términos necesarios para tal fin.

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

En relación con el numeral cuarto (4º) de su comunicación es pertinente tener en cuenta:

El terminal marítimo de PACIFIC PORT para el cual se está solicitando la concesión se encuentra ubicado en un área considerada como de expansión portuaria, en consecuencia, compete no solo a los particulares sino a las autoridades propender por el desarrollo del área de conformidad con las directrices estatales.

En relación con el acuerdo con CEMAS en ningún momento se atenta contra el funcionamiento continuo y eficiente de ambos puertos, por el contrario se cumple con lo previsto en el artículo primero de la Ley 1ª de 1991 como es, el interés público que debe primar en la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos.

Tan es así, que el acuerdo trae a colación el hecho que se trata de una zona de uso público y en consecuencia se busca entre los dos terminales una colaboración para el beneficio no solo de los terminales, sino más aún del interés público como es el desarrollo portuario de Buenaventura, puerto que a todas luces requiere de terminales especializados.

En ningún momento el acuerdo atenta contra el funcionamiento continuo y eficiente de ambos terminales, lo que garantiza que se cumpla con tales principios previstos en la ley primera es la coordinación, el planeamiento de las actividades lo que garantiza el debido desarrollo del servicio portuario prestado por CEMAS, PACIFIC PORT y en su evento de cualquier terminal que se desarrolle a continuación e(sic) PACIFIC PORT. La coordinación quedará plasmada en la Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, el cual por demás debe ser aprobado por la autoridad gubernamental pertinente y cuyo estricto, cabal y correcto cumplimiento es igualmente vigilado por el Gobierno Colombiano.

En cuanto a su solicitud sobre la exactitud de la forma en que operaría la colaboración entre los dos terminales - CEMAS Y PACIFIC PORT -, el acuerdo es claro al señalar dos opciones hasta ahora previstas: una, el acceso terrestre el cual se efectuará mediante las tractomulas que movilizan la carga desde la zona de acopio del PACIFIC PORT - en la Vía Alterna Interna - al terminal de dicha sociedad, en donde se encuentran ubicados los equipos de cargue y descargue ya a Ustedes referidos del proyecto; de otra parte, se prevé una banda transportadora desde CEMAS hasta el área de aproche en PACIFIC PORT.

Es necesario aclarar que en ningún momento en el acuerdo se impone una obligación que atente contra la seguridad y la prestación del servicio del terminal de CEMAS, por cuando se trata de una zona de paso, entendiéndose por paso dirigirse de un lugar a otro sin retrocesos, detenciones o permanencias.

En lo pertinente al punto 7º consideramos que no son procedentes los avances por Ustedes exigidos por cuanto para que los mismos procedan, se debe contar con por lo menos el otorgamiento de la concesión, por cuanto el otorgamiento de la concesión se constituye en el principal soporte ante las diferentes autoridades competentes; igualmente, hay que tener en cuenta que el área denominada La Palera se encuentra dentro de una zona con destinación portuaria desde el año de 1946 y en lo pertinente a la Isla Cascajal, en donde se determinó que desde la línea del ferrocarril hacia la zona de mar era de manera exclusiva para el desarrollo portuario y la no actuación del Estado en el mantenimiento del área como tal - portuaria- no puede enjugarse en la exigencia de una obligación a adelantar por los particulares.

Es más, en relación con La Palera, al ser ésta un área de desarrollo portuario, a mas de zona de uso público por demás invadida, la misma está a cargo de la Nación y no de la Municipalidad, por cuanto los parámetros para proceder en dicha zona deben ser dados por entes como el INCO como facilitador, INVIAS y SUPER PUERTOS, entre otros, por lo que con todo respeto requerimos nos informe sobre dichos parámetros para actuar en consecuencia.

Adicional a las opciones de acceso antes citadas - CEMAS y la vía LA PALERA - la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT cuenta con un acuerdo suscrito con el TREN DE OCCIDENTE, hoy FERROCARRIL DEL OESTE, en donde se prevé igualmente la posibilidad de acceso al terminal, acuerdo que obra en el expediente.

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Como conclusión se tienen diferentes opciones para acceder al terminal cuya concesión es solicitada y solo se requiere la colaboración y guía del Gobierno Nacional a través de INCO para que se cumpla con -el propósito de desarrollo de un área considerada como de desarrollo portuario.

Agradeceríamos a Ustedes concretar de manera definitiva los requerimientos por parte de su Despacho a efectos de hacer viable a solicitud de concesión, por cuanto como obra en el expediente se han efectuado diferentes requerimientos y cada uno de ellos sobre diversos aspectos de la solicitud, lo cual contradice el artículo 12 del Código Contencioso Administrativo. (...)"

