



COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**El procedimiento administrativo especial colombiano de solicitud de
concesiones portuarias marítimas en ejercicio del derecho de petición en
interés particular**

Alumno: Juan Manuel Cajiao Astorquiza

Tutor de Tesis: Doctora Ileana Melo Salcedo

Bogotá D.C., octubre de 2013



CONTENIDO

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.....	5
1. El procedimiento administrativo (proceso administrativo).....	14
1.1. Precisión terminológica.....	14
1.2. Concepto y su diferencia con el procedimiento.....	17
1.3. Los principios.....	19
1.3.1. Principios de la función administrativa.....	20
1.3.2. Principios de la contratación estatal.....	24
1.4. Formas de iniciar el procedimiento administrativo.....	30
1.4.1. En ejercicio del derecho de petición en interés general y en interés particular: el caso portuario.....	30
1.4.2. En cumplimiento de un deber legal.....	31
1.4.3. Las actuaciones de oficio. El caso portuario.....	32
1.4.4. Por efectos de extensión de la jurisprudencia.....	33
1.4.5. En ejercicio del Derecho de Habeas Data.....	33
1.4.6. En cumplimiento de una decisión judicial.....	34
1.4.7. Por denuncia o queja.....	35
1.4.8. Por compulsas de copias.....	35
1.5. Sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo.....	35
1.5.1. Sujeto activo.....	35
1.5.2. Sujeto pasivo.....	36
1.5.3. Terceros.....	36
1.5.4. Agentes oficiosos.....	37
1.5.5. Ministerio Público.....	37
1.6. Los distintos procedimientos administrativos especiales y, entre estos, el contenido en la ley 1ª de 1991: Estatuto de puertos marítimos.....	38

2. El procedimiento administrativo colombiano de solicitud de Concesión Portuaria marítima en ejercicio del derecho de petición en interés particular	41
2.1. Los antecedentes de la Ley 1ª	41
2.2. Análisis de la exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos colombiano	47
2.2.1. Los objetivos fundamentales de la Ley 1ª de 1991.....	47
2.2.2. Los criterios orientadores de la Ley 1ª de 1991.....	55
2.2.3. Los principios generales de la Ley 1ª de 1991	59
2.3.-Breves consideraciones jurídicas sobre el contrato de Concesión Portuaria.....	63
2.3.1. En el Derecho Colombiano	63
2.3.2. La Concesión Portuaria: ¿contrato o acto administrativo?.....	68
2.3.3. ¿Por qué el Contrato de Concesión Portuaria está precedido de un procedimiento administrativo?	70
2.4. La solicitud de Concesión Portuaria marítima en ejercicio del derecho de petición en interés particular	72
2.4.1. Acerca del derecho de petición en interés particular para solicitar una concesión Portuaria.....	72
2.4.1.2. El régimen actual de la Ley 1508 de 2012 y el Estatuto Portuario	78
2.4.2. Trámite	80
2.4.3. Los sujetos intervinientes.....	91
3. La problemática de las solicitudes de concesión portuaria en ejercicio del derecho de petición en interés particular sobre la misma zona geográfica.....	94
3.1. Situación fáctica.....	94
3.2. Análisis de los principios del procedimiento administrativo para resolver la problemática planteada.....	96
3.3. La aplicación de las fuentes del Derecho para resolver el problema expuesto en el procedimiento administrativo de solicitud de Concesiones Portuarias	101
3.3.1. La ley	101
3.3.2. La costumbre.....	103
3.3.3. La Jurisprudencia.....	107
3.3.4. La Doctrina	111
3.3.5. Principios generales del Derecho	112
3.4. La suspensión de las actuaciones administrativas	113
3.4.1. ¿Es posible la suspensión del proceso de concesión portuaria?	115

4. Propuesta jurídica para resolver la problemática planteada	117
4.1. El principio de selección objetiva en las solicitudes de Concesión Portuaria: El fundamento que justifica las dos soluciones jurídicas que se proponen.....	117
4.2. La acumulación de expedientes	123
4.3. Propuesta de reforma al Estatuto Portuario	126
CONCLUSIONES	135
BIBLIOGRAFÍA.....	142

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Se dice que el puerto, en *sentido amplio, es un centro de actividad económica*¹. En efecto, los puertos son núdulos principales en las cadenas de suministros, son zonas fundamentales para el fortalecimiento de las relaciones comerciales de un país².

Para que el puerto como centro de actividad económica tenga operancia y funcionamiento, el ordenamiento jurídico consagra un elemento formal, esto es, el contrato de Concesión Portuaria, negocio jurídico precedido del procedimiento administrativo objeto de estudio, el cual puede culminar con un acto jurídico en virtud del cual la Nación a través de la autoridad competente autoriza el desarrollo de las actividades portuarias, en tanto este tipo de operaciones están intervenidas por el Estado, debido a que trascienden los intereses privados y entran en la esfera de lo público³. No en vano, la exposición de motivos de la Ley 1ª afirma que “*no se concibe un puerto sin una concesión portuaria*”⁴.

Teniendo en cuenta la importancia de la actividad portuaria en el desarrollo económico de un país y el contexto globalizado mundial, esta investigación pretende analizar la idoneidad y la pertinencia del procedimiento administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria* en ejercicio del derecho de petición en interés particular que responda a situaciones fácticas, como la simultaneidad de solicitudes, cuando la segunda solicitud está por fuera de los términos previstos en

¹ BURKHALTER los denomina centros comerciales que combinan recursos naturales, mano de obra y capital para prestar servicios a exportadores, importadores y transportadores. Cfr. BURKHALTER, Larry. Privatización portuaria: bases, alternativas y consecuencias. Santiago de Chile : Naciones Unidas; CEPAL, 1999, página 28.

² GAVIRIA TRUJILLO, César. Una década de transformaciones. Del fin de la Guerra Fría a la globalización en la OEA, 1ª edición, Editorial Planeta Colombiana S.A., 2004, página 287.

³ SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. Manual de Derecho Administrativo (II), 1ª edición, Universidad Europea de Madrid-CEES, editorial Colex, 1997, páginas 192 y 193.

⁴ Exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990, página 6.

el art. 10 de la ley 1^a de 1991 y no está referida a una oposición o a una propuesta alternativa sobre una misma zona⁵ en estudio de solicitud de concesión, de tal manera que pueda darse una solución legalmente viable a la tensión que se suscita entre la expectativa de ser adjudicatario de un contrato de Concesión Portuaria del peticionario que radica en un primer momento su solicitud, y la intención igualmente legítima de aquellos otros comparecientes al trámite por fuera de los términos previstos para las peticiones alternativas y oposiciones.

Resulta de especial importancia el estudio de esta situación de cara a los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, especialmente el de *selección objetiva*, en tanto consideramos que para la adjudicación de la Concesión Portuaria, el Estado debe efectuar análisis y estudios previos que le permitan ponderar y seleccionar con base en criterios objetivos, más allá del simple criterio temporal, la mejor propuesta para el desarrollo de la actividad portuaria en la zona solicitada.

Es de aclarar que, este estudio abarca únicamente el procedimiento administrativo previsto para el *otorgamiento de las Concesiones Portuarias Marítimas* mas no las Fluviales reguladas por la Ley 1242 de 2008. Si bien, el procedimiento es el mismo para el otorgamiento del contrato de concesión portuaria, para la operación de un puerto marítimo o fluvial, las disposiciones sustantivas difieren para ambos puertos, por lo que *hemos restringido este trabajo a los puertos marítimos*. El Estatuto Portuario de 1991 establece los lineamientos generales para el otorgamiento de concesiones portuarias marítimas y el Decreto 4735 de 2009 reglamenta el procedimiento para el otorgamiento del contrato de Concesión Portuaria.

⁵ Nos referimos a las zonas de uso público por cuanto las denominadas zonas adyacentes o accesorias, correspondientes a eventuales predios de propiedad de un tercero diferente al peticionario, que se requieran para desarrollar el proyecto, no se entregan en concesión, sin perjuicio de que al finalizar el contrato revierten con la infraestructura a la Nación. Cfr. Artículo 5, numeral 5.2 de la Ley 1^a.

La investigación abordará el interrogante planteado a partir de un análisis dogmático de la Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos, y su decreto reglamentario, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. Como fuentes formales de estudio se utilizarán en primera instancia la Ley y de manera auxiliar los principios generales del procedimiento administrativo, así como los pronunciamientos jurisprudenciales que están relacionados con el tema, teniendo en cuenta su carácter como fuente formal auxiliar del Derecho, y el papel que desempeña en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁶. De igual manera se han utilizado algunos actos administrativos expedidos por la Agencia Nacional de Infraestructura en el desarrollo de los trámites portuarios que sirven como antecedentes objeto de estudio.

Así, el documento en el primer capítulo aborda el concepto del proceso administrativo, los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, como lineamientos generales para el otorgamiento de concesiones portuarias, las formas de iniciar un proceso administrativo según las disposiciones legales, los sujetos intervinientes y las diferentes modalidades de procesos administrativos especiales contempladas en el ordenamiento jurídico vigente, entre los cuales está incluido el de solicitud de Concesiones Portuarias tipificado en la Ley 1ª de 1991 y reglamentado por el Decreto 4735 de 2009.

⁶ El autor José Enrique Arboleda Perdomo afirma: “(...) El artículo 10 del Código contiene dos preceptos, el primero de los cuales ordena aplicar el derecho de manera igual a quienes tengan la misma situación de hecho y de derecho, y el segundo, que para garantizar esa igualdad se deberán tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado en que se interpreten las normas aplicables (...) En relación con la obligatoriedad en la aplicación uniforme del derecho, es claro que ello es una parte esencial del derecho a la igualdad, pues el artículo 13 constitucional y el artículo 3º numeral 2 del nuevo Código Contencioso (sic) ordenan dar el mismo trato a todas las personas por parte de las autoridades, de suerte que el artículo 10 que se comenta es una consecuencia obligada de dicho principio (...) *No basta con que haya la misma situación de hecho, es necesario también que el derecho aplicable a la situación sea el mismo (...)*”. (Cursiva por fuera del texto original). ARBOLEDA PERDOMO, José Enrique. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Segunda edición actualizada, Cuarta reimpresión, Legis editores S.A., 2013, páginas 31 y 32.
GAVIRIA TRUJILLO, César. Una década de transformaciones. Del fin de la Guerra Fría a la globalización en la OEA, 1ª edición, Editorial Planeta Colombiana S.A., 2004, página 287.

El segundo capítulo incluye un breve análisis de la exposición de motivos del Estatuto Portuario, partiendo del contexto histórico en el cual se expidió y teniendo en cuenta la situación de la empresa Colpuertos, encargada en ese entonces de la administración del sector portuario. Posteriormente se analizan todos y cada uno de los objetivos fundamentales del estatuto, de cara a la realidad actual, con el fin de verificar hasta qué punto se han cumplido, para proceder a estudiar los criterios orientadores y los principios generales de la ley, con el propósito de entender los fundamentos del estatuto, así como los lineamientos jurídicos que regulan el otorgamiento de las concesiones portuarias en el país.

Una vez estudiados los antecedentes y la teleología de la Ley 1^a, nos adentramos en el estudio del contrato de concesión portuaria, particularmente en el Derecho nacional, analizando el procedimiento administrativo especial, planteando el caso objeto de estudio.

El ejercicio pretende concluir si el procedimiento administrativo es idóneo como instrumento para cumplir los principios orientadores de las actuaciones administrativas y materializar los principios de la contratación estatal colombiana, y para morigerar la posible tensión que se presente entre el primer solicitante en el tiempo y aquellos comparecientes posteriores sobre una misma zona geográfica, cuya actuación es extemporánea y por lo tanto no es posible tramitar como propuesta alternativa u oposición.

El tercer capítulo presenta el estudio de las solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona geográfica, entendiendo por esta, las playas, terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquellas o estos, es decir las zonas de uso público⁷, dentro del procedimiento administrativo especial objeto de estudio, planteando la situación fáctica que se presenta, situación dentro de la cual se pretende demostrar las

⁷ El artículo 16 de la Ley 1^a, dispone: “(...) Si la sociedad a la que *se otorga* una concesión portuaria no es dueña de tales predios, deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sobre ellos, para coseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad. Transcurridos treinta días a partir del momento en el que se comunicó a los titulares de derechos reales la intención de negociar con ellos, si la negociación no ha sido posible, se considerará fracasada y la Nación, a través del Superintendente General de Puertos, o cualquier entidad pública capacitada legalmente para ser socia de una sociedad portuaria, podrá expedir un acto administrativo y ordenar la expropiación (...)”. (Destacado por fuera del texto original).

posibles falencias o vacíos del régimen actual, para lo cual se analiza la aplicación de los principios del procedimiento administrativo así como de las fuentes del Derecho Administrativo a dicha situación, la viabilidad e implicaciones de la suspensión de las actuaciones administrativas y la efectividad del principio de Selección Objetiva en las solicitudes de Concesión Portuaria en Colombia en ejercicio del derecho de petición en interés particular.

Finalmente el cuarto capítulo incluye las soluciones dadas al problema jurídico planteado, planteando una solución de aplicación inmediata, y una a largo plazo enfocada básicamente a una propuesta de reforma legal al estatuto portuario.

Problema jurídico planteado

La pregunta de la cuál partió esta investigación fue la siguiente:

¿Resulta adecuado el trámite previsto en la Ley 1ª, a la luz de los principios del procedimiento administrativo y de la contratación estatal para resolver la tensión presentada entre la expectativa del peticionario que radica en un primer momento su solicitud de Concesión Portuaria sobre una zona geográfica y la intención igualmente legítima de otros comparecientes al trámite sobre la misma zona por fuera de los términos previstos para las peticiones alternativas y oposiciones?

Justificación

La investigación resulta oportuna en cuanto permite determinar qué tan apropiado es el procedimiento administrativo de Solicitud de Concesiones Portuarias en ejercicio del derecho de petición en interés particular para solicitar el otorgamiento de un contrato estatal y seleccionar un potencial concesionario del Estado con base en las calidades del peticionario y las características del proyecto ofrecido, garantizando los principios que deben orientar las actuaciones administrativas y la contratación estatal, tales como los de *imparcialidad*, *contradicción* y la *selección objetiva*.

La aplicación de instituciones como el rechazo *in limine* o la Suspensión del Proceso, propias del Procedimiento Civil, las causales de Nulidad y el Silencio Administrativo en el desarrollo del procedimiento analizado, dada su especificidad, pueden generar dificultades en la práctica cuando se presenta la situación planteada en el problema jurídico, razón por la cual, resulta necesaria la investigación con el objetivo de proponer la solución jurídica más viable en dicho caso.

La pertinencia del trabajo deviene de la necesidad de elaborar un análisis jurídico que permita proponer y estructurar la solución o respuesta más adecuada para solucionar el problema propuesto garantizando el acatamiento del principio de legalidad y la efectividad de los principios que deben orientar toda actuación administrativa.

Es necesario estudiar la idoneidad y pertinencia del procedimiento administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria* en ejercicio del derecho de petición en interés particular, para regular la simultaneidad de solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona geográfica, cuando estas se presentan por fuera de los términos previstos en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991 sin ser oposiciones o propuestas alternativas, garantizando en todo caso, los principios orientadores de las actuaciones administrativas y cumpliendo los fines esenciales del Estado colombiano.

Lo anterior, como quiera que la precisión en los enunciados normativos, exige un adecuado ejercicio de la técnica legislativa, complementada por una correcta reglamentación del ejecutivo. Así, resulta oportuna y pertinente una investigación crítica de la forma como ha sido estructurado en Colombia el procedimiento administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria* en ejercicio del derecho de petición en interés particular, en aras de determinar si es necesario proponer una reforma ante el vacío que se presenta frente el problema jurídico planteado.

Hipótesis

Pretendemos demostrar que la normatividad existente para solucionar la situación planteada en el problema jurídico es insuficiente, pues ni el estatuto portuario ni su decreto reglamentario la prevén y no se encuentra sustento para apelar al aforismo “*Prima in tempore, prima iuris*” cuando la segunda *solicitud de Concesión Portuaria*, sobre una zona solicitada previamente en concesión, no se ha presentado dentro del término del artículo 10 del Estatuto Portuario. Adicionalmente consideramos que no es posible tramitarla como oposición y mucho menos como una *petición alternativa* por cuanto ha precluido la oportunidad para la comparecencia alternativa de un tercero dentro del trámite. De esta manera se advierte que no existe un desarrollo normativo expreso para este tipo de situación (problema jurídico) que puede llegar a presentarse con cierta frecuencia.

Objetivo general

Proponer la forma como deben tramitarse solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona, cuando las peticiones posteriores a la primera se radican por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, y no son ni oposiciones ni propuestas alternativas.

Objetivos específicos

1. Determinar la idoneidad del derecho de petición en interés particular como causa y mecanismo para solicitar el otorgamiento de un contrato estatal a través del procedimiento administrativo de Solicitud de Concesiones Portuarias.
2. Analizar la aplicación de instituciones procesales como el rechazo *in limine*, la Suspensión del Proceso, la Nulidad y el Silencio Administrativo en el desarrollo del

trámite objeto de estudio, así como sus efectos prácticos en la situación propuesta como objeto de la investigación.

3. Aplicar los principios de las actuaciones administrativas y del Procedimiento Administrativo a la situación fáctica expuesta.

Metodología

Para desarrollar la investigación se aplicará un estudio dogmático de la normatividad portuaria vigente, interpretándola sistemáticamente con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código de Procedimiento Civil. Asimismo se estudiarán otras fuentes como la jurisprudencia y los principios generales del Derecho en tanto resulten aplicables a la investigación y la solución del problema señalado.

Es importante precisar que el Decreto Reglamentario 4735 de 2 de diciembre de 2009, desarrolla las diversas modalidades de permisos portuarios previstos en el Estatuto Portuario. La investigación abarcará dentro de los permisos portuarios únicamente el estudio de la actuación administrativa suscitada con ocasión de la Solicitud de Concesiones Portuarias iniciadas en ejercicio del derecho de petición en interés particular.

En el desarrollo de la investigación surge la dificultad del manejo o dominio de ciertos aspectos técnicos ajenos al ámbito jurídico, pero que no por ello dejan de tener relación con el tema. Para suplir esta dificultad se busca precisar los términos dentro del contexto cuando a ello haya lugar. De otra parte, es importante anotar la ausencia de jurisprudencia en torno al tema, la cual procurará suplirse con criterios jurídicos generales.

Adicionalmente, la investigación pretende, en primer lugar, abordar el concepto del procedimiento administrativo, los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, como lineamientos generales para el otorgamiento de concesiones portuarias, las formas de iniciar un procedimiento administrativo según las disposiciones legales, los sujetos intervinientes y las diferentes modalidades de procedimientos administrativos especiales contempladas en el ordenamiento jurídico vigente, entre los cuales está incluido el de Solicitud de Concesiones Portuarias tipificado en la Ley 1ª de 1991 y reglamentado por el Decreto 4735 de 2009.

También se revisarán brevemente los antecedentes y el contexto histórico, de la actividad portuaria colombiana, partiendo del antiguo monopolio estatal hasta llegar a la privatización actual. Posteriormente se analizará el régimen legal de las concesiones portuarias en Colombia, precisando algunos aspectos y características propias del contrato de concesión portuaria, centrándose en el procedimiento administrativo.

Finalmente se concluirá si realmente el procedimiento diseñado y vigente actualmente es idóneo para cumplir los fines esenciales del Estado colombiano y los principios generales que deben orientar las actuaciones administrativas, determinando cuáles son los posibles vacíos, falencias o aciertos, específicamente cuando se configura la situación enunciada en el problema jurídico.

1. El procedimiento administrativo (proceso administrativo)

1.1. Precisión terminológica

Antes de abordar el concepto de *procedimiento administrativo*, como género dentro del cual encontramos los procedimientos especiales portuarios, y, dentro de estos, el de Solicitud de Concesiones Portuarias, cuya fuente es el ejercicio del derecho de petición en interés particular, consideramos importante hacer algunas precisiones.

El término *proceso*, del latín *processus* significa, transcurso del tiempo⁸, que tradicionalmente ha indicado una serie de etapas sucesivas y armónicas tendientes a un fin determinado.

Acogemos el planteamiento de Santofimio Gamboa, quien al respecto afirma que el *proceso* en sentido general ha sido entendido como el conjunto de actos interrelacionados y caracterizados por su naturaleza teleológica, en la medida en que busca la realización de un fin determinado. Para el caso de la función administrativa, el proceso implica el conjunto de actuaciones administrativas coordinadas y orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce funciones administrativas. Por su parte, el *procedimiento* es considerado por el autor como la parte motora de aquél, en tanto que, todo *proceso* implica la existencia de uno o más procedimientos para el logro de sus finalidades; concluyendo que el procedimiento “*no es más que el cauce o camino que debe seguirse para obtener lo que el proceso pretende (...)*”⁹.

Así, entendemos que el *proceso administrativo* es un concepto más amplio que el *procedimiento administrativo*, o mejor aún, que este último como sucesión formal de actos tendiente al cumplimiento de las funciones administrativas, **puede**

⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. 7ª edición. Bogotá, Dupré editores, 1997, página 260.

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, *Acto administrativo, procedimiento, eficacia, validez*, cuarta edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, página 178.

culminar con la expedición de un acto administrativo¹⁰, siendo así sólo uno de los elementos que integran el concepto más amplio de *proceso administrativo*.

Es por ello que, si entendemos el proceso, como una institución adoptada por el Estado utilizada como un mecanismo para adecuar a la legalidad todas y cada una de las actuaciones de la Administración, no encontramos la razón para denominar aquellas actuaciones coordinadas tendientes a la producción del acto administrativo como un procedimiento, y no como un proceso, *máxime* cuando la Carta Política consagra en su artículo 29 el principio del Debido Proceso¹¹ en los siguientes términos: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas» razón de fondo adicional, para insistir mejor en *el proceso administrativo* y no en *el procedimiento administrativo*, toda vez que, nuestra Carta Política no establece que se aplicará el debido procedimiento, sino el debido proceso.

Además, en nuestro criterio, el *proceso administrativo* presupone una relación jurídica entre el Estado y el particular fundamentada en el respeto de la legalidad y el reconocimiento de las garantías legales al particular, especialmente aquella consagrada en el artículo 29 ídem.

Ahora bien, advertimos que la exposición de motivos de la Ley 1^a no diferencia entre los términos *proceso* y *procedimiento administrativo*, utilizándolos indistintamente para designar la actuación administrativa que comprende todo el desarrollo de la petición, o en su defecto, de la oferta oficiosa. Sin embargo, insistimos en considerar más acertado y técnico utilizar el término *proceso*

¹⁰ *Ibídem*.

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, afirma: “(...) se crea para el derecho administrativo la necesidad de adecuar para el cabal cumplimiento de la legalidad un elemento adicional que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: *se trata del proceso*, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no podía ser extraña para el eficaz encauzamiento de la actividad administrativa (...)” y agrega: “(...) La importancia del acercamiento de la administración al *proceso* es tan grande que en la práctica la legalidad sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de reglas claras sobre el comportamiento de los órganos y los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan. En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al derecho y la democracia (...)”. (Cursiva por fuera del texto original) *Ibídem*, páginas 173 y 176.

administrativo, por cuanto dicho vocablo agrupa o contiene todas aquellas garantías incluidas en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991¹².

Ahora bien, la Carta Política de 1991, en su artículo 29, se refiere al debido proceso, aplicable a todo tipo de actuaciones administrativas; el Decreto 01 de 1984 que contiene el Código Contencioso Administrativo, C.C.A., se refiere a los procedimientos administrativos y ante la jurisdicción lo contencioso administrativo¹³. El texto conciliado del Proyecto de Ley No. 315 de 2010 Cámara de Representantes-198 Senado de la República “Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”, trae en su estructura referencias al procedimiento administrativo y al proceso contencioso administrativo.¹⁴ En el mismo sentido está estructurada la Ley 1437 de 2011¹⁵.

Si bien el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 se refiere al procedimiento administrativo, vemos que los relatores de esta nueva norma perdieron la oportunidad para ajustar la desueta terminología del Código Contencioso Administrativo a la terminología y conceptos de la Carta Política de 1991, concretamente al artículo 29, por lo explicado párrafos atrás. Es por ello que, parafraseando al Profesor Ibáñez Najjar, consideramos más acertado hablar de *proceso administrativo*, sin que signifique que nos referimos al proceso contencioso administrativo, vocablo utilizado sólo con ocasión del ejercicio de la

¹² Según la exposición de motivos de la Ley 1ª: “(...) Las concesiones portuarias, en el proyecto, pueden otorgarse como resultado de un *proceso* que se inicia por petición de un particular, o bien por iniciativa oficiosa de las autoridades”. No obstante lo anterior, llama la atención como dicho documento señala también: “(...) El proyecto regula, entonces, una serie de *procedimientos*, tendientes a dar información a las autoridades de cerca del interés de los agentes económicos en la organización del puerto, y de sus posibles usos, con el ánimo de que la concesión portuaria indispensable para proceder a organizar el puerto se otorgue en la condiciones más favorables al interés público (...)”.(Cursiva por fuera del texto original). Exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990, página 9.

¹³ Cfr. Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, Parte Primera, Libro Primero, y Parte Segunda, Libro Cuarto.

¹⁴ Cfr. texto conciliado del Proyecto de Ley No. 315 de 2010 Cámara de Representantes-198 Senado de la República, Título I, Procedimiento Administrativo, Parte Segunda, Título V, Demanda y proceso contencioso administrativo.

¹⁵ El Título III de la Ley 1437 de 2011, se refiere al “*Procedimiento administrativo general*”, mientras que el Título V se refiere al “*Proceso Contencioso Administrativo*”.

acción contencioso administrativa¹⁶; pues una cosa es el *proceso administrativo* (que se surte ante las autoridades administrativas) y otra el *proceso contencioso administrativo* adelantado ante las autoridades judiciales.

Por todo lo expuesto y sin pretender que se comparta este criterio innovador, creemos que es y hubiese sido más apropiado utilizar el término *proceso administrativo* para designar el conjunto coordinado de actos y etapas sucesivas y relacionadas¹⁷ tendientes a la producción de un acto administrativo. Sin embargo y para acomodarnos a la terminología utilizada por los relatores de la ley 1437 de 2011, en el presente documento, se utilizará el término *procedimiento administrativo*.

1.2. Concepto y su diferencia con el procedimiento

El Profesor Jaime Orlando Santofimio comparte la misma tesis de su colega el Profesor Jorge Enrique Ibáñez Najar sobre el proceso administrativo, cuando lo define como el “(...) *acervo de actuaciones administrativas coordinadas y orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce funciones administrativas*”¹⁸.

Tratemos de analizar la definición: el primer elemento es un acervo de actuaciones coordinadas y orientadas a un fin determinado, esto es, lo que podríamos denominar una *sucesión formal*¹⁹ de actos, en tanto su desarrollo implica una serie de etapas concatenadas y con un fin específico, en algunos casos la expedición del acto administrativo. Decimos en algunos casos, pues en el caso concreto, la

¹⁶ Santofimio considera que todo proceso, tratándose de la función administrativa, implica la existencia de uno o más procedimientos para el logro de sus finalidades. En palabras del tratadista el proceso administrativo es un trámite surtido ante la Administración, no litigioso, y “es una verdadera acción administrativa, tendiente a ejecutar finalidades también administrativas”, cuyo objeto es el acto administrativo. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit., páginas 178 y 181.

¹⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. 7ª edición. Medellín: Señal editora, 2009, páginas 154 y 155.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit página 178.

¹⁹ Este es un elemento común en varios de los autores consultados, así, Betancur Jaramillo y Vidal Perdomo se refieren a la pluralidad de actos concatenados y tendientes a la producción del acto administrativo.

solicitud puede culminar con un acto de archivo del expediente, esto es un acto de trámite, más no una decisión de fondo de la Administración otorgando o negando la concesión portuaria solicitada. La formalidad la encontramos en que cada una de las etapas debe cumplir con las ritualidades y formas propias del trámite, lo que implica encauzar la actividad administrativa en el procedimiento que el ordenamiento jurídico ha establecido para tal fin, revistiendo de cierta solemnidad las actuaciones que se lleven a cabo dentro de la actuación administrativa.

Dicha sucesión formal está integrada por *actos*, es decir, manifestaciones de la voluntad de la Administración, que para el caso de los trámites portuarios, encuentran su fuente principal en el derecho de petición en interés particular. En efecto, para el caso del procedimiento administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria*, se presentan diferentes actos a lo largo del trámite: la petición, radicada en virtud del ejercicio del derecho de petición, la comparecencia a la audiencia pública, e incluso el ejercicio de los recursos en la vía gubernativa, todos ellos son actos, cuya sucesión formal, en tanto están unidos con otros y revestidos de ciertas solemnidades jurídicas, dan origen al procedimiento administrativo. Lo anterior nos permite concluir que la voluntad del peticionario (a través del derecho de petición) es el mecanismo que impulsa el trámite o la actuación de la administración.

El segundo elemento o característica que observamos en la definición del tratadista Santofimio, es el teleológico, en tanto las actuaciones están orientadas a la producción de una decisión de quien ejerce actividades administrativas. En efecto, las actuaciones están orientadas a la producción de un acto administrativo, que materializa la decisión adoptada por la Administración sobre el otorgamiento de la concesión portuaria.

En tercer lugar encontramos que el autor se refiere finalmente a un elemento orgánico, representado por quien ejerce funciones administrativas. Las actuaciones estarán dirigidas por quienes ejercen las competencias o funciones administrativas asignadas dentro del ordenamiento jurídico.

En ese mismo orden de ideas y con ello queremos concluir, para el profesor Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien ya hemos dicho que es partidario de la tesis de emplear el término *proceso administrativo*, lo más importante en todo proceso, es la garantía de los derechos fundamentales, bien sea en sede administrativa o en sede judicial, entre éstos 1) el derecho de acceso a la Administración, 2) el derecho de audiencia, 3) el derecho de defensa, 4) el derecho de contradicción, 5) el derecho de impugnación, y el debido proceso entre otros²⁰.

Por lo anterior, este autor propone la siguiente definición de *proceso administrativo* la cual acogemos: “Es una sucesión continua y ordenada de varias etapas con miras a proferir una decisión administrativa y a revisarla en Sede Administrativa en los casos a que haya lugar, antes de su firmeza y ejecutoria”²¹.

No obstante todo lo anterior y para efectos de la investigación, en adelante nos referiremos al término *procedimiento administrativo*, que si bien no compartimos por lo expuesto anteriormente, nos referiremos así, para adecuarnos a la terminología utilizada finalmente por la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.3. Los principios

Encontramos en el ordenamiento jurídico un conjunto de principios aplicables al procedimiento administrativo, a las actuaciones administrativas y a la función administrativa, los cuales obedecen a parámetros generales que cada ordenamiento jurídico establece como marco dentro del cual debe ejercerse la actividad administrativa.

²⁰ IBÁÑEZ NAJAR Jorge Enrique, Discurso Inaugural en el Diplomado del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, Justicia y Desarrollo Sostenible, Bogotá D.C., Octubre de 2011.

²¹ *Ibíd.*

Los principios facilitan la interpretación y la aplicación de las normas a casos concretos. Dichos principios emanan de la Constitución Política y de la ley²².

Hemos agrupado los principios en dos categorías, ambas directamente relacionadas con la investigación, así:

1.3.1. Principios de la función administrativa

El profesor Jorge Enrique Ibáñez Najar enuncia los principios que de acuerdo con la Constitución Política de 1991 orientan la actuación administrativa²³, razón por la cual no se estudiarán únicamente los señalados en el artículo 209 superior. En este estudio resaltamos aquéllos que consideramos tienen relación directa con el procedimiento portuario:

1.3.1.1. Estado Social de Derecho (artículo 1º): conforme al cual la finalidad del Estado es servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios²⁴, derechos y deberes consagrados en la Carta Política.

1.3.1.2. Participación (artículo 2): en virtud del cual todos los habitantes tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan y en la vida económica²⁵, política, administrativa y cultural de la Nación.

1.3.1.3. Supremacía constitucional (artículo 4): conforme al cual las disposiciones constitucionales tienen prevalencia sobre cualquier otra norma de rango inferior.

1.3.1.4. Igualdad (artículo 13): según el cual, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, deben recibir la misma protección y trato de las autoridades y

²² Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 9ª. Edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, página 669, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit., página 35.

²³ Cfr. IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. 2ª edición. Bogotá, editorial Legis, Universidad Sergio Arboleda, 2007, páginas 811 a 816.

²⁴ Consideramos que el Estado debe hacer efectivos los principios consagrados en la ley dentro del trámite administrativo objeto de estudio y análisis.

²⁵ La actividad portuaria ha sido considerada por la Ley 1 de 1991, como de interés público. Dicha norma en su artículo primero dispone que: “En desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, 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 esta Ley. *La creación, el mantenimiento, y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público.*”

deben gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminaciones por razones de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica²⁶.

1.3.1.5. Acceso a las autoridades administrativas (artículos 23 y 74): conforme al cual toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Asimismo toda persona tiene derecho a acceder a los documentos públicos salvo aquellos casos establecidos por la ley.

1.3.1.6. Debido proceso sustancial (artículo 29): aplicable a todas las actuaciones administrativas, con la finalidad de que se respeten todas las garantías y formalidades preestablecidas en la ley²⁷.

1.3.1.7. Audiencia (artículo 29): como consecuencia del cual, el particular, en este caso el solicitante de la concesión portuaria, tiene derecho a ser escuchado antes de que se adopte cualquier decisión.

1.3.1.8. Contradicción (artículo 29): según el cual los interesados tienen la oportunidad de conocer y controvertir e impugnar las decisiones que los afecten utilizando los mecanismos legales²⁸.

