

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 1758 DE 2014

()
"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la
Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014"

EL PRESIDENTE DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En cumplimiento de la Ley 1ª de 1991 y sus decretos reglamentarios y en ejercicio de sus competencias y facultades legales, en especial las contenidas en el numeral 9º del artículo 11 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES Y PROCEDENCIA DEL RECURSO

1.1. Mediante Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014 la Agencia Nacional de Infraestructura conforme lo establecido en las Resoluciones No. 012501 del 21 de diciembre de 2001 del MINTRANSPORTE, modificada mediante Resolución No. 0036158 del 18 de marzo de 2002 y No. 008928 del 12 de julio de 2002 confirmada en todas y cada una de sus partes mediante la Resolución No. 004247 del 26 de junio de 2003, en los términos que en dichos actos se indica, reajustó el valor de la contraprestación a pagar por la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE a partir del segundo periodo de 10 años, esto es a partir del 1 de julio de 2013.

1.2. La Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014 fue notificada en forma personal a la Sociedad CERREJON ZONA NORTE el día 4 de julio de 2014, según se evidencia en la constancia de notificación obrante en el expediente.

1.3. Mediante comunicación radicada en la Agencia Nacional de Infraestructura bajo el No. 2014-409-034084-2 del 18 de julio de 2014, el doctor JORGE ALVAREZ POSADA, en calidad de representante legal de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE S.A., interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014.

1.4. El artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, por regla general, que contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

"Art. 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque. (...)"

1.5. A su turno, el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que el recurso de reposición debe interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, ante el funcionario que dictó la decisión¹, y en el artículo 77 ibidem establece los requisitos que debe reunir el recurso en mención².

¹ Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de

"For la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

1.6. El artículo el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 al regular lo relacionado con la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas dentro de la actividad contractual establece que: *"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo."*

1.7. Teniendo en cuenta que la notificación personal de la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014 se surtió el día 4 de julio de 2014 y que el recurso fue interpuesto el día 18 de julio de 2014 según comunicación suscrita por el representante legal de la sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A., se establece que el mismo fue presentado dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del acto. Y en cuanto al cumplimiento de los demás requisitos establecidos en el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se tiene que:

- 1.7.1. El recurso fue presentado por escrito y presentado por el doctor JORGE ALVAREZ POSADA, primer suplente del Presidente según se evidencia en el Certificado de Existencia y Representación Legal de fecha 10 de junio de 2014 aportado como anexo al recurso.
- 1.7.2. En el escrito se presentan y se sustentan los motivos de inconformidad con el acto administrativo recurrido.
- 1.7.3. El recurrente no solicita la práctica de pruebas.
- 1.7.4. Se indica en forma clara el nombre y la dirección del recurrente para el recibo de notificaciones.

1.8. En virtud de lo anterior, se considera que el recurso interpuesto cumple con los requisitos para su procedencia y por lo tanto resulta pertinente efectuar el análisis de los argumentos que motivan la inconformidad con el acto administrativo.

2. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD Y PETICIÓN

2.1. En la comunicación radicada en la Agencia Nacional de Infraestructura bajo el No. 2014-409-034084-2 del 18 de julio de 2014, el doctor JORGE ALVAREZ POSADA, en calidad de representante legal de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE S.A., interpone recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014, en los siguientes términos:

... III. Fundamentos jurídicos del Recurso.

publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

² Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.

Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.
2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señala para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

1. Falsa motivación del acto administrativo.

De acuerdo con el artículo 137 del CPACA, la falsa motivación es uno de los vicios invalidantes que acarrea la nulidad de un acto administrativo. La jurisprudencia nacional ha sostenido que el vicio de la falsa motivación se concreta cuando existe una divergencia entre las razones fácticas o jurídicas argüidas por la administración para motivar el acto administrativo y la realidad fáctica y jurídica que realmente induce a la producción del mismo.

El Consejo de Estado ha explicado, en jurisprudencia reiterada, en qué consiste el vicio de la falsa motivación:

"...para que una motivación pueda ser calificada de "falsa" para que esa clase de ilegalidad se dé en un caso determinado es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada" (negritas fuera de texto).

De igual forma en relación con esta causal de nulidad, el Consejo de Estado precisó lo siguiente:

"La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable" (negritas fuera de texto).

Lo expresado por el Consejo de Estado permite afirmar que la administración pública no puede fundamentar una decisión en situaciones de hecho o de derecho parcial o totalmente inexistentes, teniendo en cuenta que el contenido del acto no correspondería con la realidad fáctica o jurídica que se invoca como sustento de la decisión administrativa y por tal razón es posible afirmar que la Resolución debe ser revocada por cuanío:

1.1. La administración sustenta su decisión en que la concesión Portuaria tiene como régimen jurídico la Ley 1ª de 1991 y en que el otorgamiento de la prórroga es ilegal.

La Resolución aduce, entre otras circunstancias, como motivación de la decisión administrativa adoptada lo siguiente: "[e]s claro entonces que el concesionario al momento de homologar su permiso se acogió tanto al régimen como al mecanismo previsto en la Ley 1ª de 1991, y es precisamente por ello que si bien la prórroga otorgada por el Ministerio de Transporte a la homologación, por periodos de 10 años hasta completar 30 años, es en nuestro sentir inusual ya que no obedeció al trámite que para el efecto debió surtirse de conformidad con lo previsto en el régimen legal para el otorgamiento de un contrato de concesión portuaria" (Destacado fuera de texto).

Así las cosas, dos de los motivos determinantes de las decisiones incorporadas en el acto administrativo impugnado, son los siguientes: (i) a juicio de la ANI la homologación implica que la concesión portuaria asume el régimen jurídico de la Ley 1ª de 1991 para todos los asuntos y no sólo para la contraprestación portuaria; y (ii) la manera en que se otorgó la prórroga omitió el trámite requerido por la ley para los contratos de concesión portuaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a analizar en qué medida los motivos antes enunciados no se adecúan a la realidad fáctica y jurídica que subyace a la expedición del presente acto administrativo.

CU

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

1.2. La Resolución No. 776 de 2014 adolece de falsa motivación pues el régimen jurídico de la concesión Portuaria de la cual CZN es titular está constituido por el Decreto Ley 2349 de 1971 y el Decreto 3137 de 1980.

La Concesión portuaria de la cual CZN es titular fue otorgada a CARBOCOL por medio de la Resolución No. 503 de 1983 con fundamento en el Decreto Ley 2349 de 1971 y el Decreto 3137 de 1980 normas que si bien fueron derogadas por la Ley 1 de 1991 (Estatuto de Puertos Marítimos), continúan produciendo consecuencias jurídicas para las concesiones portuarias otorgadas en su vigencia como consecuencia del fenómeno de ultractividad que rige los efectos temporales de las normas bajo las cuales se confirió un derecho o se suscribió un contrato.

Lo anterior es confirmado por la Ley 1 de 1991 que se limitó a disponer que las concesiones otorgadas antes de su entrada en vigencia se rigen por los estatutos normativos bajo los cuales hubieren sido otorgadas, siempre que se homologaran de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1 de 1991, y se adecuaron al régimen tarifario de dicho estatuto portuario. Así lo establece la norma mencionada:

"Las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de esta ley hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediano o inmediato, de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen. Las obligaciones que tenían en favor de la Empresa Puertos de Coiombia, seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifado previsto en la presente Ley."

Así las cosas, de la norma antes citada se derivan dos consecuencias lógicas: por una parte que todo aquel que tuviere autorizaciones o concesiones conferidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1 de 1991 podrá seguir ejerciendo los derechos que de tales institutos jurídicos se derivan de acuerdo con el régimen jurídico de conformidad con el cual fueron otorgados y, de otra, que tales autorizaciones deberán adecuarse al régimen y mecanismos tarifarios regulados por la Ley 1 de 1991.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que mediante Resolución 164 de 1994, La Concesión fue homologada de acuerdo con lo señalado en el artículo 39 de la Ley 1 de 1991, es de rigor concluir que el régimen jurídico aplicable a la misma es el contenido en el Decreto Ley 2349 de 1971 y el Decreto 3137 de 1980, salvo lo relativo a los asuntos de carácter tarifario, que estén sometidos a la Ley 1 de 1991.

En consecuencia, es falsa y contraria a la realidad la afirmación que hace la Administración según la cual el régimen jurídico aplicable a la Concesión es aquel que está contenido en la Ley 1 de 1991 como consecuencia de la homologación de dicho permiso en los términos del artículo 39 de la ley mencionada.

1.3. La prórroga de treinta (30) años no incumple la ley.

La prórroga otorgada a CZN, contrario a lo sostenido por la ANI, no incumple ningún requisito de carácter legal, toda vez que ésta no puede someterse a la normativa ordinaria que rige cualquier concesión portuaria otorgada en vigencia de la Ley 1 de 1991 y, por el contrario, su lógica es la de ejecutar una política pública según la cual el plazo de la Concesión debe equipararse al del contrato minero al que ésta sirve. Veamos por qué:

En el año 2000, el Consejo Superior de la Administración para la Política Económica y Social adoptó el documento CONPES 3101 de 2000 por medio del cual recomendó de manera explícita "[a]delante, antes del 31 de diciembre de 2000, por parte de CARBOCOL y ante el Ministerio de Transporte, los trámites necesarios para obtenerla

CZ

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

concesión portuaria para Puerto Bolívar con el fin de propender por su continuidad hasta el año 2034".

En consideración a lo anterior, la Resolución No. 3615 de 2002 al momento de conceder la prórroga de la Concesión señaló que "en armonía con la política trazada por el Consejo de Política Económica y Social CONPES y coherentes con lo establecido por el artículo 21 del Decreto 3137 de 1980, el Ministerio accedió a la prórroga en los términos establecidos en la citada norma, bajo cuyo imperio se otorgó ese privilegio."

Así las cosas, puede concluirse que la prórroga de Puerto Bolívar obedece a una política de Estado que tenía como propósito propiciar un crecimiento económico en la industria de la minería, equiparando el tiempo de duración de los contratos mineros de CZN con la concesión portuaria, y no a un cambio de régimen jurídico aplicable a la misma como lo sugiere la ANI, en tanto y en cuanto el régimen jurídico sigue siendo el mismo bajo el cual se otorgó la Concesión. En consecuencia, no se puede confundir la homologación ni la prórroga de la concesión con un cambio de régimen jurídico aplicable a la concesión de Puerto Bolívar.

Adicional a lo anterior, a la Administración no le es dable sostener que la prórroga no cumple con los requisitos aplicables a los contratos de concesión portuaria, habida cuenta que la Concesión no fue conferida vía contrato o negocio jurídico bilateral, sino por medio de acto administrativo, esto es como consecuencia de la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración quien, en ejercicio de su poder de imperio, otorgó un derecho subjetivo a CZN. Este punto es importante porque aun cuando es abordado alegando una presunta ilegalidad de la prórroga, la ANI asume a lo largo de todo la Resolución que la concesión portuaria fue otorgada vía contrato, aplicando de manera inadecuada instituciones propias del derecho contractual a un ámbito en el cual no hay ni siquiera un negocio jurídico de por medio.

En conclusión, es falsa y contraria a la realidad la afirmación de la administración según la cual la prórroga es ilegal y no obedece a los requisitos legales aplicables a los contratos de concesión portuaria.

Partiendo de la base que dos de los motivos jurídicos aducidos por la administración para la adopción de la Resolución son contrarios a la realidad, esto es lo relativo al régimen jurídico de la Concesión y a la legalidad de la prórroga, debe concluirse que el acto administrativo adolece de falsa motivación, lo que habilita a la ANI a revocar la decisión administrativa impugnada.

2. La Resolución viola las normas en que debería fundarse.

El vicio de nulidad de un acto administrativo por infracción de las normas en que debe fundarse, se materializa cuando la decisión de la administración contraviene o desconoce una preceptiva jurídica que reglamenta el campo de acción en el que se decide, sea porque deje de aplicar la disposición, porque la aplica indebidamente o porque la interpreta en forma errónea.

El Consejo de Estado, en Sentencia de 6 de marzo de 2009, precisó los contornos del vicio invalidante examinado, al expresarlo siguiente:

«Así para que pueda alegarse este cargo es imperioso que las disposiciones cuya violación se alega hagan parte del marco normativo que regula la materia o "el objeto del correspondiente acto" Sólo así puede aducirse que la administración se hallaba ante el deber de considerarlas -para aplicadas o dejar de hacerlo- y que en la medida en que no lo hizo incurrió en su violación" (negritas fuera de texto).

En el caso sub examine, es notorio que la administración no solo interpreta de manera errada las resoluciones de carácter particular de las cuales es titular CZN y las políticas

C20

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

del sector señaladas mediante los CONPES PORTUARIOS, sino que además inaplica el Estatuto de Puertos Marítimos (Ley 1a de 1991) según se analiza a continuación:

2.1. La Resolución desconoce que para revocar o modificar actos administrativos de carácter particular y concreto se requiere de la aquiescencia del administrado de conformidad con lo señalado en el CPACA

Según el artículo 97 del CPACA, "salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular"

Al respecto, la Corte Constitucional señaló en sentencia C- 835 de 23 de septiembre de 2003 que "[l]a jurisprudencia de esta Corporación ha sido explícita en la afirmación de la irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del particular en los términos señalados en la ley. Ha dicho esta Corte:

(...) No sucede lo mismo con los actos de contenido particular y concreto, que crean situaciones y producen efectos individualmente considerados, los cuales no pueden ser revocados por la administración sin el consentimiento expreso del destinatario de esa decisión según lo dispone el artículo 73 del C.C.A. el cual preceptúa que para que tal revocación proceda se debe contar con la autorización expresa y escrita de su titular.

Y ello se entiende, en aras de preservar la seguridad jurídica de los asociados, como quiera, que las autoridades no pueden disponer de los derechos adquiridos por los ciudadanos, sin que medie una decisión judicial, o que se cuente con la autorización expresa de la persona de la cual se solicita dicha autorización, en los términos establecidos en la ley".

Tal teoría ha sido conocida como la teoría de la inmutabilidad o irrevocabilidad de los actos administrativos, cuyo alcance ha sido definido por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

"Sabido es, que la mutabilidad o inmutabilidad de los actos administrativos, ha sido aceptada por la doctrina teniendo en cuenta, el sujeto a quien están dirigidos. Es así que en los actos administrativos de carácter general, tendientes a producir efectos a todo el conglomerado social, o a una parte de él, son esencialmente revocables por parte de la administración, una vez se realice la valoración de las circunstancias precisas, para que la administración proceda a revocar sus propios actos. No sucede lo mismo con los actos de contenido particular y concreto, que crean situaciones y producen efectos individualmente considerados, los cuales no pueden ser revocados por la administración, sin el consentimiento expreso del destinatario de esa decisión, según lo dispone el artículo 73 del C. CA., el cual preceptúa que para que tal revocación proceda, se debe contar con la autorización expresa y escrita de su titular. Y ello se entiende, en aras de preservar la seguridad jurídica de los asociados, como quiera, que las autoridades no pueden disponer de los derechos adquiridos por los ciudadanos, sin que medie una decisión judicial, o que se cuente con la autorización expresa de la persona de la cual se solicita dicha autorización, en los términos establecidos en la Ley" (Negrillas fuera de texto).

De manera que, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia constitucional, la revocatoria directa de actos administrativos de carácter particular y concreto sólo procede cuando el destinatario de tales decisiones haya otorgado su consentimiento de manera previa, expresa y por escrito, exigencias que surgen de la necesidad de garantizar unos mínimos de seguridad jurídica por parte de las autoridades administrativas. Lo anterior, por cuanto las decisiones que adoptan las entidades públicas deben generar confianza en sus destinatarios en virtud de los principios de buena fe y confianza legítima que deben gobernar las relaciones entre los particulares y la Administración, según lo dispone el artículo 83 de la Constitución Política.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Así, dado que la Resolución No. 8928 de 2002 creó una situación jurídica individual y concreta para CZN al definirle el valor de la contraprestación que deberá pagar durante el término de la prórroga de La Concesión de Puerto Bolívar, CZN goza de la titularidad de un derecho adquirido que no puede ser modificado ni desconocido en forma unilateral e inconsulta mediante la Resolución sub examine, por cuanto con ello se vulnera de manera flagrante una situación jurídica consolidada que atenta contra la seguridad jurídica como pilar fundamental de nuestro ordenamiento, y genera incertidumbre y desconfianza en el sector inversionista, y en todos los administrados en general.

Por lo tanto, cuando la administración afirma en la Resolución que "[E]l concesionario omite señalar que es la misma Resolución 008928 de 2002 en la que expresamente se indicó que los valores de la contraprestación allí establecidos pueden ser reajustados al vencimiento de cada periodo de 10 años, por lo tanto no se trata de una "revocatoria sin la anuencia del particular" como lo pretende hacer ver, sino que se trata del cumplimiento de un acto administrativo vigente y que se presume legal", desconoce que:

(i) Sin excepción alguna, la administración requiere del consentimiento del particular beneficiario cuando pretende dejar sin efectos un acto administrativo de carácter particular y concreto como lo es la Resolución No. 8928 de 2002. Esto es, dado que el artículo 97 del OPACA no señala una excepción a la obligatoriedad de contar con el consentimiento previo, expreso y escrito del administrado, no le es dable al intérprete (en este caso a la ANI), hacer una excepción a la norma como la que se desprende del contenido de La Resolución impugnada.

(ii) De la Resolución No. 8928 de 2002 no se desprende expresa ni tácitamente una renuncia de CZN a su derecho de consentir en la revocatoria del acto administrativo cada diez (10) años, por cuanto: a. Tal derecho es irrenunciable en tanto se trata de una norma de orden público; y b. La renuncia no procede de manera general y abstracta, pues la norma citada requiere que el consentimiento sea previo, expreso y escrito. No resulta posible entonces, ni si quiera pensar que el acto administrativo que provino de la administración, persiguiera cercenar el derecho de CZN a ser consultado cuando la entidad concedente buscara dejado sin efectos y reajustar la contraprestación portuaria que CZN debe pagar al Estado por el uso y goce de Puerto Bolívar.

