

SOLICITUD DE CONCESION PORTUARIA – Autoridad competente para resolver. Término para resolver. Saneamiento de solicitud incompleta / SOLICITUD INCOMPLETA DE CONCESION PORTUARIA – Debe requerirse por una vez para subsanar deficiencias / DEBIDO PROCESO – Vulneración por dilación en el trámite de una solicitud de concesión portuaria

Los artículos 11 y 12 del Decreto 838 de 1992 y el artículo 10° Decreto 4735 de 2009, son claros en cuanto establecen la manera y el término en que la autoridad competente debe resolver una solicitud de concesión portuaria que ha sido presentada en debida forma, esto es: a) mediante resolución motivada y b) dentro de los cinco (5) meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial. Ahora bien, los citados artículos 11 y 12 del Decreto 838 de 1992 establecían la competencia para proferir dicha resolución en cabeza de la Superintendencia de Puertos, pero en virtud de lo dispuesto en los artículos 2° y 18 del Decreto 1800 de 2003 dicha competencia fue trasladada al INCO. Por lo tanto, es frente al INCO que se realizará el análisis de la normativa relacionada con la obligación de decidir oportunamente, mediante resolución motivada, las solicitudes de concesión portuaria, por ser la entidad competente, según la ley, para decidir estos asuntos. (...) Por otra parte, se advierte que el artículo 10 del Decreto 4735 de 2009 establece que cuando la petición de concesión portuaria se presenta en forma incompleta, ésta puede sanearse por el interesado, para lo cual la entidad competente (INCO), lo requerirá “por una sola vez” para que subsane la deficiencia. De lo cual se deduce que, ante una solicitud incompleta, el INCO debe señalar claramente cuáles son sus deficiencias, pues la ley solo le da una oportunidad para tal efecto. En el caso concreto, las pruebas dan cuenta de que, en efecto, la solicitud de concesión portuaria de la actora, fue presentada en forma incompleta, lo cual explica que hasta la fecha el INCO se haya abstenido de proferir la resolución motivada que decida tal solicitud. Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 4735 de 2009, el INCO no cumplió con su deber legal de requerir “por una sola vez” a la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua para que subsanara su solicitud, sino que, contrario a ello, ha informado en forma escalonada acerca de los requisitos faltantes, mediante cuatro requerimientos expedidos en un lapso de dos (2) años y 8 días, lo cual no se compadece con el mandato legal que establece el término de cinco (5) meses para proferir resolución motivada frente a una solicitud de concesión portuaria. Ello, sin lugar a dudas, implica un abierto desconocimiento del procedimiento señalado en la ley para decidir tales solicitudes y en esa medida se vulnera el derecho fundamental al debido proceso de la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua quien ha dado respuesta a cada uno de los requerimientos, por lo demás, dilatorios del trámite indicado en la ley, sin que hasta la fecha haya obtenido la respuesta que ordena la normativa vigente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 838 DE 1992 – ARTICULO 11 / DECRETO 838 DE 1992 – ARTICULO 12 / DECRETO 4735 DE 2009 - ARTICULO 10 / DECRETO 1800 DE 2003 – ARTICULO 2 / DECRETO 1800 DE 2003 – ARTICULO 18

CONTROL DE TUTELA – Alcance. Ministerio de Transporte frente al Inco

Finalmente, en cuanto a la conducta atribuida al Ministerio de Transporte, consistente en no ejercer sus funciones de coordinación y vigilancia, la Sala advierte que, en efecto, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 12 y 15 del Decreto 2053 de 2003, el Ministerio tiene un deber de tutela frente a sus entidades adscritas, en cuando debe “Coordinar, promover, vigilar y evaluar las políticas del Gobierno Nacional en Materia de Tránsito, transporte e infraestructura

de los modos de su competencia” y “Orientar y coordinar conforme a lo establecido en el presente decreto y en las disposiciones vigentes, a las entidades adscritas y ejercer el control de tutela sobre las mismas”. Ahora bien, el INCO es una entidad adscrita al Ministerio de Transporte, tal como lo establece el artículo 1° del Decreto 1800 de 2003, razón por la cual dicho Ministerio está obligado a ejercer un control de tutela frente al INCO. No obstante, para la Sala es claro que a quien corresponde proferir una resolución motivada que decida una solicitud de concesión portuaria, es al INCO, sin que se requiera orden especial del ente que ejerce sobre sí el mencionado control de tutela, de tal suerte que no es posible atribuir responsabilidad directa o indirecta al Ministerio por la violación del derecho al debido proceso de la actora, lo cual no es óbice para que, en aras de hacer efectiva la facultad de vigilancia y coordinación que le corresponde a la citada autoridad frente al INCO, se le exhorte para que cumpla dicho deber conforme a la ley.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2053 DE 2003 – ARTICULO 2 – NUMERAL 12 / DECRETO 2053 DE 2003 – ARTICULO 2 – NUMERAL 15

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-15-000-2010-01958-01(AC)

Actor: SOCIEDAD PORTUARIA DELTA DEL RIO DAGUA S.A.

