



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 53897 DE 2011  
 30 SEP 2011

Radicación: 10-165154

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA**

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en el artículo 1 numerales 2 y 3 y en el artículo 8 numerales 3 y 5 del Decreto 3523 de 2009, modificados por los artículos 1 y 4 del Decreto 1687 de 2010, respectivamente y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que “[...] *la libre competencia económica es un derecho de todos [...]*” y “[...] *el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*”

**SEGUNDO:** Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas “[...] *vijelar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*”

**TERCERO:** Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º, numeral 2 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 1º, numeral 2 del Decreto 1687 de 2010, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio “[...] *vijelar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales [...]*”.

**CUARTO:** Que los numerales 3 y 5 del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4, numerales 3 y 5 del Decreto 1687 de 2010, establecen respectivamente como funciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia “[...] *iniciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas;*” así como, “[...] *ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*”

**QUINTO:** Que CORMAGDALENA radicó ante esta Superintendencia un documento presentado por el Gerente Departamental del Atlántico de la Contraloría General de la República, bajo el No. 10-165154 de fecha 31 de diciembre de 2010<sup>1</sup>, en el cual se denuncia “una posible flagrante violación a la ley 256 de enero 15 de 1996”, por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A (en adelante SPRB), sociedad que ejecuta y tiene vigente actualmente un contrato de Concesión Portuaria adjudicado por la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (en

<sup>1</sup> Cuaderno 1, folios 19 a 25.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

---

adelante CORMAGDALENA)<sup>2</sup>, donde se plantearon sendos argumentos, que a continuación se enunciarán:

[...]

*"En la denuncia referida, el ciudadano Morris Harf Meyer, pone en nuestro conocimiento situaciones que en su entender, desembocarían en posible detrimento patrimonial del Estado sobre las actuaciones administrativas y jurídicas adelantadas por la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, en relación con el proceso de celebración del Contrato de Concesión Portuaria No. 029 del 22 de diciembre de 2004, suscrito con la Sociedad Portuaria Atlantic Coal S.A. Por lo anterior, damos a conocer las observaciones detectadas en la Actuación Fiscal Especial"*

[...]

*"[...] en la cláusula Cuarta del Contrato de Concesión Portuaria, se establece con meridiana claridad que al Concesionario se le garantiza **"el acceso fluvial y terrestre a las zonas de uso público y las zonas adyacentes de la solicitud de concesión"** y que puntualiza estos accesos al señalar: **"ACCESO VIAL: El acceso a la zona adyacente (patios de Atlantic Coal S.A.) por vía terrestre se logra a través de vía pública localizada entre los puntos 3 y 4)"**" [...]"*

*"Lo anterior se ratifica cuando se dice en la cláusula Sexta (sic) que: **"el material ingresa a los patios de la sociedad portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A. por dos sitios: el primero por las instalaciones de la sociedad Portuaria Regional Barranquilla S.A., en el cual se pesan los vehículos tanto a la entrada como a la salida. El segundo por Atlantic Coal S.A. por la vía pública que conduce a Almadelco S.A (hoy predio de S.P.R B/quilla S.A.)"**. En aras de clarificar términos, señalamos que no es la vía pública la que es propiedad de SPRB, sino el predio de Almadelco".*

*"[...] se estableció que los derechos del Concesionario no se estarían respetando, por cuanto existen impedimentos como el cierre de una vía pública a través de la cual se accedía a las instalaciones de Atlantic Coal S.A."*

*"Debido a las reclamaciones del denunciante, su despacho conoce la presunta extralimitación de la Oficina Regional Atlántico del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, cuando al parecer, vulneró los derechos a un debido proceso, por haber tramitado sin su consentimiento y sin haberle notificado, un cambio en la nomenclatura del lote, con lo que facilitó a la SPRB, para proceder presuntamente sin el lleno los requisitos legales (sic), a cerrar el paso de una vía pública de aproximadamente 2.5 metros de ancho, a través de la cual se accedía a los patios de Atlantic Coal de Colombia S.A."*

[...]

*"A pesar, que la Ley 1ª del 10 de enero de 1991 en el numeral 27.1 (vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos dictados especialmente para las sociedades portuarias y los usuarios de los puertos), le otorga facultades a CORMAGDALENA, para la vigilancia y control de los Concesionarios, se observó, que no se hizo un estudio riguroso por parte de la entidad a su cargo, respecto a la adquisición del Lote de Almadelco, por parte de la SPRB; situación que genera una figura de herradura que encierra el área concesionada a la Sociedad Portuaria Atlantic Coal S.A." [...]"*

*A través de esta vía pública se ingresaba, por costumbre y por disposición contractual, al predio de Atlantic Coal S.A., marcado con la nomenclatura urbana de la ciudad de Barranquilla, calle 4 No. 30 -412. Esto se reconoce en la Resolución del IGAC, de fecha 19 de enero de 2010, donde se ordena la inscripción como "predio encerrado" en el catastro del Municipio de Barranquilla, sin embargo en el mismo documento se evidencia como inscripción anterior, el predio marcado con la nomenclatura **"Calle 4 No. 30 – 412"** a nombre de Atlantic Coal de Colombia S.A."*

<sup>2</sup> Contrato 008 de 1993 y Contrato 031 de 2006.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

"Otro aspecto que impide la operación de Atlantic Coal S.A. es el cerramiento al acceso desde los patios de lo que fuera el Terminal Marítimo de Barranquilla, hacia el punto de acopio de carbón para Atlantic Coal S.A., denominado "**PATIO DE CHATARRA**", adquirido para tal fin por el denunciante. Con esta acción, se cercena la posibilidad de operación al pasar presuntamente por encima de lo normado en el artículo 908 del Código Civil, el cual señala "**CONSTITUCION OBLIGATORIA DE SERVIDUMBRE DE TRANSITO: Si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían pro indiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna**".

[...]

"Al respecto es conveniente señalar, que cuando se dice en el contrato de compraventa, del predio enclavado denominado "**PATIO DE CHATARRA**", que: "**El predio objeto del presente contrato no cuenta con vías de acceso propias, lo que incide en forma determinante en el precio del inmueble**", se hace referencia a que el acceso se hará por un predio mayor, propiedad de la Nación donde el Concesionario SPRB se obliga a otorgar la servidumbre".

"En el trabajo realizado, tampoco se evidencian actuaciones de CORMAGDALENA, en lo pertinente a una posible flagrante violación al contenido de la Ley 256 de enero 15 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Es de anotar que este aspecto se encuentra pactado en la cláusula décima sexta del Contrato de Concesión Portuaria No. 31 del 8 de agosto de 2006, suscrito con la Sociedad Portuaria Regional Barranquilla, en donde el concesionario en el numeral 16.3 se obliga a: "**Abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o que cree prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 01 de 1991...**".

"El hecho de estar exportando carbón tal como lo señala la Superintendencia Delegada de Puertos en su informe público para las vigencias 2009 y 2010 coloca a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla en la línea de competidores directos de Atlantic Coal S.A. Cercenar los ingresos del Denunciante a la zona de operación es eliminar un competidor mediante una presunta violación de las responsabilidades contractuales y de los mandatos legales aplicables".

[...]

"[...] con lo expresado, se configuraría un presunto daño patrimonial al Estado, previsto en el artículo 6 de la Ley 610 del 18 de agosto de 2000, por la imposibilidad de operar la concesión portuaria de parte de la Sociedad Portuaria Atlantic Coal S.A".

"Para el organismo de control, resulta evidente que a la empresa denunciante se le está impidiendo operar y explotar adecuadamente la concesión portuaria otorgada por CORMAGDALENA, por cuanto la Sociedad Portuaria Regional Barranquilla S.A., a pesar de que la Ley y el Contrato de Concesión se lo imponen, le impide tener acceso por vía terrestre al Patio de Chatarra, Zona Adyacente de la Concesión, sitio donde Atlantic Coal S.A., hace acopio y almacenamiento del carbón, razón de ser de la Concesión Otorgada mediante Contrato de Concesión Portuaria No. 029 del 22 de diciembre de 2004[...]"