(iii) La Resolución No. 8928 de 2002 si bien señala que la administración puede reajustar la contraprestación -previa verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte de CZN- cada diez años, de la misma no se desprende que la administración pueda hacerlo de inconsulta y unilateral como erróneamente lo sugiere la ANI. Al contrario, haciendo una interpretación sistemática tanto de la Resolución 8928 como de las demás normas vigentes en ordenamiento jurídico colombiano, se desprende inexorablemente que aun cuando administración tiene la facultad de reajustar la contraprestación cada diez años, debe contar con la aquiescencia del particular beneficiario, pues de lo contrario se estaría burlando la teoría de la intangibilidad de los actos administrativos y se estaría presumiendo la ilegalidad de la Resolución en comento.

(iv) De la Resolución No. 8928 de 2002 no se desprende la obligatoriedad de reajustar la contraprestación como erróneamente lo sostiene la administración. No en vano la Resolución 8928 utiliza el verbo podrá y no "deberá" modificar la contraprestación cada diez años. Esto es, no es en cumplimiento del acto administrativo como lo sostiene la ANI que está modificando la contraprestación portuaria, pues ésta es una facultad discrecional que podría no haber ejercido y no por ello se encontraría incumpliendo la Resolución No. 8928 de 2002.

En consideración a lo anterior, al desconocer la obligatoriedad del artículo 97 del CPACA la administración, con la Resolución impugnada, está desconociendo que las normas de orden público no admiten pacto en contrario, ni siquiera si tal disposición reposa en actos administrativos que gozan de presunción de legalidad como la Resolución No. 8928 de 2002. En todo caso es menester señalar que sin perjuicio de la

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 15 de junio de 2014."

acción de nulidad que se adelanta por CZN respecto de la legalidad de la Resolución No. 8928 de 2002, el párrafo único del artículo primero de ese acto administrativo debe ser entendido bajo el presupuesto que con tal disposición, la administración no pretendía contravenir una norma de orden público y, en tal sentido, al momento de realizar el ajuste de la contraprestación portuaria, debe contar con el consentimiento del particular beneficiario de dicho acto, so pena de quebrantarle sus derechos adquiridos y de quebrantar el principio de seguridad jurídica.

2.2. La Resolución se fundamenta en una interpretación errada de la Resolución 8928 de 12 de julio de 2012 (sic).

Mediante la Resolución No. 3615 de 2002 el Ministerio de Transporte otorgó la prórroga de la concesión de Puerto Bolívar por un término de treinta (30) años -modificando el término de diez (10) años que había sido otorgado inicialmente por la entidad mediante la Resolución 12501 de 2001- sustentado en "la necesidad de incentivar el sector minero y las exportaciones de minerales, consagradas en diferentes documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES" (Capítulo "Antecedentes" de la Resolución 3615 de 2002). Sin embargo, la administración se reservó el derecho a poder verificar cada diez (10) años el cumplimiento de las obligaciones del concesionario. Así se desprende claramente de lo expresado en artículo primero de la Resolución 12501 de 2001 (modificado por la Resolución 3615 de 2002) que a letra resolvió:

"Prorrogar el plazo de la autorización en la Resolución 503 de 1 de julio de 1983 de la Dirección General Marítima y Portuaria del Ministerio de Defensa, homologada por la Resolución 164 del 9 de marzo de 1994 de la Superintendencia General de Puertos, a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. CZN S.A., por períodos de diez (10) años, hasta completar treinta (30) años; siempre y cuando la Sociedad CZN S.A., cumpla con todas las obligaciones, lo que tendrá que demostrar cuatro meses antes del vencimiento de cada período de diez (10) años (Destacado fuera de texto).

A su turno, el párrafo del artículo primero de la Resolución No. 8928 de 2002 - expedida por el Ministerio para liquidar el valor de la contraprestación de la prórroga otorgada mediante la Resolución 12501 de 2001- dispuso lo siguiente:

"**PARÁGRAFO:** Los valores de contraprestación fijados anteriormente podrán reajustarse al vencimiento de cada período de diez (10) años de conformidad con la metodología vigente al momento de la renovación de la prórroga y de acuerdo con la información económica y financiera presentada, dentro del término establecido en el Artículo Primero de la Resolución número 063615 del 18 de marzo de 2002, por la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. CZN S.A. para tal efecto.

Nótese que el citado párrafo de la Resolución No. 8928 estableció que la renovación de la prórroga cada diez (10) años no sólo requerirá una simple verificación del cumplimiento de las obligaciones de la Concesión (tal como lo dispone la Resolución No. 3615 de 2002), sino que además los valores de la contraprestación 'podrán reajustarse' de conformidad con la metodología vigente al momento de la renovación.

Sin embargo, la facultad de 'reajustar' cada diez (10) años la contraprestación portuaria, no podría derivar en una modificación sustancial de la misma, porque la Resolución No. 8928 de 2002, con base en la metodología vigente para la época, realizó el cálculo de la contraprestación portuaria por el término de treinta (30) años de duración de la prórroga conferida mediante Resolución 3615 de 2002, y no para un término parcial de diez (10) años, al cabo de los cuales pudiera establecerse una nueva contraprestación portuaria sustancialmente diferente. En otras palabras, la contraprestación portuaria no podría ser modificada sustancialmente cada diez (10) años, por la simple y llana razón de que la Resolución No. 3615 de 2002 otorgó una prórroga de treinta (30) años con base en la cual se realizó el cálculo de la contraprestación portuaria mediante Resolución No. 8928 de 2002 y se logró el cierre financiero del proyecto.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Prueba de ello, es que en la parte motiva y resolutive del mencionado acto administrativo se aprecia claramente que el cálculo del valor de la contraprestación de la prórroga se basó en el rendimiento o VPN (valor presente neto) de la concesión portuaria para un término de treinta (30) años contados a partir del 1 de julio de 2003. Por lo anterior, carecería de toda lógica y sentido que la Resolución 8926 hubiese liquidado la contraprestación de la concesión con base en el término de la prórroga otorgada por treinta (30) años -como efectivamente sucedió-, y al mismo tiempo que la contraprestación sólo tuviese una vigencia de diez (10) años al término de los cuales pudiese ser modificada completamente.

Si se interpretara que la Resolución 8928 (parágrafo), establece la posibilidad de modificar sustancialmente cada diez (10) años la contraprestación de La Concesión, se dejaría sin efecto la contraprestación establecida por la misma Resolución 8928 por el término de la prórroga de treinta (30) años y de paso perderla toda vigencia la Resolución No. 3615 de 2002 por medio de la cual se otorgó la prórroga por treinta (30) años. Se cae de su peso que una contraprestación que puede ser modificada cada 10 años es una contraprestación que se otorgó por ese mismo término, y no así por el término superior de treinta (30) años de la prórroga otorgada mediante a Resolución No. 3615 de 2002, y conforme al cual se calculó el valor de la contraprestación por medio de la Resolución 8928 de 2002.

Este tipo de interpretaciones que dejan sin efectos prácticos la aplicación de una norma jurídica, desconoce el principio hermenéutico del efecto útil de la norma. Según dicho principio, siempre que se interprete una norma jurídica, debe preferirse una lectura que le conceda efectos, frente a otra interpretación que no permitan que la norma despliegue consecuencias jurídicas.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que "[e]l conocido principio de interpretación de las normas jurídicas, a partir del "efecto útil" de éstas, enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce debe preferirse el primero".

De manera que el concepto "reajuste" incorporado en el parágrafo del artículo primero de la Resolución 8928 de 2002, debe interpretarse para que la contraprestación portuaria -que ese mismo acto administrativo estableció- pueda producir consecuencias jurídicas. Para ello, el reajuste de la contraprestación" al cabo de cada periodo de diez (10) años, no deberá conducir a modificaciones sustanciales o estructurales de la contraprestación, en la forma en que fue calculada inicialmente mediante la misma Resolución 8928 de 2002. Por el contrario, para que la contraprestación de la concesión pueda ser reajustada, la Administración deberá analizar y ajustar las distintas variables utilizadas para el cálculo de la contraprestación inicial -por treinta (30) años- en el evento en que éstas hubiesen podido verse trastocadas o afectadas, por ejemplo, por fenómenos económicos tales como la inflación o la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

En el caso que nos ocupa, al analizar la procedencia de la renovación de la prórroga del concesión de Puerto Bolívar a partir del 1 de julio de 2013, mediante Resolución 776 de 2014 la ANI realizó una modificación de la contraprestación establecida inicialmente por medio de Resolución 8928 de 2002, y no un simple reajuste a la misma, tal y como lo ordena el parágrafo del artículo primero de la Resolución 8928 de 2002. Al calcular nuevamente el valor de la contraprestación portuaria con base en las fórmulas previstas en el documento Conpes 3744 de 15 de abril de 2013 (adoptado mediante decreto 1099 de 2013), la Resolución no efectuó un reajuste a la contraprestación inicial -que es la interpretación que podría generar efectos jurídicos- sino que derogó dicho contraprestación al reemplazarla completamente por otra contraprestación diferente.

Por las anteriores razones, la Resolución 776 de 2014 incurre en la causal de nulidad de los actos administrativos por indebida aplicación de las normas en que debió fundarse contenida en el artículo 137 del CPACA, al haberse fundamentado en una interpretación equivocada de la Resolución 8928 de 2002 y que, en últimas, conduce al pleno

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

desconocimiento de la norma en que supuestamente se funda el acto administrativo impugnado. La Resolución impugnada mediante el presente recurso, no sólo dio un alcance equivocado al párrafo del artículo primero de la Resolución 8928, sino que anuló por completo el objeto buscado por la norma, en la medida en que su finalidad era establecer un valor de la contraprestación portuaria - con la posibilidad de ser reajustada al vencimiento de cada periodo de 10 años de la prórroga- y no así, en la forma en que fue aplicada por la ANI, para remplazar la contraprestación calculada bajo una metodología totalmente distinta como la establecida en el documento Conpes 3744 de 2013.

2.3. El Documento Conpes 3744 de 15 de abril de 2013 no es la metodología vigente aplicable para el cálculo de la contraprestación de la Concesión de Puerto Bahía Porteta - Puerto Bolívar-.

Para resolver la solicitud de renovación de la prórroga de La Concesión a partir del 1 de Julio de 2013, mediante la Resolución 776 de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura procedió a "reajustar" el valor de la contraprestación económica de acuerdo con la metodología vigente al momento de la renovación", para lo cual dio aplicación a las fórmulas previstas en el documento Conpes 3744 de 15 de abril de 2013, adoptado mediante Decreto 1099 de 28 de mayo de 2013.

El Conpes 3744 de 2013 tiene por objeto establecer un Plan de Expansión Portuaria denominado "Política Portuaria para un País más Moderno" el cual se enmarca dentro de la temática que establece el artículo 2 de la Ley 1 de 1991. El capítulo de Introducción del documento CONPES, se detallan cinco puntos relacionados con dicha política pública, dentro de los cuales siguiente:

"4. Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por las concesiones portuarias: En este Plan de Expansión Portuaria, se define una nueva metodología para las contraprestaciones portuarias que aplicará a los beneficiarios de permisos portuarios de nuevos proyectos y a los beneficiarios de permisos portuarios que modifiquen sustancialmente sus contratos

En igual sentido, en la página 34 del Conpes 3744 de 2013 se consagró la formulación de una nueva metodología para calcular contraprestaciones portuarias, en la cual se establece expresamente el siguiente ámbito de aplicación de la metodología:

"Aplicabilidad: La presente metodología de contraprestaciones aplicará únicamente a los beneficiarios de nuevos permisos portuarios marítimos y fluviales y/o cuando se modifiquen sustancialmente permisos vigentes según el artículo 17 de la Ley 1a de 1991". (Destacado fuera de texto).

De manera que las preceptivas del documento de política son claras en establecer que éste sólo aplica frente a concesiones portuarias nuevas, o cuando se modifiquen las condiciones en los términos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991, es decir a solicitud del concesionario debidamente aprobada por la entidad competente, lo cual se aviene con los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos para la modificación de la contraprestación portuaria.

Así las cosas, la concesión portuaria de la cual CZN es titular no entra en ninguno de los supuestos de hecho referidos en la norma, pues ésta data de 1983, por lo cual no es nueva, y tampoco ha sufrido ni sufrirla ahora modificaciones en los términos señalados por el artículo 17 de la Ley 1 de 1991; es decir, la metodología para calcular el valor de la contraprestación portuaria no resulta aplicable para el cálculo de la contraprestación de La Concesión, por expresa disposición del CONPES 3744 de 2013.

Es evidente que la administración utiliza de manera errada el CONPES y considera que es CZN el equivocado al afirmar que la metodología vigente para la Concesión es la del momento de la prórroga. Prueba de lo anterior es su afirmación en virtud de la cual

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

señala que: "[N]o resulta acertada la interpretación que pretende plantear el concesionario en su escrito, pues si esa hubiese la intención de la administración hubiese indicado que debía utilizarse la metodología vigente al momento de la prórroga" por cuanto desconoce que el argumento utilizado por el concesionario en comunicación BG 000106 del 14 de agosto de 2013 es que justamente al no ser aplicable la metodología del CONPES, la única metodología vigente para Puerto Bolívar es la utilizada al momento de la prórroga:

"[N]o puede inferirse entonces, como pareciera sugerido la ANI, que este aparte permite que la nueva metodología se aplique a todas las homologaciones, pues sería desconocer que el CONPES debe ser entendido como un todo, y no se puede descontextualizar un aparte que simplemente establece criterios para la aplicabilidad de los componentes de la metodología, de aquel en el cual se había dicho con claridad que la nueva metodología sólo resultaba aplicable a los permisos nuevos o aquellos que hablan sufrido modificaciones en los términos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991.

De manera que debe entenderse entonces que la nueva metodología sólo puede resultar aplicable a homologaciones cuando éstas sufran modificaciones en los términos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991, razón por la cual la concesión portuaria de la cual es titular CZN no podría ser sometida a la nueva metodología para calcular la contraprestación.

En consecuencia, la única metodología actualmente vigente para la concesión portuaria de la cual CZN es titular es la metodología previamente establecida en la Resolución 8929 y no la consignada en el CONPES 3744 de 2013" (Destacado fuera de texto).

Esto es, si bien el CONPES 3744 de 2013 señala cuál es la metodología vigente para determinar la contraprestación de los puertos nuevos y de los que sufran modificaciones sustanciales, no es la metodología aplicable para la Concesión de Puerto Bolívar en tanto la misma no se encuentra dentro del supuesto fáctico exigido. En consecuencia, "la metodología vigente" para éste, no puede ser otra que la utilizada al momento del otorgamiento de la prórroga. Esto es, aquí lo relevante no es conocer cuál era la intención de la administración como lo sugiere la ANI, pues ésta jamás ha sido desconocida por parte de CZN (posibilidad de aplicar la metodología vigente cada vez que se renueve un período de la prórroga), sino en determinar cuál es la metodología aplicable para el Puerto Bolívar en este segundo período.

Por las anteriores razones, La Resolución viola el artículo 137 del CPACA, pues se sustentó en una interpretación errónea de la metodología aplicable para efectuar el cálculo del valor de la contraprestación portuaria, al afirmar -en forma contraria a la realidad- que el documento Conpes 3744 de 2013 resulta aplicable para efectuar el ajuste al valor de la contraprestación de la Concesión.

2.4. La Resolución desconoce que el artículo 7 (original) de la ley 1a de 1991 obliga a mantener la contraprestación una vez se ha establecido su valor.

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1° de 1991 mediante Resolución 164 de 1994 la Concesión de Puerto Bolívar se acogió al régimen y mecanismos de pago establecidos en la Ley 1° de 1991. Por lo tanto, en la fecha en que CZN solicitó la prórroga de la concesión portuaria (16 de marzo de 2001) debía tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 7 y 17 de la ley 1 de 1991 (vigentes para la época en que se otorgó la concesión), los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 7. Periódicamente el Gobierno Nacional definirá, por vía general, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben dar quienes se benefician con las concesiones portuarias.

CZN

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Esta contraprestación se otorgará a la Nación y a los municipios o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda. (...) Una vez establecido el valor de la contraprestación no es susceptible de modificarse".

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

En el caso que nos ocupa, al momento de expedirse la Resolución 8928 de 12 de julio de 2002 por medio del cual el Ministerio de Transporte estableció el valor de la contraprestación de la prórroga de La Concesión, seguan estando vigentes los precitados artículos 7 y 17 de la ley 1 de 1991, que obligan a mantenerla contraprestación una vez establecido su valor, salvo que se presentara un cambio en las condiciones originales de la concesión que exijan variar el valor de la contraprestación.

Como se puede apreciar, lo dispuesto en los artículos 7 y 17 de la Ley la de 1991, al prohibir la modificación unilateral o -motu proprio- del valor de la contraprestación portuaria, está en consonancia con lo que la doctrina en derecho administrativo denomina la teoría inmutabilidad o irrevocabilidad de los actos administrativos, con miras a preservar la seguridad jurídica del peticionario del permiso, quien de antemano conoce y acepta el valor que está dispuesto a sufragar durante el término de la concesión portuaria. Por esta misma razón, se explica que el ámbito de aplicación del documento Conpes 3744 de 2013 haya señalado que las nuevas fórmulas que incorpora dicha política pública, para establecer el valor de las contraprestaciones portuarias, sólo serán aplicables a concesiones portuarias nuevas o cuando se modifiquen las condiciones iniciales de la concesión, en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley 1ª.

La decisión adoptada mediante Resolución 766 de 2014 (impugnada mediante el presente escrito) desconoció los artículos 7 y 17 de la ley 1 de 1991, teniendo en cuenta que modificó la contraprestación de La Concesión otorgada a CZN -mediante la implementación de las fórmulas establecidas en el documento CONPES 3744 de 2013- sin que se hubiese presentado -en el caso específico- ninguno de los supuestos que hacen aplicable la nueva metodología según el mencionado documento de política pública del sector, esto es que se hubiere otorgado una nueva concesión o se hubiere realizado modificación alguna de las condiciones iniciales de la concesión portuaria.

Por lo tanto, salta a la vista que La Resolución debe ser revocada, teniendo en cuenta que dicho acto administrativo se encuentra incurso en el vicio de nulidad por infringir las normas en que debía fundarse, por haber omitido dar aplicación a los artículos 7 y 17 de la ley 1 de 1991, y por desconocer el principio de la inmutabilidad de los actos administrativos que generan situaciones jurídicas consolidadas.