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTRO

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de 23 de julio de 2010, proferida por la Sección Primera, Subsección “A”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se rechazó la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

I.1.- La Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua S.A., actuando por conducto de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Concesiones -INCO- por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, al no proferir resolución que resuelva su solicitud de concesión

portuaria.

I.2.- HECHOS

Manifestó que el 22 de abril de 2008, la **Sociedad Delta del Río Dagua S.A.** presentó solicitud de concesión portuaria ante el INCO para la ocupación temporal de un terreno de bajamar frente al canal de acceso marítimo de la Bahía de Buenaventura, para construir y operar instalaciones portuarias de servicio público.

Dijo que, dentro del trámite dado a dicha solicitud de concesión portuaria, el INCO requirió a la Sociedad para que completara el requisito consistente en aportar una póliza de seguros, de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 6 del Decreto 708 de 1992, a lo cual dio cumplimiento el 26 de mayo de 2009.

Informó que, mediante Resolución N° 421 de 14 de agosto de 2009 *“Por medio de la cual se fija fecha y hora para celebración de audiencia pública dentro del trámite de la solicitud de concesión portuaria de la Sociedad Delta del Río Dagua S.A.”*, el INCO estimó que la solicitud cumplía con aspectos técnicos y jurídicos y que se encontraba acorde con los requerimientos de orden técnico.

Aseveró que dicha audiencia pública, se llevó a cabo el 25 de agosto de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 838 de 1992 y que, durante la misma, la **Sociedad Portuaria de Occidente** se opuso a la solicitud de la **Sociedad Delta del Río Dagua**, pues tenía interés en el mismo terreno; oposición que fue desechada el 14 de septiembre de 2009 por el INCO.

Señaló que, pese a que la solicitud de concesión portuaria cumple los aspectos técnicos y jurídicos y que la oposición a la misma fue desechada, el INCO no ha decidido su petición.

Dijo que el día 7 de diciembre de 2009, ante la falta de pronunciamiento del INCO frente a su solicitud de concesión portuaria, presentó una petición en aras de que se le explicaran las razones por las cuales no se había proferido decisión alguna dentro del término de cinco meses previsto en el artículo 12 del Decreto 838 de 1992.

Sostuvo que la anterior petición fue resuelta por el INCO, el 18 de diciembre de 2009, en los siguientes términos:

- Que la solicitud de concesión portuaria presentada por la **Sociedad Delta del Río Dagua S.A.** no se resolvió dentro de los 5 meses siguientes a su radicación debido a que se encontraba en trámite una solicitud anterior, radicada por la **Sociedad Portuaria de Occidente**, la cual se rechazó mediante Resolución 065 de 29 de enero de 2009.
- Que dentro de la solicitud de la **Sociedad Delta del Río Dagua** no se encontró la póliza de cumplimiento, no obstante el 25 de junio de 2009, la evaluación técnica de la solicitud obtuvo concepto favorable y posteriormente se citó a audiencia pública.
- Que no existe certeza de la naturaleza y disponibilidad de los predios a ocupar.
- Que es necesario presentar información adicional para acreditar la disponibilidad, titularidad y documentación que permita tener claridad sobre el terreno a ocupar, e información relativa a la legislación especial que rige en la zona de los territorios colectivos de comunidades negras, resguardos indígenas y patrimonio arqueológico.

Aseguró que cada vez que responde a los requerimientos del INCO, a la espera de que éste resuelva su solicitud de concesión portuaria, el instituto impone nuevos requisitos para efectos de obtener la concesión deprecada. Así, mediante escrito de 30 de abril de 2010, el INCO hizo requerimientos en relación con el modelo financiero a 20 años, en atención a que la solicitud de concesión portuaria se hizo por un término de 30 años, a cuyo respecto las disposiciones jurídicas se encuentran derogadas.