Que a través de la comunicación No. 2012-409-0009602 del 16 de enero de 2012, se emitió concepto técnico teniendo en cuenta la información aportada por la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., indicando entre otros aspectos lo siguiente:

(...)

Después de leer los documentos radicados NCC 2011-303-012776 del 14-09-2011 "Requerimiento Información, Proceso Solicitud Concesión SP. Pacific Port S.A." e INCO 2011409 030877-2 de 27-10-2011, con el mismo título, me permito confirmar lo siguiente:

En el numeral 6, del primer documento mencionado, la entidad solicita "Descripción exacta del esquema de ingreso y salida de vehículos que será definitivamente adoptado por el terminal, con gráficos explicativos, de los procesos de acceso vehicular y transferencia de carga mediante la utilización de predios de terceros". En el segundo documento mencionado, que pretende dar respuesta al primero, se hace un análisis general, no esquemático ni específico, como se solicita, de capacidad portuaria, accesos y jurisdicción. Se menciona lo siguiente: "se tienen diferentes opciones para acceder al terminal cuya concesión es solicitada y solo se requiere la colaboración y guía del Gobierno Nacional a través de INCO para que se cumpla con el propósito de desarrollo de un área considerada como de desarrollo portuario".

Se confirma entonces que el concesionario, al no presentar los esquemas y gráficos específicamente solicitados por escrito, pero si dar la respuesta en los términos en los que la dio, considera que, por ser Buenaventura una "Zona Portuaria", es obligación del Estado encargarse a cabalidad de la solución específica del acceso terrestre a un terminal de iniciativa privada, que aun no existe.

Es de conocimiento de la entidad que, por la vía de acceso sector Puerta Pekin, al final de la cual el solicitante firmó un acuerdo con CEMAS: una calle urbana, de 3 carriles, parcialmente incluida dentro de un área portuaria concesionada, hoy se movilizan, con evidente dificultad, más de 5 millones de toneladas anuales MTA, de 6 concesionarios portuarios vigentes: CEMAS: 1 MTA (en un área inferior a 2 ha.), Muelle 13-Vacio-SOmt-A1A2, 1.3 MTA, y SPRBUN 3 MTA granel. La entidad conoce que, por la misma ruta, se movilizaran más de 1 MTA, adicionales, de carbón en Muelle 14 SPRBUN, a partir de jul. 2012, cumpliendo norma de "cargue directo".

Teniendo en cuenta lo anterior, y en vista que, transcurrido suficiente tiempo para identificar la solución, ni el solicitante ni el concesionario de servicio público CEMAS, han enviado a la entidad esquema técnico alguno en el que expliquen la manera en la que podrán atender el tráfico generado por el solicitante, sin afectar la ya apretada operación de CEMAS, sumado a las dificultades de flujo que ya se han evidenciado en ese sector de la zona portuaria de Buenaventura, el suscrito considera que no es pertinente aceptar a solicitud de concesión portuaria, hasta que no esté claramente identificado cual será la solución de acceso terrestre seleccionada. Si bien la zona tiene vocación portuaria, eso no significa que la entidad debe aceptar todas las solicitudes de concesión portuaria antes de tener claridad sobre los accesos, y sobre su impacto en las operaciones existentes. Se recomienda a la entidad promover acciones enmarcadas en el esquema de "asociación público privada" para encontrar soluciones futuras a la situación que actualmente se presenta en el sector "Puerta Pekin". Una vez identificadas las soluciones, se podrá dimensionar si existe o no capacidad para atender mercancías adicionales a las ya proyectadas para movilización por los seis concesionarios allí ubicados."

3/11/12

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Consideraciones jurídicas

La Ley 1ª de 1991 define un Puerto, como el conjunto de elementos físicos que incluyen obras, canales de acceso, instalaciones y de servicios, que permitan aprovechar un área frente a la costa o ribera de un río en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o fluvial. Dentro del puerto quedan los terminales portuarios, muelles y embarcaderos.i

En este contexto vale la pena analizar los siguientes aspectos sin los cuales un puerto sería inviable desde todo punto de vista así:

- **Falta de disponibilidad de predios de propiedad privada necesarios para el desarrollo del proyecto.**

En el expediente de la solicitud presentada por la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., no existe documento alguno mediante el cual el peticionado acredite tener la disponibilidad de los terrenos necesarios para la construcción del puerto.