3. La Resolución desconoce principios generales del derecho

Tal como ha sido señalado por la doctrina, "los principios generales son la base inspiradora del ordenamiento positivo y constituyen, con su aplicación, fuente indubitable de derecho positivo. De aquí que su deducción debe realizarse mediante un proceso lógico de análisis, abstracción y generalización sistemática del ordenamiento. El principio que sirvió de inspirador al legislador hay que deducirlo del contexto del ordenamiento mediante la decantación de la norma positiva [1] Así, sin perjuicio de la violación directa a las leyes que le son aplicables, la Resolución desconoce abiertamente un principio constitucional transversal al ordenamiento jurídico y un principio

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

constitucional propio del derecho administrativo, lo cual habilitaría a la Administración a revocar el acto administrativo.

3.1. La Administración desconoce el principio de legalidad-

Mediante la expedición de La Resolución, la Administración desconoce el principio de legalidad aplicable a la conducta de los servidores públicos, habida cuenta que el hecho de haber ejecutado funciones por fuera del ordenamiento jurídico en el pasado no habilita a un servidor público a ejercer tales atribuciones cuando no le han sido conferidas por la Constitución o por la ley.

3.1.1. La ANI justifica el ejercicio de competencias inexistentes en que la misma autoridad o sus entidades predecesoras se han abrogado tales atribuciones en el pasado.

La ANI aduce como justificación de la modificación de la contraprestación, el que ya en el pasado las autoridades que le precedían hubieren modificado la contraprestación sin que CZN lo hubiere autorizado de manera previa, expresa y escrita. Lo anterior fue desarrollado en los siguientes términos:

"[I]a contraprestación pactada inicialmente en la Resolución 164 de 1994 fue objeto de modificación (...) valor que al momento de otorgarse la prórroga fue nuevamente modificado según se evidencia en la Resolución 8929 (4. Todo ello indica que dentro de la ejecución de la concesión y en la vigencia del texto original del artículo 7 de la Ley 1a de 1991 que disponía que una vez establecida la contraprestación si ha sido modificada, atendiendo al valor real del recurso entregado en concesión y posterior prórroga de la concesión"

Así las cosas, a juicio de la ANI, la conducta que en el pasado la administración hubiere ejecutado en clara contravención del principio de legalidad y de los derechos adquiridos, constituye una práctica o costumbre contra legem que la habilita a adoptar decisiones que contravienen lo señalado respecto de la protección de situaciones particulares y concretas consolidadas mediante decisiones administrativas.

3.1.2. El principio de legalidad y la imposibilidad de desconocer derechos adquiridos.

De acuerdo con el artículo 6 de la Constitución Política, "[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo serán por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". A su vez, el artículo 123 señala que "[l]os servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento"

Así las cosas, es de señalar que los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les autoriza la Constitución y la ley, y que cualquier atribución que se abroguen por fuera de tales fuentes normativas, es absolutamente inconstitucional y violatorio del principio de legalidad.

Lo anterior implica que el ejercicio de funciones por fuera de la Constitución y la ley no es subsanable por haber sido una práctica utilizada por otras autoridades en el pasado, toda vez que en materia de derecho administrativo el principio de legalidad es un mandato transversal al derecho público que no puede ser remplazado por costumbres derivadas de prácticas reiterativas, y mucho menos si estas contravienen normas de orden público tales como la protección de derechos adquiridos y la intangibilidad de la contraprestación fijada por acto administrativo.

Así las cosas, el que la contraprestación se hubiere modificado de manera irregular al momento de la expedición de la Resolución 8929 violando el principio de legalidad, la protección de los derechos adquiridos, y la intangibilidad de los actos administrativos de

CN
AB

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

carácter particular y concreto, no implica que lo hecho en el pasado haya sido adecuado al ordenamiento jurídico ni habilita a la Administración a incurrir nuevamente en la misma situación antijurídica.

En conclusión, la antijuridicidad de la conducta de los servidores de la ANI es constitutiva de violaciones a los principios antes mencionados y, por lo tanto, es sustento suficiente para revocar la Resolución

3.2. La Administración desconoce la verdadera formulación del principio de igualdad.

Al intentar conferir un tratamiento igualitario a CZN frente a Puerto Drummond y Río Córdoba, la Administración desconoce la verdadera concepción de igualdad material concebida por el Constituyente de 1991, que exige un tratamiento igual o paritario entre supuestos idénticos o similares, y un tratamiento enteramente distinto o diferencial entre supuestos antagónicos o diferentes. Lo anterior lo hace al sustentar la Resolución en los siguientes términos:

"Finalmente es preciso tener en cuenta que los demás puertos carboneros de servicio privado como Drummond y Río Córdoba, e incluso el terminal nuevo que es de servicio público, deben implementar para su operación el sistema de cargue directo de carbón (...) circunstancia que nos lleva a concluir que además de las razones expuestas que permiten legal y contractualmente ajustarla contraprestación de la concesión de CZN, sea perfectamente viable que en desarrollo del principio constitucional a la igualdad, todos los puertos carboneros de servicio privado concurren al pago de la contraprestación en las mismas condiciones.

De manera que, según la ANI, el hecho de que Puerto Drummond y Río Córdoba tengan que implementar el cargue directo que ya adoptó CZN en el pasado, es una razón adicional para sostener que no se justifica un tratamiento según el cual la contraprestación portuaria cancelada por CZN sea manifiestamente inferior.

3.2.1. La concepción de igualdad ideada por el Constituyente de 1991.

La Constitución Política Colombiana, al igual que cualquier otra constitución libertaria, establece en su catálogo de derechos fundamentales el de la igualdad. Así, el artículo 13 de la Constitución Política dispone que: "[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

De acuerdo con la norma constitucional, el derecho a la igualdad tal y como fue acogido en nuestra Carta Política, no parte de una perspectiva propia del liberalismo clásico que propugna por una mera igualdad formal ante la Ley, sino que por el contrario hace prevalecer un concepto de igualdad material o real, que establece un tratamiento igualitario entre supuestos similares o idénticos, y un tratamiento diferencial entre supuestos que son disímiles o antagónicos, favoreciendo elementales postulados de justicia distributiva.

En efecto, así lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia C-250 de 2012, en la cual se manifestó lo siguiente:

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

"Ahora bien, la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinormatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales"; la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad -al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero sobre todo cuando va dirigido al Legislador pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación, los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados a especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en determinados casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional." (Destacado fuera de texto).

De lo anterior se puede concluir que siempre que el Estado adopte una medida legislativa o administrativa, debe respetar el principio de la igualdad en las siguientes condiciones: (i) debe haber un tratamiento idéntico respecto de quienes están en supuestos de hecho idénticos; (ii) debe haber un tratamiento paritario entre quienes están en supuestos de hechos similares; (iii) debe haber un tratamiento enteramente diferenciado cuando los supuestos de hecho no comparten nada en común; y (iv) un tratamiento diferenciado entre supuestos fácticos que comparten algunas circunstancias de hecho pero que también se diferencian en otras.

Así las cosas, el derecho a la igualdad se ve vulnerado siempre que se otorgue un tratamiento igualitario a sujetos que comparten supuestos fácticos diferentes o antagónicos, pues es el mandato que tiene como fin evitar que el Estado realice tratamientos discriminatorios, esto es que adopte tratamientos diferenciales o igualitarios que no estén

RU

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

justificados por las circunstancias de hecho a las cuales se dirigen o que no cumplan un mandato de raiambre constitucional.

3.2.2. La fijación de contraprestaciones idénticas para CZN frente a Puerto Drummond o Río Córdoba constituye un tratamiento igualitario no autorizado por la C.P.

El tratamiento igualitario que La Resolución quiere conferir a CZN frente a Puerto Drummond y Río Córdoba no está autorizado por la Constitución, toda vez que tales situaciones antes que compartir situaciones de hecho similares, son bien diferentes por las siguientes razones:

a) A diferencia de Puerto Drummond y Río Córdoba, la contraprestación portuaria de CZN la estableció un acto administrativo que la tomó en intangible. Así, dicha decisión administrativa le otorgó a CZN el derecho a cancelar un determinado rubro para remunerar su derecho a explotar un puerto carbonífero durante el término de duración de la prórroga de la concesión portuaria, esto es por treinta (30) años.

b) A diferencia de Puerto Drummond y Río Córdoba, CZN implementó el sistema de cargue directo de carbón hace bastante tiempo, con lo cual la política de ésta última empresa ha sido la de operar con unos protocolos de sostenibilidad ambiental más exigentes que justifican el cobro de un valor distinto por concepto de contraprestación portuaria.

En consecuencia, siendo que la situación fáctica en la que se encuentra CZN es distinta a aquella en la que se ubican Puerto Drummond y Río Córdoba, no se justifica un cobro idéntico en la contraprestación portuaria, pues dicha remuneración implicaría un tratamiento igualitario que, al partir de supuestos de hecho diferentes, sería discriminatorio para CZN y, por lo tanto, violatorio del principio de igualdad.

En conclusión, la violación del principio de igualdad que sufriría CZN implicaría la infracción de un principio y derecho constitucional fundamental, lo cual a todas luces configura un vicio invalidante administrativo y, por lo tanto, autoriza a la ANI a revocar La Resolución.

4. La Resolución se profiere bajo manifiesta desviación de poder del funcionario que la expide

De acuerdo con la jurisprudencia nacional, el vicio de desviación de poder que da lugar a la nulidad de los actos administrativos, se presenta cuando un funcionario público ejerce sus competencias constitucionales y legales con una finalidad distinta a los intereses públicos o cuando, en su actuación, se aparta de los objetivos concretos que el legislador pretendía satisfacer al conferirle la respectiva atribución

Sobre el particular el Consejo de Estado expresó:

"Para que se estructure el vicio por desviación de poder se requiere que la Administración, al utilizar sus poderes, actúe pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho le corresponde de manera general, o de manera particular como autoridad específica frente a tal atribución. El vicio desviatorio de este vicio se produce en el interior, no propiamente de la Administración, sino de las personas naturales que la representan, razón que hace que su estudio y su juzgamiento deban penerar las barreras de lo objetivo o final y situarse en la esfera volitiva de la autoridad, en la subjetividad del autor del acto"

Para que se estructure entonces la desviación de poder es necesario probar que no obstante la apariencia de legalidad que pueda tener el acto administrativo atacado, éste se expidió por la autoridad competente como un mecanismo para alcanzar un objetivo

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

contrario al previsto por el legislador cuando le otorgó la atribución legal que el servidor público ostenta.

Al respecto el Consejo de Estado expresó en esa misma oportunidad:

"El desvío del poder no puede entonces presumirse, sino que es preciso que se demuestre, al menos con indicios que permitan deducirlo, que a pesar de la apariencia de legalidad del acto, éste fue utilizado por la autoridad que lo produjo como un medio para buscar una finalidad que contraría la constitución o la ley, porque no corresponde al objetivo que se pretendió por el legislador el conceder la atribución de la que goza ese servidor público o cuerpo colegiado del Estado"

Probar que un acto administrativo está viciado por desviación de poder requiere llevar al juzgador a la certeza de que la finalidad perseguida por quienes profirieron el acto no era la de cumplir a cabalidad la función pública que se les ha encomendado, sino la de satisfacer intereses distintos a los previstos en la norma que los autoriza a actuar como autoridad estatal.

Así las cosas, cuando se trata de una desviación de poder, el acto administrativo es expedido por la autoridad competente, sin violar las formalidades legales requeridas, pero la finalidad que se quiere lograr con la decisión administrativa es distinta a las razones por las cuales el legislador confirió las funciones a los servidores que profirieron el acto que en este caso tal como expresamente lo manifestó la administración dentro de sus consideraciones es que en la prórroga de la concesión portuaria de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE, no se incurra en conductas similares a las que allí se reportan como presuntamente constitutivas de hechos irregulares (...) haciendo alusión a los hallazgos de la Contraloría General de la República.

Es evidente pues que el funcionario público que profiere La Resolución tiene una motivación diferente a la de "reajustar la contraprestación porque lo considere pertinente y es el temor a que la Contraloría General de la República pueda tomar represalias en el proceso de responsabilidad de fiscal en curso (por demás infundado), que se adelanta no solo en contra de CZN sino de la Entidad pública a la que representa por no realizar un aumento en la contraprestación portuaria.

No resulta conducente ni ajustado a derecho que en un acto administrativo se utilicen los criterios esgrimidos por un ente de control pues éstos no tienen la posibilidad de coadministrar con el Gobierno; al contrario su función es fiscalizadora y ex post, por lo que no pueden ser utilizados como fundamento de una decisión administrativa como la que es objeto de impugnación."

2.2. Luego de presentar sus motivos de inconformidad el concesionario culmina su escrito solicitando la revocatoria en su integridad de la Resolución 776 de 2014 y en su lugar se apruebe la renovación de la prórroga de la concesión manteniendo las condiciones de contraprestación portuaria establecida mediante Resolución 8928 de 2003.

3. CONSIDERACIONES DE LA ENTIDAD FRENTE A LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD PLANTEADOS POR EL RECURRENTE

3.1. SOBRE LA PRESUNTA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La falsa motivación constituye uno de los vicios del acto administrativo que da lugar a su nulidad, según lo consagra el artículo 84 del C.C.A.³. Ahora bien, la falsa motivación ha sido entendida como aquella

³ Artículo 84. Acción de nulidad. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2204 de 1985. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

24

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

razón engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad, en este sentido el Consejo de Estado en sentencia de 19 de mayo de 1998⁴ puntualizó sobre la falsa motivación de los actos administrativos, lo siguiente:

"La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable." (Suprayado ajeno al texto)

Conforme lo indicado en la sentencia citada y acudiendo a las definiciones del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, se dice que **"engañar"** (Del lat. vulg. *ingannāre*, burlar) es: 1. tr. Dar a la mentira apariencia de verdad. 2. tr. Inducir a alguien a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas⁵. De otra parte, se define **"simular"** (Del lat. *simulāre*). 1. tr. Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.

Efectuado este contexto, tenemos que el recurrente indica que la falsa motivación que aduce del acto administrativo impugnado surge de dos situaciones que en su criterio son las que prueban la existencia del vicio que se le endilga al acto, esto es el presunto engaño, la presunta simulación, los hechos presuntamente contrarios a la realidad, que para mayor claridad procederemos a analizar a continuación:

3.1.1. Presunta falsa motivación porque la administración "sustento" su decisión en que la concesión portuaria tiene como régimen jurídico la Ley 1ª de 1991.

Frente a este argumento el recurrente indica que el régimen jurídico de la concesión portuaria de la sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A. está constituido por el Decreto 2349 de 1971 y el Decreto 3137 de 1980 y no por la Ley 1ª de 1991 *"Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones"*.

El decreto 2349 de 1971 *"Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones"*, en materia de concesiones portuarias establecía lo siguiente:

"Artículo 87. De acuerdo con el Artículo 679 del Código Civil, las playas son bienes de uso público por tanto intransmisible a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo."

(...)

Artículo 89. Corresponde a la Dirección General Marítima y Portuaria reglamentar el uso y goce de todas las playas marítimas y de los terrenos de bajamar, a excepción de aquellos que la ley haya declarado o declare en el futuro como parque nacional, reserva para la adecuada protección de los recursos naturales renovables o recursos turísticos nacionales."

(...)

Artículo 91. La Dirección General Marítima y Portuaria podrá otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas a que se refiere la Ley 15 de 1876 y de los terrenos de la bajamar y exigirá para tal fin los siguientes requisitos:

(...)

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulars de servicio y de los actos de certificación y registro.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, Exp. 10051, M.P. Clara Forero de Castro S.

⁵ "fingir". (Del lat. *fingere*). 1. tr. Dar a entender lo que no es cierto. U. t. c. prnl. 2. tr. Dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene. U. t. c. prnl. 3. tr. Simular, aparentar. – RAE – Diccionario de la Lengua Española

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Artículo 97. Al conceder un permiso se exigirá a los interesados comprometerse a:

1. Que al vencimiento del término por el cual se concede el permiso, revierten a la Nación las construcciones.
2. Que las construcciones se sujeten a las condiciones de seguridad, higiene y estética que determinen los planos reguladores o las disposiciones de la Dirección General Marítima y Portuaria.
3. A reconocer que el permiso no afecta el derecho de dominio de la Nación sobre los terrenos ni limita en ningún caso el derecho de ésta para levantar sus construcciones en cualquier sitio que considere conveniente.
4. A dar un fiador mancomunado y solidario cuya solvencia debe comprobarse de acuerdo con la ley, que garantice la observancia de las obligaciones contraídas, y el pago de una cláusula penal que debe señalarse para el caso de incumplimiento. La cuantía será fijada teniendo en cuenta la categoría de construcción y el sitio en que se levante, de conformidad con la reglamentación que sobre el particular dicte la Dirección General.

El compromiso a que se refiere este artículo será elevado a escritura pública debidamente registrada a costa de los interesados dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la providencia de la concesión. (...)

Artículo 98. Las concesiones para construir quedarán sin ningún valor en los siguientes casos:

1. Cuando no se otorgue escritura dentro del plazo estipulado en el artículo anterior.
2. Cuando no se hubieren levantado las construcciones dentro del término que fije la respectiva resolución.
3. Cuando la construcción no esté de acuerdo con los planos que se hayan aprobado.
4. Cuando se le da a la construcción destinación diferente a la determinada en la concesión.
5. Cuando las razones o circunstancias que originaron la concesión se han modificado considerablemente.

Los hechos a que se refiere este artículo serán informados por el respectivo Capitán de Puerto a la Dirección General Marítima y Portuaria, la cual dictará la resolución respectiva.

Artículo 99. La Dirección General Marítima y Portuaria no concederá permisos para construcción de vivienda en las playas marítimas. La Dirección General determinará la extensión máxima utilizable cuando se trate del establecimiento de muelles, malecones, embarcaderos, diques secos, varaderos, astilleros y otras construcciones similares."