1.3.1.9. Buena fe (artículo 83): conforme al cual las personas acuden a las autoridades en cumplimiento de los deberes que le impone el orden jurídico para satisfacer las obligaciones que le exige la sociedad, sin malicia, ocultación, intención dañina o provecho indebido²⁹.

²⁶ En nuestro sentir, este principio guarda relación con el principio de la Transparencia en la contratación estatal, y en virtud de él la Administración debe propender por garantizar dentro de los trámites portuarios la igualdad de condiciones de los solicitantes de un área para el desarrollo de un proyecto portuario.

²⁷ Nótese que la Carta Política se refiere al Debido Proceso y no al debido procedimiento.

²⁸ Los actos administrativos que resuelven de fondo las solicitudes de concesión portuaria, únicamente son pasibles de ser impugnados por el recurso de reposición.

²⁹ Cfr. IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Op. cit, página 813.

1.3.1.10. Competencia (artículos 121, 122 y 123): de conformidad con el cual ninguna autoridad puede ejercer funciones diferentes de las que le atribuye la Constitución y la ley. Asimismo no puede haber empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento, y los servidores públicos no pueden entrar a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar las funciones que les corresponden cumpliendo las disposiciones previstas en la Constitución, la ley y el reglamento.

1.3.1.11. Legalidad (artículo 123): según el cual toda actuación y decisión administrativa debe cumplirse y adoptarse, respectivamente, en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

1.3.1.12. Prevalencia del interés general (artículo 209): de acuerdo con el cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla de acuerdo con los principios que la orientan. Como consecuencia de lo anterior, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

1.3.1.13. Economía (artículo 209): conforme al cual las normas de procedimiento deben utilizarse para agilizar las decisiones, los procedimientos deben adelantarse en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos para quienes intervienen en ellos, no deben exigirse más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene expresamente.

1.3.1.14. Celeridad (artículo 209): en virtud de este principio las autoridades tienen el impulso oficioso de los procedimientos, deben suprimirse los trámites innecesarios, y adoptar las decisiones en el menor tiempo posible.

1.3.1.15. Eficacia (artículo 209): de acuerdo con el cual los procedimientos y las actuaciones de las autoridades deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando las decisiones inhibitorias.

1.3.1.16. *Imparcialidad (artículo 209)*: según el cual las autoridades deben actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos es asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación, con igualdad de tratamiento, y adoptando decisiones objetivas fundamentadas en el orden jurídico.

1.3.1.17. *Publicidad (artículo 209)*: en virtud del cual, salvo los casos previstos en la Constitución y la ley, las actuaciones son públicas y las autoridades deben dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley.

1.3.1.18. *Moralidad (artículos 88 y 209)*: de conformidad con el cual toda actuación pública debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común.

1.3.1.19. *Prevalencia del interés público o social (artículo 58)*: según el cual, el interés privado debe ceder al interés público o social, cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida³⁰.

Adicionalmente, el autor, con fundamento en la sentencia C-271 de 1998, proferida por la Corte Constitucional, nos habla del *principio de mensurabilidad*, el cual consiste en que en ningún caso la potestad discrecional puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado. Lo anterior como consecuencia de que la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a lineamientos constitucionales, y condicionada a la definición de su ámbito de acción determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta animada. Así, la potestad debe entenderse limitada a la realización de los fines específicos encomendados por el ordenamiento jurídico³¹.

³⁰ *Ibídem*.

³¹ Cfr. IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Op. cit, página 815.

1.3.2. Principios de la contratación estatal

1.3.2.1. Principio de Transparencia

No se encuentra definido ni en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2007, sin embargo, para Matallana Camacho, por regla general, la transparencia pretende garantizarse a través de la licitación pública, utilizada como mecanismo que garantice, a su vez, la igualdad de los proponentes, salvo que la entidad tenga motivos que ameriten acudir a otro proceso³².

Una de las garantías del principio de transparencia es precisamente la licitación, la cual está orientada por tres (3) principios: la libertad de concurrencia, la publicidad e igualdad entre los proponentes³³.

La finalidad del principio es garantizar la mayor concurrencia de proponentes y al mismo tiempo evitar la colusión entre los mismos³⁴. Es por ello, que las reglas orientadoras de los procesos de contratación deben ser claras y accesibles al interesado, evitando restricciones que lleven a reducir la cantidad de participantes y, sobre todo, que permitan la selección objetiva del contratista.

Para el caso concreto, encontramos que en países como Chile y México, con la expedición de las Leyes 18.042 de 1981, por medio de la cual abolió la prestación portuaria exclusiva por parte de la empresa estatal, 19.542 de 1997 y Ley de Puertos DOF-19-07-1993, reformas al sector portuario, se buscó promover la participación del sector privado y se estableció como mecanismo para ello, la licitación³⁵, la cual en nuestro criterio garantiza el principio de transparencia.

Lo anterior a diferencia del ordenamiento jurídico colombiano, que prevé al derecho de petición en ejercicio del interés particular, como mecanismo para la adjudicación de los contratos de concesión portuaria, que consideramos no

³² Cfr. MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. 2ª Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2009, página 274.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. CARRILLO TOBOS, Jorge, Concesiones portuarias en Colombia: caso Buenaventura, Universidad de los Andes, Bogotá, mayo de 2008, páginas 43 a 51.

garantiza *per se* que el Estado pueda escoger entre varias propuestas, pues no basta con que la ley permita la comparecencia de terceros o la presentación de oposiciones en términos preclusivos dentro del procedimiento portuario. Por ello, creemos que no es el mecanismo más apropiado para poner en movimiento un procedimiento o proceso contractual del Estado, pues no debe olvidarse que subyace la motivación de obtener el otorgamiento de un contrato estatal, como lo es la concesión portuaria, por cuanto en estricto sentido no garantiza el principio de la selección objetiva³⁶.

1.3.2.2. Principio de Economía

La esencia de este principio es garantizar que las normas que fijen los procedimientos de selección contractual se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de los intervinientes, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, sino cuando la ley así lo exija³⁷.

Al respecto el Consejo de Estado ha precisado que el principio de economía en materia contractual guarda una relación estrecha con el principio de celeridad, en tanto se pretende suprimir trámites innecesarios, engorrosos, y que la Administración tenga el impulso oficioso de las actuaciones, dando siempre prevalencia al derecho sustancial sobre las formalidades.³⁸ Asimismo el principio se manifiesta en que la Administración debe adelantar los procesos únicamente con las etapas estrictamente necesarias con el fin de asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable y en virtud de los principios de planeación y buena fe

³⁶ Una de las dificultades que observamos es la configuración del silencio administrativo, ya que la inactividad de la Administración tratándose de un derecho de petición en estricto sentido puede acarrear su configuración. De configurarse el silencio, que por regla general es negativo, se lesionaría la igualdad y la selección objetiva del contratista, pues de antemano se le estaría negando al particular la posibilidad de celebrar el contrato de concesión, sin ni siquiera haber estudiado las condiciones en las cuales se plantea el proyecto. La configuración del silencio administrativo en contra del segundo peticionario podría acarrear implicaciones jurídicas perjudiciales para la Administración.

³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de diciembre de 2007, expediente 24715.

³⁸ *Ibídem*.

precontractual las entidades no pueden iniciar procesos de contratación sin las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

1.3.2.3. Principio de Planeación

A él se refiere el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “(...) *la contratación adelantada por el Estado no puede ser el producto de la improvisación o de la discrecionalidad de las entidades o sus funcionarios, sino que debe obedecer a un procedimiento previo producto de la planeación*”³⁹. Este principio exige que las entidades estatales elaboren los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones, con la debida antelación a la apertura de los procesos de selección o la suscripción del contrato.

1.3.2.4. Principio de Responsabilidad

Consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en virtud de este principio tanto los contratistas como los servidores públicos pueden incurrir en conductas que generan responsabilidad civil, penal o disciplinaria para los últimos. Esta disposición lo que pretende es que la actividad precontractual y contractual se ejecute con el mayor celo y rigor propios de la trascendencia de los asuntos que en ella se debaten. El principio constituye una garantía para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los sujetos intervinientes en la actividad contractual⁴⁰.

1.3.2.5. Principio de mantenimiento de la ecuación contractual

Consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, está referido al equilibrio financiero que debe mantenerse durante la vigencia del contrato para las partes. En virtud de él, si la equivalencia del contrato se rompe por causas ajenas o no

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de diciembre de 2008, expediente 15603.

⁴⁰ Cfr. MALLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit página 460.

imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento⁴¹.

Una de las causas que puede afectar la ecuación contractual es el “hecho del príncipe”, que en palabras de Juan Manuel Urueta: “(...) desde el ángulo del derecho administrativo (colombiano), el “*factum principis*” es causa generadora de responsabilidad extra contractual, en donde se reconoce el daño especial causado al equilibrio económico del contrato por una norma de carácter general, que emana de la autoridad pública”⁴².

En relación con esta teoría, el Consejo de Estado ha precisado:

(...) Se ha sostenido también que dicho equilibrio puede verse alterado durante la ejecución del contrato, por las siguientes causas: actos o hechos de la administración contratante, actos de la administración como Estado y factores exógenos a las partes del negocio jurídico (teoría de la imprevisión). La causa que hace referencia a los actos de la administración como Estado, se refiere fundamentalmente al denominado “Hecho del Príncipe”, entendido como expresión de la potestad normativa, constitucional y legal, que se traduce en la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general, los cuales pueden provenir de la misma autoridad contratante o de cualquier órgano del Estado.⁴³

Así, el mantenimiento de la ecuación contractual permite en determinados casos restablecer las condiciones cuando se ha afectado la ecuación financiera por causas ajenas al contratista haciendo más onerosa la ejecución del contrato.

Adicionalmente, es posible que se presenten circunstancias o hechos nuevos que afectan las condiciones del contrato y que no son imputables a ninguna de las partes lo que se ha denominado *teoría de la imprevisión*.

⁴¹ *Ibidem*, página 463.

⁴² URUETA ROJAS, Juan Manuel, *El Contrato de Concesión de Obras Públicas, Project Finance y Partenariado Público-Privado*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, segunda edición, 2010, página 200.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 7 de marzo de 2002, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente 21588.

1.3.2.6. Principio de Selección Objetiva

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, el legislador en relación con la selección objetiva de los contratistas, se refirió a los excesivos trámites que contenía el anterior estatuto de contratación, los cuales ocasionaban una excesiva dilación de los trámites de la contratación. Por ello se propuso el principio de la buena fe en las actuaciones administrativas, para agilizar y simplificar los trámites.

La teleología de este principio, es lograr que la escogencia de la propuesta esté fundamentada en criterios objetivos escogiendo la opción más favorable a la entidad y a los fines que ella busca⁴⁴.

Compartimos la apreciación de Expósito Vélez, quien afirma que la selección objetiva del contratista es una noción abarcada o incluida en el principio de Transparencia. En términos del autor:

(...) Es el postulado más importante dentro de la etapa de selección de los contratistas y, en consecuencia, de la celebración de lo que en un futuro se denominará contrato del Estado o administrativo, por cuanto dentro de su gran concepto se encuentran inmersos otros principios necesarios para la buena ejecución de la actividad precontractual. Este está instituido para garantizar el pleno desarrollo de esos otros principios ⁴⁵.

Asimismo plantea el autor, que desde la elaboración de los pliegos de condiciones deben definirse las reglas de juego con suficiente claridad, de tal manera que conduzcan a una selección objetiva del contratista⁴⁶.

Es por esta razón que sostenemos que las concesiones portuarias deberían ser otorgadas como consecuencia de una licitación pública o concurso de méritos, como ocurre en el caso de Argentina, Chile y México, procesos que en nuestro criterio garantizan la transparencia y selección objetiva del contratista, pues son

⁴⁴ Ley 1150 de 2007, artículo 5.

⁴⁵ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español: Análisis de la selección de contratistas. 1ª edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, página 580.

⁴⁶ *Ibíd*em, página 581.

procesos públicos e imparciales, que garantizan la igualdad de oportunidades y, por ende, la selección objetiva y el respeto a la moralidad administrativa⁴⁷.

El Consejo de Estado, ha precisado que el principio de transparencia consagrado en la Ley 80 de 1993:

(...) se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelanta la Administración para la escogencia de sus contratistas, como también que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo que conlleva a que puedan ser controvertidas. En un estado social de derecho, el principio de transparencia, garantiza la convivencia ciudadana, un trato imparcial e igualitario para los administrados y evita que los funcionarios en ejercicio de los poderes que les han sido atribuidos, actúen de manera oculta o arbitraria, motivados por intereses o conveniencias de índole personal ⁴⁸.

Así, es claro que el principio de Selección objetiva, es una garantía para la escogencia de los contratistas del Estado con base en criterios objetivos, evitando que dicha selección esté orientada por móviles subjetivos e intereses ajenos a los principios y fines esenciales del Estado.

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, enuncia los criterios que deberán tenerse en cuenta para la selección de los contratistas, entre ellos la capacidad y experiencia, los cuales consideramos aplicables a las ofertas portuarias por las razones ya mencionadas.

De esta manera, consideramos que el principio de selección objetiva debe orientar los trámites portuarios.

⁴⁷ Ibídem, página 582.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de junio de 2008, Consejero ponente: Myriam Guerrero de Escobar, Radicación número: 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783), Actor: Javier Alonso Quijano Alomía, Demandado: Corporación Regional de Turismo del Valle del Cauca, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del derecho.

1.4. Formas de iniciar el procedimiento administrativo

Al estudiar el Código Contencioso Administrativo⁴⁹, encontramos que las actuaciones administrativas pueden iniciar de varias formas, esto es, pueden tener diversas causas o fuentes. Así, las llamadas fuentes del procedimiento administrativo son las siguientes:

1.4.1. En ejercicio del derecho de petición en interés general y en interés particular: el caso portuario

A diferencia del inicio de las actuaciones de manera oficiosa, esta forma presupone el ejercicio del derecho de petición en cualquiera de las dos modalidades expresadas en el acápite.

No debe olvidarse que el derecho de petición es un derecho fundamental de estirpe constitucional y así lo ha precisado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, estableciendo su carácter “(...) *determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa (...)*”⁵⁰ afirmando que mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión⁵¹.

De manera sucinta, señalamos los elementos del contenido esencial del derecho de petición que la Corte Constitucional ha enunciado así: a) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; b) la respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento

⁴⁹ Cfr. Artículos 4 del Decreto 01 de 1984 y 4 de la Ley 1437 de 2011, vigente este último a partir del 2 de julio de 2012. Revisado el texto de las dos normas, se advierte que la diferencia en la redacción se encuentra en que el Decreto 01 de 1984, se refiere a las clases de actuaciones, mencionando los sujetos que pueden iniciarlas, a diferencia de la Ley 1437 de 2011, que se refiere a las formas o modalidades de iniciar las actuaciones.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-510 de 25 de mayo de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, Referencia: expediente D-4923, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 “*por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país.*” Actor: Aura Gómez.

⁵¹ Cabe preguntarse, en el caso de las concesiones portuarias *¿qué otro u otros derechos constitucionales, podría garantizar el derecho de petición?*.

jurídico; c) la respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad entre en la materia propia de la solicitud, sobre la base de su competencia, refiriéndose de manera completa a todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta), excluyendo fórmulas evasivas o elusivas; y d) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo⁵².

Ahora bien, el Decreto Reglamentario 4735 de 2009 en su artículo 6, referente a la iniciativa para el trámite administrativo de concesiones portuarias, establece el derecho de petición en interés particular, como uno de los mecanismos para iniciar la actuación administrativa cuya finalidad es obtener el otorgamiento y la posterior suscripción del contrato de concesión.

De esta manera el procedimiento aludido, tiene características especiales que lo hacen particular dentro de la contratación estatal colombiana, como quiera que el mecanismo que impulsa el trámite, cuya finalidad es el otorgamiento y la suscripción de un contrato administrativo, es el ejercicio del derecho fundamental de petición en interés particular.

1.4.2. En cumplimiento de un deber legal

En este caso, la causa de la actuación administrativa es el cumplimiento de un deber derivado de la ley, es decir, a diferencia del primer evento en el cual el individuo actúa voluntariamente, en estos casos, es el acatamiento del deber establecido en una ley la causa de la actuación administrativa. Asimismo para la Administración es obligatorio el recibir y tramitar la actuación.

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-510 de 25 de mayo de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, Referencia: expediente D-4923, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 “por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país.” Actor: Aura Gómez. En el mismo sentido las sentencias T-299 de 11 de julio de 1995, T-192 de 15 de marzo de 2007, T-199 de 28 de febrero de 2008 y T-272 de 11 de marzo de 2008. Las sentencias T-1160A de 2001 y T-1006 de 2001, establecen las reglas básicas que rigen el derecho de petición.

En este evento, el ordenamiento jurídico es el que prevé las oportunidades en que debe darse inicio a una actuación administrativa.⁵³ La reglamentación de este tipo de actuaciones está determinada en el artículo 27 del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.4.3. Las actuaciones de oficio. El caso portuario

Consideramos que esta modalidad se presenta cuando es la Administración *motu proprio* quien inicia la actuación administrativa, sin que medie la voluntad del particular, es decir de manera inquisitiva. En estos casos, es necesario que la Administración cuente con elementos externos o internos que la lleven al convencimiento de la necesidad de adelantar el procedimiento, lo que implica que la voluntad del particular no es decisiva para iniciar el trámite aunque sí pueda ser tenida en cuenta para su desarrollo⁵⁴.

Por tratarse de un procedimiento adelantado de manera inquisitiva u oficiosa por la Administración, todas las actuaciones deben sujetarse especialmente al debido proceso, dando publicidad a las decisiones y garantizando al administrado el ejercicio de la defensa y la contradicción⁵⁵.

Tratándose del caso portuario, creemos que una aplicación de esta forma de iniciar la actuación administrativa es la figura denominada por la Ley 1ª como “*oferta oficiosa*”⁵⁶, en virtud de la cual el Estado ofrece al público en concesión portuaria una zona geográfica determinada, previa consulta a las autoridades enunciadas en el artículo 10 de la ley 1ª⁵⁷.

⁵³ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit página 212.

⁵⁴ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit página 213.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ El siguiente es el texto del artículo 13, reglamentado por el artículo 17 del Decreto 4735 de 2009: “El Superintendente General de Puertos, *de oficio, puede ofrecer al público una concesión portuaria*, previa consulta de las autoridades a las que se refiere el inciso segundo del artículo 10 (...)”. (Cursiva por fuera del texto original).

⁵⁷ Artículo 10: “Transcurridos los dos meses en los cuales se pueden formular oposiciones o presentar propuestas alternativas, se abrirán públicamente los sobres que contengan los datos confidenciales, y se citará siempre, para que expresen su opinión sobre la conveniencia y legalidad de las solicitudes, al Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan

1.4.4. Por efectos de extensión de la jurisprudencia

De conformidad con el artículo 102 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

En este caso, la actuación administrativa, inicia por voluntad del interesado, quien debe presentar la petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. La solicitud deberá contener los requisitos generales, y los enunciados específicamente en dicha norma⁵⁸.

La autoridad debe decidir sustentándose en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en consideración la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada.

De acuerdo con la norma mencionada, la solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

1.4.5. En ejercicio del Derecho de Habeas Data

El derecho de “Habeas Data” está regulado en la Ley Estatutaria 1266 de 2008 y consiste en el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas

la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”

⁵⁸ Cfr. nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 102.

con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política, así como el derecho a la información establecido en el artículo 20 de la Constitución Política, particularmente en relación con la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países.

Las actuaciones administrativas bien sea para las consultas de información o para reclamos recibirán el trámite establecido en dicha ley, conforme al cual: los titulares de la información o sus causahabientes podrán consultar la información personal del titular, que repose en cualquier banco de datos, sea este del sector público o privado o interponer cualquier tipo de queja o reclamo, verbalmente o por escrito o por cualquier canal de comunicación para el primer caso y por escrito para el segundo, siempre y cuando se mantenga evidencia de la consulta por medios técnicos.

Para el caso de los reclamos, las actuaciones deberán sujetarse a las reglas establecidas en el artículo 16 de la Ley 1266 de 2008.

1.4.6. En cumplimiento de una decisión judicial

Las actuaciones administrativas podrán iniciar también como consecuencia de órdenes impartidas por funcionarios judiciales en el ejercicio de sus competencias y atribuciones dentro de las diferentes acciones jurisdiccionales tales como: la acción de tutela, las acciones populares o de cumplimiento⁵⁹.

En estos casos la Administración para acatar la decisión judicial correspondiente deberá adelantar la actuación que se necesaria y esté a su alcance.

⁵⁹ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit., página 214.

1.4.7. Por denuncia o queja

Cuando exista algún tipo de queja o denuncia de un sujeto ante la autoridad competente, ésta última debe adelantar la actuación a que haya lugar. Encontramos aquí otra fuente de las actuaciones, que si bien, no es el ejercicio del derecho de petición, se asemeja en cuanto a que es la voluntad o intención de quien instaura la queja la causa del procedimiento⁶⁰.

1.4.8. Por compulsión de copias

Esta forma de iniciar la actuación administrativa se presenta cuando en el desarrollo de alguna actuación la autoridad competente remite en ejercicio de sus competencias la documentación pertinente para el desarrollo de una actuación propia de las competencias asignadas a quien se remite. Es lo que ocurre en aquellos casos en que los funcionarios en ejercicio de las atribuciones disciplinarias remiten a autoridades penales o fiscales⁶¹.

1.5. Sujetos intervinientes en el procedimiento administrativo

1.5.1. Sujeto activo: es quien ejerce las funciones administrativas, esto es, quien tiene la competencia para adelantar el procedimiento y adoptar la decisión correspondiente.

⁶⁰ Dispone el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: “Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución. Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. *Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos. El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado.*” (Cursiva por fuera del texto original).

⁶¹ La Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, en su artículo 3 dispone: “Poder Disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o *remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas.* Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia (...)”. Cursiva por fuera del texto original.

1.5.2. *Sujeto pasivo*: es decir, el sujeto pasivo de la decisión que adopte la Administración, el destinatario de la misma. Si bien, como lo afirma Santofimio:

(...) su voluntad no es llamada a integrarse con la del ente administrativo para conformar la decisión, sí puede admitirse que su presencia en el procedimiento no sólo constituye garantía de respeto a los derechos fundamentales del interesado, sino también sinónimo de participación para la legalidad de la decisión⁶².

No siempre los sujetos pasivos son partes interesadas, en tanto los terceros también se convierten en destinatarios de la decisión⁶³.

1.5.3. *Terceros*: Para el profesor Santofimio Gamboa: “(...) son todos aquellos sujetos que, no obstante detentar algún tipo de interés en los resultados de una actuación administrativa, permanecen fuera de esta, generando en consecuencia para la administración la obligación de convocarlos con el fin de que se conviertan en sujetos pasivos de la decisión (...)”⁶⁴.

1.5.3.1. *Terceros Necesarios*, para el mismo autor son: “(...) aquellos que normalmente surgen de la realidad material de la controversia y que nuestra ley desagrega en terceros determinados e indeterminados, conforme a la redacción de los artículos 14 y 15 del C.C.A. (...)”⁶⁵, hoy en día regulados en los artículos 37 y 38 de la ley 1437 de 2011.

Estos a su vez se clasifican en:

1.5.3.1.1. *Terceros determinados*: aquellos cuya existencia e identidad es posible percibir sin mayores esfuerzos de los antecedentes documentales, es decir, aquellos respecto de los cuales la Administración concluye de los documentos aportados con

⁶² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit., página 223.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*, páginas 223 y 224.

la petición o de la petición misma que tienen un interés directo en la decisión final⁶⁶.

1.5.3.1.2. Terceros indeterminados: aquellos respectos de los cuales sin poder identificarse e individualizarse concretamente, la Administración deduce la posibilidad de su existencia y su interés específico en el resultado del proceso⁶⁷.

1.5.3.2. Terceros Obligatorios. Explica Jaime Orlando Santofimio Gamboa que:

(...) Son aquellos que no surgen de la necesidad procesal sino de directos mandatos constitucionales y legales que hacen vinculatorio e irremediable su convocatoria a determinadas actuaciones administrativas, adquiriendo en nuestra opinión el carácter de partes indispensables, sin cuya presencia sencillamente la actuación no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad⁶⁸.

1.5.4. Agentes oficiosos: como lo afirma este mismo autor, aparentemente está clase de intervinientes está prevista únicamente para la interposición de recursos, sin embargo, compartimos su apreciación según la cual en virtud del artículo 29 de la Carta Política, debe aceptarse que los agentes oficiosos actúen en defensa de los derechos de los interesados ausentes⁶⁹.

1.5.5. Ministerio Público: el Procurador General de la Nación, por sí o por intermedio de sus agentes o delegados, puede intervenir eventualmente en la actuación administrativa, a título de Ministerio Público, para velar por el cumplimiento de la Constitución, la ley, la jurisprudencia, los actos administrativos y los intereses de la sociedad. De conformidad con el artículo 75 del antiguo Código Contencioso Administrativo, hoy artículo 23 del Código de Procedimiento

⁶⁶ *Ibíd.*, página 224.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*, página 231.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Ministerio Público también intervendrá para la vigilancia y la defensa del derecho de petición⁷⁰.

1.6. Los distintos procedimientos administrativos especiales y, entre estos, el contenido en la ley 1ª de 1991: Estatuto de puertos marítimos

En Colombia existe un procedimiento administrativo general, regulado en el Libro I del Código Contencioso Administrativo, hoy Título I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y asimismo, múltiples procedimientos administrativos especiales, por medio de los cuales se regulan materias específicas.

Para garantizar el ejercicio del poder se han distribuido las funciones entre los órganos que integran la estructura del Estado⁷¹. Por ello, teniendo en cuenta que *“cada función reclama, para su mejor desempeño, una organización, unas herramientas y unos métodos”*⁷², y la multiplicidad de órganos que ejercen funciones administrativas, existen procedimientos administrativos especiales⁷³, por

⁷⁰ Disponía el artículo 75, en su inciso final: “(...) Lo dispuesto en este artículo se entenderá *sin perjuicio* de las facultades y deberes constitucionales y legales del Procurador General de la Nación, los Procuradores Regionales o Distritales, los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores y demás funcionarios del Ministerio Público, los cuales deberán cooperar al cumplimiento de lo previsto en este Código y aplicar de oficio o a petición de parte, medidas disciplinarias a los funcionarios o empleados que les estén sometidos y que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición.” (Cursiva por fuera del texto original). El artículo 23 del actual Código, establece: “Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los Personeros Distritales y Municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.” La Corte Constitucional mediante sentencia C-818 de 1º de noviembre de 2011, declaró inexecutable esta disposición con efectos diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014.

⁷¹ Cfr. IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Op. cit, página 63.

⁷² IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Op. cit, página 65.

⁷³ El Código Contencioso Administrativo, en su artículo 1º dispone: “(...) *Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles (...)*” (Cursiva por fuera del texto original).

medio de los cuales se regulan temas específicos. Entre los diferentes procesos (procedimientos) especiales mencionamos los siguientes:

- Los tributarios adelantados ante la Administración de Impuestos Nacionales, entre ellos los de Cobro Coactivo conforme a la Ley 6 de 1992.
- Aquellos que son competencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA hoy en liquidación⁷⁴, y ante el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, cuyas funciones se encuentran asignadas actualmente al Instituto Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, IDEAM⁷⁵, conforme a las Leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 4^a de 1973.
- Los mineros que se adelantan ante el Ministerio de Minas y Energía conforme al Código de Minas.
- Los de Registro de Instrumentos Públicos que se tramitan ante las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, conforme al Decreto 1250 de 1970.
- El proceso de responsabilidad disciplinaria adelantados por la Procuraduría General de la Nación o las entidades públicas, reglamentado por la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único.
- El proceso de responsabilidad Fiscal que se tramitan por la Contraloría General de la República, y las departamentales y municipales donde existieren, de acuerdo con la Ley 610 de 2000.
- Aquellos procedimientos enunciados expresamente por el antiguo Código Contencioso Administrativo en su artículo 32, hoy artículo segundo del

⁷⁴ El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, fue creado como establecimiento público adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por medio de la Ley 135 de 1961 y hoy se encuentra en liquidación en virtud del Decreto 1292 de 21 de mayo de 2003.

⁷⁵ “Para dar apoyo técnico-científico a los organismos que forman el Sistema Nacional Ambiental (SINA), la Ley 99 creó el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (Ideam) como establecimiento público adscrito al Ministerio del Medio Ambiente. Inició sus labores el 1º de marzo de 1995 integrando algunas de las funciones del Himat (Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras), de Ingeominas (Instituto de Investigaciones en Geociencias, Minería y Química), del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y del Inderena (Instituto Nacional de los Recursos Naturales y del Ambiente). El IDEAM fue creado bajo la ley 99 de 1993, se organizó y estableció a través del decreto 1277 de 1994 y se adoptaron los estatutos bajo el decreto 2241 de 1995.”. [página web del IDEAM] [consultado el 08/01/2012]. Disponible en <http://institucional.ideam.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=6>.

nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, referidos a los establecidos por los organismos del sector central o descentralizado de cualquiera de los niveles para regir las actuaciones que se presenten en el ejercicio de sus funciones a través del derecho de petición y los procedimientos que pueden establecer las autoridades de las entidades territoriales para regular aquellos asuntos que sean de competencia de sus autoridades.

- Los Urbanísticos, regulados por las Leyes 388 de 1997 y 902 de 2004
- Los Ambientales, regulados por las Leyes 99 de 1993 y 1333 de 2009
- El proceso legislativo, consagrado en la Ley 5^a de 1992
- Los procesos de banca central, contenidos en la Ley 31 de 1992
- El proceso de contratación, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, Decreto 734 de 2012
- El proceso electoral, regulado por el Decreto 2241 de 1986
- El procedimiento administrativo portuario, establecido en la Ley 1^a de 1991, reglamentada por el Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, cuyo contenido se analiza en el Capítulo II de esta investigación. A pesar de la especificidad del trámite, el artículo 42, siguiendo la regla general en materia procesal, remite a las disposiciones consagradas en el Código Contencioso Administrativo⁷⁶.

⁷⁶ El siguiente es el texto de la norma: “*En la medida en que esta Ley no disponga otra cosa, las autoridades portuarias aplicarán las reglas de procedimiento administrativo que contiene el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), las normas que lo complementen o reformen.*”. (Cursiva por fuera del texto original). Huelga decir que con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe entenderse que la remisión es a las nuevas disposiciones.

2. El procedimiento administrativo colombiano de solicitud de Concesión Portuaria marítima en ejercicio del derecho de petición en interés particular

2.1. Los antecedentes de la Ley 1ª

La Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos, nació en el contexto de la globalización económica y el fortalecimiento de un nuevo orden económico mundial, como una respuesta al proceso de *integración económica, competitividad y aumento del comercio internacional*⁷⁷.

En efecto, el objeto de la Ley 1ª fue reestructurar el sector portuario nacional, atendiendo al proceso de integración y crecimiento económico del país⁷⁸, y

⁷⁷ Exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990. La exposición de motivos del Estatuto Portuario encabeza así: “Las profundas transformaciones políticas y económicas que se han vivido en el mundo en los últimos años, *tendientes a la creación de un nuevo orden económico internacional caracterizado por la integración económica, competitividad y aumento del comercio internacional* obligan a Colombia a definir una nueva política portuaria, para aprovechar las oportunidades que ese nuevo orden ofrece (...)” (Cursiva por fuera del texto original).

⁷⁸ Al respecto ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, expresan: “(...) Los estudios recientes han mostrado que los procesos de *reestructuraciones portuarias* en distintos países se han encaminado principalmente a la reducción de costos portuarios con el fin de contribuir a disminuir los costos totales de transporte y lograr de esta manera un mayor crecimiento del comercio internacional y una mejor posición competitiva en el comercio mundial (...)”.(Cursiva por fuera del texto original). Según los autores, ante la concentración en el Estado de la organización de los puertos y del transporte a nivel mundial, sin tener en consideración las leyes del mercado, la lentitud y los altos costos en las operaciones de movilización de carga y pasajeros, el bajo nivel tecnológico, el surgimiento de fuertes sindicatos de estibadores y las excesivas reglamentaciones, mostraron la necesidad de reestructurar el modelo portuario, introduciendo modificaciones administrativas, operacionales, institucionales y financieros, que permitieran adaptar los puertos a las exigencias del mercado, conduciendo a reformas, que en la mayoría de los casos involucraron al sector privado, como ocurrió en Colombia, México y Chile. La transición a los operadores privados, se inició en la década de los 90, y en la mayoría de los países latinoamericanos la administración general de los puertos se desmanteló y la propiedad se trasladó hacia los gobiernos locales, pasando el papel del gobierno central a regulador del sector. Cfr. ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, *¿Por qué ha sido tan exitosa la reestructuración portuaria en Colombia?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Cfr. páginas 45 a 52 y 96. Para el caso de México, hasta 1993, los servicios portuarios eran prestados por la empresa Puertos Mexicanos, PUMEX, la cual presentaba dificultades en sus rendimientos y en las funciones a su cargo. Por ello se produjo la reforma al sector portuario y, como lo afirma Jorge CARRILLO TOBOS: “(...) se consideraron objetivos que fueron plasmados en la exposición de motivos dentro del proceso de expedición de la ley de puertos como: “a. coadyuvar en el crecimiento y la competitividad de la economía y el comercio, b. promover la descentralización, c. promover la desregulación y e. promover la participación del sector privado en aras de la búsqueda de la eficiencia económica (...)”. CARRILLO

considerando la importancia de los puertos como puntos de distribución de las mercancías en el comercio internacional.⁷⁹

Como consecuencia de la expedición de la Ley 1ª, surgió el actual *procedimiento administrativo de Solicitud de Concesiones Portuarias* con características específicas que lo particularizan y lo diferencian del procedimiento administrativo general consagrado en el Código Contencioso Administrativo hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El principal instrumento introducido por la Ley 1ª para garantizar un sistema portuario eficiente y competitivo en el ámbito internacional, facilitando la reestructuración portuaria nacional, fue la integración del capital privado con el sector portuario, administrado hasta entonces por el Estado⁸⁰.