Indicó que, en respuesta al anterior requerimiento, el 12 de mayo de 2010, presentó el cálculo de contraprestación del Terminal Marítimo Delta del Río Dagua, con plazo de concesión a 20 años en el que se evidencia que la inversión no se recupera durante ese período.

Manifestó que el 15 de junio de 2010, con el objeto de realizar evaluaciones financieras, el INCO requirió nuevamente a la Sociedad, para que aportara en

medio magnético, los modelos financieros a 20 y 30 años, los cuales se entregaron el 6 de julio de 2010.

Estimó que lo anterior evidencia la ineficiencia, lentitud y dilación del INCO frente a su solicitud de concesión portuaria, pues ya han transcurrido más de 14 meses desde que este instituto consideró “*completa*” la solicitud de concesión, sin que se haya proferido la correspondiente resolución de aprobación, pese a que el artículo 12 del Decreto 838 de 1992, establece el término de 5 meses para decidir la solicitud de concesión.

Mencionó el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991, para explicar que existen 2 excepciones bajo las cuales se puede otorgar una concesión por un período superior a 20 años, a saber: i) cuando a criterio del Gobierno las sociedades portuarias no recuperan la inversión y ii) cuando se trata de estimular a las sociedades portuarias a prestar un servicio público.

Citó el artículo 10 del Decreto 4735 de 2009, que regula las peticiones incompletas y el saneamiento de requisitos y explicó que el requerimiento que haga la entidad al solicitante interrumpirá los términos por una sola vez.

Adujo el Decreto 433 de 2010 para aclarar que los trámites sobre solicitudes de concesión anteriores a la expedición del Decreto 4735 de 2009, se regirán por la normativa vigente al tiempo de iniciación y las etapas que no se hubieren surtido se llevarán a cabo según las disposiciones del Decreto 433 de 2010.

Afirmó que el Ministerio de Transporte también es responsable frente a la violación de sus derechos fundamentales, por ser el superior jerárquico del INCO, por lo que debió cumplir las funciones establecidas en los artículos 12 y 15 del Decreto 2053 de 2003, a saber: *“Coordinar, promover, vigilar y evaluar las políticas del Gobierno Nacional en Materia de Tránsito, transporte e infraestructura de los modos de su competencia”* y *“Orientar y coordinar conforme a lo establecido en el presente decreto y en las disposiciones vigentes, a las entidades adscritas y ejercer el control de tutela sobre las mismas”*.

Dijo que en su caso, el INCO ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad, al exigir requisitos diferentes a los establecidos en la legislación vigente al momento de presentar la solicitud de concesión y ha desconocido el derecho al

trabajo, si se tiene en cuenta que el trámite irregular adelantado frente a su solicitud de concesión portuaria, puede desencadenar en el abandono del proyecto por parte del inversionista.

Aseveró que se le vulneró su derecho al libre desarrollo de la personalidad en cuanto la ineficiente actuación del INCO desincentiva la iniciativa particular.

Manifestó que se vulneró el derecho al debido proceso, ya que el INCO requirió que la solicitud de concesión se presentara a 20 años, sin observar que tanto el Decreto 838 de 1992 como el Decreto 1370 de 2007 se encontraban vigentes al momento de la solicitud, los cuales autorizan la concesión portuaria por término superior a 20 años.

I.3.- PRETENSIONES

Solicita que se declare que el INCO vulneró su derecho al debido proceso, al no proferir la resolución que decida la solicitud de concesión portuaria, dentro de los términos de ley y exigir requisitos que no corresponden a la etapa de solicitud de concesión, como lo es la exigencia de un modelo financiero a 20 años.

Como consecuencia de lo anterior, pide se le ordene a dicha entidad proferir la resolución de aprobación de la solicitud de concesión por un término de 30 años.

I.4.- DEFENSA

El Ministerio de Transporte dio respuesta a la demanda en los siguientes términos:

Explicó que no ha vulnerado derecho alguno, máxime si se tiene en cuenta que los hechos de la demanda se refieren a la actuación administrativa adelantada ante el INCO, en virtud de una solicitud de Concesión Portuaria y resaltó que, de acuerdo con la Ley 1ª de 1991 y el Decreto 838 de 1992, dicho instituto es un establecimiento público independiente del Ministerio de Transporte, que cuenta con autonomía administrativa, capacidad financiera y tiene la competencia para decidir la solicitud de la actora.