A su turno el Decreto 3137 de 1980 "Por el cual se dictan normas sobre el otorgamiento de permisos en materia portuaria", define los puertos de operación privada, establece los requisitos para el otorgamiento de los permisos para su construcción y establece las normas que regulan el ejercicio del permiso en cuanto a la supervisión de las construcciones, el control técnico de la operación que estaba a cargo de la extinta Empresa de Puertos de Colombia y otras disposiciones generales sobre plazos, tarifas y competencias de las autoridades públicas.

De las normas citadas, se establece que éstos permisos eran gratuitos, otorgados por acto administrativo cumpliendo con unos requisitos y con regulaciones básicas frente a la ejecución de los mismos, la vigilancia de la prestación del servicio, la inspección de las operaciones y el esquema tarifario, todo lo cual, entre otras razones, dio origen a la expedición de la Ley 1ª de 1991, cuyo objeto fue no solamente establecer el carácter oneroso de las concesiones portuarias, sino además establecer un régimen legal, técnico y tarifario que en conjunto permitiera garantizar una adecuada prestación del servicio portuario, cuya dirección general quedó a cargo de las autoridades de la república, considerando de interés público la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, independientemente si éste se presta a través de puertos de servicio público o privado⁶.

En términos generales el estatuto de puertos marítimos de la Ley 1ª de 1991 "...introduce un nuevo marco normativo para la actividad portuaria. La ley reserva al Estado su dirección, pero deja un amplio

⁶ Artículo 10. Principios generales. 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. (Subrayado ajeno al texto)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

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".

Frente al caso que nos ocupa, tenemos que la Ley 1ª de 1991 estableció un "régimen de transición", para los permisos y concesiones portuarias otorgadas con anterioridad a la expedición de esta norma, regulado en el capítulo VIII de la misma y puntualmente en el artículo 39, en los siguientes términos:

"Artículo 39. Puertos, muelles privados, y otras instalaciones existentes. Las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de esta ley hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediate o inmediato, de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen. Las obligaciones que tenían en favor de la Empresa Puertos de Colombia, seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifario previsto en la presente Ley.

Sin embargo, cualquier modificación en los términos en los que se otorgó la autorización deberá ser aprobada por la Superintendencia General de Puertos. Si el titular de la autorización la estuviere usando para el cargue o descargue de naves mayores, la Superintendencia no aprobará su modificación. Si el titular la estuviere usando para el cargue o descargue de naves menores, la aprobación no se dará sino en el caso de que el solicitante acepte someterse al régimen de embarcaderos de que trata esta Ley." (Subrayado y resaltado fuera de texto)

En el capítulo señalado, el legislador se ocupó de señalar las disposiciones que gobiernan el paso de una regulación a otra distinta en materia de concesiones, régimen al cual se acogió el concesionario al homologar su concesión al régimen y al mecanismo de pago.

Frente al alcance de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1ª de 1991 existen varios pronunciamientos de la máxima autoridad en materia administrativa, en los que se precisa:

- a) Que aquellos titulares de autorizaciones obtenidas antes de la promulgación de la Ley 1ª de 1991 "seguirán ejerciendo los derechos que poseen", mientras éstos **no sean contrarios a la Constitución ni a la Ley.**

"...Lo que la Ley 1a. de 1991 dice dentro del régimen de transición de la legislación anterior a la nueva, es que aquellos titulares de autorizaciones obtenidas antes de la promulgación de dicha Ley "seguirán ejerciendo los derechos que poseen", entendiéndose que dichos derechos subsisten en la medida que no sean contrarios a la Constitución ni a la Ley. De manera pues que ninguna persona puede aducir frente a la nueva legislación derechos adquiridos, a no ser sólo que se exija que se respete el término de la autorización, que no se le oblique al administrado a presentar una nueva solicitud de autorización ni a transformarse en sociedad portuaria mientras mantenga las condiciones en que se le otorgó la autorización, pues si pretende modificarlas deberá ajustarse a la nueva reglamentación, según lo previene el inciso final del artículo 39 de la Ley 1a. de 1991. No se puede pensar legítimamente en que los titulares de las autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 1a. puedan gozar de la subsistencia de gratitud frente a un beneficio portuario, si fue que éste alguna vez existió, porque ello equivaldría a establecer un principio de desigualdad jurídica, proscrito en el artículo 13 del nuevo ordenamiento. Así que no se vulnera ni la propiedad privada ni los derechos adquiridos, máxime si se tiene en cuenta que aún en el caso de surgir conflicto entre los derechos de los particulares y el interés público o social, que no se da en el presente caso, aquellos deberán ceder a este, según reza el artículo 58 de la Carta (30 de la de 1886)" (Subrayado y resaltado fuera de texto)".

⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. C-474/94 del 27 de octubre de 1994 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFJENTES MUÑOZ

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Radicación número: 2554 del 4 de marzo de 1994, C.P. Dr. YESID ROJAS BERRANO

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

- b) Que el régimen de transición implica igualmente que el cumplimiento de las "obligaciones que tenían" seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación" a través de los sistemas que determine la SGP.

Como se indicó anteriormente, el régimen de transición se concibe bajo el presupuesto de sujeción al régimen (legal, técnico, de operación de la actividad portuaria, de contraprestación y de vigilancia, inspección y control) y al mecanismo tarifario dispuesto por la misma Ley.

"... Con la Ley 01 de 1991 "Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones", se creó la Superintendencia General de Puertos, entidad gubernamental a la cual el legislador le asigna competencia para ejercer facultades "respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones" (art. 26), entendiéndose por actividad portuaria, "la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúen en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias". (artículo 5º)

En este orden de ideas, en virtud de la referida Ley 01 de 1991, la competencia para el otorgamiento, regulación y control de concesiones o licencias para la construcción de puertos, muelles o embarcaderos, quedó radicada en la Superintendencia General de Puertos, tal como lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en atención a consulta sobre delimitación de competencias entre la Dirección General Marítima y la Superintendencia General de Puertos.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo Ponente: Dr. César Hoyos Salazar. Providencia de 26 de 1996. (...La Ley 1ª de 1991 le asigna competencia para ejercer sus facultades "respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones" (art. 26) (...). La competencia para el otorgamiento de concesiones o licencias para la construcción de puertos, muelles o embarcaderos, y su regulación y control corresponde a la Superintendencia General de Puertos. La competencia para otorgar concesiones y permisos de construcción de marinas y astilleros, así como su regulación y control, corresponden a la Dirección General Marítima (D MAR)...)

Para el cumplimiento del objetivo asignado por el legislador a la referida entidad gubernamental, se incluyeron dentro de las funciones a su cargo, las siguientes:

"ARTICULO 27. Funciones de la Superintendencia General de Puertos. El Superintendente General de Puertos ejercerá las siguientes funciones:

"27.4. Otorgar por medio de resolución motivada las concesiones portuarias, modificarlas y declarar su caducidad; controlar la reconstrucción de puertos, muelles y embarcaderos.

"27.5. Organizar el recaudo de las contraprestaciones que establezca a las sociedades portuarias y a los embarcaderos.

"27.13. Ejercer las funciones y derechos que corresponden a Puertos de Colombia en materia de tasas, tarifas y contribuciones respecto de aquellas personas que habían recibido antes de la publicación de esta Ley cualquier clase de autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones destinadas en forma modista o inmediata al cargu o descargu de neves.

"27.16. Ejercer las demás facultades de derecho público que posee la Empresa Puertos de Colombia, y que no hayan sido atribuidas a otras autoridades ni resulten incompatibles con esta ley"

(...) Situación de las autorizaciones impartidas con antelación a la expedición del Estatuto de Puertos Marítimos. En cuanto concierne al tratamiento de las concesiones o autorizaciones impartidas con antelación al nuevo marco legal dispuesto por la Ley 01 de 1991, la misma normativa consagró un Régimen de Transición, en desarrollo del cual estableció:

CW

4

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

"ARTÍCULO 39.- Puertos, muelles privados y otras instalaciones existentes. Las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de esta Ley hubieren recibido autorización bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediato o inmediato, de navos, seguirán ejerciendo los derechos que poseen. Las obligaciones que tenían a favor de la Empresa Puertos de Colombia seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifario previsto en la presente Ley."

Sin embargo, cualquier modificación en los términos en los que se otorgó la autorización deberá ser aprobada por la Superintendencia General de Puertos. Si el titular de la autorización la estuviere usando para el cargue o descargue de navos mayores, la Superintendencia no aprobará su modificación. Si el titular la estuviere usando para el cargue o descargue de navos menores, la aprobación no se dará sino en el caso de que el solicitante acepte someterse al régimen de embarcaderos de que trata esta Ley." (se resalta)

La lectura de los preceptos antes transcritos pone de presente que la contraprestación por concepto de ocupación de las playas recae tanto sobre las concesiones posteriores a la vigencia de la Ley 01, como sobre las autorizaciones que bajo otro régimen se hubieron impartido para ocupar y utilizar las zonas de bajamar con construcciones destinadas al cargue o descargue de navos. Esa precisión es puesta de relieve en desarrollo del régimen de transición previsto en el artículo 39 de la Ley 01 de 1991, disposición a cuyo tenor subsisten los derechos con antelación conferidos a tales personas, bajo el presupuesto de sujeción al régimen y mecanismo tarifario dispuesto por la misma Ley.

Es también claro que bajo la preceptiva del nuevo marco legal dispuesto por la Ley 01 de 1991, fundamentalmente los artículos 27, numerales 13 y 16, y 39, atrás transcritos, la Superintendencia General de Puertos fue facultada para regular los sistemas de pago referentes a las personas que, con antelación a la promulgación de dicha normativa, habían recibido autorización para ocupar las zonas de bajamar y para realizar construcciones en ellas.

De conformidad con la normatividad citada, la competencia para hacer la exigencia de pagos corresponde a la Superintendencia General de Puertos y no como lo alega el actor a la DIMAR.⁹ (Subrayado y resaltado fuera de texto)"

Vale precisar que las facultades otorgadas a la otrora Superintendencia General de Puertos no solo se limitan a la materia tarifaria, sino que comprenden todo el régimen que regula la actividad portuaria y el pago de contraprestaciones, tasas, contribuciones, reglamentos de condiciones técnicas de operación y en términos generales el cumplimiento de la ley para el adecuado desarrollo de la actividad portuaria. (Art. 27 Ley 1ª de 1991).

"...la competencia atribuida por el legislador a la Superintendencia General de Puertos recae sobre "la actividad portuaria relacionada con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones".¹⁰

- c) Que el acto jurídico que concede la licencia portuaria tiene implicaciones de contrato estatal, es decir que dicho acto unilateral debe considerarse como el acto jurídico estatal contentivo del contrato de la concesión portuaria. Sobre este tema profundizaremos más adelante.

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera Radicación número: 8171 del 16 de noviembre de 2000. C.P. Dra. OLGA INES NAVARRETE BARRERO

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta Radicación número: 7721 del 13 de septiembre de 1993. C.P. Dr. DELIO GÓMEZ LEYVA

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Conforme lo anterior, resulta evidente que el régimen al que se sujetó la concesión de la sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A., no se circunscribe meramente al tema tarifario, sino que a todo el desarrollo de la actividad portuaria, a la onerosidad de la concesión, al cumplimiento de las disposiciones técnicas y reglamentos de seguridad de la actividad portuaria y demás disposiciones técnicas y legales que regulan la prestación del servicio portuario, que reiteramos es considerado de INTERÉS GENERAL.

Así las cosas, resulta contradictorio el argumento según el cual el recurrente indica que el régimen legal de la concesión es el contenido en el Decreto Ley 2349 de 1971 y el Decreto 3137 de 1980, salvo lo relativo a los asuntos de carácter tarifario, pues precisamente el objetivo de la homologación de la concesión fue la transición al nuevo régimen portuario que en virtud de la Ley 1ª de 1991 se convirtió en oneroso y que al derogar dichas disposiciones invocadas como aplicables a esta concesión, regula todo lo concerniente al desarrollo de la actividad portuaria desde su inicio hasta su terminación, y más aún para el caso que nos ocupa, el tema de la contraprestación portuaria. Dice sobre el particular la sentencia citada anteriormente:

"... Expresa el Tribunal que la referida sentencia del H. Consejo de Estado clarificó no solo la competencia de la entidad para liquidar y cobrar la contraprestación, sino también la sujeción a ella de quienes, aún antes de la publicación de la Ley, habían recibido cualquier clase de concesión y la naturaleza no tributaria de aquellas..."

(...) Es enfático el Tribunal al afirmar que no se ha violado el artículo 39 de la Ley 01 de 1991, cuando estableció que las personas públicas y privadas que antes de la publicación de la ley, hubieran recibido autorización, bajo cualquier norma o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue y descarga de naves, permaneciendo vigentes las obligaciones que tenían a favor de Colpuertos, en provecho de La Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia del Control de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo Tarifario previsto en la misma, tal como lo había expresado el mismo Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Primera, con ponencia del doctor Yesid Rojas el 4 de marzo de 1994 dentro del proceso No. 2554 al expresar: "En suma los sujetos pasivos de la aludida contraprestación, así como los hechos objeto de ésta, no son únicamente las que el actor señala, sino también las personas públicas y privadas que habían recibido autorización bajo cualquier nombre o régimen para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con la finalidad expresada en el artículo 39 de la Ley 01 de 1991", para concluir que no hay transgresión de las disposiciones señaladas por el actor.

(...) Del mismo modo advierte que la creación, el funcionamiento y el mantenimiento continuo y eficaz de dichos puertos es de interés general, por lo que la Superintendencia, en cumplimiento de tal norma fijó a la demandante, hoy apelante, la suma indicada en el numeral 3º de la parte resolutive de la Resolución No. 1278 de 1993, objeto de impugnación, y que el legislador quiso proteger a quienes con anterioridad a la vigencia de la ley tenían autorización para usar y ocupar las playas y zonas de bajamar, sin dar preferencia ni exenciones por virtud de labores de policía administrativa.

(...) De lo anterior se colige, con meridiana claridad, que la Superintendencia General de Puertos, si estaba facultada para efectuar el cobro de la contraprestación a la sociedad actora "titular de autorización obtenida con anterioridad a la vigencia de la Ley 01 de 1991", pues, de un parte, las facultades que le correspondían a la liquidada entidad Colpuertos de Colombia, le fueron transferidas, en lo que a tarifas, tasas, y contribuciones se refiere, y de otra parte, es bien claro, que en las normas de transición, no se exoneró a ninguna persona pública ni privada de tal obligación, sino que, por el contrario, en ellas se protege el derecho a usar y ocupar las playas y zonas de bajamar previamente autorizados, pero se consagra la obligación correlativa de acogerse al régimen y mecanismo tarifarios previstos en la Ley 01 de 1991."

" Consejo de Estado, Sección Cuarta Radicación número: 7721 del 13 de septiembre de 1993. CP. Dr. DELIO GÓMEZ LEYVA

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Finalmente llama la atención las contradicciones en que incurre el mismo recurrente cuando indica que el régimen jurídico que le es aplicable NO es la Ley 1ª de 1991, pero más adelante en su recurso plantea una presunta violación de las normas en que debía fundarse el acto administrativo por "desconocer las disposiciones de la Ley 1ª de 1991". También encontramos contradicción frente a escritos oficiales anteriores presentados por el recurrente, específicamente en el documento mediante el cual el concesionario solicitó en el año 2001 al Ministerio de Transporte la prórroga de la concesión en el que indicó:

"...En cuanto a la ley aplicable para la prórroga solicitada, es claro que se trata de la Ley 1ª de 1991 y su Decreto Reglamentario 345 de 1992 que, como normas posteriores que contienen una regulación integral en lo atinente a los puertos marítimos, derogan lo dispuesto en el Decreto 3137 de 1980, norma con base en la cual se dictó la Resolución 503 de 1983

Los anteriores fundamentos para el otorgamiento de la prórroga que se solicita fueron aplicados por la Superintendencia General de Puertos con ocasión de prórrogas concedidas a otros peticionarios, cuando tenía competencia para ello. (Subrayado y resaltado ajeno al texto)¹²

No existe pues falsa motivación ni engaño, ni simulación, ni situación contraria a la realidad frente al régimen aplicable a la concesión portuaria otorgada a la sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A. y por lo tanto no es de recibo el argumento que sobre éste particular plantea el concesionario.

3.1.2. Presunta falsa motivación porque la administración "sustento" su decisión en que la prórroga de la concesión es ilegal.

En primer lugar se falta a la verdad cuando se indica que el sustento de la decisión contenida en el acto administrativo impugnado es la ilegalidad de la prórroga, pues lo que motiva dicha decisión, entre otros aspectos, es precisamente el cumplimiento de los actos administrativos que prorrogaron la concesión y que dispusieron que al momento de la renovación de la prórroga – que debe hacerse cada 10 años – la entidad estaba facultada para ajustar la contraprestación portuaria conforme la metodología vigente al momento de dicha renovación, esto es, para los primeros 10 años, la metodología vigente al 1 de julio de 2013, fecha en que éstos se cumplieron.

En segundo lugar, en ningún aparte de dicho acto se habló de ilegalidad de la prórroga de la concesión como falazmente lo afirma el recurrente. Efectivamente en requerimiento enviado al concesionario mediante comunicación No. 2013-705-009977-1 del 28 de junio de 2013 en el cual se le reiteraba la solicitud de aportar la documentación necesaria para la renovación de la prórroga y para el cálculo de la contraprestación se indicó:

"... Ahora bien, es claro para la Agencia Nacional de Infraestructura que a la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. le fue prorrogada su concesión portuaria otorgada inicialmente por la DIMAR mediante Resolución 503 de 1983 y homologada mediante Resolución No. 164 de 1994 de la SGP, por periodos de diez (10) años hasta completar treinta (30) años, contados estos a partir del vencimiento del periodo inicial, 1 de julio de 2003, y dice la resolución 003615 de 2002 que ello será siempre y cuando la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A., cumpla con todas sus obligaciones.

Vale precisar que ésta prórroga –inusual– de 30 años, obedeció a las recomendaciones del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES mediante documento No. 3101 de 2000 que consideró conveniente preservar la concesión portuaria, con el fin de permitir que las minas de la zona del Cerrejón tengan acceso a esta infraestructura y dentro del marco de la Ley 1ª de 1991."