TOBOS, Jorge. Concesiones portuarias en Colombia: caso Buenaventura, Universidad de los Andes, Bogotá, mayo de 2008. página 49.

⁷⁹ A pesar de que tradicionalmente el puerto es considerado un punto de transferencia de las mercancías de tierra al barco y viceversa, conocidos como “*puertos de primera generación*”, la Organización de las Naciones Unidas ha clasificado los puertos en tres categorías: el *puerto tradicional*, al cual se hizo referencia anteriormente, punto de intercambio de mercancías de tierra al barco y viceversa, típicos puertos que existieron hasta la década de los 50, “*puertos de segunda generación*” en torno a los cuales se desarrolla una actividad industrial que recibe las materias primas, o que produce las mercancías para ser exportadas, conocidos como puertos industriales de la década de los 60 y los 70, y los “*puertos de tercera generación*” que aparecen en la década de los 80, basados en el mercadeo e intercambio electrónico de datos, cuyo objetivo es funcionar como un centro de distribución de cargas o plataforma de importación y exportación. SABATINO PÁGINA, José Alfredo. Los puertos: evolución, competencias y su rol para el nuevo milenio (Su impacto sobre el negocio marítimo portuario), noviembre de 1996, en ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, Op. cit, páginas 53 y 54.

⁸⁰ “(...) La reestructuración del sistema portuario colombiano tuvo por lo tanto su origen en la necesidad de encontrar un esquema portuario más eficiente y competitivo, que respondiera a los retos del *mundo globalizado* y permitiera una más efectiva comercialización de los productos colombianos en el exterior. Para lograrlo, se abrió paso la idea de vincular el capital privado al sector con el fin de lograr que se actualizara la infraestructura y se aplicara un administración más efectiva y eficiente a la misma (...)”. (Cursiva por fuera del texto original). MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo, Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación, Universidad del Quindío-Corporación José Ignacio de Márquez, 2005, página 51. En el mismo sentido puede consultarse a ARIAS Javier y GÓMEZ Robinson. Contraloría General de la República, Contraloría Delegada, Sector Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional. Desarrollo de las Concesiones Portuarias en Colombia : Sociedades Portuarias Regionales. [artículo en línea]. Bogotá, 19 de abril de 2010. 83 página [consultado el 20/10/2010]. Disponible en http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/

Fue así como se diseñó un sistema que permite crear puertos privados y al mismo tiempo operar la infraestructura del Estado anteriormente administrada por Colpuertos⁸¹, a través del otorgamiento de concesiones⁸².

Si bien la doctrina nacional es escasa en el estudio de las concesiones portuarias y el procedimiento para su otorgamiento, advertimos que varias de las fuentes consultadas coinciden en afirmar que la reforma al sector portuario era necesaria debido a la crisis económica de la empresa Colpuertos⁸³, quien tenía el monopolio del manejo portuario en Colombia, y al fenómeno de la globalización económica, el cual hacía necesario el desarrollo del sector en el país estimulando y permitiendo la participación del sector privado en la actividad portuaria⁸⁴.

⁸¹ La Empresa Puertos de Colombia fue creada mediante la Ley 154 de 1959, como empresa pública, descentralizada y vinculada al entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte. “(...) La empresa tenía a su cargo la dirección, administración, organización, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de servicio público. De la misma forma, llevaba a cabo las funciones de supervisión, control y regulación de las actividades operativas y de las instalaciones e infraestructura portuaria para las instalaciones de carácter privado (...)”. ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. Op. cit, página 125.

⁸² Los estudios recientes han mostrado que los procesos de reestructuraciones portuarias en distintos países se han encaminado principalmente a la reducción de costos portuarios con el fin de contribuir a disminuir los costos totales de transporte y lograr así un mayor crecimiento del comercio internacional y una mejor posición competitiva en el comercio mundial. Cfr. ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, Op. cit, página 45 y ss. Sobre la modernización portuaria, BURKHALTER, afirma: “En todos el mundo surge la necesidad de modernizar los puertos estatales administrados y operados por los gobiernos a fin de que puedan responder cabalmente a las exigencias que plantea la globalización de la economía. En este proceso, es fundamental que las medidas adoptadas se traduzcan en un incremento importante de la productividad y en una reducción sustancial de los costos. Es indudable que para lograr esos objetivos, es preciso realizar grandes esfuerzos y actuar con una enorme capacidad de decisión para vencer la inercia provocada por décadas de regulación, tráfico de influencias y, en algunos casos, corrupción estatal.”. BURKHALTER, Larry. Op. cit, página 117.

⁸³ “(...) La crisis de los puertos en Colombia se conformó con la acumulación de hechos a través de los años. Sin embargo, se agudizó en la década de los 80 cuando Colpuertos tuvo pérdidas durante 7 años, en dos obtuvo utilidades y en 1985 su balance financiero fue cero (...) Colpuertos presentó una acumulación creciente de ineficiencia debida (sic) esencialmente a una estructura institucional inadecuada que se reflejó en deficiencias administrativas, operacionales, financieras y laborales (...)”. ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, Op. cit, página 127 a 134.

⁸⁴ La Unidad de Transporte de la División de Comercio Internacional, Financiamiento y Transporte de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, en el documento: *Curso sobre modernización portuaria: Una pirámide de desafíos entrelazados*, 3 de febrero de 1997, expresa: “(...) En general la iniciativa para la participación privada en los puertos estatales se suscita en razón de uno o los tres factores siguientes: la competencia de otros puertos o la que se desencadena entre los propios usuarios, una plataforma política del gobierno en funciones y una propuesta pública contra los altos costos portuarios, las ineficiencias, los robos (sic) y la falta de disponibilidad de mercancías. Todos aquellos que ofrecen infraestructura y servicios portuarios deberían operar en un

La Empresa Colpuertos se creó en virtud de la Ley 154 de 1959, como entidad pública descentralizada del sector nacional. Posteriormente, mediante el Decreto 561 de 1975 se transformó en empresa industrial y comercial del Estado y en 1980 fue reorganizada por el Decreto 1174. Colpuertos fue creada con la finalidad de servir como entidad unificadora, entre otros aspectos, de los trámites y procedimientos portuarios y, como consecuencia de ello, la prestación de los servicios portuarios se centralizó y fue monopolizada por el Estado⁸⁵.

Las condiciones operativas y tecnológicas de los puertos públicos⁸⁶ operados por la empresa Colpuertos resultaban insuficientes para atender las necesidades de

entorno comercial regido por los mecanismos del mercado o las leyes de la oferta y la demanda (...). Para crear ese entorno comercial en los puertos, los gobiernos deben aprobar un régimen jurídico que conste de un componente de desregulación, descentralización, leyes antimonopolio y legislación expresa que determine cómo pueden participar los intereses privados.” (Página 1). Otros autores que se refieren al tema de la privatización y la participación del sector privado en la actividad portuaria son: BURKHALTER, Larry. Op. cit., ECHEVERRY CORREA, Fabio, Intervención en el Seminario sobre “*Los puertos de Colombia frente a la Integración al Mercado Mundial*” organizado por la ANDI, Cali, abril de 1990, en Revista ANDI, Medellín, No. 04 (mayo-junio de 1990), páginas 7-10, FLÓREZ ENCISO, Luis Bernardo, El transporte y el sistema portuario en la modernidad económica colombiana, Carga Internacional, volumen 12, No. 41, octubre de 1990, MEDINA MORA, Óscar Humberto. El Puerto. 1ª edición. Cartagena de Indias, Sepima Impresores, marzo de 2006, SALCEDO SALAZAR, Guillermo, Aspectos básicos del transporte en Colombia, Bogotá, ediciones Angular, 1987, página 187, SÁNCHEZ, Ricardo J., “*Puertos y transporte marítimo en América latina y el Caribe: un análisis de sus desempeño reciente*”, en CEPAL, Serie División de recursos naturales e infraestructura, Naciones Unidas, diciembre de 2004, Santiago de Chile, ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. ¿Por qué ha sido tan exitosa la reestructuración portuaria en Colombia?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003. Capítulo II; VERGEL, ENRIQUE, *La privatización portuaria y su impacto en el comercio exterior*, Universidad de los Andes, Facultad de Economía, enero de 1998, páginas 20 a 22, VILLEGAS GONZÁLEZ, Nora Lucía, Trasfondo de la problemática en Puertos de Colombia, en Revista Antioqueña de Economía, Medellín, No. 12 (octubre-diciembre de 1983) páginas 49-55, VILORIA DE LA HOZ, Joaquín. De Colpuertos a las sociedades portuarias: los puertos del Caribe colombiano, 1990-1999. Cartagena de Indias, Banco de la República, octubre de 2000, páginas 1 a 22.

⁸⁵ Exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990. MEDINA MORA, Óscar, “*El Puerto*”, primera edición, Cartagena, Sepima Impresores, marzo de 2006, página 17. Véase también Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primer debate del proyecto de Ley 107 de 1990, por la cual se dicta el Estatuto de Puertos.

⁸⁶ Los denominados “*puertos públicos*” son aquellos que la empresa COLPUERTOS administraba con anterioridad a la expedición de la Ley 1ª, y en la actualidad corresponden a los administrados por las cinco (5) Sociedades Portuarias Regionales, esto es, Buenaventura, Tumaco, Santa Marta, Cartagena y Barranquilla, cuya creación fue autorizada por el Estatuto Portuario en su artículo 34, y reglamentada por el Decreto 2910 de 30 de diciembre de 1991. La denominación de “*puerto público*” es común en la mayoría de las fuentes consultadas para referirse a dichos terminales, y, por ello, no debe confundirse con el concepto de *puerto de servicio público*, definido en el artículo 5, numeral 5.15 de la Ley 1ª como “(...) aquél en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones.”. Adicionalmente la Ley 1ª diferencia entre el

comercio exterior del país⁸⁷. Esta circunstancia aunada al incremento de la necesidad de movilizar cargas especializadas⁸⁸ y el aumento de entidades diferentes a Colpuertos estimuló la expedición de un estatuto que permitiera la participación del sector privado en la actividad portuaria⁸⁹.

En suma, debido a las escasas condiciones de la infraestructura portuaria nacional para ofrecer las condiciones necesarias que permitieran garantizar un incremento del comercio exterior del país, la crisis económica de la empresa Colpuertos y factores económicos externos, hicieron necesaria la expedición del estatuto portuario.

La empresa mantuvo su condición de monopolio estatal hasta los años 70, sin embargo, debido a la incapacidad para ofrecer los servicios que requería el desarrollo del sector productivo, se crearon simultáneamente nuevos puertos operados por entidades diferentes y se establecieron muelles privados en los terminales públicos⁹⁰.

puerto oficial y el puerto particular, el primero de los cuales “es aquel cuya infraestructura pertenece a una sociedad portuaria en donde alguna entidad pública posee más del 50% del capital (...)”.

⁸⁷ Al respecto puede leerse la ponencia para primer debate en el Senado del proyecto de Ley 107 de 1990, por la cual se dicta el Estatuto de Puertos, en Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República.

⁸⁸ La “carga” desde el punto de vista del transporte es “un conjunto de bienes o mercancías protegidas por un embalaje apropiado que facilita su rápida movilización”. Existen dos tipos principales de carga: general y a granel, las cuales se subdividen a su vez en suelta y unitarizada, y sólido y líquido, respectivamente. La carga general comprende una serie de productos que se transportan en cantidades más pequeñas que aquellas que a granel. RUIBAL H. Alberto, Gestión logística de la distribución física internacional, s.l., editorial norma, s.f., página 3.

⁸⁹ Similares situaciones se presentaron en Chile y México, países en los cuales el manejo de los puertos estaba centralizado en empresas como Empresa Portuaria de Chile, EMPORCHI, y Puertos Mexicanos, PUMEX. En el caso de Chile, el Estado expidió las Leyes 18.042 de 1981, por medio de la cual abolió la prestación portuaria exclusiva por parte de la empresa estatal, y 19.542 de 1997 por medio de la cual creó diez empresas portuarias estatales, las cuales pueden transferir sus funciones a terceras empresas por medio de concesiones adjudicadas mediante licitaciones públicas. En México se expidió la Ley de Puertos DOF-19-07-1993, por medio de la cual se disolvió la empresa PUMEX y se creó una Administración Portuaria Integral, API, en cada puerto o grupo de puertos, encargada de promover la participación privada utilizando la concesión por medio de licitaciones públicas. Al respecto puede verse CARRILLO TOBOS, Jorge, Op. cit, páginas 43 a 51.

⁹⁰ “(...) Fuera de los puertos tradicionales de Buenaventura, Cartagena, Barranquilla y santa Marta, hay terminales públicos especializados en Puerto Bolívar y Coveñas, operados por Carbocol y Ecopetrol, respectivamente. Hay puertos públicos en Leticia, San Andrés y Tumaco, propiedad de Colpuertos pero operados por otras entidades. Los muelles privados son aproximadamente 65 y pronto habrá e Cartagena un muelle para contenedores, que ha sido autorizado a la Flota Mercante Grancolombiana. Hay puertos de operación privada en Urabá, Gaira (Santa Marta), y en el estero de

Durante los años 80 a 90, la empresa afrontó las siguientes dificultades: a) La baja eficiencia en los servicios y el atraso tecnológico, por cuanto carecía de equipos e instalaciones modernas para el manejo de carga general y contenedores, razón por la cual debía utilizar los equipos de cargue y descargue de los buques, los cuales eran cada vez más escasos y cobraban fletes más altos; b) El Centralismo, ocasionado porque la oficina principal tenía asignadas funciones administrativas propias de los terminales; c) El déficit creciente. De acuerdo con los informes de la Contraloría de la época, los estados financieros de la empresa arrojaron pérdidas en 7 ocasiones, y la utilidad neta para 1985 fue de cero (0). Adicionalmente, desde 1981 no se reajustaban las tarifas cobradas a los usuarios de los puertos; d) El incremento progresivo de las cargas prestacionales, generado porque las obligaciones pensionales eran superiores al salario de los trabajadores activos, y las obligaciones laborales comprometían una porción excesiva de los ingresos de la empresa; e) El exceso de personal: “(...) la empresa Colpuertos cuenta con cerca de 8850 empleados; la planta de personal necesaria para movilizar los volúmenes proyectados de carga general debería llegar, como máximo a 6700 trabajadores. Aplicando patrones internacionales solamente se requerirían unos 3700 trabajadores (...)”⁹¹; f) El llamado *divorcio* entre los intereses de la empresa y los sindicatos. Entre 1985 y 1986, los salarios de los trabajadores de Colpuertos fueron cuatro (4) veces más altos que los del promedio del sector industrial, asimismo existían cláusulas en la Convención Colectiva encaminada a disminuir la productividad en los puertos, antes que incentivarla⁹².

En resumen, podemos señalar que las anteriores condiciones estimularon la reestructuración del sector portuario, proceso que se llevó a cabo con la expedición del Estatuto Portuario, uno de cuyos objetivos fundamentales fue la liquidación de la empresa Colpuertos, facilitando la separación de las funciones de prestación de los servicios portuarios y el control de los mismos, y, por ende la desregulación de la actividad portuaria, razón por la cual la expedición de la Ley 1ª obedeció a la

San Antonio (Buenaventura) (...)”. Exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Anales del Congreso, Año XXXIII, No. 123, 19 de noviembre de 1990. página 5.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*. Ver también ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, Op. cit, página 127 a 134.

necesidad de crear un estatuto armónico e integral sobre puertos, con el objeto de afrontar la crisis económica por la que atravesaba la empresa Colpuertos⁹³.

2.2. Análisis de la exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos colombiano

2.2.1. Los objetivos fundamentales de la Ley 1ª de 1991⁹⁴

El proyecto de ley del Estatuto Portuario, se estructuró sobre cuatro objetivos básicos:

2.2.1.1. Reordenar institucionalmente el desarrollo portuario nacional a través de la separación de las funciones de regulación e inspección, de las de prestación de los servicios portuarios.⁹⁵

Para lograr este objetivo, la primera función se asignaría al Estado, representado por el Gobierno Nacional, para ser ejercida a través de la expedición de los Planes

⁹³ Según la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera del Senado de la República: “(...) Al cierre de la vigencia de 1989 la Empresa carece de capacidad de endeudamiento ya que el total de pasivos sobrepasa el de activos, concluyendo que la Empresa Puertos de Colombia está técnicamente quebrada (...)”. Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primer debate. Página 91.

⁹⁴ Es importante tener en cuenta que el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte, planteó en 1990 al Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES (Documento CONPES 2494 de 29 de octubre de 1990), tres alternativas para la modernización del sector portuario, así: a) El Estado a través de la empresa continuaría con el manejo de la carga pública, y no permitiría la construcción de nuevas instalaciones portuarias de uso público ni privado; b) Permitir al sector privado participar con los terminales del Estado en la movilización de la carga pública, facilitando la participación del sector privado en la construcción y operación de nuevos puertos de servicio público y privado, mientras que el Estado continuaría administrando los terminales de Colpuertos; y c) La Descentralización completa del sector portuario, a través de la participación de los particulares en la propiedad de los terminales y la creación de una autoridad portuaria y de planificación, dependiente del Ministerio de Transporte, sin funciones operativas. Véase ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco, Op. cit, página 136 y 137.

⁹⁵ La exposición de motivos del proyecto de estatuto de puertos, presentada el 30 de octubre de 1990, enuncia entre otros: el atraque en el muelle, el cargue y descargue de mercancías y el almacenamiento. Exposición de motivos al proyecto de ley “Por el cual se dicta el estatuto de puertos”, 30 de octubre de 1990. Archivo Legislativo del Senado de la República, Tomo 922, año 1991.

de Expansión Portuaria⁹⁶, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, y a la Dirección General de Puertos⁹⁷, creada dentro del entonces Ministerio de Obras Públicas.⁹⁸ La segunda función sería atribuida a las sociedades portuarias, principal sujeto a quien se dirige la reglamentación portuaria, las cuales se constituyen bajo la forma de sociedades anónimas, con capital privado, público o mixto.⁹⁹

La escisión de las funciones antes mencionadas, permitiría garantizar eficacia, competencia y calidad en la prestación de los servicios portuarios, es por ello que entre los criterios básicos enunciados en el proyecto de ley, está el de *separar nítidamente* las funciones de *regulación e inspección*, de las de *prestación* de los servicios portuarios, las cuales coincidían en la empresa Colpuertos.

⁹⁶La Ley 1ª de 1991, en su artículo segundo, establece que el Ministro de Obras Públicas y Transporte, hoy Transporte, presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, para su aprobación cada dos años, los Planes de Expansión Portuaria referidos a los siguientes aspectos: a) La conveniencia de invertir en nuevas instalaciones portuarias, para facilitar el crecimiento del comercio exterior colombiano y para conseguir el mayor uso posible de cada puerto, entre otros; b) las regiones en las cuales conviene establecer puertos, para reducir el impacto ambiental y turístico de estos, y para tener en cuenta los usos alternativos de los bienes públicos afectados por las decisiones en materia portuaria; c) las inversiones públicas que deben hacerse en actividades portuarias, y las privadas que deben estimularse; d) las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por la concesiones portuarias; y e) las metodologías que deben aplicarse de modo general al autorizar tarifas a las sociedades portuarias.

⁹⁷ La Dirección General de Puertos subsistió dentro del Ministerio de Transporte hasta el año 2003, cuando el Decreto 2053 modificó la estructura del Ministerio, creando la Dirección General de Transporte y Tránsito, y el Grupo de Asuntos Portuarios.

⁹⁸ Ministerio de Transporte a partir de la expedición del Decreto 2171 de 1992.

⁹⁹ Según la ponencia para primer debate de la Ley 1ª de 1991, en la Comisión Tercera del Senado de la República: "(...) Estas sociedades se establecerán principalmente en cada uno de los municipios donde Puertos de Colombia tiene hoy Puertos (sic) (...)". Como aporte de capital para constituir las sociedades portuarias ubicadas en los municipios donde Colpuertos operaba los puertos, se entregarían los terrenos e instalaciones de sus terminales marítimos. Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primer debate. Página 92.

Como consecuencia de lo anterior, se creó una modalidad especial de sociedades portuarias, las llamadas Sociedades Portuarias Regionales, SPR, cuya creación fue autorizada por el artículo 34 de la Ley 1ª de 1991, reglamentado por el Decreto 2910 de 30 de diciembre de 1991. Dichas sociedades son: Buenaventura, Tumaco, Santa Marta, Cartagena y Barranquilla. Estas cinco sociedades portuarias, fueron encargadas de administrar los denominados "*puertos públicos*", es decir, aquellos que la empresa Colpuertos administraba. La denominación de "*puerto público*" es común en la mayoría de las fuentes consultadas para referirse a los terminales administrados por Colpuertos, y no debe confundirse con el concepto de *puerto de servicio público*, definido en el artículo 5, numeral 5.15 de la Ley 1ª como "(...) aquél en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones.". Adicionalmente la Ley 1ª diferencia entre el *puerto oficial* y el *puerto particular*, el primero de los cuales "es aquel cuya infraestructura pertenece a una sociedad portuaria en donde alguna entidad pública posee más del 50% del capital (...)".

En efecto, la Ley 1ª de 1991 buscó unificar en una sola autoridad central el diseño de la política portuaria. Actualmente el Estado diseña la política general en materia portuaria por medio de los documentos que emita el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, adoptados por decretos del gobierno nacional y continúa con la facultad para otorgar a una sociedad portuaria una concesión para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica¹⁰⁰.

2.2.1.2. Liquidar la Empresa Puertos de Colombia y asumir por parte de la Nación sus pasivos. Como consecuencia de ello, crear una Comisión de Promoción del Empleo, encargada de capacitar a los trabajadores cesantes en oficios alternativos, asesorarlos en la búsqueda de empleo y facilitarles asesoría y recursos financieros para que quienes los desearan pudieran formar sociedades de empresas de operadores portuarios¹⁰¹.

Creemos que este objetivo resulta coherente y lógico con el propósito de garantizar la participación del sector privado en la prestación de los servicios portuarios, es decir, fue utilizado como mecanismo para trasladar las funciones de prestación de los servicios portuarios a nuevos sujetos de derecho, las sociedades portuarias, y evitar continuar con el monopolio estatal en la actividad portuaria. Por lo demás,

¹⁰⁰ Las contraprestaciones por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público las recibe la Nación a través del Instituto Nacional de Vías, INVÍAS, o quien haga sus veces, y los municipios o distritos donde opere el puerto, en una proporción de un ochenta por ciento (80%) para la entidad Nacional, y un veinte por ciento (20%) para los municipios o distritos, destinados a inversión social. Las contraprestaciones por el uso de la infraestructura las recibe en su totalidad el Instituto Nacional de Vías, Invías, o quien haga sus veces. Estas últimas son pagadas por el concesionario cuando el Estado entrega en concesión, además de los bienes de uso público de su propiedad, infraestructura portuaria que ha sido previamente instalada o edificada y que accede al bien principal.

¹⁰¹ Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primer debate. Páginas 92 y 93. “(...) El principal problema de los puertos estaba relacionado con la gestión operativa. Diversos estudios reportan dificultades atribuidas a la falta de políticas que trazaran las directrices para que Colpuertos prestara un servicio eficiente –la entidad que por recomendación de Lauchlin Curie se creó a mediados de siglo para “organizar” el sistema (...) La desaparición de esta entidad y su sustitución por las sociedades portuarias regionales creadas por la reforma de 1991 produjeron un cambio radical en el desempeño de los puertos colombianos (...)”. PACHÓN, Álvaro, RAMÍREZ María Teresa. La infraestructura de transporte en Colombia durante el siglo XX., 1ª edición, Banco de la República, 2006, página 373.

en derecho resulta ser una consecuencia lógica de la situación económica y administrativa que afrontaba la empresa.

2.2.1.3. Consagrar la libertad tarifaria dentro de un proceso gradual

En relación con este punto, se previó la posibilidad de permitir la libertad tarifaria, sujeta a dos condiciones: que el número de sociedades portuarias y la oferta de servicios de infraestructura fuera *suficientemente amplia*, evento en el cual, el Gobierno Nacional podría dentro de un Plan de Expansión Portuaria, autorizar a las sociedades portuarias que operaran en puertos de servicio público a fijar libremente sus tarifas.

Mientras no se decretara tal libertad, correspondería a la Dirección General de Puertos establecer y revisar las fórmulas generales para calcular las tarifas.¹⁰²

En la actualidad, este objetivo se ha materializado en la posibilidad que tienen las sociedades portuarias de determinar las tarifas por la prestación de servicios portuarios en los puertos de servicio público, sujetas a revisión por parte de la Superintendencia General de Puertos y Transporte.

La Resolución No. 723 de 13 de julio de 1993 “*Por la cual se adopta la metodología para el cálculo de las tarifas portuarias por uso de las instalaciones de las Sociedades Portuarias que operan puertos de servicio público*”, determina la forma como se calcularán las tarifas portuarias por la utilización de las instalaciones de las sociedades portuarias que operan puertos de servicio público¹⁰³.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ De conformidad con el artículo segundo de dicha resolución, las siguientes son las tarifas que se cobran: a) Muellaje. Se entiende como el cargo fijado a cada nave por atracar a lo largo del muelle. Este cargo será determinado por metro de eslora y por día o fracción de día que permanezca atracada la nave. b) Uso de instalaciones: se entiende como el cargo fijado a cada tonelada métrica de carga que se cargue o descargue, desde / hacia la nave, desde o hacia el muelle. Esta tarifa se cobrará sin tener en cuenta y por igual valor, si la carga es almacenada en el puerto antes de cargada o descargada, si es transportada directamente a la nave desde un sitio fuera del puerto, o es transportada desde la nave a un sitio fuera del puerto. c) Almacenaje: definido como el cargo por almacenamiento de carga, más allá del periodo libre publicado. Las áreas de almacenaje incluyen

Así, la metodología para determinar las tarifas se establece en la resolución para los servicios de muellaje y uso de instalaciones y serán reguladas por la Superintendencia General de Puertos. Las tarifas de almacenamiento y servicios públicos, serán regidas por las que existan en el mercado, pero vigiladas por la Superintendencia.

2.2.1.4. Precisar las reglas mediante las cuales una sociedad portuaria podrá obtener en concesión las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquellas o estos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación.

Con este objetivo se pretendió replantear la normatividad consagrada en el Decreto 2324 de 1984, el cual atribuía la competencia de otorgar las concesiones portuarias a la Dirección General Marítima y Portuaria, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, trasladando la competencia a la Dirección General de Puertos del entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la cual conservó la facultad hasta el año 2003, fecha en la cual se creó el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura en virtud del Decreto 4165 de 2011, la cual tiene la atribución de otorgar concesiones portuarias¹⁰⁴.

zonas cubiertas, descubiertas, bodegas y silos. Se entiende como período libre cinco (5) días; y d) Servicios públicos: definido como el cargo por concepto de agua, electricidad, combustible, otros, que la Sociedad Portuaria provea a todos los usuarios del puerto.

¹⁰⁴ El gobierno nacional mediante Decreto 1800 de creó el Instituto Nacional de Concesiones, INCO, el cual de conformidad con el artículo segundo del Decreto 1800 de 26 de junio de 2003: “(...) tendrá por objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.”. El Decreto 4165 de 2011, en virtud del cual la Agencia Nacional de Infraestructura asume las funciones del Instituto Nacional de Concesiones, INCO, en su artículo 3, dispone: “Como consecuencia del cambio de naturaleza, la Agencia Nacional de Infraestructura, tendrá por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.”.

Una de las finalidades del estatuto es establecer los parámetros para el otorgamiento de una concesión a una sociedad portuaria, determinando las reglas a las cuales deberán sujetarse dichas sociedades para tal fin.

En este sentido, consideramos que el Estatuto Portuario pretendió determinar el “cauce o camino que debe seguirse para obtener lo que el proceso pretende”¹⁰⁵, conforme al cual deben tramitarse las solicitudes de concesión portuaria -entre otras modalidades-, en ejercicio del derecho de petición en interés particular, cuyo objetivo es la decisión de la Administración sobre la petición de una concesión portuaria, aprobándola o negándola en los términos de los artículos 11 y 12 de la ley, motivando en todo caso, el acto administrativo.

La Ley 1ª busca establecer el *trámite administrativo* para el otorgamiento de una concesión portuaria, esto es, la sucesión formal de actos tendiente al cumplimiento de las competencias asignadas a quienes ejercen funciones administrativas, pudiendo culminar en la expedición de un acto administrativo.¹⁰⁶

Resulta claro, que el trámite de las solicitudes de concesión portuaria, como una modalidad de actividad de la Administración, debe someterse al principio de la legalidad, teniendo en cuenta el carácter vinculante que tienen para la

¹⁰⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit. página 178.

¹⁰⁶ Ibídem. Para el caso concreto, consideramos que esta clase de actuaciones siempre debe culminar con un acto administrativo ya sea negando u otorgando la concesión solicitada, o incluso ordenando el archivo de la petición, si hay lugar a ello, por cuanto no puede olvidarse que el derecho de petición en interés particular es, en palabras de Santofimio la “fuente” del procedimiento analizado. En cuanto al *rechazo* de la petición, cabe precisar, que el Decreto Reglamentario 838 de 1992, derogado por el Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, en su artículo 10, contemplaba esta figura por causales relacionadas básicamente con la ausencia de publicaciones de los avisos de intención del proyecto o inconsistencias en los mismos. Actualmente, el Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, no consagra el *rechazo in limine* de la petición. Al respecto es importante tener en cuenta que *stricto sensu* el Código Contencioso Administrativo, C.C.A., no prevé el rechazo de un derecho de petición, que en este caso es la causa o “fuente” del procedimiento analizado. Por lo anterior, creemos que en caso de que coexistan dos solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona, no podrá aplicarse el *rechazo in limine*, por cuanto este evento no ha sido previsto como causal de rechazo. En nuestro criterio, la Administración, en aras de garantizar los principios de transparencia y la selección objetiva del contratista, deberá optar por la mejor propuesta, negando la solicitud que no se ajuste a las condiciones exigidas por el Estado.

Administración las normas que ella misma expida, es decir el cauce que ella misma establece para sus actuaciones¹⁰⁷.

La precisión de las reglas a las cuales deben sujetarse las sociedades portuarias para obtener una concesión portuaria, implican el establecimiento de un procedimiento administrativo especial, es decir, un instrumento empleado por la Administración para alcanzar y cumplir los fines estatales por medio de actos jurídicos¹⁰⁸.

El procedimiento administrativo para el otorgamiento de las concesiones portuarias, se convierte en una de las herramientas fundamentales para impulsar la actividad portuaria, por cuanto como lo afirma la exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991: *“no se concibe un puerto sin una concesión portuaria”*¹⁰⁹, de ahí la importancia de la precisión que deben tener las disposiciones reglamentarias del trámite para evitar la existencia de vacíos legales que dificulten la aplicación práctica de las normas. Este es quizá el objetivo que guarda mayor relación con el objeto de nuestra investigación.

La facultad para otorgar las concesiones portuarias, estaba hasta el momento atribuida a la Dirección General Marítima y Portuaria, DIMAR, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con el Decreto 2324 de 18 de

¹⁰⁷ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, séptima edición, Señal Editora, Medellín, 2009, página 27.

¹⁰⁸ Procedimiento administrativo, entendido como: *“(...) el conjunto de formalidades y trámites que debe observar la administración para alcanzar con sus actuaciones los cometidos estatales (...)”* SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, en Derecho Procesal Administrativo y Contencioso, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, primera edición, Bogotá, 1997, páginas 34 y 35. El autor partiendo de la definición del tratadista Agustín Gordillo, según el cual el procedimiento administrativo es la *“parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación o impugnación de la voluntad administrativa”*, plantea la existencia de dos ciclos en el procedimiento que pueden diferenciarse: 1) Una *“fase constitutiva”*, que puede definirse como el conjunto de pasos regulados por la ley, concurrentes con la finalidad de preparación y expedición de los actos administrativos, que para el caso de estudio equivaldría a la actuación administrativa adelantada con ocasión del derecho de petición en interés particular, y 2) Una *“fase impugnativa”*, que da lugar a la interposición y sustentación de los recursos procedentes, para que sea la administración, en un mismo grado o en control jerárquico, la que revise sus propios actos.

¹⁰⁹ Exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990, página 6.

septiembre de 1984. La Ley 1^a de 1991 pretendió asignar la competencia a la Dirección General de Puertos del Ministerio de Transporte¹¹⁰. Quizás la teleología de este objetivo era trasladar la competencia para el otorgamiento de las concesiones de la cartera de Defensa a la de Transporte, dada su relación con los temas de infraestructura.

Hoy en día la competencia está atribuida al Instituto Nacional de Concesiones, INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura en virtud del Decreto 4165 de 2011¹¹¹.

En la exposición de motivos de las tantas veces citada Ley 1^a de 1991, se afirma que las concesiones portuarias pueden otorgarse como resultado de un *proceso*¹¹² iniciado a petición de un particular o por iniciativa oficiosa de las autoridades.

De otro lado, la concesión portuaria es exigida por el Estatuto Portuario como requisito para quien quiera establecer un puerto¹¹³. Una de las características principales de los procedimientos a los que se refiere la ley, consiste en que a través de ellos, deben agotarse todas las etapas de permisos previos o solicitudes administrativas, que se cumplen por regla general, cuando se trata de desarrollar una empresa de importancia.

El legislador pretendió que todos los trámites y permisos se *concentraran* en el procedimiento previsto en la Ley 1^a de 1991, para que una vez obtenida la

¹¹⁰ *Ibídem*.