Al respecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9º, numeral 9.1.3.3., del Decreto 4735 de 2009, "El solicitante deberá acreditar que dispone de los terrenos de propiedad privada aledaños necesarios para el desarrollo de la actividad para la cual se solicitó la concesión, acreditando el título del cual deriva dicha disposición' (negrilla fuera del texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso analizar si, a la luz de la normatividad vigente, es viable dar trámite a una solicitud portuaria en la que el solicitante carece de título alguno que acredite que tiene disponibilidad sobre los terrenos necesarios para desarrollar el proyecto portuario que propone.

Sobre el particular, el citado numeral 9.1.3.3. establece, claramente, que el solicitante debe acreditar la disponibilidad de los terrenos de propiedad privada necesarios para desarrollar la actividad para la cual se solicitó la concesión, en este caso el proyecto pretendido por la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., aportando para tal efecto el título del cual se deriva dicha disposición.

De la lectura de esta norma podemos entender que el solicitante se encuentra obligado a acreditar dos circunstancias:

- i. La primera, que dispone de los terrenos necesarios para desarrollar la actividad para la cual solicita la concesión.
- ii. La segunda, el título del cual deriva esa disposición de los terrenos.

La primera se refiere sin duda a que materialmente los detenta, o por decirlo de otra forma, los tiene en su poder: pues al decir la norma que dispone de ellos, significa que ejerce sobre ellos facultades de dominio, y solo el derecho real de dominio, en los términos del artículo 669 del Código Civil, es el que permite a una persona, con respecto a una cosa corporal, "gozar y disponer de ella no siendo contra ley o contra derecho ajeno" (negrilla fuera del texto). A su vez, para lograr ese derecho, el artículo 673 del mismo Código dispone que "Los modos para adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción."

Así, una vez el solicitante acredite tener dicha disposición sobre los terrenos necesarios para el proyecto, que detenta un derecho real de dominio sobre ellos, debe luego acreditar el título del cual deriva la misma. En este aspecto, la norma nos lleva de forma inequívoca a considerar de qué título se trata y si es justo o no.

En el derecho colombiano, en lo que se refiere a derechos reales, el título es entendido como aquel hecho del hombre generador de obligaciones, o la misma ley cuando lo faculta para adquirir el derecho real de forma directa.

And

mm

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

Como hecho del hombre, puede ser una compraventa, permuta, donación, aporte en una sociedad, dación en pago, entre otros; como ley, ella misma es la que se configura como título, como ocurre con la accesión, ocupación y prescripción.

Ahora bien, en lo que se refiere al justo título, éste se entiende como aquel que cumple con los requisitos de ley para ser considerado válido, o lo que es igual, tiene aptitud para crear el respectivo derecho.

Así las cosas, trayendo estas breves consideraciones al caso que nos ocupa, ante el interrogante ya planteado en cuanto a si es viable dar trámite a una solicitud de concesión portuaria cuando el solicitante no aporta título acreditando que tiene la disponibilidad de los terrenos necesarios para el puerto, debemos concluir que no es viable darle trámite toda vez que la normatividad vigente es clara en ese sentido: el solicitante debe acreditar la disponibilidad de los terrenos, disponibilidad que es entendida en los términos ya anotados.

Se requiere entonces acreditar la disponibilidad de los terrenos adyacentes y colindantes.

Por lo anterior, es forzoso concluir que la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., no dispone de dichos terrenos ni posee título alguno que acredite ese hecho.

- **Falta de una vía de acceso terrestre al puerto**

Analizados los documentos que reposan dentro del expediente abierto a nombre de la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., es claro a todas luces que la sociedad mencionada, a pesar de los múltiples requerimientos que se le efectuaron, no es convincente ni tiene elementos suficientes que permitan evidenciar que cuenta con los predios aledaños para el desarrollo del proyecto y mucho menos con los accesos para el puerto que pretende construir.

A pesar, que algunas de las autoridades dan su concepto de viabilidad siempre lo supeditan a varias condiciones, entre ellas que el concesionario férreo preste el servicio constante e ininterrumpido que se necesita para movilizar la carga a un terreno tan pequeño y limitado; si bien en su momento el entonces concesionario TREN DE OCCIDENTE suscribió un contrato de transporte con el peticionario (PACIFIC PORT S.A.), hoy las condiciones son bien diferentes y el nuevo concesionario férreo FERROCARRIL DEL OESTE, ya no garantiza el acceso férreo argumentando que la vía bimodal agudizaría los problemas operacionales de la concesión y según el citado concesionario, los beneficios serían únicamente para la sociedad PACIFIC PORT S.A. Tampoco esta última logró argumentar de manera documental, que el actual concesionario férreo preste el servicio de manera constante.