Consideración similar se expresó en el concepto jurídico cuando se indicó:

¹² Comunicación del 16 de marzo de 2001 radicación MINTRANSPORTE No. 011906 "Prórroga Concesión Portuaria suscrita por los representantes legales de las sociedades CERRJON ZONA NORTE S.A. e INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION - INTERCOR

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

"...Manifiesta el concesionario que la prórroga de la concesión portuaria otorgada a CZN no es inusual y que obedece a una política de Estado que tenía como propósito propiciar un crecimiento económico en la industria de la minería, equiparando el tiempo de duración de los contratos mineros de CZN con la concesión portuaria, y no a un cambio de régimen jurídico aplicable a la misma.

Sobre éste particular consideramos necesario precisar que la concesión otorgada a CARBOCOL, hoy en cabeza de CERREJÓN ZONA NORTE, fue homologada por la Superintendencia General de Puertos mediante Resolución 164 de 1994, en virtud de lo establecido en el artículo 39 de la Ley 1ª de 1991, que sobre el particular establece:

***"Artículo 39. Puertos, muelles privados, y otras instalaciones existentes.* Las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de esta ley hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediate o inmediato, de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen. Las obligaciones que tenían en favor de la Empresa Puertos de Colombia, seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifario previsto en la presente Ley." (Resaltado fuera de texto)**

Es claro entonces que el concesionario, al momento de homologar su permiso se acogió tanto al régimen como al mecanismo tarifario previsto en la Ley 1ª de 1991, y es precisamente por ello que si bien no se desconoce la prórroga otorgada por el Ministerio de Transporte a la homologación, por periodos de 10 años hasta completar 30 años, es en nuestro sentir inusual, ya que no obedeció al trámite que para el efecto debió surtir de conformidad con lo previsto en el régimen legal para el otorgamiento de un contrato de concesión portuaria..."

Como se observa en ninguno de los documentos se tachó de ilegal los actos administrativos que prorrogaron la concesión homologada y que fijaron la contraprestación, como lo afirma erradamente el recurrente, por el contrario, los mismos se entienden vigentes y se presumen legales, y es justamente en cumplimiento a lo que en ellos se ha dispuesto que se procedió a efectuar el ajuste a la contraprestación en los términos y condiciones que en dichos actos se discuso.

Tampoco puede concluirse que el hecho que la entidad haya considerado como inusual la prórroga, haya sido lo que motivó la decisión contenida en la resolución impugnada, ni tampoco dicha consideración determinó el sentido de la misma, pues, se reitera, lo que llevó a la entidad a tomar la decisión que hoy se impugna fue precisamente lo establecido en los actos administrativos que en su momento prorrogaron la concesión homologada. Ahora bien, para la entidad si es inusual, NO ILEGAL, el trámite y procederemos a indicar el porqué:

El Gobierno Nacional mediante Documento CONPES 2895 del 18 de diciembre de 1996 estableció los LINEAMIENTOS PARA INCREMENTAR LA PARTICIPACION DEL SECTOR PRIVADO EN EL COMPLEJO CARBONIFERO "EL CERREJÓN ZONA NORTE, y para tal efecto encargó a los Ministerios de Minas y Energía, Hacienda y Crédito Público, con el apoyo del DNP, CarboCOL y la FEN, previo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos legales aplicables, realizar la enajenación de los intereses, propiedad de la Nación y de las entidades públicas accionistas de CarboCOL, en el complejo carbonífero El Cerrejón Zona Norte.

En virtud de lo anterior, mediante Decreto 020 del 11 de enero de 2000 se aprobó el programa de enajenación de la participación estatal en el complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte, disposición que en el numeral 13.9 del artículo 13º indica que "CarboCOL transferirá a Cerrejón Zona Norte la Concesión portuaria de que es titular...". En virtud de ello, el Ministerio de Transporte mediante Resolución 003166 del 8 de noviembre de 2000 autoriza la cesión de la concesión otorgada a CARBOCOL a la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE S.A.

El 29 de diciembre de 2000, mediante documento CONPES 3105 "SEGUIMIENTO AL DOCUMENTO CONPES 2895 DE DICIEMBRE 18 DE 1996", el Gobierno Nacional establece las acciones que deberán

CU

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

adelantarse en lo relacionado con la definición de la concesión portuaria de Puerto Bolívar dentro del marco de las políticas establecidas por el CONPES No. 2895 y sobre el particular indicó expresamente lo siguiente:

"... Con el fin de construir y disponer de la infraestructura portuaria necesaria para la exportación del carbón producido en el Cerrejón Zona Norte, la Dirección General Marítima otorgó una concesión a CARBOCOL². Dicha concesión se otorgó por veinte años prorrogables. De esta manera esta concesión tiene vigencia sólo hasta el año 2003³, dado que la misma se otorgó en 1983.

2 En desarrollo de lo previsto por el Decreto 3137 de 1986, por Resolución 503 del 1 de julio de 1983. El artículo 2o de esta Resolución otorgó permiso a CARBOCOL para construir un complejo portuario para la exportación del carbón y de todos aquellos productos necesarios para la infraestructura de los proyectos carboníferos.

3 A raíz de la expedición de la Ley 1a de 1991, que estableció un nuevo régimen portuario, la Superintendencia General de Puertos reconoció que CARBOCOL tenía una autorización para el uso y goce del área ubicada en Bahía Portete (Resolución 164 del 9 de marzo de 1994).

En virtud del Contrato de Explotación Minera y Transferencia, CARBOCOL adquiere como obligación solicitar, antes del 31 de diciembre de 2000, la prórroga de los derechos derivados de la Resolución 164 de 1994.

Tal y como se tiene previsto en la Ley 1a de 1991 la adjudicación de una nueva concesión portuaria requiere un trámite que inicia con la solicitud de la concesión por parte del interesado, el cual para resultar adjudicatario, debe constituirse como una sociedad portuaria. A esta solicitud se pueden presentar propuestas alternativas y oposiciones, las cuales deberán ser analizadas a luz de su legalidad y conveniencia.

De tal forma que para apoyar la continuidad de la política establecida en el CONPES No. 2895 es conveniente preservar la concesión portuaria, que permita que las minas de la zona del Cerrejón tengan acceso a esta infraestructura, en concordancia con los acuerdos firmados y dentro del marco de la Ley 1a de 1991.

Recomendaciones:

1. Adelantar, antes del 31 de diciembre de 2000, por parte de CARBOCOL y ante el Ministerio de Transporte, los trámites necesarios para OBTENER la concesión portuaria para Puerto Bolívar, con el fin de propender por su continuidad hasta el año 2034.

2. Solicitar al Ministerio de Transporte promover la concesión portuaria para Puerto Bolívar, en el marco de la Ley, para dar continuidad a las políticas establecidas a través del documento CONPES No. 2895 y ejecutadas por el Gobierno mediante la firma del Acuerdo Principal sobre el Acceso a la Infraestructura Férrea y Portuaria de El Cerrejón Zona Norte y al Contrato de Explotación Minera y Transferencia." (Subrayado, mayúscula y resaltado fuera de texto)

De lo indicado en el documento CONPES se establece que el Gobierno Nacional sabía del pronto vencimiento de la concesión homologada en el año 1994, y habida cuenta de la gestión que debía surtir para "obtener la concesión portuaria" conforme el trámite para tal efecto establecido en los artículos 9 y siguientes de la Ley 1ª de 1991, dispuso desde el año 2000 gestionar dicho trámite y promover la concesión "en el marco de la Ley".

Sin embargo lo que sucedió fue que el concesionario solicitó la prórroga de la concesión invocando el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991¹³, mas no una nueva solicitud para obtener un contrato de concesión

¹³ Dice la segunda consideración de la Resolución 003615 de 2002 lo siguiente: "... Mediante escrito radicado el 16 de marzo de 2001, los representantes legales de las sociedades CZN S.A., en su calidad de titular de la concesión portuaria e INTERCOR, en su calidad de operador del puerto, respectivamente, manifestaron a este Ministerio que en virtud de lo dispuesto en la Ley 1ª de 1991, los planes de expansión portuaria y demás documentos señalados en los antecedentes solicitaban ... la prórroga de la concesión

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

portuaria, y el Ministerio de Transporte procedió a prorrogar la concesión homologada con fundamento en lo establecido en el artículo 21 del Decreto 3137 de 1990¹⁴, norma derogada por la Ley 1ª de 1991, sin que para ello se surtiera el procedimiento de concesión previsto en la ley descrito brevemente en el Documento CONPES 3105 de 2000.

Llama la atención que en la solicitud de prórroga de la concesión, el recurrente invocó como régimen jurídico de la concesión la Ley 1ª de 1991, el mismo que ahora pretende desconocer.

3.1.3 Conclusiones sobre el cargo de falsa motivación invocado por el recurrente

Conforme lo anterior resulta claro:

- a) Que el régimen jurídico aplicable a la concesión de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE es la Ley 1ª de 1991 y demás normas que la modifican, complementan o adicionan, en los aspectos técnicos, legales, financieros y económicos, manteniendo en las actuales condiciones el derecho que fuera otorgado desde el año 1983 a la sociedad CERREJON ZONA NORTE de usar y gozar de manera exclusiva y temporal las playas, los terrenos de bajamar y en general la zona de uso público concesionada.

"... la Ley 01 de 1991 modificó las condiciones de las concesiones, entre ellas, el aspecto de gratuidad que podrían tener algunas de ellas, para convertirlas en onerosas mediante la aplicación de la metodología dispuesta para el establecimiento de las tarifas, por lo cual no se puede aducir preexistencia de derechos adquiridos en tal sentido. Cabe agregar que la modificación en las condiciones de la autorización inicial, esto es, la alteración de la gratuidad por onerosidad bajo el establecimiento de una contraprestación corresponde el poder de la administración doctrinariamente conocido como el "Factum Principis" y que en el sub lite se traduce en la aplicación de una medida de carácter general, imperativa y de obligado acatamiento, dispuesta por el legislador y reglamentada por la entidad gubernamental revestida de facultades en dicho orden. Sobre el "ius variandi" implícito en el Factum Principis, la doctrina ha dicho que tales potestades se mueven en un plano superior al propio de la actividad contractual, pudiendo aparecer "como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa". Consejo de Estado, Sección Primera Radicación número: 6171 del 16 de noviembre de 2000, C.P. Dra. OLGA INES NAVARRETE BARRERO

- b) Que el Gobierno Nacional dispuso promover la concesión portuaria para Puerto Bolívar en el marco de la Ley 1ª de 1991, esto es, sometida al régimen de la citada ley y vigente para el momento que expirara el permiso en cabeza de CERREJON ZONA NORTE (Año 2003), procedimiento administrativo que se soporta en la observancia de los principios generales de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política y de las actuaciones administrativas establecido en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.
- c) Que el acto jurídico que concede la licencia portuaria tiene implicaciones de contrato estatal. El recurrente indica que la falsa motivación que le endilga al acto se deriva de asumir que la concesión portuaria de CERREJÓN fue "otorgada" vía contrato, afirmación que se aparta de la realidad, toda vez que lo que la entidad ha sido clara en precisar es que los actos administrativos relativos al otorgamiento, prorrogas y al desarrollo de la ejecución de la concesión, deben tenerse como los actos jurídicos estatales contentivos del contrato de concesión portuaria, y en este sentido las obligaciones adquiridas por la sociedad concesionaria en virtud de los citados actos tienen origen en

portuaria otorgada a Carbocel mediante Resolución 503 del 1 de julio de 1983, (...) hasta por el término de 20 años prorrogables, tal como lo dispone el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991 y decreto reglamentario 346 de 1992." (Subrayado y resaltado ajeno al texto)

¹⁴ Artículo 21 Duración de los permisos. Los permisos de que trate este Decreto podrán concederse por un plazo inicial de hasta veinte (20) años, prorrogables por periodos de diez (10) años más, si el beneficiario lo solicita con un (1) año de anticipación y el Consejo Nacional de Política Económica y Social y la Dirección General Marítima y Portuaria lo consideran conveniente.

En todo caso la duración total del permiso no podrá exceder de cincuenta (50) años.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

una relación contractual con el Estado. Así lo ha sostenido la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, señalando:

"...De otra parte, el art. 39 relativo al régimen de transición, estableció que las empresas que ya hubieren recibido autorización, seguirían ejerciendo sus derechos y las obligaciones que tuviesen a favor de la Nación se cumplirían a través de los sistemas que determinara la Superintendencia General de Puertos, acogiéndose al régimen y mecanismo tarifario previsto por la ley. Esta regulación legal armoniza con lo dicho por el a-quo, cuando en el auto apelado precisó que "dicho acto unilateral debe considerarse como el acto jurídico estatal contentivo del contrato de la concesión portuaria." En estas condiciones, es claro que la obligación que adquirió la sociedad demandada tiene su origen en una relación contractual con el Estado

Ya la sala al examinar la licencia que reciben del Estado los operadores para la prestación de un servicio público, (similar a lo que sucede con los operadores portuarios a los cuales se les otorga la concesión por medio de resolución motivada), precisó que "es claro que aquella genera consecuencias bilaterales que involucran intereses del solicitante de la misma y del Estado otorgante, por lo que puede decirse que se trata de "un acto administrativo negociado 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." Lo anterior se ajusta a la definición legal de contrato estatal, en tanto se tiene por tales "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto" (art. 32 ley 80 de 1993)." (Subrayado y resaltado fuera de texto)¹⁵

Finalmente y para concluir el análisis del cargo de falsa motivación, traemos como referencia un aparte de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de junio de 2011, a propósito de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A. contra algunos apartes de la Resolución No. 8928 de 2002, en la que se indica lo siguiente:

"... Si bien la autorización inicial fue otorgada en determinadas condiciones, esto no significa que la prórroga supone una reproducción íntegra del contrato (autorización) inicial, más aún cuando, como sucedió en el sub exámine ocurrió un cambio legislativo (Ley 1 de 1991) con el cual expresamente se le cambiaron las condiciones económicas de otorgamiento inclusive, a las personas públicas o privadas que hubieren recibido autorización para ocupar y usar zonas de bajamar antes de la vigencia de la Ley 1 de 1991..."¹⁶

Conforme lo anterior, la entidad no solo ha dado cumplimiento al régimen legal de las concesiones portuarias, sino además ha reconocido la vigencia y legalidad de los actos administrativos que contienen la relación contractual con el Estado respecto de la concesión otorgada al particular para el uso y goce de los bienes de uso público objeto de la citada concesión.

Con lo expuesto en este acápite queda claro que no existe la alegada falsa motivación del acto administrativo impugnado.

3.2. SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE EL ACTO DEBÍA FUNDARSE

Tanto el artículo 84 del C.C.A. como el artículo 137 del CPACA establecen que los actos administrativos podrán ser declarados nulos cuando éstos hayan sido expedidos con infracción de las normas que

¹⁵ Consejo de Estado Auto 3599(13862) del 15 de agosto de 2002. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque

¹⁶ Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección "A" Proceso No. 26000232400020030087701. Actualmente el proceso se encuentra en espera de la decisión de segunda instancia ante el H. Consejo de Estado.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

deberían fundarse. Refiere ésta causal al contenido del acto administrativo el cual debe ser posible y lícito o en su defecto estaría viciado de ilegalidad.

El recurrente, luego de sustentar que el régimen jurídico de la concesión portuaria de CERREJON ZONA NORTE no es la Ley 1ª de 1991, ataca la decisión por presunta violación de las normas en que el mismo debía fundarse, indicando que la entidad "...inaplica el Estatuto de Puertos Marítimos (Ley 1ª de 1991)" y plantea al respecto cuatro argumentos que procederemos a analizar a continuación:

3.2.1. Presunta ilegalidad del acto al desconocer que para revocar o modificar actos administrativos de contenido particular y concreto se requiere la anuencia del particular

Para analizar este argumento se hace necesario acudir a los antecedentes de la resolución recurrida, a saber:

Como se indicó anteriormente, la concesión homologada a CERREJON ZONA NORTE fue prorrogada por el Ministerio de Transporte mediante Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001, modificada mediante Resolución No. 003615 del 13 de marzo de 2002, actos administrativos en los que se dispuso prorrogar la concesión por periodos de diez (10) años hasta completar treinta (30) años y respecto del pago de la contraprestación dispuso que la misma debía liquidarse conforme la metodología vigente al momento de calcularla.

Así las cosas, mediante Resolución No. 008928 del 12 de julio de 2002 se da cumplimiento al artículo tercero de la Resolución No. 003615 de 2002 en virtud del cual se ordenó liquidar la contraprestación económica a pagar por la sociedad cerrejón zona norte a partir del 1 de julio de 2003, acto administrativo vigente y en firme que indicó expresamente lo siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO. La sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A. CZN S.A. cancelará los siguientes valores por concepto de contraprestación: (...) PARAGRAFO. Los valores de contraprestación fijados anteriormente podrán reajustarse al vencimiento de cada periodo de 10 años de conformidad con la metodología vigente AL MOMENTO DE LA RENOVACIÓN DE LA PRÓRROGA y de acuerdo con la información económica y financiera presentada dentro del término establecido en el artículo 1º de la Resolución No. 003615 del 13 de marzo de 2002 por la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. (C.ZN) S.A. para el efecto.
(Subrayado, resaltado y énfasis fuera de texto)

Como se observa, el acto administrativo consagra la facultad de la administración de reajustar los valores de contraprestación fijados en el mismo acto, Se entiende el término "podrá" como la facultad en cabeza de la entidad contratante de decidir conforme a la normatividad vigente, si al momento de la renovación de la prórroga efectúa o no el reajuste de la contraprestación que se paga a la Nación en los términos que en el mismo acto se indican.

Reiteramos entonces que no estamos frente a la revocatoria directa de un acto administrativo de contenido particular y concreto sin la anuencia del tercero afectado, sino al uso de una facultad que se reservó la administración de reajustar el valor de la contraprestación que el concesionario paga al Estado por el derecho a usar y gozar de manera temporal y exclusiva la zona de uso público concesionada.