¹¹¹ El artículo 4, numeral 2 del Decreto 4165 de 2011 dispone: “Como consecuencia del cambio de naturaleza, son funciones generales de la Agencia Nacional de Infraestructura: Planear y elaborar la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público Privada para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública y de los servicios conexos o relacionados, que hayan sido previamente identificados por el Ministerio de Transporte o asignados por el Gobierno Nacional.”.

¹¹² *Ibídem*.

¹¹³ Exposición de motivos de la Ley 1^a de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990, página 6.

concesión, el puerto pudiera entrar en funcionamiento de manera ágil, evitando autorizaciones accesorias¹¹⁴.

Para efectos de lo anterior, el proyecto pretendió regular una serie de procedimientos: “tendientes a dar información a las autoridades acerca del interés de los agentes económicos en la organización del puerto, y de sus posibles usos con el ánimo de que la concesión portuaria indispensable para proceder a organizar el puerto se otorgue en las condiciones más favorables al interés público”¹¹⁵.

De acuerdo con el texto, una de las características de los procedimientos a los que se refiere el proyecto consiste en que, a través de ellos, deben agotarse todas las etapas de permisos previos, solicitudes administrativas, etc. que por regla general, se cumplen cuando se trata de desarrollar una empresa de importancia; en el caso de los puertos, se desea que todos los trámites y permisos se concentren en el procedimiento que describe el proyecto de ley, para que una vez obtenida la concesión portuaria, el puerto pueda construirse y operarse con rapidez, sin que otras autoridades o personas puedan alterar el curso de la política portuaria con el expediente de pedir o negar autorizaciones administrativas accesorias¹¹⁶.

2.2.2. Los criterios orientadores de la Ley 1ª de 1991

De conformidad con la exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, el Estatuto Portuario está orientado por los siguientes criterios:

2.2.2.1. La sujeción del desarrollo portuario a planes indicativos diseñados por el Estado. Este primer criterio implica la intervención del Estado en el sector

¹¹⁴ *Ibídem.* En la práctica, los peticionarios tramitan simultáneamente con la solicitud administrativa de concesión, otros permisos como la licencia ambiental, la cual es requisito para el otorgamiento de la concesión, y posteriormente otro tipo de autorizaciones complementarias para la operación del puerto como la habilitación como zona primaria otorgada por la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, cuando se pretende movilizar mercancías por medio importaciones y exportaciones, y los planes de Seguridad para las operaciones portuarias otorgados por la Capitanía del Puerto correspondiente.

¹¹⁵ Anales del Congreso, exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, año XXXIII, No. 123.

¹¹⁶ *Ibídem.*

portuario para planificar su desarrollo¹¹⁷. Como instrumento de planificación encontramos los Planes de Expansión Portuaria, y como medio de racionalización de la actividad portuaria, el procedimiento administrativo de Solicitud de Concesiones Portuarias. Ambos, permiten que el Estado trace los lineamientos necesarios para el desarrollo de la actividad portuaria y decida si otorga o no el contrato de concesión solicitado.

2.2.2.2. La separación entre las funciones de regulación e inspección y la prestación de los servicios portuarios. El segundo eje sobre el cual se pretendió estructurar el Estatuto de Puertos Marítimos, fue la escisión de las funciones de regulación e inspección, y la prestación de servicios portuarios. Las dos primeras fueron asignadas al Gobierno Nacional y a la Dirección General de Puertos del Ministerio de Transporte, para ser ejercidas a través de la expedición de Planes de Expansión Portuaria previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, y la segunda fue atribuida a sociedades portuarias, públicas, privadas o de capital mixto. Ambas funciones estaban concentradas en la Empresa Puertos de Colombia, Colpuertos, lo que creemos restaba imparcialidad al ejercicio del control. La finalidad de este objetivo es evitar la influencia de quien ejerce la actividad portuaria sobre el ente regulador, para garantizar un control efectivo.

¹¹⁷ La Ley 1ª de 1991, en su artículo 1, consagra que en desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política (actual 334), la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada, estará a cargo de las autoridades de la república, quienes intervendrán para planificarla y racionalizarla dentro de los términos establecidos en dicha ley. No debe olvidarse que la Ley 1ª fue expedida durante la vigencia de la Constitución de 1886, por ello el texto incluye la precisión al respecto, remitiendo al actual artículo 334. Por ello, el texto de la norma debe interpretarse hoy en día a la luz del artículo 334 de la Constitución Política de 1991, cuyo texto es el siguiente: “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. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.”

2.2.2.3. La descentralización de la actividad portuaria. La finalidad de este criterio es trasladar el ejercicio de las funciones que hasta el momento concentraba la empresa Colpuertos del nivel central a las sociedades portuarias creadas en las ciudades donde dicha empresa operaba puertos¹¹⁸. En nuestro sentir, este criterio encuentra sustento en garantizar la autonomía de la actividad portuaria, evitando la concentración en el sector central y en el fortalecimiento de la participación del sector privado en dicha actividad.

Creemos que los tres primeros criterios mencionados anteriormente, obedecen al objetivo de lograr reordenar institucionalmente el desarrollo portuario nacional a través de la separación de las funciones de regulación e inspección, de la de prestación de los servicios portuarios.

2.2.2.4. El avance gradual hacia la libertad de tarifas. También establecido como objetivo de la ley. En este aspecto, se pretendió que algunas tarifas continuaran sujetas al control de las autoridades, mientras que para aquellos servicios propios de los operadores portuarios se buscó la formación de varias empresas que compitan entre sí garantizando la libertad tarifaria.

En relación con este aspecto, es importante precisar que a pesar de que las sociedades portuarias presentan a la Superintendencia de Puertos y Transporte los cálculos de las tarifas que aplicarán, el Estado no se ha desprendido de la regulación y vigilancia de las mismas.

2.2.2.5. La eficiencia del sector portuario. Para garantizar este criterio, se establecieron dos mecanismos: la descentralización de las decisiones que lo afectan y, la libertad de competencia de quienes prestan los servicios portuarios, a través de instrumentos para sancionar las acciones que atenten contra la libre competencia.

¹¹⁸ Es así como nacen las Sociedades Portuarias Regionales, SPR, correspondientes a los llamados terminales marítimos de Santa Marta, Cartagena, Buenaventura, Tumaco y Barranquilla.

2.2.2.6. Garantizar la expansión del sector portuario, permitiendo que algunas entidades públicas y empresas particulares, organicen sociedades portuarias para construir puertos, con sujeción a los Planes de Expansión Portuaria. Este criterio se encuentra en armonía con el reordenamiento institucional del sector portuario establecido como objetivo fundamental de la Ley 1ª y es concordante con la intención de estimular la inserción del capital privado y su inversión en los proyectos de infraestructura de transporte.

2.2.2.7. La desaparición de Colpuertos. Este criterio orientador, también es coherente y tiene directa relación con el objetivo de la ley ya mencionado, de liquidar la Empresa Puertos de Colombia y asumir por parte de la Nación sus pasivos. Dada la crisis económica que afrontaba la empresa era imperiosa su liquidación. Este criterio fue plasmado en los artículos 33 a 36 de la Ley 1ª, disposiciones en las cuales se consagra la liquidación de la empresa, la asunción del pasivo por parte del Estado, la protección a sus empleados y la constitución de las Sociedades Portuarias Regionales a las cuales se aportarían parte de los activos de la empresa (terminales portuarios).

2.2.2.8. La especialización y coordinación de funciones. Para este fin se crean dependencias con competencias específicas, con el objetivo de clarificar las atribuciones. Es así como la Dirección General Marítima del Ministerio de Transporte, fue encargada de la regulación y la vigilancia administrativa de la actividad portuaria, mientras que la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa, DIMAR, se encargó de todo aquello relacionado con la protección de la soberanía y la seguridad nacional en los mares y se le atribuyeron competencias de autoridad policiva para dirimir los conflictos que se presenten entre particulares en el ejercicio de la actividad marítima.

2.2.2.9. Finalmente, la exposición de motivos incluyó la solicitud del Gobierno Nacional al Congreso de facultades extraordinarias, con el fin de regular temas

que no tenían la misma trascendencia de los aspectos sustanciales incluidos en el proyecto de ley para orientar la política portuaria del país.¹¹⁹

2.2.3. Los principios generales de la Ley 1ª de 1991

El artículo 1º de la Ley 1ª, enuncia los principios generales del Estatuto Portuario, incluyendo los siguientes¹²⁰:

2.2.3.1. La dirección general, planificación y racionalización de la actividad portuaria está a cargo del Estado

Sobre el particular, la doctrina no se ha pronunciado expresamente. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-474 de 27 de octubre de 1994, precisó:

(...) Las normas demandadas forman parte del estatuto de puertos marítimos que introduce un nuevo marco normativo para la actividad portuaria. *La ley reserva al Estado su dirección, pero deja un amplio margen de libertad, dentro de ciertas condiciones y bajo ciertas formas, a las sociedades portuarias, constituidas con capital público, privado o mixto, para participar en un clima de sana concurrencia en la creación, mantenimiento y funcionamiento continuo y eficiente de los puertos (...)*¹²¹. (Cursiva por fuera del texto original).

¹¹⁹ El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 37 de la Ley 1 de 1991, expidió los Decretos Nos. 2678 de 1991 “Por el cual se expiden normas sobre contratación de la empresa Puertos de Colombia”, 35 de 1991 “Por el cual se dictan normas sobre el régimen laboral de la Empresa Puertos De Colombia, en liquidación”, 36 de 1992 “Por el cual se crea el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación, se determina su estructura, organización y funcionamiento”, y 37 de 1992 “Por el cual se fija el régimen presupuestal para la liquidación de la empresa Puertos de Colombia, en liquidación”, y 2910 de 1991 “Por el cual se dictan normas especiales para la formación de las Sociedades Portuarias Regionales”, normas en su gran mayoría relacionadas con la liquidación y el manejo administrativo de la empresa Colpuertos.

¹²⁰ La denominación de estos principios obedece a una clasificación nuestra, en tanto la Ley no hace una denominación expresa de los mismos.

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 27 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Referencia: Expediente N° D-566, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5 (parcial), 6, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 31, 33, 35, 36 y 38 de Ley 01 de 1991 “Por el cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras normas.”.

El pronunciamiento de la Corte reitera la intervención que la ley le atribuye al Estado para dirigir la actividad portuaria, consagrada en el artículo 1° del Estatuto Portuario, considerando que las sociedades portuarias gozan de libertad en determinadas condiciones. La intervención estatal y las facultades de regulación normativa que tiene el Estado, permiten establecer ciertas pautas a las sociedades portuarias para el adecuado ejercicio de la libertad de empresa dentro del desarrollo de sus actividades.

2.2.3.2. La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en la Ley 1ª, son de interés público.

La actividad portuaria trasciende el ámbito particular y los intereses privados, pues si bien su ejercicio es una manifestación de la libertad de empresa y de la libre competencia, su ejercicio no es absoluto, está limitado, dado el carácter regulado por parte del Estado.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009 expresó:

(...) Esta Corte ha puesto de presente que la libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas. Deben ejercerse dentro de los límites del bien común y, desde luego, con estricta sujeción a sus mandatos. A su vez, la garantía de la libertad económica y de la libre empresa en modo alguno impide a las autoridades ejercer sus competencias de regulación normativa ni establecer incentivos o estímulos para que por medio de la inversión privada se promueva el bienestar general, ya que esta modalidades de intervención se basan en mandatos constitucionales expresos y realizan otros fines constitucionalmente legítimos¹²².

¹²² Corte Constitucional, sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, Referencia: Expediente D-7345, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° (parcial) de la Ley 1ª de 1991, Actor: Grenfieth de Jesús Sierra Cadena.

Lo anterior indica que la libertad de empresa y el ejercicio de la actividad económica, en este caso, portuaria, están limitados, en tanto su desarrollo debe atemperarse al marco constitucional y garantizar los fines del Estado así como el bienestar general.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-474 de 27 de octubre de 1994, la Corte precisó:

(...) corresponde al gobierno enajenar o liquidar las empresas monopolistas del Estado y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad - sociedades portuarias - cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley (CP art. 336) (...) Igualmente, las mismas normas justifican la nueva figura de las sociedades portuarias y el grado de privatización que bajo la supervisión del Estado toma el lugar del monopolio extinto. En fin, compete al Congreso dictar el régimen de contratación de la administración pública (CP art. 150), y al abrigo de esta competencia definir el contenido, alcance y procedimiento de la adjudicación de la denominada concesión portuaria¹²³.

2.2.3.3. Tanto las entidades públicas, como las empresas privadas, pueden constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios, o muelles y para prestar todos los servicios portuarios, en los términos del estatuto portuario

Este principio es consecuencia de la finalidad de la Ley 1ª de 1991, de estimular la participación e inserción del capital privado en el desarrollo de la actividad portuaria, con la salvedad de que en todo caso, las sociedades portuarias deben sujetarse a las disposiciones contenidas en la ley.

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-474 de 27 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Referencia: Expediente N° D-566, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5 (parcial), 6, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 31, 33, 35, 36 y 38 de Ley 01 de 1991 "Por el cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras normas."

2.2.3.4. No discriminación para trabajar en una sociedad portuaria

Este principio es concordante con los artículos 26 y 38 de la Carta Política, y encuentra su antecedente histórico en el monopolio detentado por los sindicatos de la empresa Colpuertos para el desarrollo de las actividades portuarias, en tanto, para poder manipular los cargamentos en los terminales, se requería pertenecer a dichos sindicatos¹²⁴.

2.2.3.5. Facultad de las sociedades portuarias para adoptar tarifas que cubran los costos y gastos típicos de la operación portuaria.

La finalidad del principio es evitar que exista una competencia desleal y restringir aquellas tarifas provenientes de este tipo de prácticas. Antes de la Ley 1ª las tarifas eran fijadas por Colpuertos según lo estipulado en las convenciones colectivas, y no reflejaban una eficiente administración de los costos¹²⁵.

2.2.3.6. No discriminaciones entre los usuarios de los servicios portuarios y restricción de la competencia desleal

Las sociedades portuarias, oficiales, particulares y mixtas y los operadores portuarios, que desarrollen actividades en los puertos de servicio público, deben adelantarlas de acuerdo con reglas de aplicación general, que eviten privilegios y discriminaciones entre los usuarios de sus servicios; y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar la competencia desleal o crear prácticas restrictivas de la misma. Serán responsables civilmente por los perjuicios que ocasionen al apartarse de tales reglas o al incurrir en estas prácticas¹²⁶.

¹²⁴ Cfr. MORENO A., Domingo Bernardo; URREGO U., Caroline Deyanira y VERGARA P, Ernesto Manuel. Estatuto de Puertos Marítimos: jurisprudencia, concordancias y comentarios. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995. Página 9.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Ley 1ª de 1991, artículo 1.

Sobre este principio es válido afirmar que también busca evitar las prácticas de competencia desleal, y que el desarrollo de las actividades portuarias se ajusten a las disposiciones legales en materia comercial.

2.2.3.7. Las entidades públicas pueden aportar capital y constituir garantías a las sociedades portuarias, sin que ello implique el otorgamiento de privilegios o subsidios de tales entidades o en favor de ellas

Dado que las sociedades portuarias son sociedades anónimas, no deben existir privilegios de los socios que las integran, pues ello conllevaría a irregularidades en el desarrollo de la actividad y a prácticas contrarias al derecho.

2.3.-Breves consideraciones jurídicas sobre el contrato de Concesión Portuaria

2.3.1. En el Derecho Colombiano

La Ley 80 de 1993 en su artículo 32, establece que son contratos de concesión¹²⁷, aquellos celebrados por las entidades estatales con el objeto de otorgar a una

¹²⁷ La Corte Constitucional en sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009, enuncia como características propias de los contratos de concesión definidos en la Ley 80 de 1993 las siguientes: (i) implica una convención entre el ente estatal y un concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) también se utiliza para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública conserva durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la Administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas. Corte Constitucional, sentencias C-250 y C-711 de 1996, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara y Fabio Morón Díaz, respectivamente, y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías; sentencia de 19 de junio de 1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Radicación 10217, Actor: Alberto Antonio

persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden¹²⁸.

El contrato de *Concesión Portuaria* está definido en la Ley 1ª de 1991, artículo 5º numeral 5.1, como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, hoy en día la Agencia Nacional de Infraestructura antes Instituto Nacional de Concesiones, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas 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 puertos¹²⁹.

De la lectura de las Leyes 80 y 1ª¹³⁰, se colige que *la concesión portuaria* es un contrato estatal, en tanto el Estado actúa como concedente otorgándole a un particular concesionario, la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, es decir, las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, con el fin de que éste último construya y opere un puerto.

Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería “La Vallenata”, citadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009.

¹²⁸Cfr. Ley 80 de 1993, artículo 32, [consultada el 18/06/2010]. disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/>

¹²⁹ Cfr. Ley 1ª de 1991, artículo 5, [consultada el 18/06/2010]. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co>

¹³⁰ Si bien la Ley 1ª de 1991 es anterior a la Ley 80, debe atemperarse a aquellos principios aplicables y compatibles con su contenido.

La *concesión portuaria* tiene características particulares que la diferencian de otros contratos. En efecto, este tipo de contrato, está precedido de un trámite o procedimiento administrativo específico, contenido en la ley 1ª y su decreto reglamentario, el cual finaliza con la expedición de un acto administrativo. Es decir, para el caso de las concesiones portuarias, en un primer momento el Estado plasma su voluntad de otorgar el contrato por medio de un acto administrativo denominado resolución de otorgamiento, precedido de una actuación administrativa cuya fuente es el Derecho de Petición. Dicha actuación administrativa, está complementada por la suscripción con el particular (sociedad portuaria) el contrato de concesión portuaria.

Sobre la naturaleza jurídica del otorgamiento de la concesión portuaria, el Consejo de Estado, ha precisado que el acto unilateral por medio del cual la Superintendencia General de Puertos y Transporte¹³¹, hoy la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, antes Instituto Nacional de Concesiones, INCO, en virtud del Decreto 4165 de 2011, aprueba una *solicitud de Concesión Portuaria*, debe considerarse como el acto jurídico estatal contentivo del contrato de la concesión portuaria, razón por la cual puede considerarse como un “*acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público*”, cuyas consecuencias son bilaterales, en tanto involucra intereses del solicitante y del Estado como otorgante. Para el Consejo de Estado, del acto administrativo de aprobación de la *solicitud de Concesión Portuaria*, se desprenden una serie de derechos, obligaciones y mutuas contraprestaciones que se asemejan a una relación contractual¹³².

Según la providencia del Consejo de Estado, el acto administrativo por medio del cual se resuelve la *solicitud de Concesión Portuaria* aprobándola, genera consecuencias bilaterales que involucran intereses del solicitante y del Estado

¹³¹ Mediante Decreto 101 de 2000 la denominación de Superintendencia General de Puertos cambió a Superintendencia de Puertos y Transporte.

¹³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto No. 3599 (13862) del 15 de agosto de 2002, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Actor: Superintendencia General de Puertos, Demandado: Atlantic Coal de Colombia S.A, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-3599-01(13862), Referencia: Proceso Ejecutivo.

otorgante. Con fundamento en lo anterior, la Corporación tipifica esta resolución como “*un acto administrativo negocial o negocio jurídico de derecho público*” del que se desprenden una serie de derechos y obligaciones y, mutuas contraprestaciones, que más se parecen a una relación contractual, por lo que tendría los efectos de un contrato estatal.

Al respecto consideramos que el acto administrativo de aprobación de una concesión portuaria, si bien contiene los elementos del contrato, está complementado por el contrato que suscriben las partes, el cual deberá contener todos los elementos legales para dicha clase de negocio jurídico.

Compartimos la posición del tratadista José Carlos Laguna de Paz, según el cual las concesiones tienen un efecto constitutivo, pues a través de ellas la Administración otorga al particular un derecho, del cual no era titular, para que lo ejerza, conservando la titularidad del servicio y del dominio público y las potestades de policía necesarias para asegurar el cumplimiento de las condiciones de la concesión¹³³.

En cuanto al criterio formal que permite diferenciar la autorización de la concesión, se afirma que generalmente la primera es un acto administrativo mientras que el segundo es un contrato, sin embargo, el autor considera que nada impide que la concesión demanial se otorgue a través de un acto administrativo.¹³⁴ Sobre este punto cabe decir que en el caso colombiano si bien existe un acto administrativo previo que otorga la concesión, dicha voluntad de la administración debe concretarse en la suscripción del contrato de concesión portuaria, es decir, que se conjugan los dos actos jurídicos, uno unilateral, el acto administrativo de otorgamiento, y uno bilateral, el contrato de concesión portuaria, lo que hace que nos apartemos de Sánchez Goyanes, quien plantea que las autorizaciones y las

¹³³ MANZANEDO MATEOS J.A., El comercio exterior en el ordenamiento administrativo, página 437, en LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra), editorial Aranzadi, 2006, página 85.

¹³⁴ LAGUNA DE PAZ, José Carlos, Op. cit., páginas 89 a 91.

concesiones se caracterizan ambas porque se otorgan mediante acto administrativo que requieren aceptación, son de otorgamiento discrecional e intransferibles.

En este sentido, la concesión portuaria en el sistema colombiano opera como un contrato estatal, precedido del otorgamiento del permiso mediante un acto administrativo, es decir, que se conjugarían las dos figuras dentro del trámite, por un lado la autorización con efectos declarativos y de otra parte, el contrato de concesión con efectos constitutivos.

El Consejo de Estado en algunos de sus pronunciamientos se ha referido al contrato de concesión como un “(...) *procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos (...)*”¹³⁵.

Disentimos de este planteamiento, por cuanto no se debe equiparar el contrato de concesión a un procedimiento. En efecto, para el caso concreto de las concesiones portuarias, es cierto que estas pueden otorgarse previo agotamiento de un trámite administrativo que culmina con un acto administrativo de otorgamiento, pero no por ello es posible afirmar que el contrato de concesión en sí sea un procedimiento, lo correcto sería afirmar que el contrato de concesión, en algunos casos específicos, como el portuario, está precedido de un procedimiento administrativo de otorgamiento.

En suma, la concesión portuaria es un contrato estatal por mandato legal, cuya suscripción es consecuencia de un procedimiento administrativo previo y puede iniciarse a través de un derecho de petición en interés particular o de manera oficiosa. Por ello, consideramos que la concesión portuaria es un *contrato estatal sui generis*, particularizado por estar precedido de un procedimiento

¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1998, Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, Radicación número: 10217. En el mismo sentido ver la sentencia de 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074).

administrativo tendiente al otorgamiento por parte del Estado al particular, y encuentra su fuente en el derecho de petición en interés particular.

Finalmente, compartimos la apreciación del profesor Jorge Enrique Ibáñez Najar en el sentido de que el otorgamiento de concesiones por parte del Estado, se convierte en el mecanismo para permitir la inserción del sector privado en el desarrollo de la actividad portuaria que ha cobrado importancia, como *instrumento de política y gestión pública* en materia de infraestructura, servicios públicos, actividades económicas y bienes de dominio público y puede considerarse un *instrumento de ejecución de las políticas públicas* relacionadas con la infraestructura que la comunidad requiere¹³⁶.

2.3.2. La Concesión Portuaria: ¿contrato o acto administrativo?

Para empezar es necesario partir de la noción de Concesión. En palabras del tratadista Juan Manuel Urueta Rojas, la Concesión en sentido abstracto es: “(...) la atribución de un poder jurídico a un particular en una actividad que normalmente debe cumplir la administración pública”¹³⁷.

El autor afirma que dentro del concepto genérico se encuentran diferentes formas de concesiones, las cuales han sido clasificadas en tres grupos: la concesión especial de uso de un bien público, la concesión de servicios públicos y la concesión de obra pública¹³⁸.

Como se manifestó anteriormente, el contrato de Concesión está tipificado en la Ley 80 de 1993, disposición que define el contrato, determina sus elementos, características.

¹³⁶ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Ponencia sobre *Los contratos de concesión*, II Jornadas de Contratación estatal, Cartagena de Indias, 29 y 30 de septiembre de 2003, páginas 2 y 6.

¹³⁷ URUETA ROJAS, Juan Manuel, Op. cit, página 159.

¹³⁸ *Ibidem*.

La *Concesión Portuaria*, está definida en la Ley 1ª de 1991, artículo 5, numeral 5.1 como un *contrato administrativo* en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, hoy en día la Agencia Nacional de Infraestructura¹³⁹, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos¹⁴⁰.

Creemos que la definición contenida en la Ley 1ª encuadra dentro del primer grupo de concesiones mencionado por Urueta, es decir una concesión de uso especial sobre un bien de uso público, en tanto, por medio de ella se somete un bien del Estado (las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos) a la posesión de un particular (concesionario).

Para el caso de los trámites portuarios, deben diferenciarse dos actos jurídicos: el acto administrativo unilateral a través del cual el Estado otorga al particular la concesión portuaria, y el acuerdo bilateral, que goza de especiales prerrogativas por tratarse de conformidad con la Ley 1ª de un contrato administrativo, estatal, suscrito por las dos partes, esto es, la concesión portuaria.

En este sentido, la concesión portuaria en el sistema colombiano es un contrato estatal porque así lo tipifica la legislación vigente, pero más allá de ello, porque en él se plasma un acuerdo de voluntades que contiene elementos propios de un negocio jurídico del cual se derivan derechos y obligaciones para las partes contratantes, precedido del otorgamiento de una autorización mediante un acto administrativo, es decir, que se conjugarían las dos figuras dentro del trámite, por un lado la autorización con efectos declarativos y de otra parte, el contrato de concesión con efectos constitutivos.

¹³⁹ Antes Instituto Nacional de Concesiones, INCO.

¹⁴⁰ Cfr. Ley 1ª de 1991, artículo 5, [consultada el 18/06/2010]. Disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co>

En suma, la concesión portuaria es un contrato estatal por mandato legal, regulado expresamente en la ley, esto es previsto y denominado por el Estatuto Portuario, lo que permite afirmar que es un contrato nominado y al mismo tiempo, está regulado por la ley, lo que lo hace un contrato típico, cuya suscripción es consecuencia de un procedimiento administrativo previo y puede iniciarse a través de un derecho de petición en interés particular o de manera oficiosa.

No obstante el carácter típico y nominado del contrato, consideramos que la concesión portuaria es un contrato estatal “*sui generis*”, en tanto, está precedido de un procedimiento administrativo tendiente al otorgamiento por parte del Estado al particular y encuentra su fuente en un derecho político, como lo es el de petición en interés particular, circunstancia esta última que lo diferencia de los contratos estatales generalmente suscritos por el Estado.

En consonancia con lo anterior, diríamos que son dos los elementos que particularizan el contrato de Concesión Portuaria: en primer lugar que encuentra su origen en el ejercicio de un derecho político y en segundo lugar que está precedido de un trámite administrativo consecuencia del ejercicio del derecho de petición.

2.3.3. ¿Por qué el Contrato de Concesión Portuaria está precedido de un procedimiento administrativo?

En nuestro sentir, el Contrato de Concesión Portuaria está precedido de un procedimiento (proceso) administrativo, en cuanto, la causa o fuente de la actuación administrativa que culmina con el otorgamiento y la consecuente suscripción del contrato es el ejercicio del derecho de petición, mecanismo que impulsa o da inicio al desarrollo de una actuación administrativa.

De otra parte, teniendo en cuenta que por medio del Contrato de Concesión Portuaria, el Estado entrega bienes de uso público a un particular para el desarrollo

de una actividad portuaria, consideramos que el mecanismo jurídico idóneo es el acto administrativo, en tanto el otorgamiento de la concesión portuaria obedece a una decisión unilateral del Estado, sin que ello implique la enajenación de los bienes, pues estos son de dominio público e interés general.

Creemos que es la naturaleza de los bienes que el Estado entrega en concesión al particular, la que hace que el trámite que precede a la suscripción del contrato, sea un proceso administrativo. No debe olvidarse que por medio del contrato de Concesión el Estado otorga a un particular la administración de bienes de uso público.

Otra de las razones por las cuales creemos que el Contrato de Concesión Portuaria está precedido de un proceso administrativo, es porque uno de los criterios básicos de la Ley 1ª es el garantizar la libertad de competencia en el desarrollo de las actividades portuarias, para efectos de lo cual se consagró como causa del trámite previo a la suscripción del contrato, el ejercicio de un derecho político, como lo es el derecho de petición.

Adicionalmente, encontramos como justificación para la existencia del proceso administrativo previo a la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria, la finalidad de la Ley 1ª, la cual pretende que:

(...) todos los trámites y permisos se concentren en el procedimiento que describe el proyecto, para que una vez obtenida la concesión portuaria el puerto pueda construirse y operarse con rapidez, sin que otras autoridades o personas puedan alterar el curso de la política portuaria con el expediente de pedir o negar autorizaciones administrativas accesorias (...) ¹⁴¹

Así, lo que se pretendía en su momento con la expedición de la Ley 1ª era la celeridad en la operación del puerto, por ello, consideramos que el proceso previo al contrato se diseñó como una herramienta para concentrar e integrar la totalidad

¹⁴¹ Exposición de motivos y antecedentes legislativos de la Ley 1ª de 1991. Publicaciones Diario Oficial No. 39.626, 11 de enero de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990.

de permisos y autorizaciones conexos al desarrollo de la actividad portuaria, es decir, para garantizar que quien pretendiese ejercer la actividad portuaria, hubiese obtenido todos los permisos necesarios para ello.

No obstante lo anterior, en nuestro criterio el proceso administrativo previo no debiera ser un requisito *sine qua non* para la suscripción *del contrato de concesión*, por cuanto creemos que este puede suscribirse sin que se de un proceso administrativo previo. La razón para que esto ocurra en el caso portuario es, insistimos, la fuente de la actuación: el derecho de petición. Sin embargo, reiteramos que hoy por hoy este tipo de contratos debieran ser adjudicados mediante una licitación pública donde se garantice y se materialicen principios tales como la selección objetiva, la transparencia, la igualdad de los proponentes, permitiendo dar publicidad a las condiciones en las cuales se otorgaría eventualmente la concesión y facilitando la libre concurrencia y comparecencia de los proponentes al proceso.

2.4. La solicitud de Concesión Portuaria marítima en ejercicio del derecho de petición en interés particular

2.4.1. Acerca del derecho de petición en interés particular para solicitar una concesión Portuaria

De conformidad con el régimen legal portuario vigente, el trámite administrativo especial de Solicitud de Concesiones Portuarias puede iniciarse de varias formas, una de ellas, ejerciendo el derecho de petición en interés particular¹⁴².

Jaime Orlando Santofimio denomina las razones procesales que conducen a las autoridades administrativas a producir una decisión administrativa como *fuentes de las actuaciones administrativas*¹⁴³, en este sentido, el *derecho de petición en interés particular*, es una de las fuentes de los procedimientos administrativos

¹⁴² Ley 1ª de 1991, artículo 9ª, Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 6.

¹⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit., página 194.

portuarios, quizás la más utilizada por los particulares que buscan desarrollar este tipo de actividades.

Pero antes que fuente, sabemos que el derecho de petición es un derecho fundamental de origen constitucional y así lo ha precisado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones, estableciendo su carácter “(...) *determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa (...)*”¹⁴⁴ afirmando que mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

Brevemente, tenemos como elementos del contenido esencial del derecho de petición enunciados por la Corte Constitucional los siguientes: a) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; b) la respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico; c) la respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad entre en la materia propia de la solicitud, sobre la base de su competencia, refiriéndose de manera completa a todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta), excluyendo fórmulas evasivas o elusivas; y d) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo¹⁴⁵.

En este mismo criterio, la doctrina nacional -entre otros-, Jaime Vidal Perdomo, Jairo Enrique Solano Sierra y Jaime Orlando Santofimio Gamboa, reconocen la naturaleza de derecho fundamental y el carácter participativo del derecho de petición, así como su protección constitucional.

¹⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-510 de 25 de mayo de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, Referencia: expediente D-4923, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 “por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país.” Actor: Aura Gómez.

¹⁴⁵ *Ibidem*. En el mismo sentido las sentencias T-299 de 11 de julio de 1995, T-192 de 15 de marzo de 2007, T-199 de 28 de febrero de 2008 y T-272 de 11 de marzo de 2008. Las sentencias T-1160A de 2001 y T-1006 de 2001, establecen las reglas básicas que rigen el derecho de petición.

Ahora bien, el Decreto Reglamentario 4735 de 2009 en su artículo 6, referente a la iniciativa para el trámite administrativo de concesiones portuarias, establece el derecho de petición en interés particular, como uno de los mecanismos para iniciar la actuación administrativa, cuya finalidad es obtener el otorgamiento y la posterior suscripción del contrato de concesión.

De esta manera el procedimiento aludido, tiene características especiales que lo hacen particular dentro de la contratación estatal colombiana, como quiera que el mecanismo que impulsa el trámite, cuya finalidad es el otorgamiento y la suscripción de un contrato estatal, es el ejercicio del derecho fundamental de petición en interés particular.