No tiene entonces la Agencia Nacional de Infraestructura elementos de juicio y mucho menos la información documentada y confirmada sobre la posibilidad real de construir y operar un terminal marítimo en la zona pedida por la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., por cuanto la misma se encuentra rodeada de concesión férrea y varias concesiones portuarias, evidenciándose la falta de capacidad disponible para nuevos proyectos en dicha zona.

Según se evidenció de los diferentes documentos que reposan dentro del expediente, las operaciones portuarias que eventualmente llegare a realizar la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., pueden ser riesgosas por las maniobras de atraque y desatraque que se presentan de manera simultánea por parte de la sociedad CEMAS S.A., y de los muelles contiguos a ésta; situación esta que advierte la Dirección General Marítima.

Así mismo, esta Agencia de acuerdo a lo evaluado dentro del expediente, no tiene certeza ni información alguna sobre los resultados de la negociación para la reinstalación y rehabilitación de las líneas férreas 5ta y 6ta, levantadas por la sociedad PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., en virtud del contrato suscrito con el entonces TREN DE OCCIDENTE; por lo tanto son evidentes los

[Handwritten signature]

[Handwritten initials]

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

inconvenientes que la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., tiene en la actualidad con el actual concesionario férreo FERROCARRIL DEL OESTE, por cuanto no han llegado a ningún acuerdo para que se le permita el acceso al futuro puerto a la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A.

Si bien es cierto como lo afirma la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., que la Ley 1ª de 1991 o cualquier norma que desarrolle dicha ley no exige la solemnidad de documento escrito para los acuerdos entre terminales, "...y por lo tanto es viable contar con un acercamiento verbal, como efectivamente se tiene con CEMAS..." también es cierto que lo requerido expresamente por esta entidad, fue la documentación técnica suficiente y los acuerdos escritos con los concesionarios vecinos y con el concesionario férreo actual, definiendo con exactitud "...para mayor claridad sobre la forma en que operaría esa eventual colaboración entre ambos puertos, los equipos y sistemas que serán adquiridos, construidos y/o instalados para permitir el ingreso, pesaje, descargue de camiones con mercancía de exportación, incluyendo el sistema mediante el cual se trasladará esta mercancía hasta el sitio de almacenaje y/o el muelle, y el sistema inverso, para el caso de importaciones...", es decir el soporte técnico necesario que permitiera viabilizar los accesos al puerto pretendido.

Cuando esta Agencia requiere a la sociedad citada, descripción exacta del esquema de ingreso y salida de vehículos con gráficos, explicativos de los procesos de acceso vehicular y la transferencia de carga mediante la utilización de predios de carga de terceros, la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., únicamente se limita a afirmar "que se tienen diferentes opciones para acceder al terminal", entre ellas trasladar al Gobierno Nacional la responsabilidad de que se cumpla con el propósito de desarrollo de un área considerada como de desarrollo portuario.

Es decir los accesos al puerto que pretende desarrollar la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., dependen de terceros; para esta Agencia es inconcebible este hecho por cuanto es el concesionario privado el interesado en desarrollar un puerto sin que esta circunstancia dependa de la aquiescencia y favorabilidad de "otros"; ahora bien ni siquiera la aceptación por parte de los terceros en cuanto a los accesos, consta por escrito, sino que como bien lo informa el peticionario se acostumbra en Buenaventura a hacer "acuerdos verbales"; de ninguna manera aceptará esta Agencia la realización de un puerto con fundamento en supuestos.

Como lo afirma el concepto técnico emanado de esta entidad, es de conocimiento de la entidad que, por la vía de acceso sector Puerta Pekin, al final de la cual el solicitante firmó un acuerdo con CEMAS: una calle urbana, de 3 carriles, parcialmente incluida dentro de un área portuaria concesionada, hoy se movilizan, con evidente dificultad, más de 5 millones de toneladas anuales MTA, de 6 concesionarios portuarios vigentes: CEMAS: 1 MTA (en un área inferior a 2 ha.), Muelle 13-Vacio-50mt-A1A2, 1.3 MTA, y SPRBUN 3 MTA granel. La entidad conoce que, por la misma ruta, se movilizaran más de 1 MTA, adicionales, de carbón en Muelle 14 SPRBUN, a partir de jul. 2012, cumpliendo norma de "cargue directo"; y por esta razón se requiere a la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., que remita el esquema técnico en el cual se explique cómo se va a tender el tráfico generado por la citada sociedad sin afectar la ya apretada operación de CEMAS, sumado a las dificultades de flujo que ya se han evidenciado en ese sector de la zona portuaria de Buenaventura.