En gracia de discusión, en este punto consideramos pertinente traer a colación el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del 18 de septiembre de 2014 precisamente en el caso de CERREJON ZONA NORTE S.A. en la cual se analizó la naturaleza jurídica de las playas y territorios de bajamar y el carácter oneroso de las concesiones portuarias, pronunciamiento judicial en el cual se concluyó en primer lugar que el otorgamiento por parte de las autoridades de permisos, licencias o concesiones que involucren bienes de uso público no crean derechos subjetivos particulares y por lo tanto dichos actos, incluidos los actos administrativos que fijan contraprestaciones son revocables en cualquier momento por razones de interés general sin que para ello se precise solicitar el consentimiento del particular:

"... Las playas y los terrenos de bajamar tienen en el ordenamiento jurídico colombiano el

20.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

carácter bienes de uso público. Por ello su uso y goce corresponde a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 674 del Código Civil)¹² y no pueden ser negociados ni transferidos a los particulares por hallarse fuera del comercio y tampoco pueden ser sometidos a medidas de embargo o adquiridos por usucapión, pues por expreso mandato constitucional "son inalienables, imprescriptibles e inembargables." (Art. 63)

¹² Cf. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 21 de septiembre de 2008, Radicación número: 41001-23-31-000-2003-01054-01(AP), Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. En este fallo se hacen las siguientes precisiones: Los bienes de uso público propiamente dichos, sometidos a un régimen jurídico especial, son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de ésta en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, etc.; por lo anterior, es claro que el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero a esta clase de bienes."

Con todo y a pesar de tratarse de bienes de uso público, el ordenamiento jurídico autoriza el establecimiento de determinadas limitaciones, restricciones o condiciones al disfrute de ese tipo de bienes en función del interés general, pues al fin y al cabo el derecho que tienen los miembros de la colectividad no es de carácter absoluto. En ese sentido, las autoridades se encuentran investidas de la potestad de otorgar permisos, licencias o concesiones que involucren ese tipo de bienes, en virtud de los cuales sus beneficiarios quedan habilitados para usarlos de manera exclusiva y excluyente por el término señalado en el acto respectivo, sin que ello implique necesariamente el surgimiento de derechos patrimoniales en su favor, por tratarse de habilitaciones eminentemente transitorias y precarias cuyo otorgamiento no determina en modo alguno que el bien deje de pertenecer al patrimonio público para convertirse en un bien de dominio privado."

"... En primer término, esta Sala considera que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca si se refirió al tema de la revocatoria directa, tal como se desprende de los siguientes apartes de la sentencia del 18 de agosto de 2011.

En efecto, a folio 561 del expediente se afirma:

Aún en el evento de estar bajo concesión los bienes de uso público, el Estado debe seguir ejerciendo sus poderes de policía administrativa, protección, control y administración, pudiendo revocarse o rescindirse tales permisos en cualquier momento por interés general, que siempre prevalece ante los intereses particulares.

A folio 565 de dicha providencia, se señala lo siguiente:

En conclusión, no le asiste razón al demandante en considerar que se violaba el artículo 7° de la Ley 1° de 1991, por considerar que le varió el monto de la contraprestación inicialmente fijada, pese a no mediar modificación alguna de la concesión otorgada, evento único en que considera procedente tal variación, partiendo de una premisa falsa, como es que el Estado en tratándose de bienes de uso público, tiene limitaciones de orden privado como si sobre estos bienes pudiesen alegarse derechos en tal sentido, razón por la cual tampoco le correspondía solicitar su consentimiento expreso, en aplicación del artículo 73 del C.C.A. alegando como conculcado, porque ello sería tanto como admitir derechos adquiridos de naturaleza particular y concreta sobre bienes de interés público en cuyo ejercicio debe prevalecer el interés general y aceptar una limitante para la protección de tales bienes.

De los textos transcritos se puede concluir que según el criterio del Tribunal de origen, los actos administrativos que fijan el monto de las contraprestaciones son revocables en cualquier momento por razones de interés general; que para la modificación de la contraprestación en el caso bajo examen no era preciso solicitar el consentimiento expreso y escrito del concesionario, pues ello sería tanto como admitir la existencia de derechos adquiridos sobre bienes de uso público en cuyo ejercicio debe prevalecer el interés general y, finalmente, que en este caso la modificación de la contraprestación no se hizo a espaldas del concesionario, quien tuvo la oportunidad de intervenir en la actuación administrativa que antecedió a la expedición de los actos cuestionados. (...)" (Subrayado y resaltado fuera de texto)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

En virtud de lo anterior resulta evidente que el acto administrativo impugnado se expidió en virtud de la facultad de la administración de reajustar la contraprestación contenida en la Resolución No. 008928 de 2003, acto administrativo vigente, que se presume legal y que se encuentra en firme.

3.2.2. Presunta ilegalidad del acto por interpretación errada de la Resolución No.08928 de 2003.

Afirma el recurrente que la facultad de reajustar la contraprestación no podía derivar en una modificación sustancial de la misma porque la misma fue calculada para un periodo de 30 años y no para un término parcial de 10 años y que proceder a modificar la contraprestación cada diez (10) años deja sin vigencia la Resolución 3615 de 2002 por la cual se otorgó la prórroga. En otras palabras indica que la contraprestación no puede ser modificada cada 10 años porque la prórroga fue otorgada por 30 años.

En primer lugar el recurrente parte de una premisa incorrecta al afirmar que la prórroga de la concesión es por treinta (30) años y sobre el particular se precisa que la prórroga otorgada al concesionario es **"...por periodos de diez (10) años hasta completar treinta (30) años siempre y cuando cumpla con todas las obligaciones"**, conforme lo indica claramente la Resolución No. 03615 de 2002

En ese sentido se entiende que al finalizar cada periodo de diez (10) años se verificará el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, pues la condición para la "renovación" de la prórroga es precisamente el cumplimiento de las obligaciones del concesionario. Dicha renovación será por otro periodo de 10 años (no por 20 años), al cabo de los cuales nuevamente se verificará el cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario para la renovación del siguiente periodo de 10 años.

Ahora bien, el hecho que en su momento la contraprestación fijada se haya calculado para un periodo de treinta (30) años para efecto del cierre financiero conforme las fórmulas establecidas para tal efecto en las disposiciones vigentes de la época, en modo alguno significa que la prórroga haya sido por treinta (30) años o que las renovaciones de las prórrogas sean automáticas, pues como se indicó, dichas renovaciones están condicionadas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario.

Así las cosas, en los actos administrativos tanto de la prórroga de la concesión como en el de la fijación de la contraprestación la entidad, en ejercicio de sus poderes de policía administrativa sobre los bienes de uso público concesionados¹⁷, se reservó la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario para la continuidad de la concesión al término de cada periodo de diez (10) años (Art. 1º R. 3615 de 2002), y de reajustar el valor de la contraprestación conforme la metodología vigente al momento de la renovación de la prórroga (Parágrafo Art. 1 R. 08928 de 2002), sin que el uso de tales facultades, que son legales y se encuentran vigentes, implique dejar sin vigencia dichos actos administrativos como lo concluye el recurrente en su escrito.

Por el contrario, es en ejercicio de las facultades en ellos contenidas que la administración ha actuado, razón por la cual se considera no existe interpretación errada de la Resolución No. 08928 de 2002.

3.2.3. Presunta ilegalidad del acto porque el CONPES 3744 de 2013 no es la metodología vigente aplicable para el cálculo de la contraprestación de la concesión.

El recurrente indica que la metodología para el cálculo de la contraprestación debe ser la vigente al momento del otorgamiento de la prórroga, y que el CONPES 3744 de 2013 no es aplicable en virtud de lo que en el mismo documento se indica respecto de que éste es aplicable para concesiones nuevas y para aquellas que hayan modificado sus condiciones y que la concesión de CERREJON no se encuentra en ninguno de los dos casos que establece el citado documento. Al respecto se hacen las siguientes precisiones:

¹⁷ Cita Sentencia del 18/09/2014 Consejo de Estado Rad 25000-2324-000-2004-00466-01 MP GUILLEROMO VARGAS AYALA: *"Aún en el evento de estar bajo concesión los bienes de uso público, el Estado debe seguir ejerciendo sus poderes de policía administrativa, protección, control y administración, pudiendo revocarse o rescindirse tales permisos en cualquier momento por interés general, que siempre prevalece ante los intereses particulares."*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

La Ley 1ª de 1991 "Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones", ha definido la actividad portuaria como de interés público, y ha otorgado al Estado a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES y del Ministerio de Transporte, la función de ente planificador y de gestión ambiental, social y económica.

Al respecto la Ley específicamente en su artículo 2º¹⁸, dispone que corresponde al Ministerio de Transporte la presentación para aprobación al Departamento Nacional de Planeación de los **Planes de Expansión Portuaria**, en los cuales se establecen los lineamientos de la política pública en materia portuaria así como las directrices acerca de desarrollo de la infraestructura portuaria en el país y para tal efecto los mismos se referirán, entre otros asuntos, las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones para las concesiones portuarias.

Así las cosas, tenemos que mediante el Decreto 2688 del 30 de diciembre de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Plan de Expansión Portuario para el periodo 1993-1995, el cual en su capítulo III "DE LAS CONTRAPRESTACIONES", determinó los elementos generales y la metodología aplicable para el cálculo de las contraprestaciones a las concesiones portuarias, indicando que la misma debería aplicarse de tal manera que permita definir un valor de contraprestación para cada año a fin de incluirlos en cada contrato, evitando así rentas monopolísticas.

Dicha metodología fue desarrollada por la otrora Superintendencia General de Puertos mediante las Resoluciones No. 596 y 873 de 1994, y se conoce como la metodología de "Productividad", cuya vigencia fue hasta el año 2013, pues pese a haber sido establecida en el Plan de Expansión Portuaria correspondiente a los años 1993-1995, los Planes de Expansión Portuaria expedidos con posterioridad no modificaron la metodología de contraprestación, excepción hecha de la metodología de contraprestación establecida en el CONPES 3679 de 21 de julio de 2010, el cual tuvo como objetivo establecer una contraprestación portuaria para los nuevos puertos carboníferos de cargue directo y para aquellos que modificaran las condiciones de operación del sistema de barcasas al sistema de cargue directo.

Para el caso de la concesión de CERREJÓN ZONA NORTE, tenemos que desde el inicio de la concesión se han aplicado las metodologías de contraprestación que han estado vigentes desde la época de la homologación al régimen de la Ley 1ª de 1991. Así las cosas tenemos que para el año 1994 cuando mediante Resolución No. 164 de la otrora Superintendencia General de Puertos se homologó la concesión en los términos del artículo 39 de la citada Ley, se estableció la contraprestación portuaria conforme los lineamientos que para tal efecto se establecieron en el Decreto 2147 de 1991 y la Resolución No. 040 de 1992 de la Superintendencia General de Puertos.

Luego, mediante Resoluciones No. 12501 de 2001 y No. 03615 de 2002, el Ministerio de Transporte al decidir sobre la prórroga de la concesión dispuso liquidar el valor de la misma conforme la metodología vigente al momento de calcularla, esto es, la metodología vigente al momento del inicio de la prórroga concedida y es así como mediante Resolución No. 08928 de 2003 se calculó la contraprestación conforme los lineamientos establecidos en el Decreto 2688 de 1993 y las Resoluciones No. 596 y 873 de 1994 de la Superintendencia General de Puertos.

¹⁸ Artículo 2o. Planes de expansión portuaria. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte presentará al CONPES para su aprobación cada dos años los planes de expansión portuaria que se referirán a:

- 2.1. La conveniencia de hacer inversiones en nuevas instalaciones portuarias, para facilitar el crecimiento del comercio exterior colombiano; para reducir el impacto de los costos portuarios sobre la competitividad de los productos colombianos en los mercados internacionales y sobre los precios al consumidor nacional; para aprovechar los cambios en la tecnología portuaria y de transporte; y para conseguir el mayor uso posible de cada puerto.
- 2.2. Las regiones en que conviene establecer puertos, para reducir el impacto ambiental y turístico de éstos, y para tener en cuenta los usos alternativos de los bienes públicos afectados por las decisiones en materia portuaria. Los planes, sin embargo, no se referirán a localizaciones específicas.
- 2.3. Las inversiones públicas que deben hacerse en actividades portuarias, y las privadas que deben estimularse. Los planes sin embargo, no se referirán, en lo posible a empresas específicas.
- 2.4. Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por las concesiones portuarias."

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

En este punto precisa recordar lo que se aclaró en el punto anterior respecto de que la prórroga concedida a CERREJON mediante Resoluciones No. 12501 de 2001 y No. 03515 de 2002 no fue por el término de treinta (30) años, sino que fue por periodos de diez (10) años al cabo de cada uno de los cuales la entidad se reservó la facultad no solo de verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario para renovar la prórroga por diez (10) años adicionales, sino además indicó claramente que al cabo de cada uno de dichos periodos se podrá reajustar la contraprestación **"conforme la metodología vigente al momento de la renovación de la prórroga"**, esto es la metodología vigente al vencimiento de cada periodo de diez (10) años.

El recurrente indica que no le resulta aplicable la contraprestación establecida en el citado CONPES 3744 de 2013, por cuanto en el mismo se indica que la misma es aplicable a las concesiones nuevas y a aquellas que modifiquen sus condiciones según el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991.

Al respecto resulta perentorio diferenciar dos aspectos: uno es establecer cuál es la metodología "vigente" y otro es establecer cuál es la metodología "aplicable". Respecto de la metodología **"VIGENTE"** tenemos que los Planes de Expansión Portuaria adoptados mediante Decreto, representan la Política Pública en materia portuaria, y por lo tanto los mismos resultan de obligatorio cumplimiento. Para el caso particular tenemos que el CONPES 3744 de 2013 adoptado mediante Decreto 1099 de 2013 éste derogó las disposiciones en materia de contraprestaciones de los planes de expansión portuaria anteriores; que como se indicó anteriormente, no había sido objeto de ajuste desde el año 1994, salvo el caso de la contraprestación para puertos carboníferos expedido en el año 2009, este último también derogado. Así las cosas se concluye sin lugar a dudas que la metodología de contraprestación **vigente al momento de la primera renovación de la prórroga de CERREJON** es la establecida en el Documento CONPES 3744 de 2013, adoptada mediante Decreto 1099 de 2013.

Ahora bien, respecto de la metodología **"APLICABLE"** para el caso de la concesión portuaria de CERREJÓN encontramos que si bien no estamos frente a un contrato nuevo, sino ante la renovación de la prórroga otorgada en el 2001, y que tampoco estamos frente al trámite para la modificación de las condiciones de la concesión conforme el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991; la aplicabilidad de la metodología "vigente" no se deriva de éstas dos circunstancias sino de la facultad que se reservó la entidad de poder reajustar la contraprestación al vencimiento de cada periodo de diez años, facultad esta que es perfectamente legal.

3.2.4. Presunta ilegitimidad del acto por desconocerse que el artículo 7 (original) de la Ley 1ª de 1991 obliga a mantener la contraprestación una vez establecido su valor.

El recurrente indica que en la fecha en que CERREJON ZONA NORTE solicitó la prórroga de la concesión portuaria, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 7 y 17 de la Ley 1ª de 1991 en el texto vigente para esa época, esto es, el texto vigente al 16 de marzo de 2001 fecha de la solicitud del concesionario.

Al respecto tenemos que el artículo 7 (original) de la Ley 1ª de 1991, estuvo vigente hasta 20 de diciembre de 2003 pues al expedirse la Ley 853 del 21 de diciembre de 2003 se modificó su contenido, y disponía lo siguiente:

"Artículo 7. Monto de la contraprestación. Periódicamente el Gobierno Nacional definirá, por vía general, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben dar quienes se benefician con las concesiones portuarias.

Esta contraprestación se otorgará a la Nación y a los municipios o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda. Para efectos de la metodología, el Gobierno deberá tener en cuenta escasez de los bienes públicos utilizables, los riesgos y costos de contaminación, los usos alternativos, y las condiciones físicas y jurídicas que deberían cumplirse para poder poner en marcha y funcionamiento el terminal portuario. Una vez establecido el valor de la contraprestación, no es susceptible de modificarse.

20

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Todas las sociedades portuarias pagarán una contraprestación por las concesiones portuarias. Sin embargo:

7.1. Si la Nación lo acepta, una sociedad portuaria puede pagar en acciones el monto de la contraprestación durante el período inicial de sus operaciones, y sin que el porcentaje del capital que la Nación adquiera por este sistema llegue a exceder del 20% del capital social.

7.2. Las demás entidades públicas que hagan parte de sociedades portuarias podrán incluir en sus respectivos presupuestos apropiaciones para aumentar su participación en el capital, facilitando así el pago de la contraprestación."

La norma en mención efectivamente indicaba que una vez establecido el monto de la contraprestación éste no era susceptible de modificación, norma que es perfectamente aplicable en vigencia de la concesión y siempre y cuando no cambien las condiciones en las cuales la misma se otorgó, lo cual es plenamente concordante con el artículo 17 de la Ley 1 de 1991.

Tenemos entonces que si bien el artículo 7 original de la Ley 1ª de 1991 establecía que la contraprestación, una vez establecida, no era susceptible de ser modificada, existen circunstancias que así lo hacen necesario, refiriendo entonces que esa disposición no es una prohibición absoluta para la administración. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en reciente sentencia ya referida anteriormente cuando indica:

"(...) Entender el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991, en el sentido de que el Estado no puede modificar en casos como este el valor de la contraprestación, es tanto como admitir, partiendo de una premisa falsa, que la autoridad que ha concedido el uso privado de un bien que por su naturaleza es de uso público, se encuentra sujeta a limitaciones propias del derecho privado, como si sobre tales bienes pudiesen alegarse derechos patrimoniales.

(...) resultaría pertinente señalar que cuando el artículo 7 inciso tercero de la Ley 1ª de 1991 se dispone que "Una vez establecido el valor de la contraprestación no es susceptible de modificarse", no solo se está consagrando una prohibición para la administración sino que al mismo tiempo se está reconociendo un derecho al concesionario en cuya virtud el valor de la contraprestación debe mantenerse inólume después de establecido. En todo caso, esa prohibición y ese derecho están necesariamente supeditados a que el valor de la contraprestación se haya determinado de conformidad con la Ley, pues a juicio de esta Corporación, la prohibición en comento no puede tener aplicación cuando el cálculo de la contraprestación se ha hecho praeter o contra legem, esto es, al margen de la Ley o en contravía de lo que en ella se dispone.