Consideramos atípico el uso de un derecho fundamental de contenido participativo y político¹⁴⁶ para obtener el “*otorgamiento*”¹⁴⁷ de un contrato estatal, porque la

¹⁴⁶ El tratadista Jaime VIDAL PERDOMO afirma: “(...) El derecho de petición es la facultad política de poder dirigirse a las autoridades, de cualquiera de las tres ramas del poder público (...) El derecho de petición significa una participación en la función pública (...)”. Asimismo agrega: “El art. 35 también incurre en confusión al poner las decisiones como remate de toda suerte de peticiones; en rigor ello no es así, porque el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta, no se decide propiamente sobre él; en cambio, sí se decide sobre la adjudicación de un baldío, una merced de agua, la concesión de una mina (...)”. VIDAL PERDOMO, Jaime, Op. cit, páginas 524 a 529. Jairo Enrique SOLANO SIERRA, plantea que: “(...) Cuando el ciudadano actúa solicitando o defendiendo, ante las autoridades públicas, su propio interés personal, legítimo y directo, o cuando lo hace en interés general concretizado, se funda en el derecho subjetivo individual o colectivo que se pretende viable, y en que dichos intereses sean reconocidos en la virtud de la relación jurídico-normativa entre la administración y el administrado o particular. La administración pública moderna, que es aquella que entiende no sólo las potestades del poder, sino también los fines de su ejercicio, debe, en consecuencia, satisfacer el derecho de petición mediante decisión estimatoria o desestimatoria y en el sentido de una pronta resolución, respecto de la solicitud (...)”. SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, Derecho Procesal Administrativo y Contencioso, ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1997, página 50. En el caso de las solicitudes de concesión portuaria, creemos que la Administración más allá de resolver una solicitud elevada a través del derecho de petición, ejerce su potestad para otorgar y celebrar un contrato estatal. Adicionalmente, el término de 5 meses para decidir, es más amplio que el previsto en el C.C.A. para resolver el derecho de petición. Por otro lado, se considera que el mero ejercicio del derecho de petición no garantiza *per se* que el Estado pueda escoger entre varias propuestas, pues no basta con que la ley permita la comparecencia de terceros o la presentación de oposiciones en términos preclusivos. Por ello creemos que no es el mecanismo más apropiado para poner en movimiento un procedimiento contractual del Estado, pues no debe olvidarse que subyace la motivación de obtener el otorgamiento de un contrato estatal, como lo es la concesión portuaria, por cuanto en estricto sentido no garantiza el principio de la selección objetiva. Una de las dificultades que observamos es la configuración del silencio administrativo, ya que la inactividad de la administración puede acarrear su configuración. De configurarse el silencio, que por regla general es negativo, se lesionaría la igualdad y la selección objetiva del contratista, pues de antemano se le estaría negando al particular la posibilidad de celebrar el contrato de concesión, sin ni siquiera haber estudiado las condiciones en las cuales se

modalidad bajo la cual se ejerce, podría llevar a pensar que no se garantizaría realmente el principio de selección objetiva en la contratación estatal. Por ello, podríamos denominar a la concesión portuaria como un *contrato estatal sui generis*.

En nuestro sentir, es el ejercicio del derecho de petición lo que particulariza al contrato de Concesión Portuaria, ya que un derecho de contenido político y participativo, como lo es el derecho de petición en interés particular se convierte en su fuente.

Autores como Santofimio atribuyen al derecho de petición un carácter eminentemente subjetivo dentro del derecho público, lo que implica que “*tiene directa relación con los intereses y razones de la persona frente al Estado (...)*”¹⁴⁸.

En el caso de las solicitudes de concesión portuaria, creemos que la Administración más allá de resolver un derecho de petición, ejerce su facultad para otorgar y celebrar un contrato estatal con un particular. En nuestro criterio, se trata de la selección que el Estado hace para contratar con un particular, la cual curiosamente no se hace entre varias propuestas simultáneamente, sino como consecuencia de la revisión de la solicitud presentada por un particular. Adicionalmente, el término de 5 meses para decidir, es más amplio que el previsto en la ley para resolver el derecho de petición.

Por otro lado, se considera que el mero ejercicio del derecho de petición no garantiza *per se* que el Estado pueda escoger entre varias propuestas, pues no basta con que la ley permita la comparecencia de terceros o la presentación de oposiciones en términos preclusivos.

plantea el proyecto. La configuración del silencio administrativo en contra del segundo peticionario podría acarrear implicaciones jurídicas perjudiciales para la Administración.

¹⁴⁷ Ley 1 de 1991, artículo 14.

¹⁴⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit., página 196. Llama la atención la utilización de este derecho para obtener el otorgamiento de un contrato estatal, pues consideramos que la contratación estatal trasciende el ámbito de los intereses personales. Los contratos de concesión, en este caso portuaria, buscan que el particular colabore con el Estado en el desarrollo de la actividad portuaria.

Por ello creemos que no es el mecanismo más apropiado para poner en movimiento un procedimiento contractual del Estado, al cual subyace la motivación de obtener el otorgamiento de un contrato estatal, como lo es la Concesión Portuaria, por cuanto en estricto sentido no garantiza el principio de la selección objetiva. Además, una de las dificultades que observamos es la configuración del silencio administrativo como consecuencia de la inactividad de la administración, de configurarse el silencio, que por regla general es negativo, se lesionaría la igualdad y la selección objetiva del contratista, pues de antemano se le estaría negando al particular la posibilidad de celebrar el contrato de concesión, sin ni siquiera haber estudiado las condiciones en las cuales se plantea el proyecto.

En suma, a pesar de que la competencia para el otorgamiento de las concesiones portuarias continúa siendo ejercida por el Estado, consideramos atípico el uso de un derecho fundamental de contenido participativo y político para obtener el “otorgamiento”¹⁴⁹ de la concesión portuaria, definida legalmente como un contrato administrativo (hoy en día contrato estatal), *máxime* cuando la modalidad bajo la cual se ejerce es en interés particular, por cuanto en nuestro sentir, no se garantizaría *stricto sensu* el principio de selección objetiva en la contratación Estatal. Es en este último aspecto donde se justifica nuestro comentario.

2.4.1.1. El derecho de Petición en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011

El derecho de petición está regulado en los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁴⁹ Ley 1 de 1991, artículo 14.

La Corte Constitucional en sentencia C-818 de 2011¹⁵⁰ revisó la exequibilidad de estas normas encontrando que es materia exclusiva de una ley estatutaria, por cuanto regula el núcleo esencial de este derecho fundamental integralmente¹⁵¹.

Al respecto afirma José Enrique Arboleda Perdomo:

“(…) como se trata de un vicio en el trámite de la ley, pues una violación no subsanable al procedimiento de expedición, se requiere que el Congreso de la República expida nuevamente esta regulación legal aplicando al efecto el trámite especial de una ley estatutaria, por lo cual instó al legislador para el efecto, manteniendo vigentes los artículos 13 a 33 del nuevo Código hasta el 31 de diciembre de 2014 o hasta que el Congreso expida la nueva regulación. Como se observa, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad, las normas de este título II sólo perderán su vigencia en la fecha anotada, o antes, si el Congreso expidiera la ley estatutaria del derecho de petición.¹⁵²”.

El Congreso de la República, aprobó la Ley Estatutaria del Derecho de Petición, en cuya parte motiva se consagra que el Derecho de Petición es un “canal de comunicación directa con el estado”, que le permite a este último conocer y atender las necesidades de todos y cada uno de los ciudadanos que requieran un respuesta o pronunciamiento del Estado. Asimismo, consagra que el Derecho de Petición contribuye a la materialización de los demás derechos del Estado Social de Derecho.

¹⁵⁰ Precisa la Corte: “(…) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria “de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria. De esta forma, es claro que la regulación puntual y detallada del derecho corresponde al legislador ordinario. Al respecto, la Corte dijo que “las leyes estatutarias están encargadas de regular únicamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales y de los mecanismos para su protección, pero no tienen como objeto regular en detalle cada variante de manifestación de los mencionados derechos o todo aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio, porque ello conduciría a una petrificación del ordenamiento jurídico”. Así mismo, también deben tramitarse por el procedimiento especial, los aspectos importantes de un derecho fundamental (…)”. Corte Constitucional, sentencia C-818 de 1º de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia.: expediente D- 8410 y AC D-8427. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10 (parcial), 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 309 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

¹⁵¹ Cfr. ARBOLEDA PERDOMO, José Enrique, Op. cit., página 36.

¹⁵² *Ibidem*.

Como principios fundamentales del derecho de petición, se consagran el de igualdad, legitimidad, obligatoriedad y gratuidad, en virtud de los cuales, todos los peticionarios gozarán de las mismas garantías frente al estado, estarán legitimados para solicitar información, documentación o respuestas del Estado, las peticiones deberán contener como requisito mínimo el nombre de los peticionarios con su respectiva identificación, y el derecho de petición es gratuito y puede ejercerse sin necesidad de representación a través de abogado¹⁵³.

Así las cosas la reglamentación contenida en la ley estatutaria sobre el derecho de petición, será analizada en el capítulo IV.

2.4.1.2. El régimen actual de la Ley 1508 de 2012 y el Estatuto Portuario

La Ley 1508 de 2012¹⁵⁴, introduce una figura nueva para el desarrollo de proyectos de infraestructura. La ley introduce en el ordenamiento jurídico la figura de las Asociaciones Público Privadas o APP como instrumentos de vinculación de capital privado, materializado a través de un contrato suscrito entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, entre los cuales se incluyen los contratos de concesión¹⁵⁵.

El artículo 3 de dicha ley, consagra que el estatuto es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y la construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

¹⁵³ Artículos 1 a 4

¹⁵⁴ “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

¹⁵⁵ Artículos 1 y 2

Resulta claro que dentro de la infraestructura de transporte se encuentran los puertos¹⁵⁶, lo que indica que las Asociaciones Público Privadas, se convierten en un mecanismo adicional al trámite previsto en la Ley 1ª para acceder a los contratos de Concesión Portuaria.

Lo anterior por cuanto el artículo 3 de la Ley 1508 en su párrafo 2º dispone que aquellos sectores para los cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, como es el caso del portuario, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

Del texto de la norma citada, se colige que, en primer orden al existir un procedimiento o una ley especial para la concesión de puertos, lo que prima es la Ley 1ª que continúa aplicándose al sector portuario, sin perjuicio de que algún vacío se pueda suplir a través de la Ley 1508 una vez se reglamenten los aspectos propios del sector. El único condicionamiento que consagra el estatuto en el párrafo primero del artículo 3 para acceder por la vía de la APP a los contratos de concesión, es que el monto de la inversión sea superior a seis mil (6000) salarios mínimos mensuales vigentes¹⁵⁷.

Ahora bien, es pertinente precisar que la Ley 1ª establece como la Concesión Portuaria es un contrato en virtud del cual la Nación, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los 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, es decir, otorga una autorización para la ejecución de las actividades enunciadas en el estauto¹⁵⁸, característica propia de un sistema “*Landlord ports*” en el cual la

¹⁵⁶ Ley 105 de 1993, artículo 12

¹⁵⁷ GUTIÉRREZ HERRÁN, Óscar Fabián. Derecho Portuario Colombiano. Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, CEFIDES, 2012. Página 42.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

autoridad portuaria actúa como un ente regulador y dueño de los terrenos permitiendo que los particulares desarrollen la infraestructura y operen el puerto¹⁵⁹.

Resulta de especial importancia resaltar que la Ley 1508 en su artículo 20 contempla de posibilidad de que un tercero manifieste su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el “*originador*” del proyecto, situación análoga a la presentación de propuestas alternativas de la Ley 1ª, con la diferencia de que en este evento las nuevas propuestas deben sujetarse a los términos establecidos para la primera propuesta y que la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes.

Lo anterior indica que en la actualidad existen los dos mecanismos para acceder a un contrato de concesión portuaria, sin embargo, en nuestro criterio persiste la dificultad planteada en la investigación en caso de aplicar el régimen previsto en la ley 1ª, puesto que la Ley 1508 contempla un procedimiento específico para aquellos casos en los que terceros manifiesten su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el “*originador*” del proyecto.

2.4.2. Trámite

Una revisión general del Estatuto Portuario y el actual Decreto Reglamentario, permiten colegir que el procedimiento administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria* en ejercicio del derecho de petición en interés particular, *prima facie*, presenta las siguientes etapas¹⁶⁰:

¹⁵⁹ El sistema colombiano con anterioridad a la Ley 1ª se enmarcaba en el denominado “*Tool Ports*” en el cual la autoridad portuaria es dueña de los terrenos y de la infraestructura principal del puerto (muelles, grúas pórticas), pero gran parte de la operación del puerto está a cargo de particulares *Ibidem*. Páginas 33 y 34.

¹⁶⁰ La denominación de cada una de las etapas no obedece a una tipificación normativa, responde a un criterio formal nuestro para facilitar al lector la comprensión del procedimiento.

2.4.2.1. *Publicaciones del aviso de intención. Dentro de la cual el peticionario da a conocer a la comunidad su intención de solicitar al Estado el contrato de Concesión Portuaria, precisando todos los aspectos técnicos del proyecto.*

Si bien es un acto del peticionario, consideramos que tiene una gran trascendencia en el procedimiento y en la situación planteada en el problema jurídico, por las siguientes razones:

a) Permite dar a conocer a la comunidad en general, la intención de una persona natural o jurídica de presentar al Estado una *solicitud de Concesión Portuaria* sobre un área geográfica determinada, precisando la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio y especificando las condiciones técnicas del proyecto¹⁶¹. Es decir, materializa los principios de *publicidad, transparencia y buena fe* del trámite que pretende culminar con el otorgamiento de un contrato estatal a través de un acto administrativo y la consecuente suscripción del mismo¹⁶².

b) Determina el término dentro del cual los terceros pueden presentar oposiciones a peticiones alternativas a la *solicitud de Concesión Portuaria*¹⁶³.

c) Determina el término dentro del cual debe radicarse la solicitud de concesión¹⁶⁴.

¹⁶¹ Ley 1ª de 1991, artículo 9, numeral 9.8 y Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 8.

¹⁶² Según el Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, "(...) las actuaciones se adelantarán con sujeción a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.". La ley 80 de 1993, en su artículo 23 también consagra que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, y la concesión portuaria está definida como un contrato estatal, deben desarrollarse con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa.

¹⁶³ Estas dos actuaciones, pueden presentarse dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación de los avisos de intención. Artículos 10 de la Ley 1ª de 1991 y 11 del Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009. Creemos que la comparecencia de los terceros en el trámite es fundamental para garantizar principios como el de *Contradicción* que, en términos de Sánchez Goyanes, implica la intervención activa de todos los interesados en el procedimiento administrativo y que los intereses en juego se hagan valer en su presencia. SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, Manual de Derecho Administrativo (I), Universidad Europea de Madrid-CEES, editorial Colex, 1ª edición, 1997, página 264.

¹⁶⁴ Artículo 7 del Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009. Sobre el particular surge el siguiente interrogante: Si dentro del mes siguiente a la fecha de la última publicación, el peticionario debe radicar la solicitud, y, al mismo tiempo, los terceros pueden comparecer oponiéndose o presentando

d) Sirve como elemento probatorio para demostrar sobre cuáles áreas o zonas recae la solicitud del peticionario, en caso de presentarse otra solicitud sobre las mismas zonas, evento planteado en el problema de investigación.

*2.4.2.2. Solicitud, estudio y admisión*¹⁶⁵. En la cual el peticionario radica la *solicitud de Concesión Portuaria* dentro del término de un (1) mes contado a partir de la fecha de la última publicación del aviso de intención.

La Ley 1 de 1991, en el capítulo segundo denominado “*De la concesión portuaria*”, en su artículo 9° establece: “*Petición de concesión. Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos (...)*”.

Frente a la norma transcrita es pertinente hacer las siguientes observaciones:

a) No distingue entre persona natural o jurídica cuando se refiere al sujeto activo del trámite. En efecto, la petición puede ser elevada por una persona natural, con el compromiso de que manifieste su intención de constituir una sociedad portuaria, por cuanto las concesiones portuarias únicamente pueden otorgarse a sociedades de este tipo o por una persona jurídica¹⁶⁶. Para efectos de lo anterior, el solicitante

una petición alternativa dentro de los dos (2) meses siguientes a la misma fecha, querrá decir lo anterior que *¿es posible oponerse a un trámite cuya intención se ha publicado pero que aún no ha sido radicado, es decir, cuando la Administración no ha expedido ningún acto preparatorio dentro del procedimiento?* De ser así, *¿en qué momento inicia el procedimiento de Solicitud de Concesión Portuaria en ejercicio del derecho de petición en interés particular?* Creemos que el trámite inicia cuando se ha radicado la solicitud, no obstante la norma aludida, permite inferir que ello no es así, pues permite que los terceros se opongan a un trámite que aún no ha sido radicado, es decir, que el término de dos (2) meses que consagra la Ley 1ª de 1991 en su artículo 10 no siempre se configura.

¹⁶⁵ El Decreto 4735 de 2 de diciembre consagra que cuando la petición está incompleta por faltarle alguno de los elementos que establece la Ley 1ª de 1991 y el decreto reglamentario, la entidad realizará el requerimiento correspondiente por una sola vez. El Código Contencioso Administrativo, prevé en el capítulo III, correspondiente al Derecho de petición en interés particular, en el artículo 11, las peticiones incompletas. Insistimos en que la fuente del procedimiento administrativo analizado, que precede la suscripción de un contrato estatal, es el derecho de petición en interés particular.

¹⁶⁶ El numeral 9.1. del artículo 9, exige como requisito de la Solicitud de Concesión Portuaria “acreditar la existencia y representación legal del peticionario si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará los documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos.”.

debe aportar una *carta de intención*, documento en el cual exprese su voluntad de constituir la sociedad portuaria para efectos del otorgamiento de la concesión.

b) La competencia de la entidad que recibe la solicitud y debe tramitarla, correspondía al Instituto Nacional de Concesiones, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, adscrita al Ministerio de Transporte, en virtud del Decreto 4165 de 2011.

c) No precisa la forma en que se inicia la petición, es decir, cuál es la fuente. El Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, en su artículo 6, denominado iniciativa, sí precisa que la solicitud podrá iniciar entre otras formas en ejercicio del derecho de petición en interés particular¹⁶⁷. Insistimos en que resulta atípico el ejercicio de este

¹⁶⁷ “Artículo 6. Iniciativa. El trámite administrativo para el otorgamiento de concesiones portuarias (...) podrá iniciarse: 6.1. A solicitud de quienes ejerciten el derecho de petición en interés particular (...)”. Sobre este aspecto, Jorge CARRILLO TOBOS, al hacer una comparación de los procesos de reforma portuaria entre Argentina, Chile, México y Colombia, afirma: “(...) Igualmente se observa como las formas de operación definidas y la modalidad de contratación tuvo consideraciones similares para haber optado por el modelo de concesión portuaria y como (sic) los objetivos perseguidos por cada uno de los países tuvo alguna similitud entre todos. Dentro de la forma como cada país definió la forma de adjudicación se observa que todos excepto Colombia optaron por otorgar las concesiones a través de licitación pública donde los interesados presentaban al Estado sus propuestas y estos (sic) escogían los que mayores beneficios y garantías les representaban (...)”. Sobre el contrato de concesión otorgado a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura en particular señala: “(...) En tales consideraciones, la forma como se adjudicó el contrato de concesión portuaria no. 009 de 1994, celebrado entre la Nación colombiana y la Sociedad Portuaria de Buenaventura, omitió tener en cuenta elementos objetivos de selección propios de la escogencia de los beneficiarios de las concesiones (...)”, y concluye: “(...) 7. Además de modificar la forma para el cálculo de la contraprestación, se hace imperativo modificar el esquema legal vigente, para que por vía de Ley de la República se incorporen criterios objetivos de selección de los concesionarios a través de modalidades como la licitación pública o como la subasta, a fin de maximizar la recaudación del Estado, o dejar menos espacios a la empresa concesionaria para extraer rentas no económicas (...)”. CARRILLO TOBOS, Jorge, Op. cit., páginas 33 a 35, 95 y 103. La Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile – FENATRAPORCHI, en un artículo denominado UNA Propuesta País, publicado con ocasión de haberse cumplido 10 años desde la publicación de la ley N° 19.542 que “Moderniza el sector portuario estatal”, dentro un panel de expertos portuarios convocado por el Sistema de Empresas Públicas de CORFO para opinar sobre las principales componentes del sistema, manifestó: “(...) 2. UNA NUEVA POLÍTICA DE INVERSIONES PORTUARIAS (...) Nuestra propuesta se basa en realizar las necesarias inversiones sin hipotecar el futuro del sistema. Por ello creemos que la mejor salida a la coyuntura es que el Estado a través de sus Empresa Portuarias de Coquimbo, San Antonio y Valparaíso, *licite una concesión* bajo modelo de multioperación, con la exigencia de construcción de la infraestructura portuaria necesaria para el desarrollo de cada puerto y un plan de protección social, para efectos sociales indeseados, los que en todo caso, por tratarse de una concesión en multioperación deberían ser muy menores. (...) *De acuerdo a lo establecido en la ley 19.542, si ningún operador privado se interesa en una licitación con estas exigencias, pues será el Estado a través de su empresa el que ejecute las obras* (...) A su vez, en los puertos ya concesionados se requiere mejorar substantivamente las capacidades de ingeniería para afrontar adecuadamente los desafíos que surgen desde los propios concesionarios

derecho, por naturaleza político, para iniciar un procedimiento tendiente al otorgamiento de un contrato estatal como lo es la concesión¹⁶⁸.

En cuanto al contenido, la *solicitud de Concesión Portuaria* deberá reunir los requisitos enunciados en el estatuto portuario y el decreto reglamentario, que en términos generales son los siguientes: -Acreditación de la existencia y representación del peticionario si es una persona jurídica. En caso de que no lo sea debe manifestar su intención de concurrir a formar una sociedad portuaria, aportando el documento correspondiente¹⁶⁹. -Precisar la ubicación, linderos y

quienes *desarrollan proposiciones que no cuentan con una adecuada contraparte (...)*". (Cursiva por fuera del texto original). UNA Propuesta País, Ley General de Puertos, Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile – FENATRAPORCHI, Chile, enero de 2008, páginas 32 y ss. Nótese como las expresiones destacadas, hacen referencia a un proceso licitatorio, mecanismo que en nuestro criterio garantiza una mejor selección objetiva de los contratistas del Estado. Consideramos que no debe configurarse una situación como la planteada en el problema de investigación, para que sea la licitación el mecanismo por medio del cual se adjudiquen las concesiones portuarias. Por lo pronto pretendemos encontrar la forma como se debe tramitar la situación planteada en el problema jurídico de la manera que mejor garantice los principios del procedimiento administrativo y los del Estatuto Portuario.

¹⁶⁸ La Ley 80 de 1993, en el artículo 32, numeral 4, enuncia como contrato estatal la concesión. Adicionalmente y en virtud del principio de especialidad, la Ley 1ª de 1991, en su artículo 5, numeral 5.2. define el contrato de *concesión portuaria*, como "*contrato administrativo*". Como lo menciona Karen Patricia HERNÁNDEZ BLANQUISETT, doctrinariamente existen múltiples corrientes sobre la naturaleza jurídica de la concesión. Algunos la consideran un acto jurídico unilateral de la Administración. Para el caso portuario resulta importante precisar que si bien la Ley 1ª de 1991 define la concesión portuaria como un contrato administrativo, la suscripción del mismo, está precedida del otorgamiento formal por medio de un acto administrativo debidamente motivado con el cual finaliza el procedimiento administrativo especial de Solicitud de Concesión Portuaria en ejercicio del derecho de petición en interés particular. Es decir, que el otorgamiento de la concesión, sí es un acto unilateral de la Administración, pero la suscripción del contrato implica un negocio bilateral. Otro sector de la doctrina, especialmente la francesa considera que la concesión es una relación contractual exclusivamente entre el concedente y el concesionario. Un tercer criterio sostiene que la concesión crea una relación jurídica compleja, y finalmente se encuentra la tesis de que es un contrato, acogida por el Estatuto Portuario. HERNÁNDEZ BLANQUISETT, Karen Patricia, *El contrato de concesión portuaria*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Administrativo, Bogotá, 2000, páginas 25 a 30. La Corte Constitucional, en sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, definió el contrato de concesión como aquel "(...) por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total.". En casos como el de los puertos, el contrato acarrea la construcción de infraestructura, la cual al término del contrato, revierte a la Nación.

¹⁶⁹ La Ley 1ª de 1991 se refiere a un documento en el que conste la intención de los socios eventuales con indicación de sus aportes respectivos. El Decreto 4735 de 2009, en su artículo 9, numeral 9.1.3.2, exige una promesa para constituir la sociedad, suscrita por el solicitante y los eventuales socios, indicando los aportes respectivos y con el lleno de los requisitos exigidos en el Código de Comercio.

extensión del terreno que pretende ocuparse con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio¹⁷⁰. -La descripción general del proyecto con sus especificaciones técnicas, modalidades de operación, volúmenes y clases de carga a movilizar¹⁷¹.-Informar si se prestarán servicios al público en general.¹⁷²-Aportar las garantías en los términos legales que amparen la seriedad de la oferta y la constitución de la sociedad portuaria, en caso de ser necesario, y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciarán y terminarán en un término en un plazo preciso.-Indicar el plazo por el cual se desea la concesión.-Acreditar que los datos que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos (2) periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión o puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos¹⁷³.

El Decreto 4735 de 2009, exige además que el peticionario acredite el cumplimiento a las legislaciones especiales que rigen en las zonas de los territorios colectivos de comunidades negras y resguardos indígenas, así como sobre patrimonio arqueológico¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Son aquellas zonas terrestres aledañas a las de uso público, que no se entregan en concesión, pero que el peticionario requiere para desarrollar su proyecto, y por lo tanto debe acreditar su disponibilidad jurídica y material, generalmente a través de títulos de tenencia como contratos de arrendamiento, comodato o similares. La situación planteada en el problema jurídico no recaería sobre este tipo de bienes sino sobre las zonas de uso público que el Estado entrega en concesión.

¹⁷¹ La clase de carga que se moviliza tiene implicaciones respecto del término por el cual se otorga la concesión. Para los puertos carboníferos, existe una reglamentación especial, el Decreto 345 de 24 de febrero de 1992, permite que el plazo del contrato de concesión para puertos esta clase de puertos pueda ser hasta de treinta (30) años.

¹⁷² La Ley 1ª de 1991, en su artículo 5, numerales 5.14 y 5.15 define los puertos de servicio privado y de servicio público, respectivamente, así: “Para la correcta interpretación y aplicación de esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 5.14. Puerto de servicio privado: Es aquel en donde solo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura. 5.15. Puerto de servicio público: Es aquel en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones (...)”.

¹⁷³ Este último requisito no está enunciado en el artículo 9 del Decreto 4735 de 2009 como requisito o anexo a la solicitud, sin embargo, debe aportarse no sólo porque la Ley 1ª de 1991 lo exige, sino también por la trascendental importancia que explicamos tiene respecto de los terceros en el trámite y en la determinación de términos perentorios y preclusivos para determinadas actuaciones.

¹⁷⁴ Leyes 121 de 1991 y 70 de 1993, y 1185 de 2008, respectivamente.

En caso de que el peticionario no aporte alguno de los requisitos previstos en la Ley 1ª de 1991 o su decreto reglamentario, la Administración requerirá al solicitante por una sola vez, por escrito, para que subsane la deficiencia. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las entidades decidan. Si hecho el requerimiento el peticionario no responde en el término de dos (2) meses¹⁷⁵, se ordenará el archivo del expediente mediante acto administrativo debidamente motivado¹⁷⁶.

2.4.2.3. Audiencia. En la cual la Administración, una vez verificado que la solicitud cumple todos los requisitos legales y, transcurridos los dos (2) meses establecidos en el artículo 10, cita por medio de un acto administrativo a una Audiencia pública para que el peticionario presente a las autoridades asistentes¹⁷⁷ el proyecto de concesión que pretende desarrollar con las implicaciones jurídicas y financieras, y la entidad lea las oposiciones, en caso de que se hayan presentado dentro del término legal, las propuestas alternativas, y se de apertura a los sobres que contengan los datos confidenciales si así los hubieren presentado.

A la audiencia deberá citarse a las autoridades que por ley deban comparecer, a los peticionarios, a quienes hubieren presentado propuestas alternativas y a los terceros que hubieren presentado oposición o que a juicio de la entidad puedan estar directamente interesados en el resultado del trámite¹⁷⁸.

2.4.2.4. Decisión. En la cual la Administración se pronuncia de fondo sobre la solicitud de concesión, negándola o aprobándola.

El Estado deberá negar este tipo de solicitudes cuando no se ajusten a la ley y al Plan de Expansión Portuaria, igualmente cuando tuvieren un impacto ambiental negativo o no se contemplen las obras necesarias para prevenirlo, cuando

¹⁷⁵ Contados a partir del quinto día hábil de envío de la comunicación por parte de la entidad.

¹⁷⁶ Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 10.

¹⁷⁷ La entidad competente debe enviar por correo certificado a las autoridades enunciadas en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, una copia de la solicitud de concesión, anunciándoles la fecha de la audiencia, para que emitan el concepto correspondiente en el término de veinte (20) días.

¹⁷⁸ En esta última categoría estaría incluido quien solicite la concesión sobre un área solicitada previamente en concesión, por fuera de los términos establecidos en el artículo 10 de la ley.

presenten inconvenientes cuya solución no sea posible, o que la actividad resulte contraria a las normas que la regulan o prosperen las oposiciones propuestas¹⁷⁹.

La solicitud será aprobada dentro de los cinco (5) meses siguientes a la presentación de la solicitud, mediante acto administrativo que, indicará los términos en los cuales se otorgará la concesión.¹⁸⁰ Esta decisión debe contener un análisis de la petición y todos sus documentos anexos, las oposiciones, las consideraciones y decisión sobre las mismas, así como de las peticiones alternativas y de los conceptos emitidos por las autoridades, y debe notificarse al peticionario y comunicarse a las autoridades competentes¹⁸¹.

2.4.2.5. Otorgamiento. En esta etapa, el Estado otorga formalmente la concesión portuaria al interesado, siempre y cuando, se haya agotado el trámite expuesto y se hayan cumplido los trámites ante las autoridades ambientales.

El acto administrativo de otorgamiento deberá: a) indicar con exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza; b) establecer el plazo para suscribir el contrato de concesión¹⁸²; c) los requisitos esenciales que deberá reunir; d) el deber de dar trámite a las licencias o permisos que fueren necesarios y la consideración de que el permiso debe ajustarse a ellos.

En términos generales, las anteriores son las etapas que conforman el trámite administrativo analizado. Este procedimiento está complementado por la suscripción del contrato de concesión portuaria, que al igual que todo contrato estatal debe contar con la aprobación previa de las garantías para el otorgamiento.

¹⁷⁹ Ley 1ª de 1991, artículo 11, y Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 14.

¹⁸⁰ Esta resolución no es el acto administrativo definitivo que finaliza la actuación, es un acto de trámite y, por lo tanto no crea ni confiere derechos al peticionario. El acto definitivo es el otorgamiento, que sí crea una situación jurídica particular a favor del peticionario.

¹⁸¹ El decreto reglamentario prevé la posibilidad de que dentro de los diez (10) hábiles siguientes a la comunicación de la resolución, las autoridades se opongan por motivos de legalidad o conveniencia. Ley 1ª de 1991, artículo 11, y Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, artículo 16.

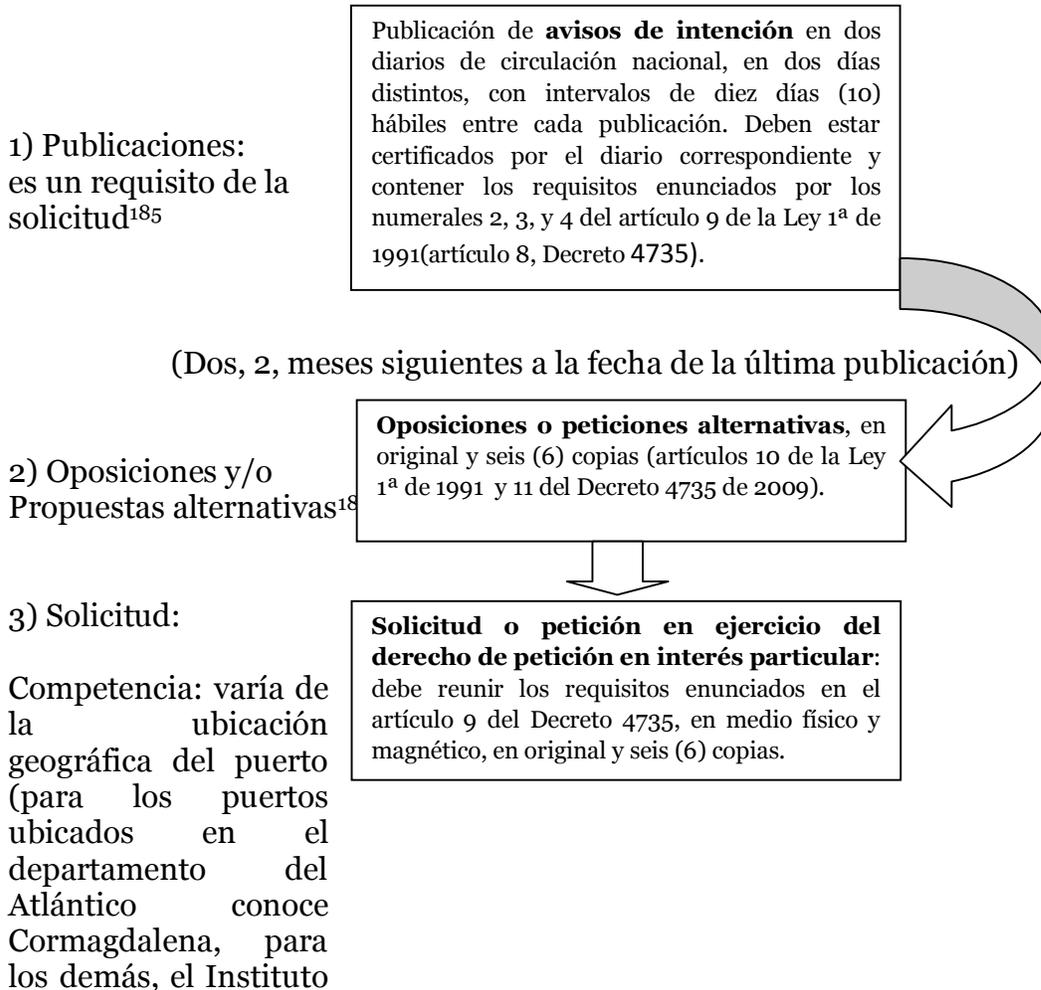
¹⁸² La Ley 1ª de 1991 y el Decreto reglamentario, en los artículos 14, inciso segundo, y 22, establecen que si el *autorizado* no cumple dentro de los plazos previstos los requisitos necesarios para el otorgamiento formal de la concesión, caducará el derecho a ella. El decreto habla de pérdida del derecho, creemos para evitar equívocos con la cláusula exorbitante de caducidad, y establece que el acto se revocará y se hará exigible la garantía de seriedad de la oferta.