Por lo anterior, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

El Instituto Nacional de Concesiones –INCO–, explicó que los hechos de la demanda no evidencian un perjuicio irremediable para la demandante, ni la causación de un daño que justifique el ejercicio de la acción de tutela, la cual resulta improcedente de acuerdo con su naturaleza residual y transitoria.

Aceptó que aún no se ha proferido decisión administrativa de fondo frente a la solicitud de concesión portuaria hecha por la parte actora, pero estimó que por la misma razón, no procede la acción de tutela, pues las pretensiones se dirigen a que el juez natural declare el derecho solicitado a través de la actuación administrativa, lo cual desconoce el propósito de la acción constitucional.

Aseguró que todos los requisitos que le ha exigido a la actora, **Sociedad Delta del Río Dagua S.A.**, para otorgar la concesión portuaria, son los propios del contrato de concesión previstos en el artículo 23 del Decreto 838 de 1992, entre ellos, la descripción e identificación del sector de uso de la concesión portuaria solicitada, las pólizas de aseguramiento y la descripción física y financiera del proyecto.

Sostuvo que el término de 5 meses que se establece para decidir la solicitud de concesión, opera previo cumplimiento de los requisitos constitutivos de la legalidad del contrato de concesión.

Explicó que la sociedad demandante asegura que dicho término se encuentra vencido, sin tener en cuenta que ante el INCO se tramitó primero la solicitud de concesión de la **Sociedad Portuaria de Occidente** respecto de la misma zona de uso público solicitada por la **Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua**.

Informó que en el trámite de la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua, se ha cumplido lo previsto en el Decreto 838 de 1992 para el Contrato de Concesión.

I.5.- FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en sentencia de 23 de julio de 2010, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señaló que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, existen unos derechos fundamentales exclusivos de la persona humana y otros que pueden predicarse también de las personas jurídicas, tales como el derecho a la honra, el buen nombre, habeas data, igualdad y debido proceso y que, es deber del juez constitucional, establecer en cada caso particular, si es procedente la acción de tutela frente a la conducta vulneradora invocada por una persona jurídica.

Afirmó que el derecho al debido proceso se refiere a la obtención de decisiones legales ajustadas al derecho material y que la finalidad que persigue es la realización de una actuación que respete los intereses individuales y brinde garantías para la protección de los derechos fundamentales.

Trajo a colación la sentencia T-445 de 1992 de la Corte Constitucional, en la cual se dijo que el debido proceso debe entenderse como el conjunto de trámites que rigen la instrucción y resolución de una causa, además de ser una garantía que reconoce los derechos de las personas.

Mencionó la sentencia T-982 de 2004, de la misma Corporación, para explicar que el debido proceso se concreta en dos situaciones, una consistente en la obligación de las autoridades de informar al interesado cualquier medida que lo pueda afectar y, otra, en la adopción de decisiones que se sometan a un proceso que asegure el derecho de contradicción e impugnación.

Aclaró que, en el presente asunto, las actuaciones y requerimientos del INCO se encuentran ajustados a la Ley 1ª de 1991, Estatuto de Puertos Marítimos y a los artículos 8 y 32 del Decreto 838 de 1992, Régimen de Concesiones y Licencias Portuarias, los cuales establecen que cuando dentro de la solicitud de concesión portuaria hagan falta informaciones y documentos, se requerirá al interesado para que los aporte.

Explicó que el derecho a la igualdad les garantiza a las personas recibir el mismo trato y protección de las autoridades, para el goce efectivo de los derechos y libertades y precisó que su vulneración ocurre cuando el trato diferencial o

discriminatorio se presenta entre personas que se encuentran en identidad de condiciones o cualidades.

Sostuvo que en este caso no se probó el trato diferencial entre la solicitud de concesión portuaria de la parte demandante y las de otros interesados y estimó que el INCO no se equivocó al solicitar el ajuste de la solicitud a un término de 20 años, porque así lo ordena la Ley.

Mencionó la sentencia C-068 de 2009 de la Corte Constitucional, para destacar que la determinación de los plazos del contrato de concesión se fundamenta en la construcción de las obras y en la justa retribución del agente que colabora con la prestación de los servicios concesionados y agregó que la fijación del plazo obedece a la necesidad del Estado de atender de manera adecuada la prestación de los servicios públicos.