Si el peticionario de la concesión portuaria no tiene la disponibilidad del terreno aledaño o privado que se encuentra en conflicto, no es posible ni desarrollar el proyecto portuario, ni ejecutar el plan de inversión que se pretende desarrollar en las zonas de uso público, por cuanto este predio es el que permite el acceso terrestre a las instalaciones portuarias.

En este sentido es clarísimo que si un puerto no tiene accesos ya sean terrestres o marítimos no es posible técnicamente su construcción. En otras palabras este terreno privado es el que permite que se llegue a la zona de uso público solicitada en concesión portuaria.

Si bien es cierto como lo afirma la sociedad peticionaria, la zona de Buenaventura, tiene una alta "vocación portuaria", dicha afirmación no se traduce en que la Agencia Nacional de Infraestructura, acepte de manera indiscriminada y sin análisis alguno todas las solicitudes de concesión portuaria

PT

mww

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

que se pidan sobre esta zona, por cuanto de acuerdo con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Por ende, esta Agencia establece los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas a su cargo y culminar de manera seria las actuaciones administrativas.

En síntesis se concluye desde un punto de vista técnico y jurídico y en consonancia con lo preceptuado en la Ley 1ª de 1991 en relación con el objetivo que debe cumplir un puerto cuya finalidad es la prestación de un servicio público, el cual deberá observar además unos criterios de eficiencia y estándares de funcionamiento acordes con la misma finalidad que el proyecto portuario propuesto por la sociedad portuaria PACIFIC PORT S.A., es inviable, y en todo caso su aprobación sería altamente riesgosa tanto para la Nación como para el mismo peticionario, si no existe una vía terrestre que conecte dicho proyecto con el sistema de vías del país.

Con base en las consideraciones expuestas se concluye, que el proyecto de concesión portuaria para ocupar, utilizar y administrar, en forma temporal y exclusiva, una zona de uso público, propuesto por la empresa SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., es inviable.

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

Que en mérito de lo expuesto;

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Negar la solicitud de concesión portuaria y ordenar el archivo del expediente contentivo de la solicitud de concesión portuaria y demás documentos remitidos por la empresa **SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A.**, para ocupar, utilizar y administrar, en forma temporal y exclusiva, una zona de uso público ubicada en el municipio de Buenaventura, sector nororiental de los muelles de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, Muelle 13, Muelle de Graneles y Muelle Cemas a la altura del kilómetro 4 de la Avenida Simón Bolívar, en el barrio Nueva Estación La Palera, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

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

ARTÍCULO SEGUNDO.- Ordenar la devolución de las copias de los documentos aportados por SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., mediante solicitud radicada bajo el No. 0017859 del 24 de octubre de 2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO.- Archivar el expediente contentivo de la solicitud radicada bajo el No. No. 0017859 del 24 de octubre de 2007, por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A., una vez devueltos los documentos a los que se ha hecho referencia en el artículo inmediatamente anterior.

ARTÍCULO CUARTO.- Notificar personalmente la presente resolución al representante legal de SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. en los términos del artículo 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la decisión contenida en éste procede el recurso de reposición en los términos del artículo 50 y siguientes del mismo Código.

nm

nm

"Por la cual se niega la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA PACIFIC PORT S.A. y se toman otras determinaciones"

ARTÍCULO QUINTO.- Comunicar el presente acto administrativo a las autoridades señaladas en el artículo 10º de la Ley 1ª de 1991, a saber: Superintendencia de Puertos y Transportes, Ministerio de Transporte, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -CVC-, así como a las siguientes autoridades: Alcalde del municipio de Buenaventura, Director General de Turismo del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Director General de la Dirección Marítima del Ministerio de Defensa - DIMAR, Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y Subdirección Administrativa y Financiera del Instituto Nacional de Vías, para su conocimiento y fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE

09 MAR 2012

Beatriz Eugenia Morales Vélez

BEATRIZ EUGENIA MORALES VÉLEZ
Subgerente de Estructuración y Adjudicación

Revisó: Martha Elena Calderón Jaramillo/Coordinadora Grupo Interno de Trabajo Portuario *MEJ*
Iván Fierro /Asesor SEA *IF*
Vo.Bo. Técnico: Cap. Manuel Campos/Asesor Técnico
Proyectó: Matilde Cardona Arango/ Abogada Grupo Interno de Trabajo Portuario *MC*

¹ Artículo 5º numeral 5.1.1 de la Ley 1 de 1991

MEJ