De conformidad con el artículo 223 del Decreto 019 de 2012, los contratos estatales solamente se publicarán en el Sistema Electrónico para la contratación pública, SECOP.

GRAFICO¹⁸³

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE SOLICITUD DE CONCESIONES PORTUARIAS MARÍTIMAS EN EJERCICIO DEL DERECHO DE PETICIÓN EN INTERÉS PARTICULAR¹⁸⁴

-Marco jurídico: Ley 1^a de 1991 (Estatuto de puertos marítimos)
Decreto Reglamentario 4735 de 2 de diciembre de 2009



¹⁸³ Fuente: Elaboración propia.

¹⁸⁴ Los puertos fluviales se rigen por la Ley 1242 de 2008. La investigación se circunscribe únicamente al trámite iniciado en ejercicio del derecho de petición en interés particular.

¹⁸⁵ El Decreto reglamentario 838 de 1992, derogado por el 4735 de 2009, consagraba como causal de rechazo de la solicitud no aportar estos avisos. Con el decreto actual se suprimió la figura del rechazo de la solicitud, y solamente se contempla la de petición incompleta (artículo 10) y saneamiento del trámite, lo que permite concluir que las publicaciones no necesariamente deben hacerse antes de presentar la solicitud, pues ya no existe la sanción del rechazo.

¹⁸⁶ La investigación busca analizar la situación que se presenta cuando se radican dos (2) solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona, pero por fuera de este término.

Nacional de Concesiones, INCO).

3.1. Petición incompleta

En caso de que la petición no contenga todos los requisitos, se hace **requerimiento** por escrito por una sola vez para que subsane (interrumpe los términos para decidir).

Si no responde en el término de dos (2) meses contados a partir del quinto día hábil de envío de la comunicación por parte de la entidad, se ordena el **archivo del expediente** por acto administrativo motivado

Finaliza el trámite

3.2. Petición completa:

Respuesta completa y en término **se admite y continúa** el trámite

Continuación del trámite

Envío de una copia de la solicitud radicada a las autoridades previstas en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, y aquellas que consideren oportuno teniendo en cuenta la reglamentación vigente, anunciándoles la fecha de la audiencia consagrada en el artículo 13.

Decisión: dentro de los cinco (5) meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud. Artículo 14 Decreto 4735.

Negativa: causales enunciadas en el artículo 14 del Decreto 4735 de 2009

Aprobatoria: causales enunciadas en el artículo 14 del Decreto 4735 de 2009 indica los términos en los que se otorgará la concesión solicitada (art. 12 Lev 1ª)

Oposición de las autoridades a la resolución de aprobación: dentro de los días hábiles siguientes a la comunicación sobre la resolución de aprobación, las autoridades pueden oponerse por motivos de legalidad o conveniencia (artículo 11 de la Ley 1ª de 1991).

Otorgamiento formal: mediante acto administrativo (artículo 14 de la Ley 1ª de 1991) sólo se otorga cuando se han cumplido los trámites ante las autoridades ambientales y debe señalar el plazo y los requisitos esenciales del contrato (artículo 21 Decreto 4735).

Suscripción del contrato. Pérdida del derecho: si el peticionario no cumple los requisitos exigidos en la resolución aprobatoria en el término señalado (el plazo es prorrogable por una sola vez debidamente justificado), se **pierde el derecho a que se le otorgue el contrato**. En consecuencia se revoca el acto de otorgamiento y se hace efectiva la garantía.

2.4.3. Los sujetos intervinientes

2.4.3.1. Partes

Son partes en el procedimiento administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria*, el peticionario, esto es, como lo dijimos anteriormente, una persona natural, con el compromiso de que manifieste su intención de constituir una sociedad portuaria, por cuanto las concesiones portuarias únicamente pueden otorgarse a sociedades de este tipo o una persona jurídica, y el Estado, como concedente y a quien corresponde otorgar el contrato una vez se haya agotado el trámite administrativo correspondiente.

2.3.3.2. Terceros

Ahora bien, entre los requisitos que debe contener la solicitud, resultan de singular importancia para el caso que se analiza, los enunciados en los numerales 9.2 y 9.8 de la Ley 1ª de 1991, según los cuales, el solicitante deberá “*precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio*”¹⁸⁷ y acreditar que tal información, así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos (2) días distintos, con intervalos de diez (10) días entre cada publicación, en dos (2) diarios de circulación nacional, para permitir que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos.

La actuación administrativa de *solicitud de Concesión Portuaria* en ejercicio del derecho de petición en interés particular, presupone la intervención de varios sujetos procesales¹⁸⁸. Por regla general, la doctrina colombiana, ha expresado que

¹⁸⁷ De acuerdo con el artículo 5, numeral 5.2, por medio del contrato de concesión portuaria, el Estado permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos. En algunos casos, las sociedades portuarias requieren para el desarrollo del proyecto portuario otras zonas que no se entregan en concesión por no ser bienes de la Nación. Estos inmuebles son las denominadas *zonas adyacentes de servicio*, cuya disponibilidad debe acreditarse al momento de presentar la Solicitud de Concesión Portuaria.

¹⁸⁸ Los tratadistas españoles García de Enterría y Fernández, al analizar la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España, diferencian entre los interesados en un procedimiento administrativo *per se* es decir titulares de un derecho, evento en el cual “la condición de interesado se sustenta por sí sola en la titularidad del

en el procedimiento interviene un sujeto activo, que ejerce funciones administrativas, quien tiene la competencia para adelantar el procedimiento y en caso de ser necesario, adoptar la decisión correspondiente y, el sujeto pasivo, cuya presencia en el trámite “*no sólo constituye garantía de respeto a los derechos fundamentales del interesado, sino también sinónimo de participación para la legalidad de la decisión*”¹⁸⁹. Finalmente, en el desarrollo del trámite pueden comparecer terceros o sujetos, que pueden poseer un interés en el resultado de la actuación administrativa, razón por la cual, deben ser convocados al proceso para garantizarles sus derechos.

Los terceros “*son todos aquellos sujetos que, no obstante detentar algún tipo de interés en los resultados de una actuación administrativa, permanecen fuera de esta, generando en consecuencia para la administración la obligación de convocarlos con el fin de que se conviertan en sujetos pasivos de la decisión*”.¹⁹⁰

Los terceros se clasifican en necesarios y obligatorios. Los primeros son:

(...) aquellos que normalmente surgen de la realidad material de la controversia y que nuestra ley desagrega en terceros determinados e indeterminados, conforme a la redacción de los artículos 14 y 15 del C.C.A. Obligatorios son aquellos que no surgen de la necesidad procesal sino de directos mandatos constitucionales y legales que

derecho subjetivo, que por ser tal y existir con anterioridad a la iniciación misma del procedimiento de que se trate, comporta una correlativa obligación (de respeto al menos) por parte de la Administración, que hace innecesaria la adopción por el particular de iniciativa alguna a estos efectos. La adquisición de la condición de interesado no depende, pues, en este supuesto, ni de la promoción del procedimiento por el titular del derecho, ni de su comparecencia motu proprio en un procedimiento ya iniciado. Tienen esa condición per se en todo caso”, y aquellos casos en que “(...) la condición de interesados en el procedimiento depende de su propia actitud en relación a este, es decir, de la promoción del mismo o de su ulterior comparecencia en él antes de que se produzca la resolución del mismo”. En cuanto al interés los autores mencionados afirman: “(...) Resta indicar ahora que el concepto de interés se conecta con el de perjuicio, de forma que, como ya advirtió la jurisprudencia anterior a la promulgación de la Constitución, el interés se reputa existente siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio –material o jurídico o, incluso, de índole moral- (...) sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo (...)”. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo II, Editorial Civitas, sexta edición, 1999, páginas 472 y 473.

¹⁸⁹ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Op. cit., página 223.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

hacen vinculatorio e irremediable su convocatoria a determinadas actuaciones administrativas, adquiriendo en nuestra opinión el carácter de partes indispensables, sin cuya presencia sencillamente la actuación no se puede adelantar, y de haberse adelantado sin ellos estaría viciada en su constitucionalidad y legalidad (...)”¹⁹¹.

En el caso del procedimiento especial administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria*, la comparecencia de los terceros está reglada en el artículo 10 de la Ley 1 de 1991, el cual consagra que dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona puede oponerse a la solicitud o presentar una petición alternativa, eventos en los cuales su comparecencia resulta necesaria para garantizar la validez del trámite, así como la publicidad y transparencia del mismo.

¹⁹¹ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Op. cit., página 224.

3. La problemática de las solicitudes de concesión portuaria en ejercicio del derecho de petición en interés particular sobre la misma zona geográfica

3.1. Situación fáctica

La situación que proponemos y pretendemos analizar en este trabajo, es la siguiente: La petición de dos (2) solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona geográfica, que se presentan ante la entidad competente en diferentes momentos, la segunda de las cuales se radica con posterioridad a la petición original y por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, es decir, por fuera de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la última publicación del aviso de intención.

Es necesario hacer la precisión anterior, por cuanto si la solicitud se presenta dentro de este término, entendemos que debe tramitarse como una intervención de terceros en calidad de oponentes o de petición alternativa, con lo cual, encuadra en una de las formas previstas legalmente para la intervención de terceros. En este evento, la calidad de *interesado* del segundo peticionario deviene de su propia actuación, es decir, de la comparecencia con posterioridad a la radicación del trámite original, pero con anterioridad a la decisión de la Administración de otorgar o no la Concesión Portuaria.

El Estatuto Portuario en el artículo 10 y el Decreto Reglamentario 4735 de 2 de diciembre de 2009 en el artículo 11, regulan la intervención de los terceros (a través de la presentación de oposiciones y/o la petición alternativa), así como la comparecencia de las autoridades dentro del trámite de concesiones portuarias. Para la intervención de los terceros se establece un término de dos (2) meses siguientes a la fecha de la última publicación del aviso de intención¹⁹². Término

¹⁹² Recordemos que la Ley 1ª de 1991, en su artículo 9, exige como requisito de la Solicitud de Concesión Portuaria acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4., así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que

dentro del cual, el interviniente deberá acreditar su interés para comparecer oponiéndose a la *solicitud de Concesión Portuaria* o presentar una *solicitud de Concesión Portuaria* cumpliendo los mismos requisitos exigidos para la solicitud original¹⁹³.

No obstante lo anterior, la normatividad portuaria¹⁹⁴ no prevé la posibilidad de que se presenten dos (2) solicitudes de concesión sobre las mismas zonas en diferentes momentos o por fuera de los términos que señala la ley para la intervención de terceros; a modo de ejemplo cuando la segunda de las peticiones se radique con posterioridad a la petición original y por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991. En nuestro sentir, el legislador omitió contemplar la posibilidad de que concurrieran solicitudes de concesión portuaria por fuera de los términos previstos en el artículo 10 de la ley, es decir, que no encuadren en las figuras de *oposición* o *petición alternativa*.

Si bien, la ley por esencia es una disposición abstracta e impersonal, no creada para regular casos o situaciones concretas o particulares, en nuestro sentir, el legislador omitió contemplar la posibilidad de que concurrieran solicitudes de concesión portuaria por fuera de los términos previstos en el artículo 10 de la ley, es decir, que no encuadren en las figuras de *oposición* o *petición alternativa* o lo que es lo mismo, por fuera del término de dos (2) meses siguientes a la fecha de la publicación del último aviso de intención, situación que pretendemos analizar, máxime cuando el mecanismo para solicitar las concesiones portuarias es el derecho de petición, cuyo ejercicio conmina a la Administración a pronunciarse de fondo frente a la solicitud del particular.

tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos.

¹⁹³ Esta última situación es la que el Estatuto Portuario denomina "*Petición alternativa*", la cual, se resalta, debe presentarse dentro del término preclusivo de dos (2) meses siguientes a la fecha de la última publicación de la solicitud.

¹⁹⁴ Nos referimos a la Ley 1ª de 1991 y el Decreto reglamentario 4735 de 2 diciembre de 2009.

Para la problemática planteada, cuando existen dos (2) solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona, la calidad de *interesado* del segundo peticionario en palabras de los autores citados deviene de su propia actuación, es decir, de la comparecencia con posterioridad a la radicación del trámite original, pero con anterioridad a la decisión de la Administración.

En este caso, no existe una norma específica dentro del procedimiento administrativo especial que establezca la forma en que debe resolverse esta solicitud¹⁹⁵. Para solucionar el conflicto propuesto, consuetudinariamente se acude al aforismo latino de *prima in tempo prima in iure*. Esta solución no se considera la más acertada, por cuanto presenta varias dificultades hipotéticas y adicionalmente, porque la costumbre no está prevista expresamente por el orden jurídico como fuente vinculante en el derecho administrativo, como sí lo es en derecho comercial¹⁹⁶.

Ni la doctrina nacional ni la jurisprudencia se pronuncian sobre la situación expuesta. La solución que se le ha dado a estos casos que se presentan en la ANI, (antes INCO), es la aplicación de una práctica reiterada de la Administración de acudir al criterio antes planteado para dar solución jurídica al problema, aplicando el aforismo “*prima in tempo prima in iure*”.

3.2. Análisis de los principios del procedimiento administrativo para resolver la problemática planteada

Para empezar es necesario advertir que, de conformidad con el Código Contencioso Administrativo, toda actuación administrativa debe estar orientada por los principios enunciados en el artículo 3 de dicho estatuto¹⁹⁷. Huelga decir que

¹⁹⁵ En este evento se presenta una concurrencia de peticiones, es decir, una pluralidad de oferentes para el Estado, en ejercicio en momentos diferentes de un derecho fundamental: el derecho de petición.

¹⁹⁶ Código de Comercio, artículo 3.

¹⁹⁷ El artículo 3º fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, la cual rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El artículo 3 del Ley 1437 de 2011 dispone que las actuaciones administrativas deberán sujetarse a los principios de la Constitución Política, las leyes especiales y

además de los principios enunciados en el Código Contencioso Administrativo, es necesario aplicar e interpretar las disposiciones legales en concordancia con las normas y principios constitucionales.

A continuación presentamos los principios establecidos en el antiguo Código Contencioso Administrativo, complementados por los del nuevo Código, aplicándolos al caso concreto, así:

a) *Economía*: en virtud del cual las normas procedimentales deben utilizarse para agilizar las decisiones, los procedimientos se adelantarán en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, sin que se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

La observancia de este principio dentro del trámite de *solicitud de Concesión Portuaria* encuentra su manifestación en la existencia de un término perentorio para decidir de fondo sobre la solicitud. En efecto, el artículo 15 del Decreto 4735 de 2009 establece un término de cinco (5) meses siguientes a la fecha de la presentación de la petición para resolver de fondo. Asimismo la documentación que debe aportar el peticionario será la enunciada en el artículo 9° de dicho decreto.

Para el caso concreto de la problemática planteada, encuentra su aplicación al tramitar las dos solicitudes sobre la misma área de manera concomitante, a través de la acumulación de expedientes consagrada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo que garantizará la transparencia y la selección objetiva del contratista.

b) *Celeridad*: según el cual las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, eliminando los trámites innecesarios, utilizando formularios para

adicionalmente enuncia los principios de: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo permita y sin que ello exima a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

Este principio aunado al anterior, se materializan al aplicar la acumulación de expedientes tramitando las dos solicitudes sobre la misma zona de forma simultánea, es decir, de la manera más célere posible.

c) *Imparcialidad*: conforme al cual las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación, con igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos. Las actuaciones deben adelantarse con la finalidad de asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tomar en consideración factores o motivaciones subjetivas. Este principio permite garantizar la selección objetiva del contratista del Estado.

Al hacer el ejercicio de aplicar este principio a la situación fáctica planteada, encontramos que en la redacción existe una contradicción en la disposición, pues en nuestro sentir, si se respeta el orden en el cual actúan los peticionarios de concesión portuaria sobre la misma zona, el segundo de los cuales comparece una vez ha precluido el término para presentar propuestas alternativas, ello conminaría a la Administración a dar prevalencia al primer peticionario, dada la primacía en el tiempo, lo cual es discriminatorio y ajeno a los fines y principios de la contratación estatal, especialmente a la selección objetiva y la transparencia.

Por ello, consideramos que la imparcialidad implica que la Administración una vez conozca la segunda petición por fuera del término para presentar las peticiones alternativas y sin preferencia por ninguno de las dos propuestas, analice conjuntamente los dos proyectos y conforme a criterios objetivos, opte por uno de los dos, sin que el criterio “temporal” sea el que determine la escogencia, pues a

nuestro juicio, no garantiza un adecuado cumplimiento de los fines estatales y de la contratación estatal.

Se materializa al motivar y sustentar de manera objetiva el acto administrativo que resuelve la *solicitud de Concesión Portuaria*.

d) *Publicidad*: en virtud del cual las autoridades deben dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

La aplicación de este principio resulta sencilla, si consideramos que toda decisión debe comunicarse al interesado para garantizar la transparencia del procedimiento y el principio de contradicción de las decisiones. Para el caso concreto, se aplica al acto administrativo que resuelva el fondo de la solicitud aprobándola o negándola.

e) *Contradicción*: según el cual los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones por los medios legales. Este principio está referido a la posibilidad de que el interesado controvierta el acto que resuelva la *solicitud de Concesión Portuaria* en sentido favorable o desfavorable. Su aplicación se observa en los mecanismos administrativos que tiene el petionario para controvertir la decisión del trámite en sede administrativa.

f) *Debido proceso*: conforme al cual las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con las garantías de los derechos de representación, defensa y contradicción. En el caso concreto se aplica a través de la acumulación de expedientes atemperando la actuación administrativa a los principios constitucionales sin negar la posibilidad de estudiar aquellas propuestas presentadas por fuera del término del artículo 10 de la Ley 1ª.

g) *Igualdad*: según el cual las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento.

Este principio tiene una gran utilidad en la escogencia del contratista y está muy ligado al principio de imparcialidad, que para el caso concreto implica que la administración debe dar un trato igual a la segunda propuesta que se presente garantizando la igualdad de condiciones, lo cual se materializa al aplicar la acumulación de expedientes, y al utilizar la Oferta Oficiosa o Licitación Pública para escoger al contratista.

h) *Buena fe*: en virtud de este principio, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. Este principio debe orientar todo el desarrollo de las actuaciones administrativas. En el caso concreto su aplicabilidad se observa al permitir acumular la actuación de aquellos peticionarios que comparecen con posterioridad a los términos del artículo 10° de la Ley 1ª.

i) *Moralidad*: según el cual todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas. Su observancia deberá mantenerse durante todo el trámite legal y el correspondiente a las soluciones planteadas en el capítulo final.

j) *Participación*: conforme al cual las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública, permitiendo su intervención en las actuaciones de la Administración. Su observancia se garantiza permitiendo que las autoridades competentes emitan sus correspondientes conceptos dentro del trámite en las oportunidades previstas legalmente y en el evento de optar por la Oferta Oficiosa o la Licitación Pública ampliando la participación de los proponentes.

k) *Responsabilidad*: en virtud de este principio, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos. Para el caso

concreto, los funcionarios que adelanten el trámite están sujetos a este tipo de responsabilidad.

l) *Transparencia*: según el cual la actividad administrativa es del dominio público, y como consecuencia de ello, cualquier persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo aquellos casos que tengan reserva legal. Todas las actuaciones de las soluciones propuestas al caso concreto deberán ser públicas y transparentes.

m) *Coordinación*: en virtud de este principio las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares. Este principio encuentra su aplicación en los procedimientos portuarios en que las autoridades ambientales y marítimas tienen la oportunidad de intervenir y pronunciarse sobre el proyecto que se propone al Estado para obtener la concesión.

n) *Eficacia*: conforme al cual las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad, evitando en todo caso los obstáculos formales, las decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos, y sanearán cualquier irregularidad procedimental que se presente.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

3.3. La aplicación de las fuentes del Derecho para resolver el problema expuesto en el procedimiento administrativo de solicitud de Concesiones Portuarias

3.3.1. La ley

Creemos es la principal fuente de derecho aplicable al procedimiento administrativo, *máxime* cuando se trata de la parte adjetiva o procedimental del Derecho Administrativo está estructurado sobre el principio de legalidad.

Huelga decir, que al referirnos a la ley, debemos entender que esta incluye en sentido material las disposiciones constitucionales, como normas que contienen los principios rectores aplicables no solamente al Derecho Administrativo sino también a las demás ramas del Derecho.

El autor Jorge Enrique Ibáñez Najar se refiere a la “*regulación legal*” para referirse a aquellas normas producidas por el Legislador, quien por regla general tiene la competencia para ello, salvo aquellos casos en que taxativamente la función está atribuida exclusivamente a otra autoridad, o cuando le está prohibido hacerlo¹⁹⁸.

Es por ello, que consideramos que debe entenderse la ley en sentido material, es decir, no solamente la llamada “*regulación legal*” sino también la administrativa proveniente o que se manifiesta de formas diferentes a la estrictamente legal.

Como fuente tradicional en sentido formal encontramos la ley, para el caso concreto la Ley 1ª. Revisado el articulado del Estatuto Portuario, advertimos que no prevé la situación planteada en nuestra investigación. Al respecto, resulta oportuno precisar que, si bien la ley no tiene como objetivo la regulación de situaciones concretas, en tanto, se desnaturalizaría su esencia, consideramos que sí existe un vacío en la regulación o reglamentación existente sobre la materia.

Es por ello que consideramos que la normatividad actual del procedimiento administrativo de Solicitud de Concesiones Portuarias en ejercicio del derecho de petición en interés particular, prevista en el Estatuto Portuario y su decreto reglamentario, no es suficiente para solucionar el caso planteado en el problema jurídico.

Sin desconocer que la ley no tiene por objeto regular situaciones particulares, encontramos un vacío en este aspecto en el estatuto, pues la propuesta alternativa, la cual sí está contemplada en la legislación es una figura que difiere de la situación

¹⁹⁸ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. 2ª edición. Bogotá, editorial Legis, Universidad Sergio Arboleda, 2007, página 551.

planteada, en tanto, el término para su presentación es expreso y precluye una vez transcurridos los dos (2) meses siguientes a la fecha de la última publicación.

En suma, la Ley 1ª, considerada como fuente directa para la aplicación en los trámites portuarios, no nos permite plantear la solución a la problemática expuesta.

Adicionalmente, creemos que el caso planteado no debe ser tramitado como *oposición* ni como una *petición alternativa* por cuanto, ha precluido la oportunidad para la comparecencia alternativa de un tercero dentro del trámite, la cual se manifiesta a través de las dos modalidades ya mencionadas.

Es por ello que advertimos que no existe un desarrollo normativo expreso (regulación o reglamentación) para este tipo de situación, lo que acarrea serias dificultades prácticas.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que la posible solución al conflicto deba resolverse con base en la ley en sentido material, en tanto carecería de sustento la propuesta de una solución extraña al marco legal.

3.3.2. *La costumbre*

Tanto la costumbre como los principios generales del Derecho son fuentes subsidiarias, que sólo se aplican en defecto de las fuentes primarias¹⁹⁹. La costumbre tiene un ámbito reducido de aplicación como fuente del Derecho Administrativo²⁰⁰.

¹⁹⁹ ENTRENA CUESTA, Rafael, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Décima edición, editorial Tecnos S.A., 1994, página 74.

²⁰⁰ Entrena Cuesta considera que la costumbre no puede ser considerada como fuente del Derecho Administrativo a falta de ley, por cuanto las prácticas administrativas sólo pueden aplicarse a falta de ley, caso en el cual la Administración gozará de facultades discrecionales, por lo que en cada momento, "*independientemente de cómo se comportase con anterioridad*", podrá actuar de la manera que considere más conveniente para la satisfacción del interés público. ENTRENA CUESTA, Rafael, Op. cit., página 129.

En la mayoría de los casos de prácticas administrativas, no se dan los requisitos exigidos normalmente para que la costumbre pueda considerarse fuente de derecho, porque el uso reiterado de un comportamiento no es la expresión de una convicción jurídica u *opinio iuris* sino de la “*tolerancia –en las prácticas contra legem- o la inercia- en las prácticas praeter legem-de la Administración*”²⁰¹.

En sentido similar, Adolfo Merkl plantea que la ley entendida en sentido formal tiene preeminencia sobre la costumbre, la cual posee el carácter de una ley material, pero no de una ley formal²⁰².

Según el autor, en los Estados modernos, la costumbre tiene el carácter de fuente jurídica subordinada a la ley. El derecho consuetudinario suple un vacío que tácitamente la ley deja libre y resuelve una cuestión jurídica que tácitamente había sido resuelta por la ley. Frente a la teoría de que la costumbre es una fuente jurídico administrativa, que no es la dominante, está la posición de que el derecho consuetudinario no tiene cabida en la Administración²⁰³.

Compartimos este último postulado, según el cual la costumbre no constituye una fuente de derecho en la aplicación del Derecho Administrativo, en tanto, disminuiría la seguridad jurídica, y sería contrario al principio de Legalidad y la estructura de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por ello creemos que, en suma, la fuente aplicada por excelencia en el Derecho Administrativo y específicamente en el Procedimiento Administrativo, es la ley en sentido material, pues ya sea que se aplique una práctica discrecional de la Administración para la solución de problemas cotidianos, esta siempre deberá estar orientada por los principios rectores de la Constitución y la ley.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Granada, editorial Comares, S.L., 2004, página 135.

²⁰³ MERKL, Adolfo, *Op. cit.*, página 136.

En la teoría de las fuentes jurídicas se encuentra el término *usos*, entendidos como aquellas normas jurídicas aplicadas constantemente dentro de un determinado círculo de interesados en virtud del convencimiento de su obligatoriedad jurídica y bajo la previa aprobación, por lo menos tácita del legislador. Se diferencian de la costumbre por la autoridad que instituye la norma²⁰⁴.

Así, tenemos que la práctica administrativa es un tipo de costumbre, consistente en reglas formadas en el uso continuado y conducta constante de la autoridad administrativa, que influye en lo sucesivo en la toma de decisiones de las autoridades.

La construcción de las prácticas administrativas encuentra su origen en que el ejercicio de las autoridades, especialmente las superiores, puede influir sobre la práctica administrativa en tal forma y condicionar en tal grado a las autoridades ocupadas con las mismas cuestiones, que pudiera hacer creer en la aplicación de una norma legal completa²⁰⁵.

Para el caso concreto se aplica una práctica reiterada, en virtud del principio “*Prima in tempo prima in iure*”, para el cual no se encuentra sustento legal expreso cuando la segunda *solicitud de Concesión Portuaria* no se ha presentado dentro del término del artículo 10 del Estatuto Portuario.

Ahora bien, en la doctrina nacional Santofimio atribuye al procedimiento administrativo tres características básicas que lo particularizan y lo diferencian de los procedimientos judiciales: *la primera*, no ser en exceso rituado²⁰⁶, *la segunda*, que el período probatorio coincide en la práctica con la totalidad de la actuación, y *la tercera*, que en cumplimiento del debido proceso admite la necesaria

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ MERKEL, Adolfo, Op. cit., página 139, pareciera que este efecto ocurre en la situación planteada.

²⁰⁶ El tratadista Juan Carlos CASSAGNE en su obra Derecho Administrativo, se refiere al principio de “*informalismo*” el cual: “(...) se concibe siempre a favor del administrado-tiende a que éste pueda lograr, superando los inconvenientes de índole formal, el dictado de una decisión legítima sobre el fondo del asunto, que plantea o peticiona ante la Administración.”. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 9^a. Edición. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2009. página 673.

intervención de terceros determinados, indeterminados, y obligatorios en la actuación administrativa²⁰⁷. En igual sentido, se pronuncian autores como Jaime Vidal Perdomo²⁰⁸.

De las características mencionadas por este mismo autor, resultan pertinentes las siguientes consideraciones en torno a la aplicación de la costumbre como fuente de del procedimiento administrativo: en relación con el carácter no rituado en exceso, podría ser uno de los argumentos para sostener que la solución al problema jurídico planteado permite apelar consuetudinariamente al aforismo de “*prima in tempo prima in iure*”, sin embargo, no debe olvidarse que la costumbre *per se* no es una fuente vinculante en el Derecho Administrativo²⁰⁹.

De acuerdo con lo anterior, insistimos que no es suficiente la normatividad existente para solucionar la situación planteada en el problema jurídico, pues ni el Estatuto Portuario ni su decreto reglamentario la prevén y la costumbre no la vemos como una alternativa para dar una solución al problema señalado.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime, Op. cit, páginas 529 y ss.

²⁰⁹ Al respecto Rafael ENTRENA CUESTA, en su obra Curso de Derecho Administrativo, página 129, discrepa de la posibilidad de acudir en el derecho español a las *prácticas administrativas* como fuente subsidiaria del Derecho Administrativo, situación que afirma ha sido mantenida por el Tribunal Supremo Español, por cuanto “la práctica administrativa preter legem (...) sólo puede darse, por su propia esencia a falta de ley. Ahora bien, al no existir una ley que regule la actividad de la Administración, ésta dispondrá de facultades discrecionales, por lo que en cada momento, independientemente de cómo se comportase con anterioridad, podrá actuar de la forma que juzgue más conveniente para satisfacer el interés público.”.

Similar postura adopta el tratadista Ramón Parada, quien expresa: “De otro lado, en la problemática consuetudinaria del Derecho Administrativo incide directamente la cuestión del valor de las prácticas y precedentes administrativos. La práctica supone una reiteración en la aplicación de un determinado criterio en varios casos anteriores, mientras que el precedente puede ser simplemente la forma en que se resolvió con anterioridad su (sic) único asunto, análogo a otro pendiente de resolución. En todo caso, las prácticas y los precedentes se distinguen de la costumbre en que: a) se trata de reglas deducidas del comportamiento de la Administración sin intervención de los administrados, cuya conducta aquí es irrelevante; b) la práctica o el precedente no tienen por qué estar avalados como la costumbre por un cierto grado de reiteración o antigüedad, bastando como se dijo, un solo comportamiento en el caso del precedente (...)”. PARADA Ramón, Derecho Administrativo I, Parte General, Duodécima edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2000, páginas 76 y 77. En el mismo sentido se pronuncian L. PAREJO, Alfonso, A. JIMÉNEZ BLANCO, L. ORTEGA ÁLVAREZ, en la obra Manual de Derecho Administrativo, editorial Ariel Barcelona, 3ª edición, página 172.

3.3.3. *La Jurisprudencia*

Entendida como el conjunto de pronunciamientos emitidos por las autoridades jurisdiccionales, orientan también la aplicación del Derecho y el manejo de las situaciones cotidianas y casos concretos que pueden presentarse en la aplicación de las normas.

Aunque la jurisprudencia cobra mayor importancia en los países pertenecientes al sistema jurídico anglosajón²¹⁰, es innegable que en nuestro sistema funciona como una fuente más, como herramienta accesoria a la ley, para guiar la aplicación de las normas en casos concretos, siguiendo el criterio trazado por los órganos jurisdiccionales.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina, como fuentes generales del Derecho, tienen aplicabilidad en el Derecho Administrativo²¹¹.

En el caso del Derecho Administrativo, los lineamientos jurisprudenciales de mayor jerarquía son elaborados por el Consejo de Estado, bien sea, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con sus diferentes Secciones y Subsecciones. Sin embargo, hoy por hoy, es escasa o mejor, nula o inexistente, la jurisprudencia que dé una solución a la problemática señalada.

-Del antecedente jurisprudencial para el caso planteado.

Para la situación objeto de estudio en la investigación, sólo se ha presentado un caso en la entidad administradora de los proyectos de concesión portuaria, razón por la cual nos referiremos a dicho antecedente administrativo. Adicionalmente, dentro de dicho trámite existió un pronunciamiento judicial, que si bien no está referido directamente al planteamiento de la investigación, guarda relación con el tema.

²¹⁰ Cfr. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho, Bogotá, editorial Temis S.A., 1996, página 168.

²¹¹ MERKL, Adolfo. Op. cit, página 129.

Es por ello que utilizamos el término antecedente en tanto no ha existido un precedente administrativo o línea de pronunciamientos en el mismo sentido, que le permitan al servidor público adoptar una decisión en determinado caso, apelando, entre otros argumentos, a dichos pronunciamientos., motivo por el cual se aborda el tema de investigación dentro de un posible escenario de riesgos.

Por las razones anteriores, tampoco consideramos acertado hablar de precedente jurisprudencial sobre el tema tratado en este trabajo, en tanto no ha habido una línea jurisprudencial al respecto.

El Consejo de Estado, en sentencia de 7 de octubre de 2010²¹², desató la impugnación interpuesta por la sociedad portuaria Delta del Río Dagua S.A. contra la sentencia de 23 de julio de 2010, proferida por la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, providencia que negó el amparo deprecado por el peticionario contra el Ministerio de Transporte y el entonces Instituto Nacional de Concesiones, INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, revocando el fallo de primera instancia, y, en su lugar concediendo el amparo de tutela.

El caso

1. La sociedad portuaria A²¹³ presentó el 16 de abril de 2007 ante el entonces Instituto Nacional de Concesiones, INCO, solicitud de concesión portuaria por 30 años, para un puerto de servicio público y el manejo de carga general.
2. La entidad evaluó la solicitud y emitió los conceptos correspondientes sobre la conformación de la misma, manifestando que técnica y financieramente estaba bien conformada²¹⁴.

²¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de octubre de 2010. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Ref. expediente No. 2010-01958-01. Actor: Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S.A. Acción de Tutela

²¹³ Para efectos académicos se omiten los nombres y/o denominaciones sociales de las personas jurídicas relacionadas con el trámite.

El concepto jurídico expresó:

“La petición no se encuentra incurso en causal de rechazo, siempre y cuando la evaluación técnica desvirtúe y certifique que los avisos precisan la ubicación, linderos y extensión del terreno que pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio y si se publico (sic) en forma general el proyecto señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación y los volúmenes y clase de carga que se destinará. 2. La petición está incompleta, por lo tanto la petición no se encuentra debidamente conformada (...) por esta razón de manera respetuosa le recomiendo que se solicite al peticionario la siguiente información: 1. Documento expedido por la Junta Directiva de la Sociedad que autorice al Gerente para presentar la petición de concesión portuaria, es claro que según el certificado de existencia y representación legal, el Gerente aún para tramitar los actos simplemente preparatorios requiere dicha autorización. 2. Acreditar la disponibilidad de los terrenos adyacentes y/o la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión, pues es esta una condición de la esencia del contrato y su plazo.”²¹⁵.

3. La Sociedad portuaria B presentó el 20 de junio de 2007, esto es, siete (7) meses después de la fecha de la última publicación²¹⁶ del peticionario “*petición de improcedencia*” de la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad portuaria A, fundamentándose en razones de índole técnico²¹⁷.
4. La Sociedad portuaria B expresó su posición mediante comunicaciones de 26 de septiembre y 15 de noviembre de 2007.
5. El entonces Instituto Nacional de Concesiones, INCO, se pronunció respecto de la solicitud de improcedencia concluyendo:

“(…) –En los archivos del INCO no se tienen antecedentes de solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S.A., o que se hayan solicitado en concesión los mismos bienes de uso público dentro de la zona portuaria de Buenaventura, por ello no se tienen antecedentes que nos permitan confrontar la solicitud presentada por la

²¹⁴ Comunicación interna No. 2135 de 11 de julio de 2007

²¹⁵ Resolución No. 065 de 29 de enero de 2009 “Por medio de la cual se resuelve una petición de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA DE OCCIDENTE S.A.-SPO”, páginas 1 y 2.

²¹⁶ El último aviso fue publicado el 17 de noviembre de 2006.

²¹⁷ La Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S.A. presentó el 22 de abril de 2008 solicitud formal de concesión portuaria ante el entonces INCO, sobre la misma zona de uso público solicitada por la Sociedad Portuaria de Occidente S.A.

Sociedad portuaria A, en especial una verificación de si las áreas solicitadas en concesión ya hubiesen sido solicitados por otra Sociedad (...)

6. El INCO mediante la Resolución No. 166 de 14 de abril de 2008 convocó a Audiencia Pública para la divulgación del proyecto presentado por la Sociedad portuaria A.
7. El INCO mediante la Resolución No. 065 de 29 de enero de 2009, “*rechazó*” la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad portuaria A. En el texto de la resolución se afirma:

“(…) como de las manifestaciones expresadas por las dos sociedades portuarias se observa que hay un conflicto entre las dos solicitudes, *teniendo en cuenta que las dos están solicitando la misma área, comparte esta Entidad que la Sociedad Portuaria de Occidente tiene prelación en la decisión del trámite, o dicho de otra forma debe resolverse primero aplicando el principio general de derecho que trae a colación la apoderada de dicha sociedad en el sentido que (sic) “primero en el tiempo, primero en el derecho” (...)*”²¹⁸. (Cursiva por fuera del texto original).

En relación con el antecedente anterior y el texto transcrito parcialmente del acto administrativo por medio del cual se resolvió la solicitud de concesión portuaria de la Sociedad portuaria A, se hacen los siguientes comentarios:

-Se concluye que la posición adoptada por la entidad en su momento fue resolver de manera prioritaria la solicitud de aquella sociedad portuaria que radicó en primer lugar la petición, apelando al aforismo de “*primero en el tiempo, primero en el derecho*”, postura de la cual nos apartamos por cuanto en nuestro sentir ello va en contravía de los principios de la *transparencia* y la *selección objetiva* en la contratación estatal, pues implica presuponer de antemano que todo aquel que radique una petición con posterioridad a la primera debe descartarse, lo que a

²¹⁸ Resolución No. 065 de 29 de enero de 2009 “Por medio de la cual se resuelve una petición de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA DE OCCIDENTE S.A.-SPO”, página 27. El texto de la resolución aclara que: “(…) argumenta la Sociedad Portuaria de Occidente S.A. – SPO que la condición de primer solicitante debe considerarse razón suficiente para justificar el rechazo de la solicitud que presento (sic) la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua, interpretación que no comparte, ni aplicara (sic) el Inco por varias razones, una de ellas y la más importante es que las causales de rechazo previstas en el trámite de solicitud de concesión portuaria, están taxativamente indicadas en el Decreto 838 de 1992 (...)”.

todas luces resultaría absurdo, en tanto no se analizaría la conveniencia y viabilidad de otros proyectos diferentes al primero.

Nótese como *a contrario sensu*, la Ley 1508 prevé un mecanismo diferente para aquellos casos en que un tercero manifieste su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el “*originador*” del proyecto²¹⁹.

-No es apropiado el término “rechazar” utilizado en el acto administrativo. No lo es por cuanto el término para rechazar una solicitud de concesión portuaria, que preveía el Decreto 838 de 1992, aplicable para la época al caso, había precluido en el caso concreto, en tanto corresponde a una decisión propia de la primera etapa del trámite, esto es, la de revisión de conformación de la solicitud, no la de decisión de fondo. Por ello, sostenemos que por haberse configurado una causal de rechazo, y haber continuado el trámite hasta el momento de resolver la solicitud, debió haberse negado por ser contraria a la ley, y dicha contrariedad consistía precisamente en la configuración de la causal de rechazo que en su momento no fue advertida.

3.3.4. *La Doctrina*

Por doctrina se entiende el conjunto de teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas, que contribuyen a la interpretación del derecho positivo y orientan su aplicación²²⁰.

²¹⁹ En este punto debe tenerse en cuenta el condicionamiento que consagra el estatuto en el párrafo primero del artículo 3 para acceder por la vía de la APP a los contratos de concesión, en cuanto a que el monto de la inversión sea superior a seis mil (6000) salarios mínimos mensuales vigentes, y que el párrafo 2º del artículo dispone que aquellos sectores para los cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, como es el caso del portuario, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

²²⁰ Cfr. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Op. cit, página 167.

El uso de la doctrina como fuente del derecho complementa el contenido de las normas, en cuanto a la interpretación y los aportes de los tratadistas para la aplicación del derecho.

Al respecto afirma García Maynez que: *“se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación.”*²²¹.

Así, pues, consideramos a la doctrina como un elemento de gran utilidad en el estudio y la aplicación del Derecho, que como lo afirma García Maynez, en algunos casos sistematiza los preceptos y en otros interpreta las normas y señala reglas para su aplicación.

Igualmente, la doctrina nacional en materia jurídica portuaria, es escasa. Si bien existen compilaciones, investigaciones e informes nacionales e internacionales, en su gran mayoría se refieren a aspectos técnicos y logísticos; vacío doctrinario que igualmente no deja sin una posible orientación para resolver el problema jurídico expuesto en este estudio.

3.3.5. Principios generales del Derecho

Son criterios auxiliares de la *actividad judicial*, que por su contenido axiológico, permiten fundamentar las decisiones cuando no exista una disposición expresa que sea aplicable al caso concreto, facilitando la existencia y aplicabilidad de un sistema jurídico integral²²².

²²¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. La definición del Derecho, México, 1948, página 68, en MONROY CABRA, Marco Gerardo. Op. cit, página 167.

²²² La Carta Política de 1991, en el artículo 230 consagra: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”. Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-079 de 28 de febrero y C-083 de 1º de marzo de 1995, Magistrados Ponentes: Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz, respectivamente.

El carácter subsidiario de los principios generales, deriva de aquellos casos en los cuales no hayan sido elevados a la categoría de norma, esto es, positivizados. En todo caso, consideramos que los principios generales del Derecho deberán ser tenidos en cuenta al momento de la adopción de las decisiones de la Administración, evitando así que los actos administrativos estén incursos en eventuales causales de anulación²²³.

En el caso que nos ocupa, si bien, las soluciones propuestas se encuentran en la ley, no desconocemos que cualquiera sea la solución que se adopte, los principios generales del Derecho deberán orientar las actuaciones de la Administración.

3.4. La suspensión de las actuaciones administrativas

La finalidad de las actuaciones administrativas es la producción de una decisión de fondo con una adecuada motivación fáctica ajustada al bloque de legalidad. Esto se logra a través de la expedición del acto administrativo con el cual finaliza el procedimiento, y el cual deberá resolver de fondo para el caso concreto la *solicitud de Concesión Portuaria* otorgando o negando el contrato solicitado.

En el desarrollo del trámite administrativo puede ocurrir que la Administración considere necesaria la práctica de pruebas para sustentar la decisión por carecer de los elementos necesarios para ello. En este evento debe acudir al decreto y práctica de pruebas en los términos previstos la legislación.

Sin embargo, en algunos casos la decisión que debe adoptar la Administración puede depender del pronunciamiento de otra actuación administrativa o aún de un pronunciamiento judicial, evento en el cual, compartimos el planteamiento de

²²³ Al respecto ENTRENA CUESTA afirma: "(...) e) Ello da idea de la extraordinaria fertilidad del empleo de los principios generales del Derecho como técnica para controlar la discrecionalidad de la Administración: por mucha que sea la esfera dejada a la discrecionalidad administrativa, se admite hoy que los principios generales del Derecho constituyen, en todo caso, un aspecto reglado de aquella, por lo que su inobservancia acarreará la invalidez del acto que los infringe (...)". ENTRENA CUESTA, Rafael. Op. cit., Curso de Derecho Administrativo, Vol I: concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa. 10ª edición. Madrid, editorial Tecnos S.A., 1994. Página 131.

Santofimio de suspender temporalmente la actuación administrativa hasta que se *produzca la decisión que le permita adoptar y sustentar su decisión*²²⁴.

Lo anterior obedece a la aplicación de la figura de la Prejudicialidad en las actuaciones administrativas, situación que está prevista como causal de suspensión en el procedimiento civil.

Ahora bien, cuando se tramitan dos solicitudes de concesión portuaria sobre la misma zona geográfica, y la segunda de ellas se presenta por fuera del término previsto para la propuesta alternativa, la suspensión del trámite inicial podría pensarse como una herramienta que permita solucionar la dificultad. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico no está contemplada la figura como tal para las actuaciones administrativas.

Si bien, el Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, remite en algunas de sus disposiciones de manera expresa al Código de Procedimiento Civil, dichas normas son aplicables al proceso contencioso administrativo, esto es, en sede judicial, mas no en sede administrativa. Lo anterior indica que en algunos eventos y de acuerdo con el ordenamiento vigente, los debates judiciales en sede contencioso administrativa pueden estar sujetos a la decisión que se adopte en sede administrativa, es decir, la llamada Prejudicialidad Administrativa, mas no en el caso planteado, por las siguientes razones: a) porque se trata de una actuación administrativa y no en sede judicial; b) porque *stricto sensu* no existen dos actuaciones de una de las cuales dependa la otra, o mejor, no se configura una correlación de dependencia entre las dos actuaciones, sino dos actuaciones en diferentes etapas que persiguen el mismo objetivo, esto es, el otorgamiento del contrato; c) porque se pretende garantizar la selección objetiva del contratista y la igualdad de los peticionarios; d) porque ello generaría un costo en el tiempo, en tanto, lo que se pretende es tramitar las actuaciones de manera conjunta en lugar

²²⁴ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Op. cit, página 243.

de paralizarlas; e) porque la figura no está contemplada legalmente para las actuaciones administrativas y, los funcionarios públicos para el ejercicio de sus funciones están sujetos a las disposiciones legales en materia de competencias.

Adicionalmente resulta difícil encuadrar la causal por la cual se suspendería el primer trámite, ya que de acudir a la analogía, la situación objeto de estudio no encuadra en las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para su aplicación²²⁵.

Por esta razón encontramos débil el sustento jurídico para acudir al mecanismo en el caso planteado, aunque consideramos que resulta loable suspender o detener la primera actuación, en tanto busca impedir su avance en detrimento del segundo petionario, con el objetivo de que los dos solicitantes estén en iguales condiciones, para que la Administración pueda optar, con base en criterios objetivos, por el mejor proyecto.

3.4.1. ¿Es posible la suspensión del proceso de concesión portuaria?

Como ya lo afirmamos, la suspensión de los procesos, es una figura jurídica que se aplica dentro del procedimiento civil, básicamente en aquellos casos en que se configura la prejudicialidad, esto es, cuando la decisión depende o está íntimamente ligada a la decisión que se profiera en otro debate judicial.

²²⁵ Código de Procedimiento Civil, artículo 170: “El juez decretará la suspensión del proceso: 1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste. 2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley. No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá por que exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción. 3. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda (...) También se suspenderá el trámite principal del proceso en los casos previstos en este Código, sin necesidad de decreto del juez.”

Para el caso de las actuaciones administrativas, la figura de la prejudicialidad, cuya consecuencia es la suspensión del proceso judicial, no está prevista en el ordenamiento jurídico para las actuaciones administrativas.

Creemos que por economía procesal, y en aras de garantizar la selección objetiva del contratista, deben conjugarse las dos solicitudes en el caso propuesto y continuar con un solo trámite en el que compitan los dos o más solicitantes que hayan manifestado su interés en desarrollar un proyecto portuario.

Para aplicar la suspensión del proceso administrativo de solicitudes de concesión portuaria, encontramos las siguientes dificultades: a) la figura no está prevista legalmente para el caso de las actuaciones administrativas, esto es, no está prevista para aplicarla a este tipo de procedimientos, mas sí para la vía judicial, o sea el proceso contencioso administrativo, escenario diferente al que se analiza en este trabajo; b) el ejercicio de la función administrativa está sujeto a las competencias legalmente atribuidas, lo que restringe la posibilidad de aplicar la figura por parte del servidor público a las actuaciones administrativas portuarias, en tanto las competencias están sujetas al marco legal; c) en gracia de discusión, si en virtud de la analogía se aplicara la figura, la situación planteada en la investigación no encuadraría en ninguna de las causales establecidas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Es así como la suspensión del proceso de *solicitud de Concesión Portuaria*, no resulta aplicable en aquellos casos en los que se presenta el evento propuesto. Por ello como solución se propone adelantar un proceso de licitación para el otorgamiento del contrato de Concesión Portuaria, lo cual garantiza la escogencia de manera objetiva, sin que se configuren restricciones para la participación de otros proponentes.

4. Propuesta jurídica para resolver la problemática planteada

Actualmente y como hemos anotado en varios párrafos a lo largo de esta investigación, la manera como la Administración solucionó el antecedente expuesto en relación con el problema jurídico objeto de estudio –pero de la que no estamos convencidos por lo igualmente expuesto antes-, es la del antiguo aforismo *Prima in tempore prima in Iure*.

Por ello, con el desarrollo de esta esta investigación, creemos que hemos encontrado dos mecanismos que pueden orientar la solución al problema planteado desde el punto de vista jurídico, una primera que permita responder de manera inmediata a la situación a través de *la Acumulación de Expedientes* y otra como una solución de carácter mediato a más largo plazo, que consideramos está referida a la *reforma legal del Estatuto Portuario* en la cual se incluyen los puntos que consideramos deben ser modificados. Pero una y otra sustentadas en el Principio de Selección Objetiva.

4.1. El principio de selección objetiva en las solicitudes de Concesión Portuaria: El fundamento que justifica las dos soluciones jurídicas que se proponen

En relación con el principio de Selección Objetiva, la Ley 1150 de 2007 establece:

(...) Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios (...)²²⁶

Así, pues, la escogencia del concesionario, debe responder a criterios y parámetros objetivos y el contrato deberá otorgarse al ofrecimiento más favorable para la entidad y para el cumplimiento de los fines del Estado. Llamamos la atención sobre

²²⁶ Artículo 5.

el texto de la norma transcrita al referirse a los pliegos de condiciones o “*sus equivalentes*”.

En la acumulación de expedientes no debe dejarse a un lado la aplicación de este principio, pues el mismo resulta de mucha importancia por cuanto la actividad portuaria es de interés público. Teniendo en cuenta que el instrumento por medio del cual el Estado atribuye al particular la ejecución de la actividad portuaria es el contrato de Concesión, en virtud del cual se permite la participación del sector privado en la ejecución de actividades propias del Estado, su otorgamiento debe estar precedido un proceso de selección basado en criterios objetivos y ajenos a cualquier tipo de consideración subjetiva o valoración sin sustento legal, y otorgarse a quien garantice las mejores condiciones para su ejercicio y la óptima calidad en el desarrollo del mismo²²⁷. Sólo así se garantizarán los principios de la contratación estatal y la motivación del acto administrativo como elemento constitutivo de la decisión de la Administración.

En cuanto a la solución mediata o probable reforma al Estatuto Portuario, consideramos que debe centrarse en adoptar como mecanismo jurídico para la selección del contratista, la *Oferta Oficiosa*. En otras palabras, la figura que está contemplada de manera excepcional en el estatuto, debe ser la regla general.

Insistimos en que el mecanismo jurídico idóneo para el otorgamiento del contrato de Concesión Portuaria es la *Oferta Oficiosa*, previsto en la Ley 1^a para casos excepcionales cuando el Estado lo considere pertinente o en su defecto la *Licitación Pública*, por cuanto el derecho de petición, si bien, es un derecho político de participación, restringe y reduce la posibilidad de que la Administración escoja entre múltiples propuestas presentadas simultáneamente.

²²⁷ “(...) Desde una óptica política, el partenariado público-privado es una nueva forma de actuación económico-social de la Administración, que puede ser clasificada como instrumento de participación democrática en los procesos de toma de decisiones y en la gestión de la función pública (...)”. URUETA ROJAS, Juan Manuel, Op. cit, página 430.

Lo anterior encuentra sustento en que una vez radicada la *solicitud de Concesión Portuaria* en virtud del Derecho de petición, sólo los terceros que intervengan como proponentes alternativos en los términos perentorios del artículo 10° de la Ley 1ª, podrían eventualmente competir con el peticionario, lo cual a todas luces es restrictivo. A *contrario sensu* la *Oferta Oficiosa* o la *Licitación Pública*, permiten la comparecencia de varios proponentes con pluralidad de ofertas o proyectos a desarrollar y, por ende, facilitan la selección objetiva del concesionario.

Al tratar este tema partimos de la siguiente premisa: la concesión portuaria, definida legalmente como un “*contrato administrativo*” hoy *contrato estatal* que de manera particular está precedido de un trámite administrativo, cuya fuente es el derecho de petición, implica la aplicación del principio de *selección objetiva*, para garantizar la efectividad de los fines esenciales consagrados en la Constitución Política de 1991, de los principios orientadores de la legislación portuaria y de la buena marcha de la actividad portuaria. Es decir, por tratarse de un contrato estatal, consideramos que la selección del contratista debe estar orientada por los mismos principios que dirigen la contratación estatal en todas sus modalidades.

Encontramos el sustento para aplicar estos mecanismos en el principio de la Igualdad dentro de la contratación estatal entendido como la garantía que debe otorgar el Estado a quienes muestren interés para presentar un propuesta u oferta de un bien o servicio con reglas de selección objetiva que garanticen la inexistencia de privilegios o tratos desiguales entre los participantes²²⁸.

Aunado al principio de Igualdad consideramos que la Imparcialidad fundamenta igualmente la utilización de los mecanismos propuestos para la selección del contratista, entendida esta última como la garantía para los proponentes de la inexistencia de un trato desigual, esto es, la ausencia de tratos desiguales o privilegios para algunos de los participantes en el proceso de selección del contratista²²⁹.

²²⁸ Cfr. MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Op. cit, página 62.

²²⁹ *Ibidem*, página 64.

Ahora bien, en la actualidad, esto es, aplicando la regla general, cuando se adelanta una *solicitud de Concesión Portuaria* en ejercicio del derecho de petición particular, creemos que pueden configurarse cuatro situaciones:

a) Un solo peticionario (proponente), evento en el cual, será la discrecionalidad de la Administración el criterio para decidir. Huelga decir que en estos casos, como lo manifestamos en el acápite de las fuentes del Derecho, los principios generales y constitucionales jugarán un papel importante como marco general al cual deberá sujetarse la Administración para evitar extralimitaciones en el ejercicio de sus competencias;

b) Varios peticionarios, entre los cuales comparecen terceros presentando propuestas alternativas, caso en el cual, será nuevamente la discrecionalidad de la Administración la que fundamente la decisión, reiterándose que debe estar sujeta siempre a los principios constitucionales y legales tanto del Estatuto Portuario como de la Contratación estatal, en consonancia con el principio de Imparcialidad en las actuaciones administrativas. Lo anterior sin perjuicio de los lineamientos de la política portuaria y de la solidez y viabilidad técnica, financiera y legal de la solicitud;

c) Varios peticionarios, pero sin que concurren dentro de los términos legales para que su intervención sea tramitada como una propuesta alternativa, situación que encuadra en la planteada en el problema de investigación. En este caso, creemos que debe acudirse a la *Oferta Oficiosa* para garantizar una efectiva selección objetiva; y

d) Varios proponentes como consecuencia de una *Oferta Oficiosa*, evento en el cual se observa más claramente la aplicación del principio de selección objetiva de los contratistas y por ende de imparcialidad e igualdad en las actuaciones administrativas, y que en nuestro criterio debe ser la regla general para el otorgamiento de las concesiones portuarias.

En el caso portuario, y atendiendo a nuestra propuesta de acudir a la Oferta Oficiosa o a la Licitación Pública, es necesario hacer la diferenciación dependiendo del mecanismo que se adopte, esto es, si se aplica la *Oferta Oficiosa* o si por el contrario se utiliza la *Licitación Pública*²³⁰, figuras diferentes pero que a la postre pretenden seleccionar objetivamente al contratista.

Teniendo en cuenta que la *Oferta Oficiosa*, está contemplada en la Ley 1ª, creeríamos que debe aplicarse en primera instancia, sin perjuicio de aplicar la *Licitación Pública* que consideramos cumpliría la misma función.

En el primer caso, esto es, para la *Oferta Oficiosa* consideramos que el equivalente al Pliego de Condiciones que se estructura para la adjudicación de los contratos estatales, es el acto administrativo²³¹ que señala los términos en los cuales se ofrece u *oferta oficiosamente*²³² una zona de uso público para el desarrollo de un proyecto portuario.

En cuanto a la Licitación Pública, deberá entonces estructurarse un Pliego de Condiciones diseñado especialmente para el proceso de contratación respectivo sujeto a las disposiciones legales vigentes.

La Administración debe ser especialmente juiciosa y celosa en el análisis de las solicitudes de concesión portuaria para determinar la viabilidad y la favorabilidad del proyecto para los fines e intereses del Estado, y, en consecuencia, optar fundamentándose en criterios objetivos por una de las peticiones, en aquellos casos en los que exista pluralidad de solicitantes, así como sustentar objetivamente la escogencia del proyecto seleccionado.

²³⁰ Concurso de Méritos

²³¹ Ley 1ª artículo 13

²³² Insistimos en que las concesiones portuarias pueden otorgarse como consecuencia del ejercicio del derecho de petición en interés particular o de la oferta oficiosa que realiza el Estado.

Sobre este punto es importante tener en cuenta que el nuevo decreto reglamentario, no contempla causales de rechazo de las solicitudes de concesión portuaria, como sí lo consagraba el Decreto 838 de 1992, por ello el mecanismo para no tramitar una *solicitud de Concesión Portuaria* es el archivo de la petición, el cual se producirá en los eventos consagrados en el artículo 10° del Decreto 4735 de 2009. De otra parte, no debemos olvidar que la causa de estos trámites es el ejercicio del derecho de petición. Por ello, creemos que la consecuencia legal cuando una solicitud de este tipo no se resuelva en los términos legales, es la configuración del silencio administrativo negativo.

Asimismo consideramos que el principio de Selección Objetiva se materializa con más facilidad y cumple mejor su cometido cuando la concesión portuaria se otorga dentro de una *Oferta Oficiosa*. A *contrario sensu* dentro del trámite del derecho de petición no se ve tan clara porque en nuestro criterio el trámite es restrictivo y puede facilitar la monopolización de la actividad portuaria, por ello insistimos en que la *Oferta Oficiosa* debe ser el mecanismo utilizado por regla general para la selección del contratista y el otorgamiento del contrato de concesión portuaria, que en sus efectos se asemeja a la *Licitación Pública*.

Hemos insistido en que el mecanismo jurídico idóneo para el otorgamiento del contrato de Concesión Portuaria es la *Oferta Oficiosa*, previsto en la Ley 1ª para casos excepcionales cuando el Estado lo considere prudente, que produce efectos similares a los de la *Licitación Pública*, puesto que como hemos visto el derecho de petición, si bien, es un derecho político de participación, restringe y reduce la posibilidad de que el Estado escoja entre múltiples propuestas presentadas simultáneamente.

Lo anterior encuentra sustento en que una vez radicada la *solicitud de Concesión Portuaria* en virtud del Derecho de petición, sólo los terceros que intervengan como proponentes alternativos en los términos perentorios del artículo 10° de la Ley 1ª podrían eventualmente competir con el peticionario, es decir, resulta

restrictivo, a *contrario sensu* la *Oferta Oficiosa*, permite la comparecencia de varios proponentes y, por ende, facilita la selección objetiva del concesionario.

4.2. La acumulación de expedientes

En cuanto a la primera opción para solucionar la situación planteada, consideramos que el instrumento que permite garantizar los principios orientadores de la contratación estatal y del procedimiento administrativo, está en la *acumulación de expedientes* prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo que permite evitar a la Administración decisiones contradictorias.

El sustento para acudir a este mecanismo, lo hallamos en que las solicitudes de concesión portuaria se relacionan con la misma área geográfica y se tramitan por la misma autoridad.

El artículo 36 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone: “*Los documentos y diligencias relacionados con una misma actuación se organizarán en un solo expediente, al cual se acumularán, con el fin de evitar decisiones contradictorias, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad (...)*”.

La norma transcrita en aplicación del principio de economía procesal y celeridad, pretende unificar la decisión que se profiera dentro de la actuación administrativa, dándole coherencia al procedimiento y unidad de criterio a las decisiones cuando se debaten en sede administrativa situaciones que tienen aspectos en común, esto es, relacionadas con una misma situación, como ocurre en el caso en el que uno o más sujetos solicitan la misma área geográfica en concesión portuaria.

El mecanismo que proponemos utilizar permite aplicar los principios orientadores del procedimiento administrativo como exponemos a continuación:

a) Debido proceso, por cuanto, se garantiza la comparecencia de terceros legitimados en cuanto tienen interés directo en la decisión que se adopte, los cuales tendrán la oportunidad de ejercer su derecho a controvertir las actuaciones adelantadas. Enfatizamos en este aspecto, precisando que en nuestro criterio, y partiendo de la premisa de que se ha llevado a cabo la audiencia pública de presentación del proyecto portuario, en virtud de este principio, es necesario celebrar nuevamente la diligencia por cuanto sólo así es posible garantizar la transparencia del trámite, e insistimos, la selección objetiva del futuro contratista.

b) Igualdad, en cuanto se está dando el mismo tratamiento a todos los intervinientes, y se garantiza mayor posibilidad de que exista una decisión debidamente motivada, objetiva y coherente con los presupuestos fácticos, en tanto se analizan las propuestas diferentes a la del primer peticionario en el tiempo, sin acudir al aforismo de “*prima in tempore, prima in iure*”, que en nuestro sentir no garantiza la transparencia del trámite.

c) Imparcialidad, debido a que la decisión de la administración tendrá mayor número de posibilidades de ser objetiva y no obedecer a criterios subjetivos. En efecto, garantizar la comparecencia de terceros a un trámite iniciado por un peticionario permite que el Estado pueda escoger entre varias propuestas aquella que más se ajuste a los intereses de la colectividad y al cumplimiento de los cometidos estatales.

d) Buena fe, en tanto partimos de la base de que los terceros solicitantes, actúan conforme a este principio, sin el ánimo de obstruir el desarrollo de los trámites y buscando la escogencia de la mejor propuesta para el Estado.

e) Moralidad, ya que, acumulando las actuaciones se pretende actuar de manera transparente y objetiva, sin adoptar criterios subjetivos contrarios a los principios y fines estatales.

f) Participación, enfocado a garantizar la comparecencia de los ciudadanos en los trámites de solicitud de concesiones portuarias, permitiendo una mejor escogencia del concesionario.

g) Responsabilidad, debido a que los funcionarios del Estado están sometidos al artículo 90 de la Carta Política, en virtud del cual la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones genera consecuencias de tipo patrimonial.

h) Transparencia, ya que la actuación administrativa debe ser de conocimiento público, salvo aquellos casos expresos que tienen reserva legal. En este caso, la publicidad del trámite y por ende su transparencia se materializa con la audiencia pública.

i) Publicidad, por cuanto, la acumulación de las actuaciones conlleva dar a conocer la existencia de terceros legitimados e interesados en el procedimiento de *solicitud de Concesión Portuaria*.

j) Coordinación, en el sentido de que las autoridades deben estar coordinadas y ser coherentes en sus pronunciamientos al acumular nuevos trámites, *maxime* cuando consideramos debe realizarse nuevamente la audiencia pública.

k) Eficacia, por cuanto acumular las actuaciones es una remoción de un obstáculo formal, al dar prevalencia a la existencia de múltiples propuestas entre las cuales puede la Administración escoger aquella que mejor se ajuste a sus fines y cometidos.

l) Economía, la acumulación es una clara aplicación de este principio, por cuanto permite hacer un uso óptimo del tiempo, evitando decisiones contradictorias e incoherentes.

m) Celeridad, por cuanto la acumulación de las actuaciones permite adelantar de la manera más célere posible el procedimiento previsto para tal efecto, por cuanto

agiliza el procedimiento y permite adoptar una decisión conjunta para todos los trámites.

Así, encontramos en la *Acumulación de Expedientes* un primer mecanismo para responder de manera inmediata a la situación objeto de estudio, sin embargo, creemos que la dificultad amerita una solución más profunda y definitiva que debe consistir en una *reforma al Estatuto Portuario* como a continuación expondremos.

4.3. Propuesta de reforma al Estatuto Portuario

Para el efecto, proponemos la reforma al Estatuto Portuario sustentada en los siguientes puntos:

4.3.1. La escogencia del concesionario debe hacerse por medio de la *Oferta Oficiosa* o en su defecto mediante la *Licitación Pública*, como lo establecen otros ordenamientos jurídicos portuarios.

El fundamento para optar por este mecanismo lo encontramos en las siguientes razones: a) La creación, el funcionamiento y el mantenimiento continuo y eficiente de los puertos es de interés público²³³, lo que conmina al Estado a seleccionar a los concesionarios portuarios con estrictos criterios de objetividad, transparencia, igualdad e imparcialidad; b) Facilita la aplicación de los principios de Selección Objetiva así como los de Igualdad e Imparcialidad, en tanto permite que comparezcan varios proponentes; c) Reduce la posibilidad de un monopolio de la actividad portuaria, por cuanto amplía la posibilidad de que comparezcan mayor número de participantes; d) Permite a la Administración escoger la propuesta más favorable entre un mayor número de opciones.

²³³ Ley 1ª de 1991, artículo 1º.

La Ley 1ª de 1991, en su artículo 13²³⁴ contempla la Oferta Oficiosa como mecanismo para ofertar en concesión al público una zona geográfica determinada, estableciendo los parámetros dentro de los cuales se otorgará eventualmente el contrato. No obstante lo anterior, este mecanismo está previsto de manera excepcional, en tanto, opera cuando así lo considere oportuno el Estado.

Si bien, el otorgamiento de Concesiones Portuarias, está impulsado en su gran mayoría por el ejercicio del Derecho de Petición, consideramos que la Oferta Oficiosa permite al Estado seleccionar al contratista de manera objetiva y facilita la participación de un mayor número de proponentes en igualdad de condiciones evitando la monopolización de los puertos, como se expuso en el acápite correspondiente al Derecho de Petición.

En este caso, como se señaló anteriormente el Acto Administrativo por medio del cual se declara una zona de interés público con el fin de ofertar oficiosamente en concesión el área, cumplirá las funciones del Pliego de Condiciones al cual se deberán sujetarse los proponentes.

Asimismo, la Oferta Oficiosa deberá en todo caso atemperarse a las disposiciones del documento expedido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES para la correspondiente vigencia²³⁵, encuadrándose dentro de los lineamientos y políticas diseñadas por el Gobierno Nacional para tal efecto.

²³⁴ Artículo 13: “El Superintendente General de Puertos, de oficio, puede ofrecer al público una concesión portuaria, previa consulta de las autoridades a las que se refiere el inciso segundo del artículo 10. Para ello publicará en dos diarios de circulación nacional, en dos días diferentes, con intervalos no mayores de cinco días entre cada publicación, los términos mínimos en los que estaría dispuesta a otorgar la concesión, y los requisitos que deban llenar y las garantías que deban constituir los interesados en recibirla. Una vez publicados los términos de la concesión, no será posible modificar los avalúos catastrales de los predios a los que ella se refiera. Si alguna de las autoridades a las que alude el inciso segundo del artículo 10 no está conforme con las condiciones propuestas, podrá formular una oposición, que se tramitará y decidirá en la forma prevista en el artículo anterior. Las propuestas se mantendrán en secreto hasta el día en que haya de comenzar la evaluación de todas. Si no hay oposición de las autoridades o de terceros que deba ser atendida, el Superintendente General de Puertos otorgará la concesión al proponente cuya propuesta satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de esta Ley.” Hoy en día la competencia está asignada a la Agencia Nacional de Infraestructura, en virtud del Decreto 4165 de 2011.