En ese orden de ideas, si por un error imputable o no a la propia administración se le cobra al concesionario una suma equivocada por ese concepto, dicha circunstancia no puede convertirse en un obstáculo para que se proceda a su reliquidación, pues al fin y al cabo el derecho del concesionario solo es inmutable en la medida en que haya surgido secundum legem, es decir, de conformidad con lo establecido por el legislador.

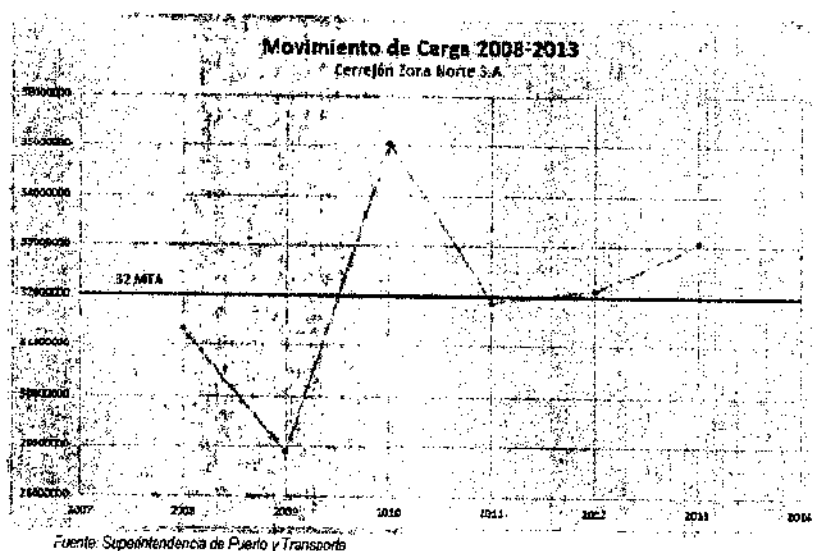
(...) Mantener el error y proyectar sus efectos en el tiempo, resultaría además opuesto al interés general y equivaldría a reconocerle al concesionario el derecho a usar y gozar unos bienes de uso público en forma gratuita, haciendo prevalecer esa equivocación sobre los intereses generales, desconociendo de manera palmaria e inadmisiblemente la obligación de cancelar la contraprestación establecida por el Estatuto Portuario y sus decretos reglamentarios.¹⁹"

¹⁹ Consejo de Estado – Sección Primera Sentencia del 18 de septiembre de 2014, rad No. 2004-00466, C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

En este sentido, encontramos que al momento de decidirse sobre la prórroga de la concesión de la sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A., esto es, al expedirse las Resoluciones 12501 de 2001 y 3615 de 2002 se ordenó liquidar el valor de la nueva contraprestación que debía pagar el concesionario a partir de la prórroga, que recordemos no fue por 30 años como lo afirma el recurrente sino por periodos de 10 años, reservándose la entidad la facultad de ajustar la contraprestación al cabo de cada periodo, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, el Ministerio del Medio Ambiente mediante Resolución 1010 del 18 de noviembre de 2001 al expedir la licencia ambiental a CERREJON ZONA NORTE S.A. había autorizado acometer obras e inversiones adicionales para la construcción de un nuevo muelle junto con sus instalaciones, obras de dragado en la zona marina y adquisición de equipos en la zona de uso público que se encuentra otorgada en concesión, obras e inversiones que en suma permitirán aumentar el volumen de manejo y embarque de carbón hasta lograr una capacidad de 32 millones de toneladas, inversiones éstas que fueron aprobadas de manera previa y escrita por la autoridad portuaria competente en su momento, valga decir por el Ministerio de Transporte, según se desprende del contenido del oficio MT-5003-2-012700 del 17 de mayo de 2002 suscrito por el Director General de Transporte Marítimo y Puertos (E) del Ministerio de Transporte, cuyo valor debía ser tenido en cuenta para efecto del cálculo de la contraprestación. Vale precisar que en reciente reporte de la supervisión del contrato, se indicó lo siguiente:

"...CZN S.A., realizó las inversiones anteriormente descritas y como se puede demostrar con los volúmenes de movilización de carga reportados por Cerrejón Zona Norte S.A. los cuales se presentan a continuación con esto alcanzó los 32 MTA:



Como se puede apreciar CZN S.A. sin la realización de las inversiones autorizadas, alcanzó y sobrepasó los 32 MTA en el año 2010. Lo anterior activó la realización de las obras aprobadas como lo demuestran las comunicaciones Rad No. 2011-409-009701-2 del 11 de abril de 2011 y Rad No. 2011-409-012601-2 del 10 de mayo de 2014, mediante las cuales CZN S.A., informa que se cuenta con la viabilidad técnica, económica y comercial, y que se encuentra a la espera de la aprobación de los accionistas.²⁰

Tenemos entonces que el valor de contraprestación fijado en la Resolución 008928 de 2002 se mantuvo vigente y no fue modificado durante el periodo prorrogado, esto es durante el periodo de 10 años comprendidos entre 2003 y 2013, y en virtud de la facultad establecida en los actos administrativos mencionados, esto es, en las Resoluciones 8928 de 2002 y 4247 de 2003, al vencimiento de dicho periodo para la renovación de la prórroga por un nuevo periodo de 10 años se procedió a su ajuste conforme a la metodología vigente. No existe pues violación a lo dispuesto en el artículo 7 (original) de la Ley 1ª de 1991.

²⁰ Memorando No. 2014-303-007301-3 del 20/06/2014.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

En lo que refiere a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 que dispone que para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones de la concesión debe obtener permiso previo y escrito de la entidad concedente y que ante dicho cambio puede variarse la contraprestación y el plazo, es claro para la entidad que la contraprestación que ahora se fija para este nuevo periodo de 10 años de prórroga de la concesión se mantendrá vigente por dicho término, siempre y cuando, las condiciones de la concesión se mantengan, pues en caso contrario deberá surtir el trámite que para tal efecto se encuentra establecido en el artículo 24 del Decreto 4735 de 2009.

De otra parte es necesario tener en cuenta en este punto que el concesionario, hoy recurrente, en la solicitud de prórroga de la concesión presentada ante el Ministerio de Transporte el 16 de marzo de 2001 expresamente indicó:

"La concesionaria y su asociado se someterán a la contraprestación portuaria que fije el Ministerio de Transporte con fundamento en los parámetros vigentes al momento en que se otorgue dicha prórroga." (Subrayado y resaltado fuera de texto)

En este caso el monto de la contraprestación se fijó mediante Resoluciones 8929 de 2002 y 4247 de 2003 actos administrativos que se presumen legales, que se encuentran vigentes y en firme y en los cuales, reiteramos, la entidad se reservó la facultad de ajustar la contraprestación al cabo de cada periodo prorrogado, conforme a la metodología "vigente" al momento de la renovación de la prórroga, facultad perfectamente legal, que se encuentra en firme y a la que el concesionario afirmó someterse desde el momento de la solicitud de la prórroga.

No existe entonces la violación que se endilga a los artículos 7 y 17 de la Ley 1ª de 1991, así como tampoco se ha desconocido el principio de inmutabilidad de los actos administrativos, que como se indicó al analizar el cargo de violación de normas, no es susceptible de ser alegado tratándose de autorizaciones o concesiones sobre bienes de uso público sobre las cuales no surgen derechos adquiridos de naturaleza particular y concreta.

3.2.5 Conclusiones sobre el cargo por violación de las normas en que debía fundarse el acto invocado por el recurrente

Conforme lo anterior resulta absolutamente claro:

- a) Que el otorgamiento por parte de las autoridades de permisos, licencias o concesiones que involucran bienes de uso público no crean derechos subjetivos particulares y por lo tanto dichos actos, incluidos los actos administrativos que fijan contraprestaciones son revocables en cualquier momento por razones de interés general sin que para ello se precise solicitar el consentimiento del particular
- b) Que el acto administrativo impugnado se expidió en virtud de la facultad de la administración de reajustar la contraprestación contenida en la Resolución No. 008928 de 2003, acto administrativo vigente, que se presume legal y que se encuentra en firme.
- c) Que no existe interpretación errada del contenido de la Resolución No. 008928 de 2003 que establece de manera expresa la facultad de reajustar el valor de la contraprestación conforme a la metodología vigente al momento de la renovación de la prórroga, esto es al cabo de cada periodo de 10 años (Parágrafo Art. 1 R. 08928 de 2002), facultades que son legales y se encuentran vigentes y en firme.
- d) Que la metodología de contraprestación vigente al momento de la primera renovación de la prórroga de CERREJON es la establecida en el Documento CONPES 3744 de 2013, adoptada mediante Decreto 1099 de 2013.
- e) Que no existe violación al artículo 7 (original) de la Ley 1ª de 1991, que estuvo vigente hasta el año 2003 en virtud de la expedición de la Ley 853, máxime cuando el valor de la contraprestación se mantuvo vigente y no fue modificado durante el periodo prorrogado, esto es durante el periodo de diez (10) años comprendidos entre 2003 y 2013, y en virtud de la facultad establecida en los actos

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

administrativos mencionados, esto es, en las Resoluciones 8928 de 2002 y 4247 de 2003, al vencimiento de dicho periodo y para la renovación de la prórroga por un nuevo periodo de 10 años se procedió a su ajuste conforme la metodología vigente.

- f) Finalmente que es claro para la entidad que la contraprestación que ahora se fija en la Resolución 776 de 2014 para el nuevo periodo de 10 años de prórroga de la concesión comprendido entre el año 2013 y el año 2023 se mantendrá vigente por dicho término siempre y cuando las condiciones de la concesión se mantengan, pues en caso contrario, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991, deberá surtir el trámite que para tal efecto se encuentra establecido en el artículo 24 del Decreto 4735 de 2009.

3.3. SOBRE EL PRESUNTO DESCONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

El recurrente indica en su escrito que sin perjuicio de la violación directa a las leyes que le son aplicables al acto administrativo, existe un presunto desconocimiento a principios constitucionales y principios propios del derecho administrativo, argumentos que procederemos a analizar a continuación:

3.3.1. Presunto desconocimiento al principio de legalidad al justificar el ejercicio de competencias inexistentes.

Afirma el recurrente que la entidad ha justificado la modificación de la contraprestación en el hecho que en el pasado la contraprestación había sido modificada sin obtener autorización de manera previa, expresa y escrita.

Al respecto encontramos que el recurrente acude a fragmentos descontextualizados de conceptos o respuestas anteriores emitidas por la entidad, en las cuales se hace un relato de los antecedentes de la concesión y donde evidentemente se ha dejado constancia que la contraprestación efectivamente ha sido objeto de modificación, y que si bien el artículo 7 original de la Ley 1ª de 1991 establecía que la misma no era susceptible de ser modificada después haberse fijado, también es cierto que en primer lugar, existen circunstancias que así lo hacen necesario, refiriendo entonces que esa disposición no era una prohibición absoluta para la administración, como se sustentó en el numeral anterior y en segundo lugar que en la actualidad, al momento de la renovación de la prórroga dicha disposición está derogada.

Así las cosas, reiteramos nuevamente que el acto administrativo que ahora se impugna fue expedido no porque las resoluciones o actos administrativos en su momento hayan sido expedidos presuntamente en contravía de la Ley, sino por el contrario, se expide en virtud del vencimiento de los diez (10) años que fueron prorrogados y en cumplimiento de la facultad que se reservó la administración de ajustar la contraprestación al cabo de cada periodo de renovación de la prórroga de la concesión.

No estamos entonces acudiendo a facultades o competencias presuntamente "inexistentes" como lo afirma el recurrente, pues lo que justifica la expedición del acto administrativo acusado es justamente el uso de facultades expresas, legales, vigentes y en firme que autorizan a la entidad a ajustar la contraprestación y a hacer uso para tal efecto de la metodología vigente.

3.3.2. Presunto desconocimiento al principio de legalidad al desconocer derechos adquiridos.

El recurrente sustenta que el hecho que la contraprestación establecida en la Resolución 8928 de 2002 se haya hecho, en su dicho, de manera irregular, violando el principio de legalidad, la protección de los derechos adquiridos y la intangibilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto; ello no autoriza a la entidad para *"incurrir nuevamente en la misma situación antijurídica"*

Al respecto es necesario hacer algunas precisiones:

- i) Las Resoluciones No. 8928 de 2003 y No. 4247 de 2003 son actos administrativos que se presumen legales, que se encuentran vigentes y en firme.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

- ii) Los actos mencionados fueron demandados por el hoy recurrente, acción judicial en la cual se solicita la nulidad "parcial" de los mismos conforme las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 008928 del 12 de julio 2002, expedida por el Ministerio de Transporte, en los siguientes aspectos:

- Que se declare nulo el numeral 1.2 del artículo primero
- Que se declare nulo el artículo segundo
- Que se declare nulo el artículo tercero

SEGUNDA PRETENSIÓN: Que se declare la nulidad de la Resolución 004247 del 26 de junio de 2003, expedida por el Ministerio de Transporte, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por Carrejón Zona Norte S.A. (en adelante CZN) contra la resolución 008928 de 2002.

Como se observa el párrafo del artículo primero de la Resolución No. 8928 de 2002 en el cual se encuentra la facultad que se reservó la administración de ajustar la contraprestación al cabo de cada periodo de 10 años conforme la metodología vigente al momento de la renovación de la prórroga **no fue demandado**, se encuentra en firme y se presume legal.

- iii) Ya existe pronunciamiento judicial de primera instancia en el cual se niegan las pretensiones de la demanda y si bien el proceso se encuentra para fallo de segunda instancia ante el Consejo de Estado, no podemos afirmar que el acto haya sido expedido de manera irregular o ilegal o con desconocimiento de derechos adquiridos o violando la intangibilidad de los actos administrativos particulares.

Ahora bien, respecto de este último aspecto, es necesario precisar que en materia de contraprestaciones, son las disposiciones de los actos administrativos que gobiernan la concesión las que establecen la regulación sobre el particular, actos que fueron conocidos por el concesionario hoy recurrente pues toda la actuación realizada le ha sido notificada en debida forma, y en los cuales claramente se indicó que el valor de la contraprestación fijado sería objeto de ajuste conforme la metodología vigente al momento de la renovación de la prórroga. Esta facultad se encuentra expresa en los actos administrativos mencionados.

Ahora bien, en uso de dicha facultad la entidad ha informado en múltiples oportunidades el inicio de la actuación, la forma en la cual se procedería y de hecho se le solicitó información para proceder al cálculo de la contraprestación conforme lo indican las Resoluciones 8928 de 2002 y 4247 de 2003. No existen pues derechos adquiridos respecto del valor de la contraprestación fijado en los citados actos.

En este punto es pertinente precisar que la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos ha definido los "derechos adquiridos" como "...aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una Ley y, que por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a Leyes posteriores que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una Ley anterior. Presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la Ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento"²¹, señalando adicionalmente que:

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-24209 del 1 de Abril de 2009. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Ver también Sentencia C-66307 del 29/08/2007. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. "...En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. (...) Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico."

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

"Al respecto debe la Corte precisar que los derechos adquiridos que garantiza el artículo 58 constitucional, son aquellas situaciones concretas consolidadas en vigencia de la ley que es interpretada, reformada o derogada por la subsiguiente, en ejercicio de la cláusula general de competencia asignada al Congreso de la República por el artículo 150 ibidem. De manera que no todas las situaciones generadas en vigencia de la antigua disposición debe mantenerse de cara a la nueva, porque de ser así no tendrían objeto tales facultades y el ordenamiento no podría responder a las necesidades cambiantes de una sociedad en permanente transformación.

No obstante el artículo 53 superior no se refiere a las situaciones concretas, y tampoco las determina, pero los artículos 17 y 28 de la Ley 153 de 1887, recogen la doctrina desarrollada en torno al tema, abundante por cierto²², para disponer que la ley nueva puede anular o coartar las simples expectativas²³ y que en cuanto al ejercicio, cargas y extinción de los derechos reales prevalecen las disposiciones de la nueva ley²⁴. (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-058 de 2002 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis).

Para el presente caso, es evidente que **no existen derechos adquiridos** sobre el valor de la contraprestación a pagar por la concesión otorgada a la Sociedad CERREJON ZONA NORTE y frente a esto tenemos que acudir nuevamente al reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que específicamente sobre el tema indicó lo siguiente:

"...Las playas y los terrenos de bajamar tienen en el ordenamiento jurídico colombiano el carácter bienes de uso público. Por ello su uso y goce corresponde a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 674 del Código Civil) y no pueden ser negociados ni transferidos a los particulares por hallarse fuera del comercio y tampoco pueden ser sometidos a medidas de embargo u adquiridos por usucapción, pues por expreso mandato constitucional "son inalienables, imprescriptibles e inembargables." (Art. 63)

Con todo y a pesar de tratarse de bienes de uso público, el ordenamiento jurídico autoriza el establecimiento de determinadas limitaciones, restricciones o condiciones al disfrute de ese tipo de bienes en función del interés general, pues al fin y al cabo el derecho que tienen los miembros de la colectividad no es de carácter absoluto. En ese sentido, las autoridades se encuentran investidas de la potestad de otorgar permisos, licencias o concesiones que involucren ese tipo de bienes, en virtud de los cuales sus beneficiarios quedan habilitados para usarlos de manera exclusiva y excluyente por el término señalado en el acto respectivo, sin que ello implique necesariamente el surgimiento de derechos patrimoniales en su favor, por tratarse de habilitaciones eminentemente transitorias y precarias cuyo otorgamiento no determina en modo alguno que el bien deje de pertenecer al patrimonio público para convertirse en un bien de dominio privado.

De los textos transcritos se puede concluir que según el criterio del Tribunal de origen, los actos administrativos que fijan el monto de las contraprestaciones son revocables en cualquier momento por razones de interés general; que para la modificación de la contraprestación en el caso bajo examen no era preciso solicitar el consentimiento expreso y escrito del concesionario, pues ello sería tanto como admitir la existencia de derechos adquiridos sobre bienes de uso público en cuyo ejercicio debe prevalecer el interés general y, finalmente, que en este caso la modificación de la contraprestación no se hizo a espaldas del concesionario, quien tuvo la oportunidad de intervenir en la actuación administrativa que antecedió a la expedición de los actos cuestionados." (Subrayado y resaltado a pelo al texto)

²² Entre los autores nacionales que se ocupan de tema se puede consultar Valencia Arango Jorga, Derechos Adquiridos, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1983; Noguera Barrenechea Rodrigo, De la No Retroactividad de las Leyes Civiles, Institución Universitaria Sergio Aruñeda, Bogotá, Tercera Edición, 1996.