**SEXTO:** Que de acuerdo a los hechos expresados anteriormente, esta Delegatura procedió en la etapa de queja a recaudar las siguientes pruebas:

**6.1 Testimoniales**

Testimonio realizado el día 7 de abril de 2011 en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio ubicadas en la Carrera 13 No. 27 -00 piso 10, al **Dr. MORRIS**

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

**HARF MEYER** en calidad de Representante Legal de la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A. (en adelante SPAC)<sup>3</sup>.

**6.2 Documentales**

La SPAC envió a esta Superintendencia documentación requerida en el testimonio realizado el día 7 de abril de 2011, en comunicación con radicado 10-165154-08-00 del 25 de abril de 2011. De allí se destaca lo siguiente:

6.2.1 Información relacionada con la actuación iniciada a instancias de CORMAGDALENA, vinculada con el contrato de concesión portuaria No. 029 de 2004, celebrado por la SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A., con CORMAGDALENA<sup>4</sup>, en la cual formula ante esta Superintendencia *“queja formal para que se investigue si tales actos configuran la violación de normas sobre protección de la competencia, y en caso afirmativo se impongan las sanciones que correspondan de acuerdo con la ley, y se adopten las medidas cautelares tendientes a que la SPRB cese en su conducta anticompetitiva y ATLANTIC COAL pueda volver a operar su puerto”* y del cual se pueden destacar los siguientes argumentos:

*“ATLANTIC COAL, como empresa portuaria cuyo objeto es la operación y explotación del puerto carbonífero otorgado en concesión por CORMAGDALENA, en virtud del contrato de concesión portuaria No. 029- de 2004, competidora de la SPRB en el mercado de servicios portuarios de movilización de carbón en la ciudad de Barranquilla y su área de influencia, que ha sido gravemente perjudicada por los actos de la SPRB que más adelante se mencionan, que consideramos son configurativos de prácticas restrictivas de la competencia, mediante los cuales la SPRB ha impedido que mi representada opere el citado puerto y compita en el mercado, por medio del presente escrito y por conducto del suscrito [...]”.*

***[...] C) El contrato de operación portuaria celebrado entre ATLANTIC COAL y la SPRB, y los laudos arbitrales que lo declararon terminado y le ordenaron a la SPRB restituir el puerto a ATLANTIC COAL.***

8. ATLANTIC COAL, en calidad de contratante, y la SPRB, celebraron un contrato comercial de operación portuaria (en adelante el Contrato de Operación). Dicho Contrato de Operación se celebró en cumplimiento del contrato de promesa de acuerdo concordatario celebrado entre ATLANTIC COAL y sus acreedores (incluida la SPRB), y era parte esencial de la fórmula concordataria aprobada, y del mismo se resaltan los siguientes aspectos:

a. En las consideraciones se hizo referencia al trámite concordatario de ATLANTIC COAL, el cierre del PUERTO ATLANTICOAL de propiedad del contratante por la crisis económica y falta de capital de trabajo de éste, el interés de la SPRB de operar el PUERTO ATLANTICOAL hallándose en capacidad financiera, administrativa y técnica de hacerlo, y la exigencia de ésta de que el Contrato haga parte del acuerdo concordatario del contratante con sus acreedores.

b. Según la cláusula primera, inciso primero, el objeto del Contrato *“es la operación portuaria exclusiva de cargue, descargue, pesaje, recepción y almacenamiento de carbón de exportación de EL CONTRATANTE, EL OPERADOR y/o terceros, dentro del Muelle Privado de Servicio Público denominado ATLANTICOAL (...)”.*

[...]

9. En virtud del Contrato de Operación, ATLANTIC COAL le entregó a SPRB, y ésta recibió de aquella, el lote de terreno denominado *“PATIO DE CHATARRA”*, [...], en el cual se encuentra el muelle privado de servicio público denominado PUERTO ATLANTICOAL. Así

<sup>3</sup> Acta de Comparencia, Cuaderno 1, folio 26.

<sup>4</sup> Cuaderno 1, folios 174 a 187.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

mismo, mi mandante entregó al operador las oficinas, cubículos, maquinaria, equipos, muebles y demás elementos inventariados en la correspondiente acta de entrega, incluyendo los accesos terrestres que el puerto tenía al momento de dicha entrega, indispensables para su operación.

[...]

10. El Contrato de Operación perdió sus efectos en virtud de la decisión que en tal sentido adoptó el Tribunal de Arbitramento convocado por la SPRB, mediante laudo arbitral de fecha 26 de enero de 2007, y su laudo complementario de fecha 8 de febrero de 2007.

El punto séptimo de la parte resolutive del laudo arbitral del 26 de enero de 2007 reza así:

**"SEPTIMO: Como consecuencia de lo anterior, declarar la terminación del contrato comercial operación portuaria celebrado entre SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A. y SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA, por incumplimiento imputable a esta, y ordenar a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. que restituya a SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A. el muelle o PUERTO ATLANTIC COAL materia de dicho contrato junto con todos los elementos, equipos e instalaciones que lo conforman, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral" (se resalta y subraya).**

[...]

11. La SPRB no cumplió voluntariamente las condenas que le fueron impuestas en el laudo arbitral de fecha 26 de enero de 2007, y su laudo complementario de fecha 8 de febrero de 2007 [...]

**F) El cierre de los accesos terrestres al predio denominado "PATIO DE CHATARRA", por parte de la SPRB**

19. La SPRB es competidora directa de ATLANTIC COAL, en el mercado de movilización de carbón, en la ciudad de Barranquilla y su área de influencia, en el cual actúa la SPRB a través del puerto a ella concesionado por CORMAGDALENA (contrato de concesión portuaria No. 008 de 1993), que colinda con el puerto ATLANTIC COAL.

20. Además de lo anterior, la SPRB es propietaria del predio que por el otro lado colinda con el predio denominado "PATIO DE CHATARRA", de propiedad de ATLANTIC COAL, predio aquél que se encuentra afecto al contrato de concesión portuaria No. 031 de 2004, celebrado por la SPRB con CORMAGDALENA.

[...]

22. Por muchos años la SPRB respetó el acceso por vía terrestre desde la vía pública y hasta el predio denominado "PATIO DE CHATARRA", y en consecuencia el ingreso de los vehículos automotores que transportan el carbón, así como del personal de ATLANTIC COAL y visitantes de ésta, se realizó ininterrumpidamente desde el 6 de abril de 1990 y hasta el 28 de enero de 2008, por las instalaciones que hoy opera la SPRB, como concesionario del Estado, bajo el contrato de concesión 008 de 1993 y sus modificaciones, ubicadas en el predio de mayor extensión de propiedad de la Nación, denominado "ZONA DEL TERMINAL MARITIMO DE BARRANQUILLA". Además, existía otro acceso por vía pública al predio denominado "PATIO DE CHATARRA", como consta, entre otros documentos, en el plano elaborado por el INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTIN CODAZZI, hoja No. 55, y en fotografías aéreas y terrestres de la zona.

[...]

24. Así mismo, la SPRB, de manera deliberada, arbitraria e injustificada, bloqueó el acceso terrestre desde la vía pública y hasta el predio denominado "PATIO DE CHATARRA", a través del predio antes denominado "ALMADELCO", hoy propiedad de la SPRB, vinculado al contrato de concesión No. 31 de 2004, celebrado por ésta con CORMAGDALENA, cerrando

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

así completamente los accesos terrestres al predio "PATIO DE CHATARRA" previstos en la cláusulas Terceras, Cuarta y Sexta del contrato de concesión 029 de 2004, y aislándolo de la vía pública, con lo cual la SPRB logró impedir la explotación económica del mencionado predio, la operación y explotación económica de la concesión portuaria otorgada por CORMAGDALENA a ATLANTIC COAL, y la competencia por parte de ATLANTIC COAL.