²³⁵ Ley 1ª de 1991, artículo 2.

Ahora bien, como una segunda opción, consideramos que la Licitación en el otorgamiento de Concesiones Portuarias es igualmente una herramienta que garantiza la selección objetiva de los contratistas y evita la monopolización de la actividad portuaria.

Acudimos a ella en segunda instancia, en tanto la Ley 1^a consagra la figura de la Oferta Oficiosa, que creemos debe ser la primera opción, o mejor aún la regla general dentro de los trámites portuarios.

Ya hemos visto como algunos países como Chile, Argentina y México consagran en sus legislaciones el otorgamiento de las concesiones portuarias mediante licitaciones, mecanismo que insistimos, es apropiado para garantizar los principios de la contratación estatal y disminuir el riesgo de que la actividad portuaria se concentre en un único proponente, quien con sólo publicar los avisos de intención y radicar su solicitud como un Derecho de Petición, logra tener prevalencia en el estudio de la solicitud y el otorgamiento de la concesión.

Para efectos de la Licitación, que consideramos cumpliría la misma finalidad de la *Oferta Oficiosa*, deberá estructurarse un Pliego de Condiciones en los términos del ordenamiento jurídico vigente, que establezca el marco de exigencias a las cuales deberán sujetarse todos y cada uno de los proponentes dentro del proceso de selección.

Especial importancia consideramos que tiene incluir en el Pliego de Condiciones la restricción de que los accionistas que han acreditado la experiencia de los proponentes se mantengan durante el término de la concesión portuaria.

4.3.2. El artículo 9° de la Ley 1^{a236} relativo a la petición de concesión ya no tendría operancia por cuanto el mecanismo utilizado sería el de la *Oferta Oficiosa* o en su defecto el de la *Licitación Pública*.

En todo caso, los proponentes deberán acreditar los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones correspondiente, entre los cuales consideramos adecuados los siguientes: a) Acreditación de existencia y representación legal del proponente; b) La descripción general del proyecto a desarrollar; c) Presentación de estudios sobre el impacto ambiental; d) Eventual carta de promesa de constitución de una sociedad portuaria.

Huelga decir que el acto administrativo de oferta oficiosa deberá contener los requisitos enunciados en el artículo 17 del Decreto 4735 de 2009²³⁷.

Así, el artículo 9° de la Ley 1^a sería derogado y en su lugar tendría operancia el artículo 13, en el cual se disponga que el otorgamiento de la concesión portuaria será mediante la *Oferta Oficiosa* que en todo caso se sujetará a las establecidas por el Decreto reglamentario.

²³⁶ “Petición de concesión. Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos. La solicitud debe llenar los siguientes requisitos (...)”. (Destacado por fuera del texto original).

²³⁷ “Vencido el término anterior, si la Entidad competente lo estima procedente o conveniente y previas las modificaciones que le llegare a introducir, expedirá una resolución de oferta de la concesión, la cual contendrá: 17.1 La descripción general de las condiciones de la concesión, su duración, ubicación del puerto a desarrollar, clase y tipo de puerto, bienes y volúmenes de carga, así como las contraprestaciones que se pagarán y los criterios de selección. 17.2 La indicación de que quienes estén interesados en formular propuestas, constituyan garantía de constitución de la Sociedad Portuaria o de la obligación de acreditar las condiciones previstas en el artículo 5° del presente decreto y de la realización de las obras proyectadas. 17.3 La orden de realizar las publicaciones de la resolución, en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 13 de la Ley 1^a de 1991. 17.4 La fijación de los plazos para recibir los sobres que contengan las propuestas. 17.5 La orden para que al día siguiente de la expedición de la providencia se comunique la misma a las autoridades competentes y a las personas que tengan derechos reales sobre los predios de propiedad privada necesarios para otorgar la concesión ofrecida. 17.6 La citación a las autoridades competentes, a los titulares de derechos reales y a los proponentes, al acto público en el cual se abrirán los sobres y se leerán las oposiciones si las hubo. Este acto debe realizarse un mes después de la última publicación prevista en el artículo 13 de la Ley 1^a de 1991. 17.7 La orden de informar a las autoridades competentes la prohibición de modificar los avalúos catastrales de los predios a los que se refiere la concesión.”.

17.8 La oferta de concesión se publicará en dos (2) diarios de circulación nacional como lo dispone el artículo 13 de la Ley 1^a de 1991.

4.3.3. Asimismo, se eliminaría el primer inciso del artículo 10²³⁸, pues tratándose de una Oferta Oficiosa o de una Licitación Pública, no tendría operancia la restricción temporal para la presentación de una *petición alternativa*, en tanto una vez publicado el acto administrativo que contiene las reglas de la Oferta o el Pliego de Condiciones y la correspondiente invitación a los proponentes, estos pueden comparecer y presentar su proyecto, y, en caso de ser necesaria la oposición podrá hacer uso de las observaciones a las propuestas de los demás proponentes.

El actual Estatuto Portuario, contiene un término preclusivo para la presentación de una petición alternativa. Es así como el artículo 10° dispone: *“Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud o presentar una petición alternativa, cumpliendo los mismos requisitos previstos para la solicitud original (...)”*.

Si lo que se pretende es garantizar la selección objetiva del contratista del Estado y la posibilidad de que ese último escoja entre varias propuestas aquella que mejor se ajuste a sus intereses así como a los fines constitucionales, la restricción en el tiempo, para la presentación de propuestas alternativas impide que ello tenga efectividad, por cuanto restringe la posibilidad de que un tercero comparezca al trámite en igualdad de condiciones que el primer peticionario, por ello sostenemos que se monopoliza la actividad portuaria.

Por esta razón, si no se adoptase la Oferta Oficiosa como regla general para tramitar y otorgar las Concesiones Portuarias o en su defecto la Licitación como mecanismo para su adjudicación, consideramos que las solicitudes sobre la misma zona geográfica, presentadas aún por fuera del término de los dos (2) meses siguientes a la fecha del último aviso de publicación, debieran recibir el tratamiento de Peticiones Alternativas, que *a la postre* sería como si varios proponentes en

²³⁸ “Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud, o presentar una petición alternativa, cumpliendo los mismos requisitos previstos para la solicitud original (...)”.

igualdad de condiciones estuviesen proponiendo diferentes proyectos para el desarrollo de una actividad portuaria. La falencia que encontraríamos en este caso, sería la inexistencia de Pliegos de Condiciones o de reglas claras del juego presentadas con anterioridad vacío que se supliría con la aplicación de la Oferta Oficiosa. Por ello, insistimos en la Oferta Oficiosa de las concesiones portuarias, en la cual se presentan previamente las condiciones en las cuales se otorgaría el contrato, permitiendo al mismo tiempo la pluralidad de propuestas.

En nuestro sentir, sólo así se garantiza la transparencia y selección objetiva del concesionario de un puerto, objetivo fundamental de la contratación estatal.

Del artículo en mención consideramos apropiado que las autoridades enunciadas en el segundo inciso, dada la experticia en el tema, emitan concepto sobre las propuestas, de tal manera que se garantice una mejor selección del contratista. En cuanto al término dentro del cual deberán pronunciarse, creemos que debe ser con anterioridad a la expedición del acto administrativo que contiene las condiciones de la oferta, como lo establece el artículo 17 del Decreto 4735 de 2009.

4.3.4. En cuanto al artículo 11, consideramos que los eventos en él enunciados tienen aplicación para no adjudicar el contrato, en el evento de la Oferta Oficiosa²³⁹, precisando que su aplicación estaría referida a las propuestas presentadas dentro del trámite de la oferta y no a la petición original y las alternativas por las razones expuestas anteriormente.

4.3.5. El artículo 12 de la Ley 1ª debería modificarse, precisando que el contenido en él enunciado, debe referirse al acto administrativo de adjudicación del contrato y no al de aprobación de la concesión, en tanto dentro del trámite propuesto

²³⁹ “En el evento de que la petición original y las alternativas resulten *contrarias a la ley, al plan de expansión portuaria, o que tengan un impacto ambiental adverso o puedan causar un daño ecológico, u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados*, así lo manifestará la Superintendencia General de Puertos, en acto motivado en forma precisa que se notificará a quienes hubieren intervenido en la actuación.”. (Cursiva por fuera del texto original).

solamente se expediría un acto administrativo de adjudicación del contrato, previa evaluación de la propuestas.

Asimismo, las oposiciones a las que se refiere la norma consideramos deben conservarse, sin perjuicio del ejercicio de los recursos en sede administrativa para controvertir el acto de adjudicación.

4.3.6. En cuanto al artículo 13, el cual consagra la Oferta Oficiosa, la modificación consistiría en sustituir el verbo rector de la disposición “*puede ofrecer*” por “*deberá ofrecer*”. Esta disposición debe leerse en concordancia con el artículo 17 del Decreto 4735 de 2009.

En efecto, el trámite de la oferta oficiosa iniciará con la consulta a las autoridades competentes en los términos de la norma citada, cuyo fin encontramos loable dada la experticia en el tema.

El contenido del acto administrativo será el establecido en el artículo 17 cuyos elementos son entre otros:

a) La descripción general de las condiciones de la concesión, es decir, el plazo del contrato, la ubicación geográfica del puerto, la clase y el tipo de puerto²⁴⁰, tipo y volumen de carga a movilizar, la contraprestación y los *criterios de selección*.

El último elemento al que se refiere la norma, los *criterios de selección*, son las reglas con base en las cuales el Estado adjudicará la concesión al particular, para tal efecto debe establecer de antemano en la resolución de Oferta Oficiosa los elementos con base en los cuales seleccionará al contratista, entre ellos, la capacidad técnica, financiera, la experiencia en el sector, la solidez de la propuesta,

²⁴⁰ “El sistema portuario colombiano está compuesto por dos tipos de instalaciones: los *puertos públicos* que prestan servicios especializados y de carga general a los usuarios a cambio a de una tarifa y el sistema de concesión de muelles y *puertos privados* que sirven a empresas particulares (...)”. (Cursiva por fuera del texto original). PACHÓN, Álvaro, RAMÍREZ María Teresa. Op. cit, página 372.

las garantías que presente y todos aquellos elementos que al estructurar el proyecto resulten de especial relevancia para la escogencia del concesionario.

b) La indicación de que quienes estén interesados en formular propuestas, constituyan garantía de constitución de la Sociedad Portuaria o de la obligación de acreditar las condiciones previstas en el artículo 5 del Decreto 4735 y de la realización de las obras proyectadas.

Esta disposición encuentra sustento legal en el artículo 6 de la Ley 1ª, según el cual únicamente las sociedades portuarias podrán ser adjudicatarias del contrato de concesión portuaria.

c) La orden de realizar las publicaciones de la resolución, en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 1ª, o sea, en dos (2) diarios de circulación nacional, en dos (2) días diferentes, con intervalos no mayores de cinco (5) días entre cada publicación, los términos mínimos en los que estaría dispuesta a otorgar la concesión, y los requisitos que deban llenar y las garantías que deban constituir los interesados en recibirla.

d) La fijación de los plazos para recibir los sobres que contengan las propuestas.

Este será el plazo en el cual los proponentes deberán presentar sus propuestas para ser evaluadas por la Administración.

e) La orden para que al día siguiente de la expedición del acto administrativo este se comunique a las autoridades competentes y a las personas que tengan derechos reales sobre los predios de propiedad privada necesarios para otorgar la concesión ofrecida. Esta circunstancia resulta importante dada la necesidad de algunos predios adyacentes para el desarrollo del proyecto, cuya disponibilidad debe acreditarse para el otorgamiento de la concesión.

f) La citación a las autoridades competentes, a los titulares de derechos reales y a los proponentes, a la audiencia en la que se abrirán los sobres y se leerán las

oposiciones si las hubo. Este acto debe realizarse un mes después de la última publicación prevista en el artículo 13 de la Ley 1ª de 1991.

g) La orden de informar a las autoridades competentes la prohibición modificar los avalúos catastrales de los predios a los que se refiere la concesión.

h) La oferta de concesión se publicará en dos (2) diarios de circulación nacional como lo dispone el artículo 13 de la Ley 1 de 1991.

4.3.7. La decisión se proferirá una vez presentadas las propuestas en la fecha indicada y previa evaluación de las mismas. El otorgamiento deberá hacerse mediante resolución motivada, con base en los criterios y las condiciones señalados en la convocatoria, de ahí la importancia del acto administrativo de oferta.

4.3.8. Finalmente, la norma contempla la posibilidad que en caso de que alguna de las autoridades no esté conforme con la resolución de otorgamiento, podrá oponerse por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición de la resolución.

Creemos que esta norma consagra un medio más de control para el otorgamiento de las concesiones portuarias, y que es acertado, en tanto exige un mayor análisis previo a la decisión de la Administración.

Consideramos que la reforma legal debe estar orientada en los términos anteriores, y tener como principal objetivo garantizar una selección objetiva y transparente de los concesionarios portuarios.

CONCLUSIONES

Revisadas, estudiadas y analizadas las fuentes consultadas, y analizado el procedimiento administrativo especial consagrado en la Ley 1ª, concluimos:

1. Con la expedición de la Ley 1ª, se pasó de un monopolio público a facilitar que la actividad portuaria se concentre en unos pocos proponentes, por cuanto el trámite de *solicitud de Concesión Portuaria*, como está diseñado, a partir del ejercicio del derecho de petición en interés particular puede restringir el acceso de varios proponentes para el desarrollo de proyectos portuarios.
2. Hemos corroborado que *la normatividad portuaria* no es suficiente para solucionar la situación planteada en el problema jurídico de investigación, pues ni el Estatuto Portuario ni su decreto reglamentario prevén la situación, y no se encuentra sustento para apelar al aforismo “*Prima in tempore, prima iuris*”. En efecto, cuando se presentan solicitudes de concesión portuaria por fuera del término previsto en el artículo 10 del Estatuto Portuario, no es posible tramitarlas como *petición alternativa* por haber precluido la oportunidad para ello, sin embargo debe garantizarse la comparecencia alternativa de los terceros dentro del trámite, pues sólo así la selección del contratista será objetiva, transparente y ajustada a la legalidad. Es por ello que, se sostiene que no es el criterio temporal el que determine el otorgamiento de un contrato de Concesión Portuaria.
3. Por lo anterior comprobamos que existe un vacío legal en el régimen portuario, por cuanto se guarda silencio sobre la forma como deben tramitarse aquellas solicitudes de concesión portuaria en ejercicio del derecho de petición en interés particular, radicadas por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991, esto es, aquellas referidas a una misma área geográfica, las cuales no pueden tipificarse jurídicamente como *oposiciones* o *propuestas alternativas*. Esta situación confirma

nuestra hipótesis de que en aquellos casos el régimen actual no soluciona la situación presentada para garantizar los principios de selección objetiva, imparcialidad e igualdad de los proponentes en la contratación estatal.

4. En el caso concreto, evidenciamos la existencia de un vacío legal, en tanto, ni el anterior Código Contencioso Administrativo ni el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo agotan la regulación de la materia planteada en el caso objeto de estudio, incrementando el riesgo que pueda presentarse en la práctica cuando se configuran este tipo de situaciones. Adicionalmente la Ley 1508 tampoco permite resolver el interrogante, debido a la especificidad de su regulación y la ausencia de reglamentación. Por la razón anterior, consideramos que la existencia del vacío legal se suple con la expedición de una norma especial que regule la materia, teniendo en cuenta las orientaciones expuestas en la investigación.
5. Evidenciamos que el trámite previsto en la Ley 1ª no es suficiente a la luz de los principios del procedimiento administrativo y de la contratación estatal para resolver la tensión que se presenta entre la expectativa que tiene el solicitante de la Concesión Portuaria que radica su solicitud en un primer momento para ser adjudicatario del contrato estatal, y la intención sobre la misma zona de quienes eventualmente comparezcan por fuera del término previsto en el artículo 10 de la Ley 1ª.
6. Para efectos de superar la contradicción mencionada en el numeral anterior y suplir el vacío existente en el trámite actual, consideramos acertado acudir en primera instancia a la Acumulación de Expedientes, y a largo plazo reformar el trámite previsto en el estatuto portuario aplicando la Oferta Oficiosa o la Licitación o Concurso de Méritos.
7. Concluimos igualmente que no ha existido una línea jurisprudencial sobre la situación planteada en el problema de investigación que permita referirse a

un antecedente jurisprudencial, como tampoco ha existido una práctica reiterada en la administración pública para adoptar una decisión al respecto. Por esta razón ratificamos la necesidad de regular la materia de manera específica, para disminuir los riesgos que puedan presentarse en la práctica en caso de presentarse dicha situación.

8. Acertamos al decir que el aforismo latino “*Prima in tempore Prima in iure*” no satisface el principio de selección objetiva del contratista del Estado para que mediante la concesión opere un puerto. En efecto, dar prelación al peticionario que ha radicado primero en el tiempo su solicitud, no implica que sea la mejor propuesta para el Estado, y significa presuponer que las condiciones del proyecto ofrecido son mejores, por el simple hecho de haberse radicado con antelación, por ello, consideramos necesario aplicar la Oferta Oficiosa consagrada en la Ley 1ª.
9. Descartamos la posibilidad de contemplar la coexistencia de múltiples solicitudes de concesión portuaria sobre una misma zona geográfica como una causal de rechazo para aquellas solicitudes posteriores a la primera, por cuanto ello vulneraría el principio de igualdad de los peticionarios, y desestimularía la intención de los particulares de comparecer ante la Administración con el fin de presentar una propuesta de proyecto portuario y, adicionalmente, por cuanto no existe la figura del rechazo de plano de un derecho de petición, fuente del trámite objeto de estudio.
10. Comprobamos que el derecho de petición no es el mecanismo jurídico apropiado para el otorgamiento de un contrato estatal. Los contratos estatales no deben ser el resultado de una solicitud particular cuya fuente es el ejercicio de un derecho de naturaleza política participativa. El derecho de petición, analizado en particular para el tema de estudio, no garantiza la selección objetiva de los proponentes, pues consideramos que debido a la forma como está estructurado el trámite en la Ley 1ª, se restringe la

comparecencia de otros potenciales proponentes sobre la misma zona para el otorgamiento del contrato.

11. Consideramos atípico el uso de un derecho fundamental de contenido participativo y político para el “*otorgamiento*” de un contrato estatal, por cuanto la forma como está regulado el trámite en la Ley 1ª, no garantiza en nuestro criterio el principio de Selección Objetiva en la contratación estatal, especialmente respecto de aquellos solicitantes que comparezcan por fuera de los términos del artículo 10 del estatuto sobre una zona previamente solicitada.
12. Resaltamos que el procedimiento administrativo de *solicitud de Concesión Portuaria*, se asemeja más a un proceso de contratación directa, pues el esquema planteado por la Ley 1ª cuando se presentan situaciones como la que se analiza en esta investigación, restringe la posibilidad de que el Estado seleccione entre varias propuestas. En efecto, en nuestro criterio, el trámite previsto en la Ley 1ª disminuye la posibilidad de que existan multiplicidad de ofertas para el Estado.
13. Probamos que la Ley 1ª pretendió estimular la inserción y la participación del sector privado en la actividad portuaria, la cual hasta el momento había sido desarrollada por la empresa Colpuertos. Es por ello que, consideramos al estatuto portuario como un mecanismo utilizado para trasladar las funciones de prestación de los servicios portuarios a nuevos sujetos de derecho, las sociedades portuarias, y evitar continuar con el monopolio estatal en la actividad portuaria. No obstante lo anterior, en nuestro criterio el régimen previsto según el cual, el derecho de petición es el mecanismo para solicitar el contrato de concesión portuaria, no garantiza ni estimula la multiplicidad de oferentes o proponentes, para que el Estado seleccione de manera objetiva el mejor.

14. Evidenciamos que la frase “*No se concibe un puerto sin concesión portuaria*”, correspondiente a la exposición de motivos de la Ley 1ª denota la relación existente entre el presupuesto del contrato de concesión portuaria, la operancia de un puerto y el ejercicio de las actividades derivadas del mismo, relación cuya justificación está en que la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo de los puertos de conformidad con la Ley 1ª son actividades de interés público, lo que implica la regulación por parte del Estado mediante el otorgamiento del contrato estatal de concesión.

15. Corroboramos que el Contrato de Concesión Portuaria, tiene una reglamentación particular, en tanto está precedido por un proceso administrativo especial, originado en el ejercicio del derecho de petición en interés particular. El contrato implica un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes, mientras que el proceso administrativo previo culmina con la expedición de un acto administrativo cuyo contenido es el marco general para el contrato de concesión. Por ello creemos que el trámite Administrativo, como está previsto en la Ley 1ª debe sustituirse por la Oferta Oficiosa en los términos previstos en el Decreto 4735 de 2009.

16. Advertimos que si bien, *stricto sensu*, la institución jurídica del silencio administrativo, tendría operancia en los trámites administrativos de solicitudes de concesión portuaria, dada la fuente con base en la cual se desarrolla, su aplicación iría en contravía del principio de selección objetiva del contratista, por cuanto el simple transcurso del tiempo sin respuesta por parte de la Administración, tendría los mismos efectos de negar una petición, sin haber estudiado el contenido y, las condiciones del proyecto, contenido en la propuesta del peticionario para otorgar el contrato estatal. La Administración, tratándose de las “solicitudes” para el otorgamiento del contrato de concesión portuaria siempre, debe emitir un pronunciamiento debidamente sustentado y justificado de las razones por las cuales opta por

una propuesta y niega otra diferente a ella, es por esto que demostramos la necesidad de aplicar la Oferta Oficiosa o en su defecto la Licitación Pública a las concesiones portuarias.

17. Encontramos en la *Acumulación de Expedientes*, -prevista en el Código Administrativo-, la solución jurídica inmediata al problema planteado en esta investigación. Su aplicación permite tramitar con celeridad las peticiones de concesión portuaria sobre una misma zona geográfica garantizando los principios de igualdad de los proponentes, selección objetiva y transparencia. No obstante lo anterior, este mecanismo debe utilizarse de manera transitoria, en tanto la selección del contratista debe ser el fruto de la Oferta Oficiosa o en su defecto de una Licitación Pública, como se propone en esta investigación previa una reforma a la Ley 1ª.
18. Explicamos, que con la aplicación de *la Acumulación de Expedientes*, se evita restringir la comparecencia de proponentes ante la Administración bajo el argumento de la preclusión de los términos previstos en la Ley 1ª, y ofrece una mayor posibilidad de escoger el mejor proyecto por parte del Estado, entre varios proponentes.
19. Justificamos que el otorgamiento de las concesiones portuarias debería estar precedido de la Oferta Oficiosa o en su defecto de la Licitación Pública, que garantice una selección objetiva entre varias propuestas en igualdad de condiciones, evitando restringir dicha selección con el ejercicio del derecho de petición, forma como está previsto el trámite actual, para responder a situaciones como la que se analizó en este trabajo, para efectos de lo cual consideramos se requiere una reforma a la ley de puertos.
20. Concluimos con dos (2) soluciones jurídicas al problema expuesto en este documento, una solución inmediata y una solución a mediano plazo, así proponemos en primer lugar, acudir al mecanismo de *la Acumulación de expedientes* y, en segundo lugar, *una reforma al estatuto portuario* con el

fin de seleccionar al concesionario portuario a través de la Oferta Oficiosa o en su defecto acudiendo a la Licitación pública. Conforme con esta última idea, consideramos que en la reforma deberá eliminarse la restricción temporal para la presentación de una *petición alternativa*, en tanto la aplicación de la Oferta Oficiosa (que proponemos) hace innecesaria tal distinción entre las peticiones presentadas con base en el tiempo, pues al aplicar la Oferta Oficiosa habrá pluralidad de solicitudes, y la restricción temporal estará determinada en la Resolución de Oferta Oficiosa, que determina el plazo para la comparecencia de los proponentes, o en su defecto, el Pliego de Condiciones, si se acude a la Licitación Pública.

21. Asimismo concluimos que la Ley 1508 de 2012, no permite resolver el problema jurídico, pues si bien es un instrumento que permite acceder a los contratos de Concesión Portuaria, contiene restricciones y condicionamientos para su aplicación, estableciendo que aquellos sectores para los cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, como es el caso del portuario, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores, reglamentación que aún no existe.

BIBLIOGRAFÍA

- ARBOLEDA PERDOMO, José Enrique. Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Segunda edición actualizada, Cuarta reimpresión, Legis editores S.A., 2013.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. 1ª edición. Bogotá : Legis Editores S.A., 2003.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. 7ª edición. Medellín: Señal editora, 2009.
- BURKHALTER, Larry. Privatización portuaria: bases, alternativas y consecuencias. Santiago de Chile : Naciones Unidas; CEPAL, 1999.
- CARRILLO TOBOS, Jorge. Concesiones portuarias en Colombia: caso Buenaventura, Bogotá, mayo de 2008, Magíster en Administración Profesional, Universidad de los Andes, Facultad de Administración.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 9ª. Edición. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- ARIAS Javier y GÓMEZ Robinson. Contraloría General de la República, Contraloría Delegada, Sector Infraestructura Física y Comunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional. Desarrollo de las Concesiones Portuarias en Colombia : Sociedades Portuarias Regionales. [artículo en línea]. Bogotá, 19 de abril de 2010. 83 p. [consultado el 20/10/2010]. Disponible en http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL-, Unidad de Transporte de la División de Comercio Internacional, Financiamiento y Transporte, Curso sobre modernización portuaria: Una pirámide de desafíos entrelazados, s.l., 3 de febrero de 1997.
- CONCESIONES PORTUARIAS. Editorial Avance Jurídico. Bogotá, 2004, 2005 y 2007 a 2010.

DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. Compilador. Reforma al régimen de contratación estatal. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Uniandes, enero de 2010.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Documento CONPES 3611, Plan de Expansión Portuaria 2009-2011: Puertos para la competitividad y el desarrollo sostenible. Bogotá, 2009.

ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, Vol I: concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa. 10ª edición. Madrid, editorial Tecnos S.A., 1994.

Exposición de motivos y antecedentes legislativos de la Ley 1ª de 1991. Publicaciones Diario Oficial No. 39.626, 11 de enero de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho colombiano y español : Análisis de la selección de contratistas. 1ª edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

FENATRAPORCHI, Federación Nacional de Trabajadores Portuarios de Chile – Chile, UNA Propuesta País, Ley General de Puertos. [artículo en línea], Chile, enero de 2008, 42 p. [consultado el 09/11/2010]. Disponible en <http://www.fenatraporchi.cl/>

FLÓREZ ENCISO Luis Bernardo, El transporte y el sistema portuario en la modernidad económica colombiana. En Carga Internacional. Volumen 12, No. 41, octubre de 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. 6ª edición, editorial Civitas, 1999.

GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ Herminio. 12ª edición. Madrid, editorial Tecnos, 2006.

GUTIÉRREZ HERRÁN, Óscar Fabián. Derecho Portuario Colombiano. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez, CEFIDES, 2012.

Historia de las Leyes, Ley 01 de 1991, Comisión Tercera del Senado de la República, Ponencia para primera debate.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. 2ª edición. Bogotá, editorial Legis, Universidad Sergio Arboleda, 2007.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra), editorial Aranzadi, 2006.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. 7ª edición. Bogotá, Dupré editores, 1997.

MEDINA MORA, Óscar Humberto. El Puerto. 1ª edición. Cartagena de Indias, Sepima Impresores, marzo de 2006.

MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Albolote (Granada), editorial Comares, 2004.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. Armenia, Universidad del Quindío-Corporación José Ignacio de Márquez, 2005.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho, Bogotá, editorial Temis S.A., 1996.

MORENO A., Domingo Bernardo; URREGO U., Caroline Deyanira y VERGARA P, Ernesto Manuel. Estatuto de Puertos Marítimos: jurisprudencia, concordancias y comentarios. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho mercantil colombiano : Parte General. 8ª edición. S.I., Legis Editores S.A., abril de 1999.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 5ª edición actualizada, Santa Fé de Bogotá, editorial Temis, 1998.

- PACHÓN, Álvaro, RAMÍREZ María Teresa. La infraestructura de transporte en Colombia durante el siglo XX., 1ª edición, Banco de la República, 2006.
- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Selección de contratistas. En Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. No. 17, mayo de 2004.
- PARADA Ramón, Derecho Administrativo I, Parte General, Duodécima edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2000.
- PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I, Parte General. 17ª edición. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO A. y L. ORTEGA ÁLVAREZ. Manual de Derecho Administrativo, 5ª edición, Barcelona, editorial Ariel, 1994. 1998.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario. 2ª edición, Bogotá, editorial Temis, 2006.
- SALCEDO SALAZAR, Guillermo. Aspectos básicos del transporte en Colombia. Bogotá, ediciones Angular, 1987.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. 4ª edición, Universidad Externado de Colombia, abril de 2003.
- SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Acto Administrativo, Teoría General. 3ª edición, Legis Editores S.A., 2004.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. Manual de Derecho Administrativo (II), 1ª edición, Universidad Europea de Madrid-CEES, editorial Colex, 1997.
- SÁNCHEZ, Ricardo J. “Puertos y transporte marítimo en América latina y el Caribe: un análisis de sus desempeño reciente”. En CEPAL, Serie División de recursos naturales e infraestructura, Naciones Unidas, diciembre de 2004, Santiago de Chile.

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso, 1ª edición, ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 1997.

URUETA ROJAS, Juan Manuel, El Contrato de Concesión de Obras Públicas, Project Finance y Partenariado Público-Privado segunda edición, Grupo editorial Ibañez, , Bogotá, 2010.

VERGEL SALVADOR, Enrique. La privatización portuaria y su impacto en el comercio exterior. Bogotá, enero de 1998, 59 p., Tesis para optar al título de Economista, Universidad de los Andes, Facultad de Economía, enero de 1998.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 13ª edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2008.

VILLEGAS GONZÁLEZ, Nora Lucía. Transfondo de la problemática en Puertos de Colombia. En Revista Antioqueña de Economía, Medellín, No. 12 (octubre-diciembre de 1983).

VILORIA DE LA HOZ, Joaquín. De Colpuertos a las sociedades portuarias: los puertos del Caribe colombiano, 1990-1999. Cartagena de Indias, Banco de la República, octubre de 2000.

ZULETA JARAMILLO, Luis Alberto; SASTOQUE R., Edna Carolina y GONZÁLEZ, Francisco. ¿Por qué ha sido tan exitosa la reestructuración portuaria en Colombia?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Normas Colombianas

Constitución Política de 1991

Ley 57 de 1887, Código Civil

Ley 1ª de 1991, *“Estatuto de Puertos Marítimos”*

Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *“Estatuto general de la contratación de la Administración Pública”*

Ley 1150 de 2007

Decreto 1400 de 6 de agosto de 1970, modificado por la Ley 794 de 8 de enero de 2003, Código de Procedimiento Civil

Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Código de Comercio.

Decreto 2474 de 7 de julio de 2008 *“Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.”*.

Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo.

Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009, *“Por medio del cual se reglamenta el trámite de solicitud de concesiones para el desarrollo de actividades portuarias, previstas en la Ley 1ª de 1991 y en la Ley 1242 de 2008.”*.

Decreto 433 de 8 de febrero de 2010, *“Por el cual se aclara, adiciona y modifica parcialmente el Decreto 4735 de 2009”*.

-Normas extranjeras

Ley de Puertos Argentina, Ley 24.093 de 24 de junio de 1992.

Ley de Puertos de México, Ley de Puertos DOF de 19 de julio de 1993

Ley de Puertos de Chile, Ley 19.542 de 19 de diciembre de 1997.

-Jurisprudencia

Consejo de Estado:

Sentencia de 15 de diciembre de 1993, Sección Primera, Radicación número: 2232.

Concepto No. 639 de 30 de septiembre de 1994

Concepto No. 1190 de 5 de mayo de 1999

Concepto No. 1264 de 16 de marzo de 2000

Concepto No. 1175 de 23 de marzo de 2000

Concepto No. 1551 de 26 de febrero de 2004

Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Sección Tercera, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

Concepto No. 1651 de 31 de agosto de 2005

Sentencia de 15 de agosto de 2002, Sección Tercera, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-3599-01(13862)

Corte Constitucional

Sentencia T-299 de 11 de julio de 1995

Sentencia T-1006 de 20 de septiembre de 2001

Sentencia T-1160A de 1º de noviembre de 2001

Sentencia C-510 de 25 de mayo de 2004

Sentencia T-192 de 15 de marzo de 2007

Sentencia T-199 de 28 de febrero de 2008

Sentencia T-272 de 11 de marzo de 2008

Sentencia C-068 de 10 de febrero de 2009

Sentencia C-818 de 1º de noviembre de 2011

Páginas web consultadas

<http://www.oas.org/CIP>

<http://www.supertransporte.gov.co/super/>

<http://www.cormagdalena.com.cosupertransporte.gov.co>

<http://www.dimar.mil.co/VBeContent/home.asp>

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/BJV/portal/>

<http://www.uniandes.edu.co/>

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/inicio/inicio.htm>

<http://www.urosario.edu.co/biblioteca/>

<http://www.uexternado.edu.co/>

<http://www.sinab.unal.edu.co/>

<http://www.consejoportuario.com.ar/home.aspx>

Fuentes archivísticas

Archivo documental del Instituto Nacional de Concesiones hoy Agencia Nacional de Infraestructura.

Archivo Legislativo del Senado de la República, Tomo 922, año 1991. Exposición de motivos al proyecto de ley “Por el cual se dicta el estatuto de puertos”, 30 de octubre de 1990.