²³ "Son diferentes las características entre la simple expectativa, y el derecho o facultad, como ocurre con la facultad o derecho que tiene un tercero de aceptar o no la estipulación hecha para él. La mera expectativa no pasa de ser una posibilidad, una esperanza cuya realización es del todo ajena a la voluntad de quien confía en el nacimiento del derecho respectivo; la segunda tiene existencia propia, y la consecución del fin que con ella se obtiene depende exclusivamente de la voluntad de una persona que a de ejercita o de sus herederos." -Gaceta Judicial Tomo XXXV, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 23 de noviembre de 1927.

²⁴ Sentencias 374 y 530 y de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Gaitán

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

Conforme lo anterior no existe conducta antijurídica realizada por la entidad ni violación a los derechos adquiridos del concesionario al ajustar el valor de la contraprestación al cabo de los primeros 10 años de prórroga para la renovación de la misma conforme las facultades que para tal efecto se establecieron en la Resoluciones 8928 de 2002 y 4247 de 2003.

Finalmente, en lo que respecta a la intangibilidad de los actos administrativos referida ésta al principio en virtud del cual los actos administrativos individuales que consolidan situaciones jurídicas en cabeza de los particulares, no pueden ser revocados unilateralmente por la administración luego de que han creado dichas situaciones jurídicas, s, a menos de que medie el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular del derecho a fin de garantizar la protección de derechos adquiridos; se precisa que al analizar el cargo por presunta violación de la Ley se indicó que el otorgamiento por parte de las autoridades de permisos, licencias o concesiones que involucren bienes de uso público no crean derechos subjetivos particulares y por lo tanto dichos actos, incluidos los actos administrativos que fijan contraprestaciones son revocables en cualquier momento por razones de interés general sin que para ello se precise solicitar el consentimiento del particular

3.3.3. Presunto desconocimiento al principio de igualdad

El principio constitucional de la igualdad, refiere a la premisa de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Para ilustrar este principio, podemos referirnos a los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

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

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

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

"...El derecho a la igualdad impone al legislador dar el mismo tratamiento a quienes están en el mismo supuesto de hecho que va a regular. Para establecer si una disposición legal es discriminatoria, se debe verificar si ella otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho, si ese tratamiento persigue alguna finalidad que lo justifique constitucionalmente y si la limitación a la igualdad era adecuada para alcanzar tal finalidad. Además, se requiere que sea ponderada o proporcional, para evaluar si la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios generados." Sentencia 1047 de 2001 Corte Constitucional

"...El derecho a la igualdad que consagra la Constitución es objetivo y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, concepción ésta que supera así la noción de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente reglamentación a supuestos

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado." Sentencia C-1033/02

El recurrente indica que se ha desconocido la verdadera formulación del principio de igualdad al conferir un tratamiento igualitario frente a Drummond y Río Córdoba, que son dos puertos de servicio privado, que movilizan carbón y que tienen concesión vigente, al igual que Cerrejón.

Frente a este punto consideramos necesario tener en cuenta en primer lugar que al homologarse la concesión de CERREJON al régimen y a los mecanismos tarifarios establecidos en la Ley 1ª de 1991 mediante Resolución No. 164 de 1994 de la Superintendencia General de Puertos, precisamente lo que se estaba era poniendo a todos aquellos quienes tuvieran concesiones portuarias en igualdad de condiciones frente a la regulación portuaria. Según el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, el término "Homologar" significa: Equiparar, Poner en relación de igualdad o semejanza dos cosas. Contrastar una autoridad oficial el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o una acción"

Ahora bien, se considera que se debe entonces dar un tratamiento igualitario a éstos concesionarios pues dadas las circunstancias que facultan a la entidad para realizar el ajuste y modificación de la contraprestación portuaria conforme la metodología vigente; que en el caso de Drummond y Río Córdoba fue el cumplimiento la facultad consagrada en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 en virtud de sus solicitudes de modificación de las condiciones de sus concesiones para la implementación del sistema de cargue directo de carbón, y que en el caso de CERREJÓN es el cumplimiento de la facultad que ésta se reservó mediante Resoluciones 008928 de 2002 y No. 004247 de 2003 de que al vencimiento de cada periodo de diez (10) años se procediera al ajuste de la contraprestación conforme la metodología vigente, la entidad está en el deber legal de dar cumplimiento a dichas disposiciones y facultades y proceder de conformidad.

En este sentido, si se llegara a desconocer, como lo pretende el recurrente, la existencia de la facultad de reajuste de la contraprestación establecida en las Resoluciones 008928 de 2002 y No. 004247 de 2003 se estaría dando un tratamiento desigual no solo frente a éstos concesionarios, sino también frente a todos aquellos que en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes expresaron en el texto de sus contratos que una vez el Gobierno Nacional adoptara la metodología de contraprestación, la misma le sería aplicable de manera inmediata.

Así las cosas, en ejercicio del principio de igualdad, la entidad ha hecho uso en igualdad de condiciones de las facultades legales o contractuales que lo autorizan a efectuar el ajuste de la contraprestación portuaria.

3.3.4. Conclusiones sobre el cargo por violación de principios generales del derecho.

Conforme lo anterior se concluye:

- a) Que la entidad no está acudiendo a facultades o competencias "inexistentes" como lo afirma el recurrente para ajustar la contraprestación, pues tal facultad está expresa, se presume legal, se encuentra vigente y en firme y es la facultad que se reservó la entidad de ajustar el valor de la contraprestación conforme la metodología vigente al cabo de cada periodo de 10 años para efecto de la renovación de la prórroga de la concesión, la que justifica la expedición del acto administrativo acusado.
- b) Que no existen derechos adquiridos sobre el valor de la contraprestación a pagar por la concesión otorgada a la Sociedad CERREJON ZONA NORTE y por lo tanto no existe la vulneración al principio de intangibilidad de los actos administrativos, máxime si se tiene en cuenta que éstos actos administrativos, al versar sobre bienes de uso público, no crean derechos subjetivos particulares y por lo tanto dichos actos, son revocables en cualquier momento por razones de interés general y sin la anuencia del particular

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

- c) Que la entidad ha hecho uso en igualdad de condiciones de las facultades legales o contractuales que lo autorizan a efectuar el ajuste de la contraprestación portuaria.

3.4. SOBRE LA PRESUNTA DESVIACIÓN DE PODER

La doctrina administrativa ha indicado que la finalidad de los actos administrativos responde a la pregunta ¿para qué se dictó el acto? Es pues lo que persigue la administración con la expedición del acto administrativo y se dice que hace referencia a un elemento psicológico del acto administrativo porque permanece en la mente del que lo creó.

En este sentido, el vicio que refiere a la finalidad del acto administrativo implica que en la expedición del mismo se persigue algo distinto a la finalidad para la cual se otorgó una competencia, y es lo que se conoce como la DESVIACIÓN DE PODER, establecida ésta tanto en el artículo 84 del C.C.A. como en el artículo 137 del CPACA como una causal de nulidad de los actos administrativos. Al respecto el Consejo de Estado ha definido la desviación de poder en los siguientes términos:

"... "desviación de poder" (...) supone el apartarse de los fines y objetivos de la función pública. Sobre el concepto de "desviación de poder" esta Corporación ha manifestado que la causal de nulidad se presenta cuando el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones, observa las formalidades prescritas por la ley, el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores, pero, al proferirlo, se han tenido en cuenta motivos distintos a aquellos para los cuales se confirió el poder. En síntesis, la desviación de poder se configura cuando la atribución de que está investido el funcionario se ejerce hacia un fin distinto del previsto en la ley."²⁵ (Subrayado y resaltado ajeno al texto)

La desviación de poder, según reiterada jurisprudencia, solamente puede predicarse de los actos administrativos que formalmente son perfectos, esto es, que no tiene vicios de legalidad, o de motivación, porque de ser así, serían estos los vicios que deben predicarse.

En el caso que nos ocupa el recurrente indica en su escrito que existe "desviación de poder" porque según su dicho, la finalidad perseguida con la expedición del acto administrativo no es la de reajustar la contraprestación, sino que es el temor a que la contraloría General de la República pueda tomar represalias en el proceso de responsabilidad fiscal en curso. Al respecto se hacen las siguientes precisiones:

El acto administrativo recurrido hizo mención de los antecedentes de la concesión que resultan pertinentes para contextualizar la situación, y específicamente el concepto jurídico hizo mención de la comunicación mediante oficio No. 2013EE0107930 radicado bajo el No. 2013-409-03776-2 del **19 de septiembre de 2013**, por el cual la Dirección de Vigilancia Fiscal de la Contraloría General de la República comunica los hechos presuntamente irregulares detectados en desarrollo de la Concesión Portuaria de la Sociedad CERREJON ZONA NORTE, que refieren básicamente a la medición de las áreas concesionadas para efecto del cálculo de la contraprestación que se hizo al momento de la homologación de la concesión, al trámite surtido para la prórroga de la concesión, al valor y fecha de inicio de las obras e inversiones adicionales autorizadas por el Ministerio de Transporte en el año 2002 y a la definición de los bienes que serán objeto de reversión.

Efectivamente en el concepto jurídico se indicó como recomendación la necesidad de "verificar que en el trámite de esta primera renovación de la prórroga de la concesión portuaria de la sociedad CERREJON ZONA NORTE, no se incurra en conductas similares a las que allí se reportan como presuntamente constitutivas de hechos irregulares y propender el debido cumplimiento de la normatividad vigente". Esta recomendación del concepto jurídico resulta más que natural y obvia, especialmente si se tiene en cuenta que para el cálculo de la nueva contraprestación a fijarse conforme la metodología vigente contenida en el Documento CONPES 3744 de 2013 y adoptada mediante Decreto 1099 de 2013, el

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera Sentencia del 21/06/2001, rad. No. 5604, Consejera ponente. OLGA INES NAVARRETE BARRERO

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

componente fijo está directamente relacionado con la áreas terrestres y marinas concesionadas, y el evidenciarse que en el pasado las medidas o áreas de la zona de uso público no correspondían al recurso realmente entregado al concesionario para su uso y goce, lo cual conllevó a la necesidad de ajustar dichos valores mediante Resoluciones 4245 de 2003 y 346 de 2004 del Ministerio de Transporte, actos administrativos cuya legalidad fue analizada en instancia judicial ante el contencioso administrativo, declarándose la nulidad parcial pero solo en lo que tiene que ver con el cobro retroactivo de la diferencia en el monto de la contraprestación.

Así las cosas, no puede entenderse con ello que la finalidad que persiguió la administración sea el miedo o temor a "represalias" por parte del Organismo de Control, máxime cuando la actuación para la renovación de la prórroga y para el reajuste de la contraprestación inició mucho antes del informe de hallazgos presentado por la Contraloría, y desde el inicio la entidad fue clara con el concesionario al indicarle que la contraprestación sería reajustada y que la metodología a utilizarse para el cálculo de la misma era la establecida en el Documento CONPES 3744 de 2013 adoptada mediante Decreto 1099 de 2013, tal y como se evidencia en las respuestas que al respecto se remitieron al concesionario dentro del trámite de la actuación administrativa que culminó con la expedición de la Resolución recurrida.

Finalmente encontramos que el recurrente reconoce en su escrito que el acto fue expedido *"sin violar las formalidades legales requeridas"*, cuando al sustentar la presunta desviación de poder indica expresamente:

"...Así las cosas, cuando se trata de una desviación de poder, el acto administrativo es expedido por la autoridad competente, sin violar las formalidades legales requeridas, pero la finalidad que se quiere lograr con la decisión administrativa es distinta a las razones por las cuales el legislador confirió las funciones a los servidores que proferieron el acto que en este caso tal como expresamente lo manifestó la administración dentro de sus consideraciones es que en la prórroga de la concesión portuaria de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE, no se incurra en conductas similares a las que allí se reportan como presuntamente constitutivas de hechos irregulares (...) haciendo elusión a los hallazgos de la Contraloría General de la República."

Conforme lo anterior no existe la desviación de poder que se endilga en la expedición del acto recurrido.

4. CONSIDERACIONES FINALES

4.1. Del análisis efectuado a cada uno de los motivos de inconformidad contra el acto administrativo impugnado se evidencia que la Resolución No. 776 del 13 de junio de 2014 fue expedida con arreglo a las disposiciones legales y contractuales y que por lo tanto no procede la revocatoria solicitada como pretensión en el recurso de reposición presentado por el concesionario.

4.2. En providencia de segunda instancia del Consejo de Estado dentro del proceso radicado No. 25000-23-24-000-2004-00466-01, fechada el 18 de septiembre de 2014 y con ponencia del Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la SOCIEDAD CERREJÓN ZONA NORTE S.A. contra la sentencia del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que decidió sobre la demanda contra las Resoluciones 4245 del 26 de junio de 2003 Y No. 346 del 19 de marzo de 2004 del MINISTERIO DE TRANSPORTE; sentencia en la cual se indicó:

"...Por otra parte la Sala considera que las objeciones planteadas por la actora con respecto a la aplicación retroactiva de la nueva contraprestación, tienen vocación de prosperidad, pues estima la Sala que los efectos de los actos administrativos demandados no pueden extenderse hacia el pasado por estrictas razones de confianza legítima y seguridad jurídica."

El principio de seguridad jurídica, propio de un Estado Social de Derecho como el nuestro, responde a un deseo de orden, de tranquilidad y cortidumbre en las relaciones jurídicas y presupone, entre otras cosas, la irretroactividad de las leyes y actos administrativos desfavorables o restrictivos. En ese orden de ideas, como quiera que la fuerza vinculante de

"For la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

una decisión administrativa no puede retrotraerse hacia el pasado, la Sala considera que el hecho de que los actos demandados hayan dispuesto la aplicación de la nueva contraprestación desde el momento en que se produjo la homologación de la concesión de conformidad con las disposiciones de la Ley 1ª de 1991, contraría ese principio.

En cuanto a la violación del principio de confianza legítima, no podría pasarse por alto el hecho de que la firma concesionaria venía cancelando el valor de la contraprestación que le fue señalado por las propias autoridades que profirieron el acto de homologación, con el más absoluto convencimiento de que su monto había sido calculado conforme a derecho. Al haberse gestado de manera razonable y legítima esa situación de confianza a partir de la decisión inicial adoptada por la administración, no puede admitirse entonces que las autoridades, escudadas en su propia equivocación, vergan ahora a exigir el pago retroactivo de las sumas que debieron cobrar desde el día de la homologación, por cuanto ello equivaldría a trasladar a la esfera de responsabilidades de concesionaria las consecuencias de la torpeza en que incurrieron las autoridades portuarias. No huelga resaltar que en el expediente no obra ningún medio de prueba que permita señalar que la actora haya inducido la adopción de una decisión enérgica que pudiere favorecerla. Antes por el contrario, salta a la vista que desde el año de 1983 las autoridades competentes tuvieron la oportunidad de conocer los planos de las infraestructuras portuarias, de conocer tanto la composición de sus instalaciones y de verificar in situ las dimensiones de los recursos requeridos para la construcción y operación del complejo portuario.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia salvo en lo que concierne a los alcances temporales de esa decisión, en el sentido de señalar que las autoridades competentes no pueden cobrarle a la firma CERREJÓN ZONA NORTE S.A. el nuevo valor de la contraprestación desde el momento en que se dispuso la homologación de la concesión, sino a partir de la fecha en que quedaron en firme los actos acusados. Por lo mismo, ordenará la reliquidación de la contraprestación debida."

4.3. En el presente caso, al no estar frente a un error en el cálculo de la contraprestación, encontramos que la nueva contraprestación a cancelarse por parte de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE S.A., debe pagarse desde el 1 de julio de 2013, fecha en la cual, conforme las resoluciones 12501 de 2011 y 003615 de 2002 se cumplió el primer periodo de diez (10) años de prórroga y a partir del cual se ajustó la contraprestación a pagar por la sociedad concesionaria conforme la metodología vigente.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar las decisiones contenidas en la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014 por la cual la Agencia Nacional de Infraestructura procedió a reajustar el valor de la contraprestación a pagar por la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE a partir del segundo periodo de 10 años, esto es a partir del 1 de julio de 2013, en cumplimiento de lo establecido en las Resoluciones No. 012501 del 21 de diciembre de 2001 del MINTRANSPORTE, modificada mediante Resolución No. 0036158 del 18 de marzo de 2002 y No. 008928 del 12 de julio de 2002 confirmada en todas y cada una de sus partes mediante la Resolución No. 004247 del 26 de junio de 2003

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la sociedad CERREJON ZONA NORTE S.A. en los términos establecidos en los artículos 67 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO Comunicar el contenido del presente acto administrativo al Instituto Nacional de Vías INVIAS, a la Superintendencia de Puertos y Transporte, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Alcalde del Municipio de Uribía, al Viceministerio de Infraestructura del Ministerio de Transporte, al Director General de Turismo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, al Director

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 776 del 16 de junio de 2014."

General de la Dirección Marítima del Ministerio de Defensa Nacional - DIMAR y al Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN.

ARTÍCULO CUARTO. - Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

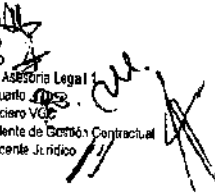
NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C. 23 DIC. 2014



LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO
Presidente Agencia Nacional de Infraestructura

Proyectó: Marcela Urquijo - Abogada GALI V...
Andrés Gnecco - Supervisor Técnico
Adriana Acosta - Asesora Financiero
Revisó: Margarita Monilla Herrera - Gerente Asesoría Legal
Dina R. Sierra R. - Gerente GIT Puerto...
Emerson Durán - Gerente GIT Financiero V...
Vo. Bo: Andrés Figueredo Serpa - Vicepresidente de Gestión Contractual
Hector Jaime Pinilla Ortiz - Vicepresidente Jurídico



78