Resaltó que de acuerdo con la sentencia T-542 de 1992, de la Corte Constitucional, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es exclusivo de las personas naturales debido a que las personas jurídicas sólo pueden desarrollar el objeto social que determinen los estatutos por los cuales se rigen. Agregó que de acuerdo con la jurisprudencia de la citada Corporación, el derecho al trabajo no se reduce al acceso a un empleo, sino que se refiere a la posibilidad de trabajar en condiciones dignas y obtener una contraprestación conforme a la labor desempeñada, por lo cual solo las personas naturales son susceptibles de protección.

Declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Ministerio de Transporte, en razón a que las actuaciones administrativas destinadas al otorgamiento de concesiones, son funciones que se encuentran atribuidas al INCO.

I.6.- IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado el 6 de agosto de 2010, la parte demandante impugnó el fallo anterior.

Sostuvo que el *a quo* no tuvo en cuenta que el INCO contestó de manera parcial las peticiones que la Sociedad presentó para destrabar el trámite atascado frente

a su solicitud de concesión, ni advirtió que fue gracias a dichas peticiones, que la autoridad demandada impulsó el trámite y solicitó el cumplimiento de requisitos que, sea dicho de paso, no son propios de su competencia.

Insistió en la flagrante violación a su derecho al debido proceso, comoquiera que el Tribunal omitió imponerle al INCO la obligación de pronunciarse acerca de la fecha en que vence el término para proferir resolución sobre la solicitud de concesión portuaria.

Dijo que en este caso sí se vulneró el derecho a la igualdad y que el trato desigual se evidencia en las concesiones que se otorgaron a otros interesados por el término de 30 años, lo cual no pudo demostrarse porque el *a quo* no decretó las pruebas necesarias para tal efecto.

Reiteró que las concesiones se otorgan por más de 20 años en razón de la necesidad de recuperar la inversión e indicó que la finalidad de la solicitud de concesión está determinada por la prestación de un servicio público.

Sostuvo que el Tribunal erró en la interpretación del derecho al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, ya que de acuerdo con la sentencia T-982 de 2004 de la Corte Constitucional, la justificación de que ciertos derechos fundamentales sean predicables de las personas jurídicas es porque a través de ellos se protege a las personas naturales.

Finalmente, reiteró la responsabilidad del Ministerio de Transporte y dijo que la vulneración radica en la omisión del cumplimiento de sus funciones, las cuales se encuentran descritas en el Decreto 2053 de 2003.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. Dicha acción se establece como mecanismo subsidiario, es decir, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otros instrumentos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio con miras a evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto la sociedad demandante estima vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad, con la conducta omisiva del INCO, consistente en no proferir la resolución que decida su solicitud de concesión portuaria, dentro del término de 5 meses establecido en el artículo 12 del Decreto 838 de 1992. Dice que no existe razón alguna que justifique la tardanza en la expedición de tal decisión.

Agrega que el Ministerio de Transporte también es responsable de la vulneración de sus derechos fundamentales, por el incumplimiento de sus funciones de coordinación y vigilancia, establecidas en el artículo 2° del Decreto 2053 de 2003.

Por su parte, el INCO justifica su omisión de no haber proferido la resolución que se echa de menos, en que la sociedad interesada en la concesión portuaria no ha aportado la totalidad de los requisitos necesarios para el efecto y el Ministerio de Transporte indicó que carece de legitimación en la causa por pasiva porque la solicitud de concesión portuaria es una actuación administrativa de competencia exclusiva del INCO, según la Ley 1ª de 1991 y el Decreto 838 de 1992.

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala verificar si, en efecto, el INCO ha incumplido su deber de decidir oportunamente la solicitud de concesión portuaria presentada por la demandante y si ello constituye vulneración de los derechos fundamentales de ésta.

Por lo tanto, es necesario analizar el contenido de las normas que regulan el procedimiento por el cual se tramitan las solicitudes de concesión portuaria, para efectos de determinar quién es la autoridad competente para resolverlas y cuáles los términos en que debe cumplirse dicho deber legal.

Al respecto, los artículos 11 y 12 del Decreto 838 de 1992¹, establecen:

“ARTICULO 11. CONTINUACIÓN DEL TRÁMITE. Si la solicitud de concesión se encuentra debidamente conformada, el Superintendente General de Puertos ordenará mediante resolución:
a) El lugar, fecha y hora para la audiencia pública en la cual se leerán las oposiciones, y las propuestas alternativas, y se dará apertura pública a los sobres que contengan los datos confidenciales, si los

¹ Por medio del cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1a. de 1991.

hubiere. Esta audiencia deberá efectuarse una vez transcurridos los dos meses para formular oposiciones o presentar propuestas alternativas.

b) A esta audiencia la Superintendencia citará a las autoridades a que se refiere el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 1a. de 1991 y a los terceros que hubieren presentado oposición o que a juicio del Superintendente puedan estar directamente interesados en los resultados del trámite.