25. Además de lo anterior, la SPRB de manera deliberada, arbitraria e injustificada, desmontó sin autorización de ATLANTIC COAL los portones de acceso al inmueble denominado "PATIO DE CHATARRA", y levantó en su lugar muros encerrando dicho predio y dejándolo a partir de entonces como un "lote ciego".

26. Como consecuencia de las referidas conductas de la SPRB, el predio enclavado denominado "PATIO DE CHATARRA", que constituye zona adyacente a la zona de uso público dada en concesión por CORMAGDALENA a ATLANTIC COAL y es esencial para la operación y explotación de esta concesión portuaria, quedó sólo con acceso fluvial por el Río Magdalena, y es de tal gravedad este asunto que la SPRB, al cerrar el acceso terrestre desde y hacia la vía pública, hace inútil el predio "PATIO DE CHATARRA" y el puerto ATLANTIC COAL, tomándolos improductivos en contra de la finalidad social de la propiedad establecida en la Constitución Política, e impide la operación y explotación económica de la concesión portuaria que es objeto del contrato de concesión portuaria 029 de 204 (sic), y la competencia por parte de ATLANTIC COAL a la SPRB, violando gravemente los derechos de propiedad y de libre empresa e iniciativa privada.

[...]

28. La SPRB se ha beneficiado significativamente al impedir que ATLANTIC COAL opere el puerto que es objeto del contrato de concesión portuaria No. 029 de 2004, particularmente durante los años 2007, 2008, 2009 y 2010, periodo en el cual la SPRB fortaleció su posición dominante en el mercado de servicios portuarios de movilización de carbón en la ciudad de Barranquilla y su área de influencia, como se puede constatar fácilmente al analizar el comportamiento de ese mercado, y los estados financieros y demás información de la propia SPRB, y lo evidencia públicamente la información contenida en el artículo publicado en el diario La República, el 5 de abril de 2011, titulado "Ganancia de la Sociedad Portuaria de Barranquilla subió 736% durante 2010", en el cual se informa que en 2009 la SPRB movilizó 337.641 toneladas de carbón, y en 2010 movilizó 691.059 toneladas de carbón, con un crecimiento del 105%, al paso que durante el mismo lapso mi representada no pudo movilizar una sola toneladas de carbón a través del puerto que el Estado, por intermedio de CORMAGDALENA, le otorgó en concesión, cuya operación le ha sido impedida por la SPRB en la forma antes descrita".

[...]

En la misma comunicación el Dr. Morris Harf Meyer anexó información complementaria, y a continuación se enuncian los documentos que se consideran de mayor importancia para el presente caso:

6.2.1.1 Copia de la Resolución 1820 de 17 de diciembre de 1990, "por la cual se otorga una concesión y se autoriza ejecutar unas obras a la Sociedad Atlantic Coal de Colombia S.A. en jurisdicción de Barranquilla" por la Dirección General Marítima y Portuaria – DIMAR<sup>5</sup>.

6.2.1.2 Copia de la Escritura Pública 1595 del 13 de julio de 1994, por medio de la cual el Fondo de Pasivo Social de la empresa Puertos de Colombia - en liquidación, le vendió a

<sup>5</sup> Cuaderno 1, folios 209 a 212.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

Atlantic Coal de Colombia S.A. un inmueble ubicado en la calle 4 No. 30-412 de Barranquilla, denominado "patio de chatarra"<sup>6</sup>.

6.2.1.3 Copia de la Resolución 0978 del 26 de agosto de 1998, "por medio de la cual se aprueba una solicitud de concesión portuaria a la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A., ubicada en jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Atlántico"<sup>7</sup>.

6.2.1.4 Copia del Contrato de concesión No. 029 del 22 de diciembre de 2004, suscrito entre la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA y la SPAC, en el cual "la Corporación en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la Sociedad Portuaria Atlantic Coal S.A. de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1 Se otorga a la sociedad concesionaria el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público con sus construcciones e inmuebles por destinación descrito en la cláusula segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula séptima de este contrato, a favor de la Nación- Instituto Nacional de Vías -INVIAS y del Distrito de Barranquilla, o a favor y en las condiciones que determine la Ley. Área donde operará un muelle, el cual será de servicio público, previamente habilitado para el comercio exterior por la autoridad competente. 1.2 El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a la sociedad concesionaria del uso y explotación de bienes pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la cláusula séptima de este contrato"<sup>8</sup>.

6.2.1.5 Copia del Contrato de concesión No. 31 del 8 de agosto de 2006, suscrito entre la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA y la SPRB, en el cual "la Corporación en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1 Se otorga a la sociedad concesionaria el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público descrita en la cláusula segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula décima de este contrato, a favor de la Nación- Instituto Nacional de Vías -INVIAS y del Distrito de Barranquilla, o a favor y en las condiciones que determine la Ley. 1.2. El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a la sociedad concesionaria del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la cláusula décima de este contrato"<sup>9</sup>.

6.2.1.6 Copia del contrato de Operación Portuaria suscrito entre Atlantic Coal de Colombia S.A. y la SPRB, cuyo objeto es "la operación portuaria exclusiva de cargue, descargue, pesaje, recepción y almacenamiento de carbón de exportación de EL CONTRATANTE, EL OPERADOR y/o de terceros, dentro del Muelle Privado de Servicio Público denominado ATLANTIC COAL, ubicado en el terminal marítimo de la ciudad de Barranquilla, distinguido en la nomenclatura urbana en mayor extensión con el número treinta cuatrocientos doce (30 – 412) de la calle cuarta (4a.), con una extensión superficial aproximada de cuarenta y nueve mil ochenta y dos punto cuarenta y tres metros (49.082-43 mts. 2), a cuya puerta

<sup>6</sup> Cuaderno 1, folios 198 a 208.

<sup>7</sup> Cuaderno 2, folios 493 a 499.

<sup>8</sup> Cuaderno 2, folios 405 a 417.

<sup>9</sup> Cuaderno 3, folios 501 a 511.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

de entrada se tiene acceso por las bodegas de Almadelco (...). Suscrito el 6 de febrero de 1998<sup>10</sup>.

6.2.1.7 Copia del Laudo arbitral proferido el 26 de enero de 2007 por el Tribunal de Arbitramento constituido por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. contra la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A., en concesión<sup>11</sup>.

6.2.1.8 Copia del Laudo arbitral complementario proferido el 8 de febrero de 2007 por el Tribunal de Arbitramento constituido por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. contra la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A., en concesión<sup>12</sup>.

6.2.1.9 Copia del Derecho de petición dirigido a CORMAGDALENA por parte de la SPAC, de fecha 8 de octubre de 2009, en el que se hacen las siguientes peticiones: *“que en cumplimiento de sus deberes, entre ellos los de velar por el adecuado funcionamiento de la concesión portuaria a Atlantic Coal, y de garantizarle a Atlantic Coal el acceso por vía terrestre, a través de los puntos de acceso establecidos en las cláusulas tercera, cuarta y sexta del contrato de concesión 029 de 2004, y en especial a través de las instalaciones que ocupa la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., al predio enclavado denominado “patio de chatarra”, que constituye zona adyacente a la zona de uso público dada en concesión por CORMAGDALENA a Atlantic Coal y es esencial para la operación y explotación de esta concesión portuaria, CORMAGDALENA de manera inmediata y diligente realice todas las gestiones y acciones y adopte todas las medidas que estén a su alcance y a que haya lugar para que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A.; como concesionario de CORMAGDALENA bajo el contrato de concesión 008 de 1993, que ocupa y explota el predio de mayor extensión de propiedad de la Nación, denominado “zona del terminal marítimo de Barranquilla”, cumpla su obligación contractual de respetar la servidumbre legal de tránsito que de pleno derecho, por ministerio de la ley y en aplicación del art. 908 del Código Civil, existe a favor del predio enclavado denominado “patio de chatarra”, como predio dominante, y a cargo del predio de mayor extensión de propiedad de la nación denominado “zona terminal marítimo de Barranquilla”, como predio sirviente del cual se segregó el primero, originada en el enclavamiento del predio denominado “patio de chatarra” como resultado de la venta parcial y división material efectuadas por medio de la escritura pública No. 1595 del 13 de julio de 1994, de la notaría 44 de Bogotá, y, en caso de que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. se niegue a respetar la referida servidumbre legal de tránsito, CORMAGDALENA termine el contrato de concesión 008 de 1993 celebrado con dicha sociedad, según lo pactado en el mismo y en la ley aplicable, por el incumplimiento de ésta de la mencionada obligación, con el cual se impide la operación y explotación de la concesión portuaria otorgada a Atlantic Coal, y la competencia por parte de ésta a la SPRB, y aplique las sanciones a que haya lugar conforme al contrato y a la ley”*<sup>13</sup>.