PARAGRAFO. Al día siguiente de la audiencia, el Secretario General de la Superintendencia General de Puertos oficiará a las autoridades mencionadas en el artículo 10 de la Ley 1a. de 1991, enviándoles las solicitudes de concesión en todos sus anexos, para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha en que la Superintendencia General de Puertos les envíe la comunicación, emitan sus conceptos sobre la conveniencia y legalidad de la solicitud respectiva.

En tal comunicación se advertirá que vencido este plazo sin que la Superintendencia General de Puertos haya recibido los conceptos en mención, continuará el procedimiento sin los que falten y se solicitará investigación administrativa contra la autoridad que no haya conceptualizado dentro del término legal.

ARTICULO 12. DECISION SOBRE LA SOLICITUD. Cumplido el trámite anterior, el Superintendente General de Puertos decidirá sobre la solicitud de concesión mediante resolución motivada, dentro de los cinco (5) meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial. (las negrillas y subrayas no son del texto original).

A su turno, el Decreto 4735 de 2009², establece en su artículo 10° el trámite a seguir en caso de que la solicitud esté incompleta, en los siguientes términos:

“ARTICULO 10. PETICIÓN INCOMPLETA Y SANEAMIENTO DE REQUISITOS. Si la solicitud no se radica cumpliendo los requisitos y aportando los documentos anexos exigidos en este Decreto, la entidad competente requerirá al solicitante por escrito, por una sola vez, para que subsane la deficiencia. Este requerimiento interrumpirá por una sola vez los términos establecidos para que las entidades decidan. Si hecho el requerimiento, el peticionario no da respuesta en el término de dos (2) meses, que se contarán a partir del quinto día hábil de envío de la comunicación por parte de la entidad, se ordenará el archivo del expediente mediante acto administrativo debidamente motivado.” (las negrillas y subrayas no son del texto original).

Las normas transcritas son claras en cuanto establecen la manera y el término en que la autoridad competente debe resolver una solicitud de concesión portuaria que ha sido presentada en debida forma, esto es: **a)** mediante resolución motivada

² Por medio del cual se reglamenta el trámite de solicitud de concesiones para el desarrollo de actividades portuarias, previstas en la [Ley 1 de 1991](#) y en la [Ley 1242 de 2008](#).

y **b)** dentro de los cinco (5) meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial.

Ahora bien, los citados artículos 11 y 12 del Decreto 838 de 1992 establecían la competencia para proferir dicha resolución en cabeza de la Superintendencia de Puertos, pero en virtud de lo dispuesto en los artículos 2° y 18 del Decreto 1800 de 2003³ dicha competencia fue trasladada al INCO. Al efecto, prevén las citadas disposiciones:

“ARTÍCULO 2o. OBJETO. El Instituto Nacional de Concesiones, Inco, tendrá por objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, **en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.**

ARTÍCULO 18. SUBROGACIÓN O CESIÓN DE CONTRATOS. Al entrar en vigencia el presente decreto, el Ministerio de Transporte, la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías en liquidación, el Instituto Nacional de Vías, Invías, **y las demás entidades del sector transporte**, con excepción de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Aerocivil, subrogarán o cederán según el caso al Inco, a título gratuito, los convenios y contratos vigentes relacionados con el cumplimiento de la misión institucional.

Las solicitudes o procesos de selección en curso o en trámite, relacionadas con el modo marítimo, carretero o férreo se trasladarán al Inco, dentro del término de treinta (30) días siguientes a partir de la vigencia del presente decreto para su culminación.” (las negritas y subrayas no son del texto original)

Por lo tanto, es frente al INCO que se realizará el análisis de la normativa relacionada con la obligación de decidir oportunamente, mediante resolución motivada, las solicitudes de concesión portuaria, por ser la entidad competente, según la ley, para decidir estos asuntos.

Por otra parte, se advierte que el artículo 10 del Decreto 4735 de 2009 establece que cuando la petición de concesión portuaria se presenta en forma incompleta, ésta puede sanearse por el interesado, para lo cual la entidad competente (INCO), lo requerirá **“por una sola vez”** para que subsane la deficiencia.

De lo cual se deduce que, ante una solicitud incompleta, el INCO debe señalar claramente cuáles son sus deficiencias, pues la ley solo le da una oportunidad

³ Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura.

para tal efecto.