**6.3 Otros Documentos**

El día 25 de abril de 2011 fue remitido a la Delegatura de Protección de la Competencia por parte de la Coordinadora Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, un memorando bajo radicado No. 11-47401<sup>14</sup>, el cual consta de 135 folios conteniendo sendos documentos, allegados por el Dr. Fernando Arteta Garcia en calidad de Presidente de la SPRB a la

<sup>10</sup> Cuaderno 1, folios 234 a 250.

<sup>11</sup> Cuaderno 2, folios 251 a 376.

<sup>12</sup> Cuaderno 2, folios 377 a 404.

<sup>13</sup> Cuaderno 2, folios 418 a 433.

<sup>14</sup> Cuaderno 1, folios 39 a 173.



**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

Superintendencia. Dicha información se acumuló al trámite con número de radicado 10-165154, los cuales se enunciarán a continuación:

6.3.1 Escritura Pública 1595 del 13 de julio de 1994 de la Notaria 44 de Bogotá en donde Atlantic Coal S.A., adquiere el predio a sabiendas que no contaba con vías de acceso<sup>15</sup>.

6.3.2. Comunicación del 16 de enero de 1998 emanada del Representante Legal de Atlantic Coal S.A dirigida a la SPRB, en donde manifiesta que la entrada al puerto ATLANTICOAL es en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con ALMADELCO<sup>16</sup>.

6.3.3. Acta de diligencia de entrega de inmueble suscrita el 16 de diciembre de 2009<sup>17</sup>.

6.3.4. Auto de fecha 8 de noviembre de 2010 proferido por el Juzgado 7 civil del circuito de Barranquilla mediante el cual se rechaza la solicitud de ATLANTIC COAL S.A., referente a la fijación de una nueva fecha de entrega<sup>18</sup>.

6.3.5. Fallo de tutela del 8 de febrero de 2011 proferido por el Tribunal Superior Sala Civil Familia de Barranquilla, en donde se ordena revocar el auto del 8 de noviembre de 2010 proferido por el Juez Séptimo del Circuito de Barranquilla<sup>19</sup>.

6.3.6, Copia del Fallo de Tutela de la Corte Suprema de Justicia en donde ordena revocar el fallo de tutela del 8 de febrero de 2011 proferido por el Tribunal Superior Sala Civil Familia de la ciudad de Barranquilla<sup>20</sup>.

6.3.7. Copia de la sentencia del tribunal Administrativo del Atlántico fechado 16 de marzo de 2009 en el cual se deniegan las súplicas de la acción de cumplimiento presentada por ATLANTIC COAL S.A.<sup>21</sup>.

6.3.8. Resolución 020 del 19 de enero de 2011 expedida por el Secretario de Control Urbano del Distrito de Barranquilla, en el cual confirman las resoluciones expedidas por la Secretaría de Planeación, en las cuales se concluye que el predio ATLANTICOAL carece de nomenclatura<sup>22</sup>.

6.3.9. Comunicación de CORMAGDALENA de fecha 14 de octubre de 2008, por medio de la cual se abstienen de iniciar trámite de imposición de servidumbre sobre los predios de la SPRB para garantizar el acceso al puerto ATLANTICOAL<sup>23</sup>.

6.3.10. Resolución IDUC 963 de 2007<sup>24</sup>.

6.3.11. Comunicación del INVIAS de fecha 22 de diciembre de 2010, en la cual le explica al representante legal de ATLANTIC COAL, que no tiene deber de garantizarle el acceso al puerto o muelle ATLANTICOAL a través de los predios de su propiedad<sup>25</sup>.

<sup>15</sup> Cuaderno 1, folios 61 a 69.

<sup>16</sup> Cuaderno 1, folio 70.

<sup>17</sup> Cuaderno 1, folios 71 a 84.

<sup>18</sup> Cuaderno 1, folios 85 a 96.

<sup>19</sup> Cuaderno 1, folios 97 a 107.

<sup>20</sup> Cuaderno 1, folios 108 a 118.

<sup>21</sup> Cuaderno 1, folios 119 a 130.

<sup>22</sup> Cuaderno 1, folios 131 a 139.

<sup>23</sup> Cuaderno 1, folios 140 a 147.

<sup>24</sup> Cuaderno 1, folios 150 a 151.

<sup>25</sup> Cuaderno 1, folios 152 a 153.

7

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

6.3.12. Comunicado del apoderado de la SPRB dirigido a la Procuraduría General de la Nación para ejercer control y vigilancia sobre los actos de CORMAGDALENA<sup>26</sup>.

6.3.13. Copia del oficio fechado 6 de abril de 2011, recibido en sede de la SPRB el 7 de abril de la misma anualidad, en donde se nos informa la realización de una diligencia de inspección ocular a la vía 4ª No. 30 – 412, con motivo de una querrela de restitución de bien público<sup>27</sup>.

6.3.14. Copia de la denuncia penal instaurada contra GONZALO BOTERO BOTERO y CESAR UPARELA ORTEGA, por el presunto delito de prevaricato por acción, radicada ante la Fiscalía General de la Nación el 23 de diciembre de 2010, bajo el número de asignación 043739<sup>28</sup>.

6.3.15. Certificado de existencia y representación legal<sup>29</sup>.

**SÉPTIMO:** Que con fundamento en diversos medios de prueba que obran en el expediente, esta Delegatura, mediante memorando de fecha 30 de junio de 2011, radicado con el número 10-165154-9-0, decidió dar trámite a una averiguación preliminar<sup>30</sup>, con el fin de establecer si existía evidencia que determinara la necesidad de abrir una investigación en contra de la SPRB por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

**OCTAVO:** Que en desarrollo de la averiguación preliminar adelantada se han recaudado elementos que sirven de base para considerar que la SPRB, probablemente habría incurrido en conductas que atentan contra el régimen de libre competencia, como es la violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, con fundamento en los siguientes elementos:

### **8.1 Sobre la Presunta Violación del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

#### **8.1.1. Sobre el Alcance del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

La Ley 155 de 1959, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en su artículo 1, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, establece que:

*“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.*

La norma reprocha dos tipos de actos. En primer lugar, prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. En segundo lugar, y en consonancia con la prohibición anterior, prohíbe *en general*, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, así como toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

<sup>26</sup> Cuaderno 1, folios 148 a 149.

<sup>27</sup> Cuaderno 1, folio 154.

<sup>28</sup> Cuaderno 1, folios 159 a 173.

<sup>29</sup> Cuaderno 1, folios 155 a 158.

<sup>30</sup> Cuaderno 3, folio 524.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

En relación con el primer supuesto, es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los productos o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma, no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma, no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por él mismo restrictivo.

Frente al segundo supuesto, tal como está contemplado en el artículo de la referencia, la ley pretende prohibir aquellas "prácticas, procedimientos o sistemas" que tiendan a limitar la libre competencia y aquellas "prácticas, procedimientos o sistemas" que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos<sup>31</sup>.

Así las cosas, las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

- 1) Los acuerdos "que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros".
- 2) "Las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia".
- 3) "Las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos".

Para el caso que nos ocupa, la conducta de la sociedad en contra de la cual se interpuso la queja, tiene como fin el desarrollo de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a afectar la libre competencia. Ahora bien, el vocablo "tendientes" indica que la norma no castiga exclusivamente el efecto; también indica que el desarrollo de la práctica tenga como fin o sea idónea para limitar la libre competencia.

Así las cosas, previamente al estudio del comportamiento de la SPRB a la luz de las normas de libre competencia, se analizarán entre otros los siguientes aspectos relevantes para determinar si se presenta una vulneración a los propósitos de la libre competencia:

**8.1.2 Agentes Involucrados**

Para precisar las acciones que se han mencionado a lo largo del presente documento, se hará una breve presentación de las Sociedades involucradas en dichos actos.

**8.1.2.1 Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. (SPRB)**

La SPRB "tiene a su cargo el Terminal marítimo y fluvial de Barranquilla, el cual le fue otorgado mediante el contrato de concesión número 008 del 2 de Agosto de 1993, por parte de la Superintendencia General de Puertos y recibido de manera física el 13 de

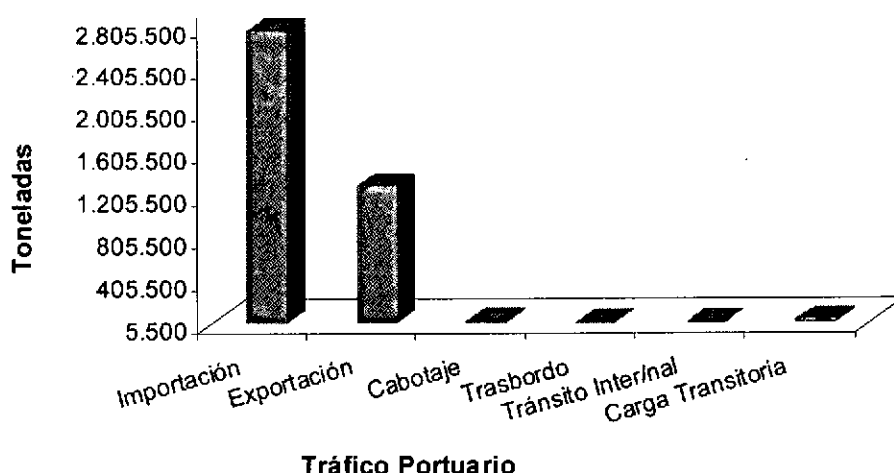
<sup>31</sup> Así lo confirmó la Real Academia de la Lengua Española, quien fue consultada en el desarrollo del expediente No 04-047600, respecto del alcance de la "y" en la segunda parte del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, diciendo que según lo interpretan se habría de entender que "quedan prohibidas las prácticas, etc., que tiendan a limitar la libre competencia y las medidas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos", mostrando que la partícula "y" no corresponde a una conjunción que impone la presencia de diferentes requisitos para una única prohibición, sino dos prohibiciones diferentes.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

Diciembre del mismo año, el cual le da derecho a ocupar y utilizar de forma temporal y exclusiva playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas al igual que los bienes que hacen parte del terminal portuario y son propiedad de la Empresa Puertos de Colombia en Liquidación, (...), a cambio del pago de una contraprestación a favor de la Nación por el uso de la zona de playa, por el uso de la infraestructura entregada en concesión y para vigilancia ambiental<sup>32</sup>”.

Es un puerto multipropósito, “con infraestructura y equipos para la movilización de contenedores, carga general (principalmente acero), carga a granel y **carbón**<sup>33</sup>”. Su actividad de tráfico portuario se ha enfocado en el comercio exterior; las demás actividades (cabotaje<sup>34</sup>, trasbordo<sup>35</sup>, tránsito internacional y carga transitoria<sup>36</sup>), las realiza en una participación mínima, como se puede observar en la Gráfica 1.

Gráfica 1. Tráfico Portuario de la SPRB para el 2010



Fuente: Elaboración SIC, con base en el Informe Consolidado Año 2010.<sup>37</sup>

**8.1.2.2 Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A. (SPAC)**

La SPAC fue creada en 1989 y un año más tarde, mediante la Resolución 1820 de 1990, obtuvo por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria, una concesión para “la

<sup>32</sup> Contraloría General de la República, *Desarrollo de las Concesiones Portuarias en Colombia*, abril 19 de 2010, pp. 66 y 67. Disponible en la Página Web:

[http://www.contraloriagen.gov.co/c/document\\_library/get\\_file?&folderId=15848373&name=DLFE-21149.pdf](http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?&folderId=15848373&name=DLFE-21149.pdf)

Fecha de consulta: 14 de Julio de 2011.

<sup>33</sup> Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, *70 años*, Patricia Plana Ediciones, p. 53. Disponible en la página web: [http://www.sprb.com.co/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=31&Itemid=54](http://www.sprb.com.co/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=31&Itemid=54)

Fecha de consulta: 21 de Julio de 2011.

<sup>34</sup> “Transporte de carga marítima de puerto a puerto”. Fuente: *Ibid.*, p. 95.

<sup>35</sup> “Traslado de mercancías efectuado bajo control aduanero de una misma aduana, desde una unidad de transporte a otra, o a la misma en distinto viaje, incluida su descarga a tierra, con el objeto de que continúe hasta su lugar de destino”. Fuente: Superintendencia de Puertos y Transporte, Informe Consolidado Año 2010, Enero de 2011, Sección Términos. Disponible en la página web: [http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo\\_1.pdf](http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo_1.pdf) Fecha de consulta: 26 de Julio de 2011.

<sup>36</sup> “Cargamentos que son descargados provisionalmente de la embarcación mientras dura su permanencia en el puerto”. Fuente: *Ibid.*

<sup>37</sup> Superintendencia de Puertos y Transporte, Enero de 2011. Página Web:

[http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo\\_1.pdf](http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo_1.pdf) Fecha de consulta: 26 de julio de 2011.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

construcción de un muelle y demás instalaciones portuarias indispensables para el manejo y almacenamiento de carbón de exportación<sup>38</sup> y la consecuente operación de dicha infraestructura, la cual es de servicio público. Su actividad la realizó en forma regular hasta el año 2008<sup>39</sup>, pero a raíz de los inconvenientes con la SPRB, los cuales se expusieron en la parte inicial de este documento, no ha podido operar su puerto y por lo mismo, hasta el año 2010, no se han reportado ingresos operacionales, como se evidencia en la siguiente tabla:

Tabla 1. Estado de Resultados SPAC 2007-2010  
Cifras en miles de pesos

Concepto	2007	2008	2009	2010
<b>Ingresos operacionales</b>	1.811.823	354.384	0	0
<b>UTILIDAD BRUTA</b>	1.811.823	354.384	0	0
(-) Gastos operacionales de administración	1.363.376	1.528.665	1.302.404	1.885.246
<b>UTILIDAD OPERACIONAL</b>	<b>448.447</b>	<b>-1.174.281</b>	<b>-1.302.404</b>	<b>-1.885.246</b>
(+) Ingresos no operacionales	8.373.109	3.574.880	2.085.749	8.020.397
(-) Gastos no operacionales	3.235.460	2.185.749	2.068.561	1.263.080
<b>UTILIDAD ANTES DE IMPUESTOS Y AJUSTES POR INFLACIÓN</b>	<b>5.586.096</b>	<b>214.850</b>	<b>-1.285.216</b>	<b>4.872.071</b>
<b>GANANCIAS Y PERDIDAS</b>	<b>5.586.096</b>	<b>214.850</b>	<b>-1.285.216</b>	<b>4.872.071</b>

Fuente: Superintendencia de Sociedades, Sistema de Información y Riesgo Empresarial – SIREM<sup>40</sup>.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que si bien la SPRB realiza un número mayor de actividades portuarias, dado su carácter de puerto multipropósito, desarrolla una actividad común con la SPAC, específicamente la relacionada con el manejo de carbón de exportación.

### 8.1.3. Mercado Presuntamente Afectado

Como parte del análisis realizado por esta Delegatura, es importante tener presente el mercado en el cual se encuentran los agentes involucrados en este proceso.

#### 8.1.3.1 El Sistema Portuario Colombiano

A finales de la década de los ochenta, el sistema portuario colombiano, encabezado por la Empresa Puertos de Colombia (en adelante COLPUERTOS), atravesaba por un momento crítico en materia administrativa y financiera, lo que obligó al Gobierno colombiano a replantear el modelo existente, hacia un esquema de mayor participación del sector privado. Lo anterior dio origen a la promulgación de la Ley 1 de 1991 o "Estatuto de Puertos Marítimos", a través de la cual se liquidó COLPUERTOS, se creó la Superintendencia General de Puertos<sup>41</sup> y se estableció, como parte de los principios generales, que "(...) Tanto las entidades públicas, como las empresas privadas, pueden constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales

<sup>38</sup> Carpeta 1, folios 209 a 212.

<sup>39</sup> Como se ha explicado a lo largo de este documento, si bien hubo un contrato de operación entre la Sociedad Portuaria Atlantic Coal S.A. y la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., debido a las dificultades que presentaba la primera en términos financieros, dicho contrato se llevó a cabo sin inconvenientes, lo que le permitió a Atlantic Coal recuperarse, para así poder reanudar por cuenta propia las operaciones de los terrenos dados en concesión por CORMAGDALENA.

<sup>40</sup> Página web: <http://sirem.supersociedades.gov.co/SIREM/jsp/mostrarInfo.jsp?theme=financial>

Fecha de consulta: 22 de julio de 2011

<sup>41</sup> Artículo 25, Ley 1, de 1991.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

---

*portuarios, o muelles y para prestar todos los servicios portuarios, en los términos de esta Ley*<sup>42</sup>.

En favor del nuevo modelo operacional, se constituyeron Sociedades Portuarias<sup>43</sup> de carácter oficial y particular, a las que se otorgaron contratos de concesión portuaria<sup>44</sup> con el fin de que administraran y operaran de manera eficiente los recursos portuarios. Por lo tanto, los puertos que antes operaba COLPUERTOS, es decir, los de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Buenaventura y Tumaco, se convirtieron en Sociedades Portuarias Regionales y se constituyeron además nueve (9) sociedades portuarias de servicio público<sup>45</sup> y siete (7) sociedades portuarias privadas de servicio privado<sup>46</sup>.

Ahora, dado que *"mediante el mayor o menor grado de movilización de carga por parte de un puerto es posible determinar la importancia del mismo en el comercio de un país y su participación en el comercio internacional"*<sup>47</sup>, resulta útil presentar el comportamiento del tráfico portuario en Colombia para 2010, por cada una de las zonas portuarias que conforman el sistema. Es así como se evidencia que para el 2010 se movilizaron en total 143.781.976 toneladas, cuya mayor participación correspondió a la zona portuaria de Santa Marta, con 40.007.330 toneladas, seguida de La Guajira y el Golfo de Morrosquillo, con 35.568.045 y 25.109.315 toneladas, respectivamente (ver Gráfica 2).

<sup>42</sup> Artículo 1, Ley 1 de 1991.

<sup>43</sup> Artículo 5.20, Ley 1 de 1991. *"Son sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las sociedades portuarias podrán también prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria."*

<sup>44</sup> Artículo 5.2, Ley 1 de 1991. *"[E]s un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos"*.

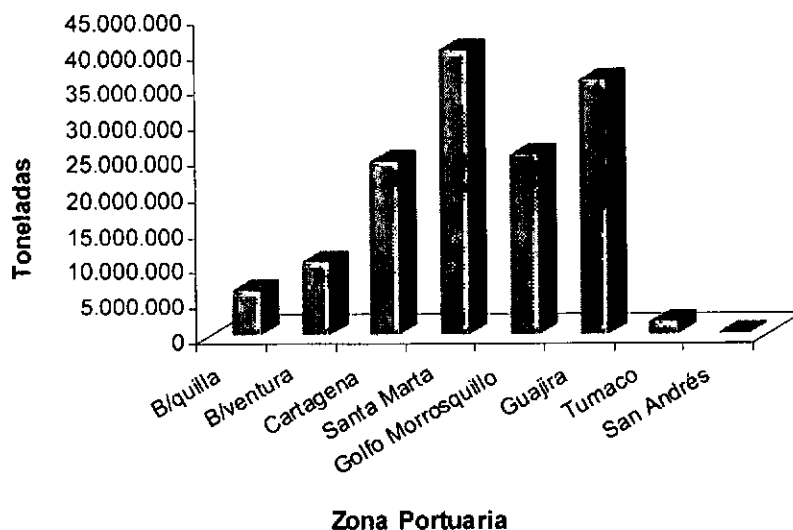
<sup>45</sup> Sociedad Portuaria del Norte S.A.; Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A.; Sociedad Vopak Colombia S.A.; Sociedad Terminal de Contenedores de Cartagena S.A.; Sociedad Portuaria Terminal Marítimo Muelles El Bosque S.A.; Sociedad Portuaria Algranel S.A.; Sociedad Portuaria Grupo Portuario S.A.; Sociedad Portuaria Puerto de Mamonal, S.A.

<sup>46</sup> Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos S.A.; American Port Company Inc. – Puerto Drummond; Sociedad Portuaria Golfo de Morrosquillo S.A.; Sociedad Portuaria Oleoducto Central S.A.; Sociedad Portuaria La Loma S.A.;

<sup>47</sup> Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3315, p. 3

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

**Gráfica 2. Tráfico Portuario en Colombia por Zona Portuaria - 2010**



Fuente: Elaboración SIC, con base en el Informe Consolidado Año 2010<sup>48</sup>.

Lo anterior se explica por la gran actividad de exportación de carbón por parte de las empresas, American Port Company, Inc. (puerto Drummond) en Santa Marta y El Cerrejón (Puerto Bolívar) en la Guajira y, por la actividad de transporte de petróleo por parte de las empresas Ecopetrol S.A. y Oleoducto Central S.A., en el Golfo de Morrosquillo.

### 8.1.3.2 Las Sociedades Portuarias Regionales

Las Sociedades Portuarias Regionales (en adelante SPR) que, como se mencionó en el aparte anterior, operan a partir de un contrato de concesión los puertos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Tumaco, "son empresas de economía mixta y de orden nacional y pueden recibir capitales de empresas estatales y privadas nacionales y extranjeras"<sup>49</sup>. Su infraestructura y las características propias del puerto del que son concesionarias, han hecho que tiendan a especializarse, lo cual se puede observar en las cifras de tráfico portuario, por tipo de carga, correspondientes al año 2010 (ver Gráfica 3).

Por ejemplo, la SPR de Cartagena movilizó 12'310.489 toneladas de carga tipo contenedor, cifra que arrasó con la participación de las demás sociedades en el mismo ítem<sup>50</sup>; es importante tener presente que ésta sociedad adquirió en el 2005 el Terminal de Contenedores de Cartagena (Contecar). Igualmente se evidencia que la SPR de Santa Marta se concentra en la carga de carbón a granel, pues para el año en mención, movilizó 4'148.957 toneladas, cifra que corresponde a un poco más del triple de lo movilizó por las SPR de Barranquilla y Buenaventura en conjunto (1.311.229 toneladas).

<sup>48</sup> Superintendencia de Puertos y Transporte, Enero de 2011. Página web: [http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo\\_1.pdf](http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo_1.pdf) Fecha de consulta: 26 de julio de 2011.

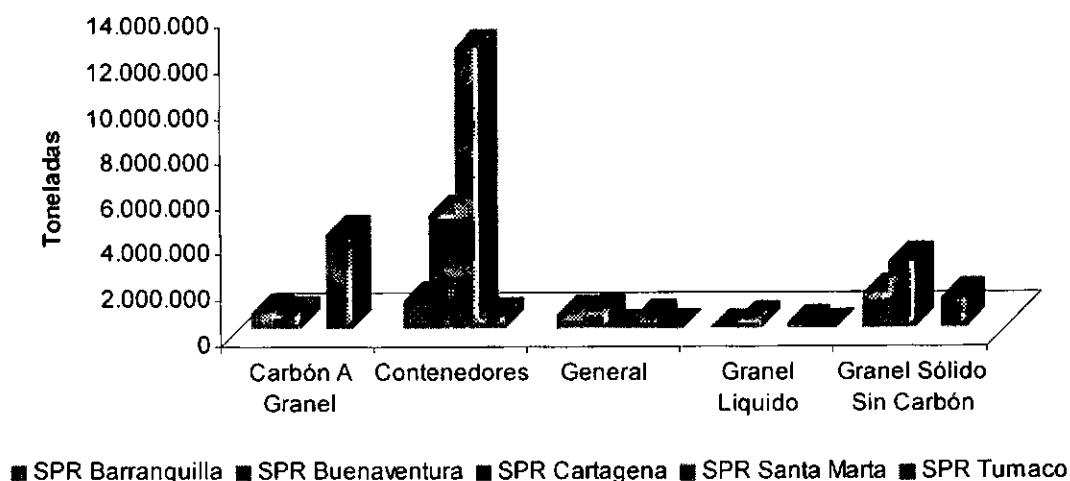
<sup>49</sup> Departamento Nacional de Planeación, Archivos de Economía, *Regulación de los servicios de transporte en Colombia y comercio internacional*, Documento 265, Agosto de 2004, p. 18.

<sup>50</sup> Su especialización en la carga de contenedores se debe "a la profundidad del canal de acceso (45 pies de calado) que permite el atracó de grandes buques portacontenedores". Fuente: Banco de la República, Reportes del Emisor, *El puerto de Barranquilla: retos y recomendaciones*, Bogotá D.C., Abril de 2011, Número 143, p. 3. Disponible en la página web del Banco de la República: [http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/report\\_emisor/2011/143.pdf](http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/report_emisor/2011/143.pdf)

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

Finalmente, la SPR de Barranquilla, debido a su carácter multipropósito, opera todo tipo de carga, pero en cifras el mayor tráfico portuario de ésta se debe a la carga a granel sólido sin incluir carbón, que para el 2010 fue de 1.501.780 toneladas.

Gráfica 3. Tráfico Portuario por Sociedad Portuaria Regional y por Tipo de Carga - 2010



Fuente: Elaboración SIC, con base en el Informe Consolidado Año 2010<sup>51</sup>.

### 8.1.3.3 Sociedades Portuarias Privadas de Servicio Público

Estas sociedades, como su nombre lo indica, están constituidas por capital privado pero su actividad económica no se limita a la prestación de servicios portuarios para aquellas empresas con quien tienen un vínculo económico, sino que también permiten que cualquier particular que esté de acuerdo con las tarifas ofrecidas, haga uso de su infraestructura. Dentro de ellas se destacan la Sociedad Portuaria del Norte S.A. (Barranquilla), Palermo Sociedad Portuaria S.A. (Barranquilla), Terminal Marítimo Muelles El Bosque S.A. (Cartagena), Sociedad Portuaria Puerto de Mamonal S.A. (Cartagena) y la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A. (Barranquilla).

### 8.1.4. Alcance de la eventual Limitación a la Libre Competencia

La SPRB actualmente ejecuta un contrato de concesión, adjudicado por CORMAGDALENA en el año 2006. Por su parte, la SPAC suscribió un contrato de concesión en el año 2004 con la misma entidad, para realizar actividades relacionadas con la exportación de carbón, similares a algunas de las actividades desarrolladas por la SPRB.

La Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A. por Auto No. 410 – 4281 del 8 de julio de 1997<sup>52</sup> proferido por la Superintendencia de Sociedades, fue sometida al trámite de un concordato o acuerdo de recuperación de sus negocios, motivo por el cual se suscribió un Contrato con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. en virtud del cual, esta última sociedad se obligaba a “la operación portuaria exclusiva de cargue, descargue, pesaje, recepción y almacenamiento de carbón de exportación de EL CONTRATANTE, EL OPERADOR y/o de terceros, dentro del Muelle Privado de Servicio Público denominado ATLANTICOAL, ubicado en el Terminal marítimo de la ciudad de Barranquilla (...)”,

<sup>51</sup> Superintendencia de Puertos y Transporte, Enero de 2011. Página web: [http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo\\_1.pdf](http://www.supertransporte.gov.co/super/phocadownload/Estadisticas/Puertos/InformeConsolidado%202010%20Definitivo_1.pdf) Fecha de consulta: 26 de julio de 2011.

<sup>52</sup> Cuaderno 2, folio 275.



**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

---

contrato con un plazo de ejecución de cinco (5) años y tres (3) meses contados a partir de la suscripción del presente documento.

Como resultado, la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. quedó a cargo de la operación del puerto de propiedad de la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A., lo que le permitía además, concentrar para sí un porcentaje de las actividades de exportación de carbón dentro de las instalaciones del Puerto de Barranquilla, advirtiendo, claro está, que los ingresos percibidos por dicha operación estaban destinados, de acuerdo con lo establecido en el contrato, a cubrir las deudas que tenía la SPAC con los acreedores que estaban presentes en el trámite concursal.

El contrato al que se viene haciendo referencia se dio por terminado por decisión del Tribunal de Arbitramento de fecha 26 de enero de 2007, por decisión de las partes, como consecuencia de las controversias que se suscitaron durante su ejecución<sup>53</sup>.

Después de que el Tribunal de Arbitramento decretó la terminación del contrato, se ordenó a la SPRB devolver a la SPAC los bienes y las zonas de uso público que estaba utilizando, al tiempo de declararse la Terminación del Contrato de Operación, a lo cual se negó la SPRB y por lo cual hizo imposible, desde entonces, el ejercicio de las actividades de la SPAC, impidiendo a esta sociedad el ingreso a los predios y zonas de uso público en los que ésta debe ejecutar el objeto de la concesión de la que goza desde el año 1990 y que actualmente se mantiene vigente por la Resolución No. 978 del 26 de agosto de 1998, viéndose al parecer limitada la libre competencia.

Dicha limitación se evidencia ya que la SPAC tenía puntos de acceso por vía terrestre<sup>54</sup> y en el mismo contrato se especifican:

*"MODALIDADES DE OPERACIÓN, VOLÚMENES Y CLASE DE CARGA A LA QUE SE DESTINARA: Las instalaciones portuarias tienen las siguientes características en cuanto a capacidad y modalidades de operación. **Modalidades de operación:** A continuación se describen las etapas de la operación de manejo del carbón así: Ingreso de carbón a patios: El material ingresa a los patios de Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A. por dos sitios: El primero por las instalaciones de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., en el cual se pesan los vehículos tanto a la entrada como a la salida. El segundo, por Atlantic Coal S.A. por la vía pública que conduce a Almadelco S.A. (hoy predio de SPRB/quilla S.A.). El pesaje de este material se realiza en una báscula instalada para el efecto." (...) <sup>55</sup>.*

Lo anterior se complementa con lo establecido en el artículo tercero de la Resolución 0978 de 1998:

*"DESCRIPCIÓN EXACTA DE LA UBICACIÓN, LINDEROS Y EXTENSIÓN DEL TERRENO ADYACENTE QUE SE OCUPARÁ, CON LA CONSTRUCCIÓN Y LAS ZONAS DE SERVICIOS. - El denominado "Patio de Chatarra" se encuentra ubicado en la zona del Terminal marítimo de Barranquilla, situado entre la Bodega número 1 y las instalaciones de Almadelco, en la margen occidental del Río Magdalena (...) <sup>56</sup>.*

<sup>53</sup> Cuaderno 2, folios 251 a 375.

<sup>54</sup> Contrato 029 de 22 de diciembre de 2004 – CLÁUSULA CUARTA - "DESCRIPCIÓN EXACTA DE LOS ACCESOS HASTA DICHOS TERRENOS: El acceso fluvial y terrestre a las Zonas de Uso Público y Zonas Adyacentes de la Solicitud de Concesión son: ACCESO VIAL: El acceso a la Zona Adyacente (Patios de Atlantic Coal S.A.) por vía terrestre se logra a través de Vía Pública (...)" Cuaderno 2, folio 413.

<sup>55</sup> Contrato 029 de 22 de diciembre de 2004, Cláusula Sexta. Cuaderno 2, folio 412.

<sup>56</sup> Cuaderno 2, folio 496.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

De este modo se evidencia que la SPAC puede acceder a cualquiera de las instalaciones para realizar sus actividades portuarias por predios que son manejados o utilizados por la SPRB u otro agente perteneciente a este mercado.

La SPRB tiene la obligación de facilitarle a su competidor, en este caso la SPAC, por vía contractual, el acceso al inmueble y a las zonas de uso público, donde ésta debe desarrollar la actividad portuaria objeto del contrato suscrito con CORMAGDALENA, ya que la SPRB es quien actualmente ocupa el inmueble en cuestión y quién al parecer cerró todos los accesos a éste, impidiendo el ingreso a la SPAC, aún sabiendo que estas deben compartir el acceso tal como se expresa en el Contrato No. 31 del 8 de agosto de 2009:

*"DESCRIPCIÓN EXACTA DE LOS ACCESOS HASTA DICHS TERRENOS: Al área portuaria se puede acceder por vía terrestre y por vía fluvial. El acceso terrestre se hace por malla urbana de la Ciudad de Barranquilla ingresando por la carrera 38 con calle 1ª, a su vez, a través del área portuaria se accesa a la áreas portuarias vecinas como Atlantic Coal S.A., Gralco S.A. y las instalaciones de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A [...]”<sup>57</sup>.*

De lo que se concluye que el acceso a la zona portuaria de Barranquilla es compartido por varios agentes del servicio portuario.

Tal como se explicó en el acápite dedicado a los hechos encontrados, la SPRB al parecer no permite el acceso a la SPAC para que ésta realice las actividades propias del contrato de concesión. Hay que tener en cuenta que en virtud de los contratos mencionados a lo largo del presente documento se le imponía la obligación a la SPRB de dejar acceder a ésta a los predios por las vías de acceso que se especificaron en los contratos.

La SPAC necesita que la SPRB le permita acceder al puerto por los dos puntos establecidos en el contrato, toda vez que el predio donde ésta desarrolla su actividad y de acuerdo a la Escritura Pública No. 1595 del 13 de julio de 1994, no cuenta con vías de acceso propias<sup>58</sup>.

La situación descrita por CORMAGDALENA, como contratante e institución que tiene como deber contractual, vigilar que se ejecute a satisfacción el contrato de concesión, dio lugar a que esta entidad dispusiera en tales contratos, la obligación de constituir una servidumbre con el fin de que fuera utilizada por la SPAC, y así permitiera realizar las actividades propias del contrato de concesión, disposición que debía acatar la SPRB de acuerdo a lo pactado en el contrato, pero que no fue cumplida, dejando a la SPAC en una condición, a todas luces, desfavorable, por ser el predio en el cual se encuentra, un predio enclavado como lo hemos dicho anteriormente.

Es importante precisar que, como consecuencia de la conducta presuntamente realizada por la SPRB, la SPAC al parecer se ha visto perjudicada en tal medida que desde el año 2009 no percibe ingresos relacionados con su objeto social.

**8.1.5 Conclusión Respecto de la Violación del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

Todas las circunstancias que se han relatado, permiten inferir que la SPRB presuntamente ha limitado la libre competencia desde el momento en el que decidió cerrar los dos puntos por los cuales la SPAC regularmente accedía a sus instalaciones, afectando así, el interés

<sup>57</sup> Cláusula cuarta, Contrato 31 del 8 de agosto de 2006. Cuaderno 3, folio 502.

<sup>58</sup> Consideración Quinta. Cuaderno 1, folio 200.

**Por la cual se ordena la apertura de una investigación**

---

legítimo que tiene la SPAC. Si bien lo anterior parece ser una cuestión entre particulares, es, en últimas, una situación que afecta al interés general, como quiera que se trata de una concesión que tiene carácter público<sup>59</sup> y que por consiguiente tiene incidencia en la economía regional y nacional.

#### **8.1.6. Responsabilidad de las Personas Naturales**

Según lo establecido en el numeral 16 del artículo 4<sup>60</sup> del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009 y por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, son funciones del Superintendente de Industria y Comercio “[...] imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto, [...]”.

Adicionalmente, y de resultar aplicable, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece que están sujetas a las sanciones allí contempladas “[...] cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, [...]”.

En ese orden de ideas y de manera preliminar se puede discernir, que el Representante legal de la SPRB, obrando dentro de sus facultades legales, autorizó, ejecutó o toleró las acciones realizadas por parte de la entidad que representa, tendientes a impedir el ingreso por las vías de acceso a la SPAC, situación que se analizó a lo largo de este documento.

**NOVENO:** Que las circunstancias relacionadas anteriormente, llevan a este despacho a inferir que la SPRB, habría incurrido, probablemente, en las siguientes conductas:

#### **9.1 Prohibición General**

Conforme al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda la clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

#### **9.2 Responsabilidad del Representante Legal**

Que de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, estará sujeto a que la Superintendencia imponga “a cualquier persona que **colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen (...)**”. (Negrilla fuera de texto).

En mérito de lo anterior, este Despacho,

---

<sup>59</sup> Artículo 1 de la Ley 1 del enero 10 de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”

<sup>60</sup> Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** **ABRIR** investigación para determinar si la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.** ha actuado en contravención de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** **ABRIR** investigación para determinar si el señor **FERNANDO MARIO ARTETA GARCÍA**, Presidente de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.**, infringió lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que establece que estará sujeta a las sanciones allí contempladas “[...] *cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, [...]*”.

**ARTÍCULO TERCERO:** **NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.**, a través de su representante legal, o quien haga sus veces, para que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la misma, solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la investigación.

**ARTÍCULO CUARTO:** **NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución al señor **FERNANDO MARIO ARTETA GARCÍA**, como persona natural investigada y en su calidad de Presidente de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.**, entregándole copia de la misma para que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto, solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la investigación.

**ARTÍCULO QUINTO:** **ORDENAR** a los investigados que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación en la ciudad de Barranquilla y a nivel nacional:

“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.** y el señor **FERNANDO MARIO ARTETA GARCIA** informa que:

Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación en contra de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.** y del Señor **FERNANDO MARIO ARTETA GARCIA**.

Según la decisión de la autoridad, se investiga a la sociedad por llevar a cabo actividades que limitan la competencia en el mercado de servicios portuarios de exportación de carbón, en relación con las acciones a que hace referencia el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Y se investiga al Representante Legal por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el numeral 1 del artículo 47 del mismo Decreto.

Por lo tanto, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los (15) días hábiles posteriores a la presente publicación, podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer, al expediente radicado con el número 10-165154, el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio.”



Por la cual se ordena la apertura de una investigación

---

3 0 SEP 2011

**COMUNICAR:**

Doctor  
**MORRIS HARF MEYER**  
C. C. 14.937.267  
Representante Legal  
**SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A.**  
Carrera 9 No. 81 A – 26 oficina 203  
NIT: 800083914-4  
Bogotá D.C.

Doctor  
**GERMÁN CARDONA GUTIÉRREZ**  
Ministro  
**MINISTERIO DE TRANSPORTE**  
Transversal 45 No. 47-14  
Bogotá, D.C.

Doctor  
**JUAN MIGUEL DURÁN PRIETO**  
Superintendente  
**SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE**  
Calle 63 # 9A - 45 pisos 2 y 3  
Bogotá, D.C.

**MPCV/DGF**