En el presente asunto, se encuentra probado lo siguiente:

- El día 21 de abril de 2008 la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua radicó una solicitud de concesión portuaria para *“la ocupación temporal y exclusiva de un terreno de bajamar frente al canal de acceso marítimo de la Bahía de Buenaventura entre Estero Hondo y el Río Caimán, jurisdicción del Municipio de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca, República de Colombia, para construir, operar y administrar unas instalaciones portuarias de servicio público para manejo de carga general, en contenedores y graneles sólidos”*, visible a folios 8 a 55.
- El día 22 de abril de 2009, el INCO requirió a la solicitante para que aportara una póliza de garantía de la oferta (fl. 62), lo cual fue atendido por la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua como consta a folios 66 a 71, mediante póliza de seguros N° 300013171, expedida por la compañía Cóndor S.A.
- El día 18 de diciembre 2009, el INCO requiere nuevamente a la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua, para que acredite la disponibilidad y titularidad de los terrenos a ocupar (fl. 98), requerimiento que también fue atendido por la actora como consta a folios 84 a 89, al enviar el concepto N°29200904469 del 14 de septiembre de 2009, suscrito por el Director General Marítimo de la Dirección General Marítima (DIMAR), en el que se indicó que: *“Las coordenadas de las áreas solicitadas en concesión suministradas por el peticionario fueron graficadas en el SIG de DIMAR. En él se observa que el área confinada y requerida es 100% zona de bien de uso público.”*
- Los días 26 de enero y 10 de marzo de 2010, mediante Oficios números 20103030007521 y 20103030027961, respectivamente, el INCO requiere por tercera vez a la actora para que *“allegue información respecto de a quién pertenecen los terrenos y las coordenadas georeferenciadas”* (fls. 105-105 y 111-112), lo cual fue atendido por ésta al aportar el documento de 12 de marzo de 2010 en el que se lee: *“le estamos enviando el plano N° 1A de 3 donde se le ha adicionado al plano N° 1 de 3 entregado en nuestra solicitud de concesión, el abscisado con sus coordenadas del prediseño preliminar de la vía de acceso terrestre a construir, así como las zonas de las comunidades negras de Guadualito y Campohermoso que atraviesa la*

mencionada vía, y que en su momento oportuno debemos de concertar con ellas dentro del trámite de Licencia Ambiental” (fl. 114).

- Finalmente, el día 30 de abril de 2010 el INCO realiza un cuarto requerimiento a la actora para que aporte un modelo financiero a 20 años, a lo cual se respondió, mediante Oficio del 12 de mayo de 2010, visible a folios 119 a 166, así: *“Atendiendo a su petición telefónica efectuada el pasado 27 de abril, le estamos adjuntando el cálculo de la contraprestación del TERMINAL MARÍTIMO DELTA DEL RÍO DAGUA (TMD) con plazo de concesión a 20 años, excluyendo del presupuesto de inversión de USD\$ 303'314.000 indicando en la página 17 de la solicitud de concesión en referencia, el costo de la inversión del carreteable más el puente, más la vía de acceso al TMD, con sus costos administrativos, de interventoría, estudios y diseños de vía, gastos financieros más imprevistos, más fiducia, valorado en USD\$ 4'640.000 pero conservando el compromiso de la SPDRD SA de construirlos dentro de la concesión, según lo expresado en las páginas 3 y 14 de la misma. Esta exclusión del costo de USD\$ 14'640.000 se efectúa de acuerdo con lo indicado en el anexo C – Metodología de Contraprestación del documento CONPES 2680 de 1993 – numeral 2, literal C.*

Los resultados financieros obtenidos en el calculo de la contraprestación con plazo de 20 años son: Valor presente Neto (VPN) = USD\$ 29'641.000), y la tasa interna de retorno (TIR) = 9,14% mucho menor del mínimo requerido (12%), lo cual indica que la inversión a efectuar en este Terminal no se recupera en los veinte años supuestos de concesión portuaria.

Por lo anterior, reiteramos nuestra solicitud inicial en referencia de deprecar el plazo de la concesión portuaria a 30 años dirigido a recuperar el valor de la inversión a realizar...”

Las pruebas mencionadas dan cuenta de que, en efecto, la solicitud de concesión portuaria de la actora, fue presentada en forma incompleta, lo cual explica que hasta la fecha el INCO se haya abstenido de proferir la resolución motivada que decida tal solicitud.

Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 4735 de 2009, el INCO no cumplió con su deber legal de requerir **“por una sola vez”** a la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua para que subsanara su solicitud, sino que, contrario a ello, ha informado en forma escalonada acerca de los requisitos

faltantes, mediante cuatro requerimientos expedidos en un lapso de dos (2) años y 8 días, lo cual no se compadece con el mandato legal que establece el término de cinco (5) meses para proferir resolución motivada frente a una solicitud de concesión portuaria.

Ello, sin lugar a dudas, implica un abierto desconocimiento del procedimiento señalado en la ley para decidir tales solicitudes y en esa medida se vulnera el derecho fundamental al debido proceso de la Sociedad Portuaria Delta del Río Dagua quien ha dado respuesta a cada uno de los requerimientos, por lo demás, dilatorios del trámite indicado en la ley, sin que hasta la fecha haya obtenido la respuesta que ordena la normativa vigente.

En consecuencia, se impone revocar el fallo impugnado para, en su lugar, tutelar el mencionado derecho fundamental al debido proceso, ordenándole al INCO proferir la resolución motivada a la cual se refiere el artículo 12 del Decreto 838 de 1992, en el término máximo de 20 días, contados a partir de la notificación de esta providencia.

Es de resaltar, que la Sala no desconoce la finalidad que persiguen las normas analizadas en esta sentencia, en cuanto a la necesidad de proferir una resolución de concesión portuaria a partir de una solicitud que reúna los requisitos establecidos en la ley, pues éstos se dirigen a garantizar la protección de recursos naturales, comunidades étnicas minoritarias y patrimonio arqueológico, entre otros bienes jurídicos que debe preservar el Estado Colombiano; pero ello no justifica la conducta negligente y dilatoria de la autoridad demandada, quien so pretexto del cumplimiento de requisitos relacionados con los mencionados bienes jurídicos, ha requerido en diversas oportunidades a la sociedad actora, cuando, se repite, la ley autoriza un solo requerimiento, que asegure la seriedad, detalle y profundidad del estudio de la solicitud de concesión portuaria, carga que corresponde a la autoridad encargada de resolver y que, en este caso no ha sido cumplida, con la consecuente vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Finalmente, en cuanto a la conducta atribuida al Ministerio de Transporte, consistente en no ejercer sus funciones de coordinación y vigilancia, la Sala advierte que, en efecto, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 12 y 15 del Decreto 2053 de 2003, el Ministerio tiene un deber de tutela frente a sus

entidades adscritas, en cuando debe *“Coordinar, promover, vigilar y evaluar las políticas del Gobierno Nacional en Materia de Tránsito, transporte e infraestructura de los modos de su competencia”* y *“Orientar y coordinar conforme a lo establecido en el presente decreto y en las disposiciones vigentes, a las entidades adscritas y ejercer el control de tutela sobre las mismas”*.

Ahora bien, el INCO es una entidad adscrita al Ministerio de Transporte, tal como lo establece el artículo 1° del Decreto 1800 de 2003, razón por la cual dicho Ministerio está obligado a ejercer un control de tutela frente al INCO.

No obstante, para la Sala es claro que a quien corresponde proferir una resolución motivada que decida una solicitud de concesión portuaria, es al INCO, sin que se requiera orden especial del ente que ejerce sobre sí el mencionado control de tutela, de tal suerte que no es posible atribuir responsabilidad directa o indirecta al Ministerio por la violación del derecho al debido proceso de la actora, lo cual no es óbice para que, en aras de hacer efectiva la facultad de vigilancia y coordinación que le corresponde a la citada autoridad frente al INCO, se le exhorte para que cumpla dicho deber conforme a la ley.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

Primero: REVÓCASE la sentencia de 23 de julio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, que negó el amparo deprecado y, en su lugar, **TUTÉLASE** el derecho fundamental al debido proceso de la Sociedad Delta del Río Dagua vulnerado por el Instituto Nacional de Concesiones –INCO- para lo cual se dispone:

a.- ORDÉNASE a dicho Instituto que dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera resolución motivada sobre la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad Delta del Río Dagua.

b.- EXHÓRTASE al Ministerio de Transporte para que cumpla con su obligación de coordinación y vigilancia frente al INCO conforme a los numerales 12 y 15 del artículo 2° del Decreto 2053 de 2003.

Segundo: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera, en la sesión celebrada el 7 de octubre de 2010.

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARIA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ**

Presidente

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA