

CONCESION PORTUARIA - Trámite. Etapas: Aprobación de la concesión, Otorgamiento formal de la concesión y suscripción contrato estatal de concesión / ACTO DE TRAMITE - Resolución de aprobación de la concesión / RESOLUCION DE APROBACION DE LA CONCESION - No tiene el carácter de acto definitivo / SENTENCIA INHIBITORIA - Inepta demanda: Al ser el acto demandado de trámite

En el trámite de una concesión las normas transcritas (Ley 1 de 1991) han dispuesto de tres etapas: 1. Aprobación dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, por medio de la cual el Superintendente General de Puertos a través de Resolución debe indicar los términos en los que se otorgará la concesión, los cuales, incluyen plazos, contraprestaciones, garantías y demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación, a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión; 2. Otorgamiento formal de la concesión mediante acto administrativo por parte de dicha entidad, que para el caso se desconoce si hubo un acto en este sentido y además no sería objeto de pronunciamiento en este proceso, pues no constituye el acto demandado. Una tercera etapa sería la suscripción de un contrato estatal de concesión con la empresa a la que le fue otorgada, del cual tampoco se tiene conocimiento y no es asunto que se deba ventilar en este proceso, en el cual se cuestiona la legalidad del acto que aprobó la concesión solicitada. De conformidad con lo anterior, mediante la Resolución acusada núm. 453 de 24 de julio de 1997, no se otorgó ninguna concesión, luego en éste sentido, se trata de un acto de trámite, que no crea, modifica ni extingue situación jurídica particular alguna, pues lo que la Resolución permitía era seguir adelantando el procedimiento para el posterior otorgamiento de la concesión. Recuérdese que en el proceso que la actora adelantó ante el Tribunal, que culminó con pronunciamiento de esta Sección de 11 de abril de 2002, a que se hizo mención anteriormente, también se trató de actos de trámite pero que impedían continuar con la actuación, que equivalen a actos definitivos; diferente de lo que acontece en este caso, pues, como quedó visto, una vez se aprueba la concesión, viene la segunda etapa, esa sí definitiva, cuando se otorga. El acto administrativo en comento ordenó su notificación personal, tanto a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. como a la sociedad actora SOCODEP S.A., con la advertencia de que contra la misma procedía el recurso de reposición. Mediante la Resolución núm. 584 de 17 de septiembre de 1997, acto administrativo demandado también en este proceso, la Superintendencia negó de manera motivada el recurso de reposición. La parte resolutive de la Resolución acusada núm. 453 de 1997, confirma que éste no era un acto definitivo, al señalar las condiciones para que se otorgue la Concesión, es decir que la Administración le indica al solicitante BOCAS DE CENIZA S.A. en qué términos se la otorgaría; por ello su artículo sexto de la parte resolutive, dispone: "Para la suscripción del correspondiente contrato en el evento que se otorgue la concesión..." le señala los documentos que debe presentar dicha sociedad, incluyendo las garantías de Ley y el artículo séptimo le exige tramitar la Licencia Ambiental como "prerequisito indispensable para el otorgamiento de la concesión", que no lo era para presentar su solicitud, pero que con la expedición de la Ley 99 de 22 de diciembre de 1993 se volvió obligatorio (...) Ahora bien, el procedimiento hasta ahora explicado, como quedó visto, no se agotaba con las Resoluciones acusadas, porque debía adelantarse un procedimiento ante el CONPES, en caso de presentarse oposiciones por parte de las autoridades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1ª de 1994. La Jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en el sentido de enfatizar que únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación del mismo, son susceptibles de control de legalidad. De tal manera que en este caso

debe revocarse el fallo apelado y, en su lugar, disponer pronunciamiento inhibitorio por inepta demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 9 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 10 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 11 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 12 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 13 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 14 / DECRETO 838 DE 1992 – ARTICULO 6 / DECRETO 838 DE 1992 – ARTICULO 15 / LEY 99 DE 1993

NOTA DE RELATORIA: Se citan las sentencias C-071 de 1994 de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, Sección Primera, del 11 de abril de 2002, Radicado 1994-4503-01 (6595), M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-24-000-1998-10203-01

Actor: SOCIEDAD COLOMBIANA DE DESARROLLO PORTUARIO S.A. - SOCODEP S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE PUERTOS

Referencia: APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 19 de febrero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que declaró probada de oficio la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, respecto del cargo relacionado con las publicaciones hechas por la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** y, en consecuencia, se inhibió de pronunciarse de fondo sobre dicho cargo, y denegó las demás súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

I.1- La parte actora, **SOCIEDAD COLOMBIANA DE DESARROLLO PORTUARIO S.A. -SOCODEP S.A.-**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra la Superintendencia General de Puertos, tendiente a obtener las siguientes pretensiones:

1. La nulidad de las Resoluciones núms. 453 de 24 de julio de 1997 y 0584 de 17 de septiembre de 1997, expedidas por la Superintendencia General de Puertos¹, que aprobaron la solicitud presentada por **BOCAS DE CENIZA S.A.**

2. Se le ordene a la demandada aceptar la oposición que presentó a la solicitud de concesión formulada por la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** respecto del uso y ocupación de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias, para construir y operar un puerto granelero y carbonero ubicado sobre el tajamar occidental en el Corregimiento de Las Flores, Municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico.

3. Se le ordene improbar la concesión solicitada por la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**

4. Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, se ordene a la entidad demandada a título de restablecimiento del derecho, continuar con el trámite administrativo tendiente a otorgarle la concesión portuaria por 20 años, para la construcción y operación de un puerto de servicio público (de aguas profundas), de acuerdo con la Resolución núm. 011 de 19 de diciembre de 1991, expedida por

¹ Hoy Superintendencia de Puertos y Transporte.

dicha entidad, para lo cual entregará nuevamente la solicitud inicialmente presentada y los documentos que le fueron devueltos.

5. Se condene a la demandada a pagarle el daño emergente y el lucro cesante, con indexación, intereses y gastos procesales y se le ordene dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

I.2- La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el 10 de enero de 1991 empezó a regir la Ley 01 de 1991, llamada Ley de Puertos - Estatuto Portuario-, con base en la cual el Presidente de la República dictó el Decreto Reglamentario núm. 2147 del mismo año, contentivo del Plan de Expansión Portuaria, para el bienio 1991-1993, que tuvo como soporte técnico el Documento DNP-2550-UINF-MOPT del 17 de septiembre de 1991.

Que con fundamento en dicha normativa, presentó la primera propuesta de concesión portuaria del país.

Relató que mediante la Resolución núm. 011 de 19 de diciembre de 1991, se aprobó la solicitud que hizo de concesión portuaria por 20 años, porque reunía todos los requisitos de legalidad y de conveniencia; que la viabilidad técnica, económica y jurídica de su propuesta fue plenamente establecida, como lo demuestran los estudios que la soportaron ante la Superintendencia, quien la recomendó ante el CONPES.

Señaló que mediante el Decreto Reglamentario núm. 2688 de 30 de diciembre de 1993, se expidió el Plan de Expansión Portuaria para 1993-1995, que tuvo como soporte técnico el Documento DNP-2680-MINTRANSPORTE-UINF de 11 de noviembre de 1993, norma que no podía afectar su situación jurídica, particular y

concreta que tenía por la expedición de la Resolución núm. 011 de 19 de diciembre de 1991.

Que el CONPES, mediante la Resolución núm. 58 de 17 de junio de 1993, ordenó no continuar el trámite de la concesión ya aprobada por la Superintendencia Nacional de Puertos, con el argumento de que es indispensable, previamente al otorgamiento de cualquier concesión en la zona, adelantar estudios técnicos especializados y eventualmente revisar los términos del Plan de Expansión Portuaria, para tener elementos de juicio sobre la viabilidad jurídica y conveniencia desde el punto de vista ambiental y económico; que en este momento se encontraba vigente el Decreto núm. 2147 de 1991, por lo que la decisión del CONPES violó esta disposición.

Consideró que el Gobierno Nacional decidió desconocer el Plan para “revisarlo”, porque al CONPES le pareció que había “complejidad” en las razones expuestas en las oposiciones, sin tener en cuenta que la Superintendencia ya lo había evaluado; que el citado Consejo confirmó la decisión mediante la Resolución núm. 61 de 1° de diciembre de 1993, y la Superintendencia, mediante la Resolución núm. 094 de 10 de febrero de 1994, ordenó no continuar con el trámite, archivar el expediente y devolverle la documentación presentada por la obtención de la concesión aprobada.

Que como quiera que era evidente que la esencia de la decisión del CONPES era obtener suficientes elementos de juicio, la decisión no era definitiva, sino que se trataba de un aplazamiento de la decisión de fondo.

Que el CONPES de esa época no expresó las razones por las cuales dejaron de ser creíbles los documentos de Planeación Nacional para expedir el Plan de

Expansión Portuaria vigente en 1991 y la Superintendencia cambió su conducta y asumió una posición de favoritismo hacia la sociedad **BOCAS DE CENIZA S.A.**

Que el 15 de diciembre de 1993, es decir, dos semanas después de que el CONPES confirmara su decisión de no continuar el trámite que ella inició, la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, presentó la solicitud de concesión portuaria, a la cual sí se le dio trámite, a pesar de que no se habían obtenido los *“suficientes elementos de juicio para apreciar la viabilidad jurídica de las concesiones y su conveniencia desde el punto de vista ambiental y económico”*, por lo que no hubo trato igual para las sociedades, fue discriminatorio más aún cuando el 10 de febrero de 1994, la Superintendencia resolvió archivar su solicitud.

Anotó que el favorecimiento a la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** fue tal, que el nuevo Plan de Expansión Portuaria se expidió el 30 de diciembre de 1993; que dentro del trámite iniciado por la mencionada sociedad, presentó una propuesta alternativa, que fue desestimada por extemporánea, y que, además, presentó oposición a la propuesta presentada por aquella, que fue rechazada por la Superintendencia en la Resolución acusada núm. 453 de 1997.

Que pese a que su propuesta ya había sido aprobada, la Superintendencia contrató dos firmas consultoras con las que pretendía demostrar que la mejor propuesta era de **BOCAS DE CENIZA S.A.**, cuyos estudios fueron sesgados, porque el proyecto de esta sociedad no está localizado en zona apta para el establecimiento de puertos.

Que la concesión le fue entregada a **BOCAS DE CENIZA S.A.** por 30 años, contrario a lo determinado por la Dirección de Planeamiento Portuario de la Superintendencia, cuya solicitud no satisface los requisitos de legalidad y

conveniencia, como se deduce de los conceptos emitidos por la Dirección General Marítima y por el Ministerio del Medio Ambiente.

Finalmente, destacó el estudio técnico presentado por la empresa Consultora Unión Temporal Imrotekto Ltda. - Consultoría de Proyectos Ltda, en el cual se afirmó que el *“Documento CONPES 2825 del Ministerio de Minas y Transporte – SGP- Encobran DNP, Vinfe – Ditram, del 22 de noviembre de 1995”*, confirma lo estipulado en el Plan de Desarrollo Portuario de 1991, adoptado por el Decreto Reglamentario núm. 2147 de 1991, en el sentido de que el área solicitada por la sociedad **SOCODEP S.A.** al occidente del tajamar occidental de **BOCAS DE CENIZA**, está reservada para desarrollo portuario y es adecuada para la construcción del Puerto de Aguas Profundas propuesto por **SOCODEP S.A.**

Que del anterior estudio se puede concluir que los argumentos aducidos por el CONPES para suspender el trámite de su solicitud de concesión, que ya se le había aprobado por la Superintendencia mediante la Resolución núm. 011 de 1991, carecían de fundamento y que esa suspensión le ha causado graves daños a la economía nacional; que, además, el estudio de **IMPROTEKTO** destaca el hecho de que el documento CONPES 2825 de 1995, en su numeral 3d. establece la posibilidad de que dicho puerto en el futuro pudiera convertirse en uno multi-propósito, de conformidad con la Ley 188 de 1995, tal como lo solicitó la sociedad en 1991.

I.3- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte demandante consideró que los actos acusados violan los artículos 2º, 13, 58, 83, 89 y 209 de la Constitución Política; 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo; 10º, 11 y 12 de la Ley 1ª de 1991; Decreto 2147 de 1991; 15 del Decreto 838 de 1992; y 4º del Decreto 2688 de 1993.

Expuso el alcance del concepto de violación, en cuatro ítems, que denominó de la siguiente manera:

1. INFRACCIÓN A LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE.

Argumentó que los actos acusados desconocieron el principio de igualdad, porque tanto la actora como la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, presentaron la solicitud sobre las mismas bases, es decir, con apoyo en el Documento DNP-2550-UNIF-MOPT de 17 de septiembre de 1991 y el Decreto Reglamentario núm. 2147 de 1991, lo cual ameritaba darles igual tratamiento; que en cuanto a su solicitud se ordenó que no continuara el trámite y fuera archivada, mientras que en la otra, simplemente que se suspendiera su trámite; que se resolvió de modo diferente y no se dio la misma protección.

Que se violó el principio de legalidad, porque de conformidad con el artículo 9° de la Ley 1ª de 1991, las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos y esta misma Ley reguló la oportunidad y la forma de presentar otras solicitudes sobre el mismo terreno o propuesta alternativa; y que darle espera a una petición y archivar otra es violar la ley.

Que se violó el principio de la prevalencia del derecho sustancial, porque se le dio más trascendencia jurídica al estado del trámite que a la esencia sustancial de la situación jurídica particular y concreta que tenía.

2. FALSA MOTIVACIÓN.

Considera que los actos acusados deben anularse, porque están afectados por falsa motivación, en la medida en que en ellos se afirma que *“un solicitante no*

tiene obligación de conocer las demás propuestas relacionadas con el terreno solicitado”, lo cual contradice la realidad jurídica, pues el solicitante tiene la obligación de informarse; que, precisamente, las publicaciones que ordena la ley, que cumplió cabalmente, tienen efectos erga omnes, para que quienes tengan interés en todo o parte sobre el mismo terreno, presenten de una vez la oposición o la propuesta alternativa.

Que en este caso, la falsa motivación alegada tiene trascendencia, porque dentro del trámite de su primera solicitud no se presentó oposición ni propuesta alternativa por parte de la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, y, sin embargo, estando ya vencido el término legal para presentar propuesta sobre este mismo terreno, esta empresa solicitó parte del terreno en concesión, luego de aprobarse la solicitud extemporánea mediante la Resolución núm. 453 de 1997, sobre la base de que esta sociedad no tiene obligación de conocer las demás propuestas relacionadas con el terreno solicitado, es apoyarse en un fundamento falso, que contradice la realidad jurídica.

Que, además, la citada Resolución afirma falsamente que el proyecto está localizado en zona apta para el establecimiento de puertos para manejo de carbón, lo cual no es cierto, porque el Decreto 2688 de 1993, no la habilitó.

Que la afirmación consistente en que *“la decisión del CONPES de no continuar con un trámite tendiente al otorgamiento de concesión portuaria, conlleva a que el mismo se agota, llega al final y no puede revivirse”,* no es cierta, porque ninguna ley establece tal prohibición, y, por el contrario, la Constitución Política les ordena a las autoridades actuar de tal modo que sea efectivo el derecho a la igualdad; se respeten los derechos; se protejan los intereses de los individuos de manera real y efectiva, mandatos que también están en el C.C.A.

Señala que también existe falsa motivación en la Resolución núm. 0584 de 17 de septiembre de 1997, que respondió al recurso de reposición, en cuanto afirma que *“... luego de la Resolución de aprobación de la solicitud de concesión hubo oposición por parte de las autoridades de que trata el artículo 10° de la Ley 1° de 1991 (Inderena, Procuraduría Agraria y Alcaldía de Barranquilla) ...”*, porque tales aseveraciones no son totalmente ciertas, ya que la Alcaldía de Barranquilla no se opuso a la concesión que solicitó y, por el contrario, apoyó esa petición; que es cierto que la citada Procuraduría manifestó su desacuerdo en que se diera en concesión toda el área solicitada, pero no se opuso a que se otorgara en una más reducida, y a su vez la Superintendencia desvirtuó esa oposición cuando estaba en cabeza de otra persona, por lo que es extraño que ahora guarde silencio sobre este hecho.

3. EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR.

Señala que las publicaciones que hizo la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, no reúnen los requisitos de Ley, dado que en ellas se expresaron coordenadas que no corresponden a la realidad actual del terreno, como era su obligación, para no confundir a los terceros interesados; que las especificaciones se tomaron de un plano desactualizado.

Que, además, existía la obligación legal de citar a **SOCODEP S.A.** para que asistiera a la audiencia que se celebró el 23 de marzo de 1994, y ello no se hizo, como se reconoce en la parte motiva de la Resolución núm. 0453 de 1997, no obstante el trámite continuó, cuando lo procedente era declarar la nulidad de esa etapa procesal y ordenar su renovación.

4. EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO Y VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES.

- Afirmó que la Superintendencia de Puertos, en su interés por impulsar la solicitud de la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** e ignorando la orden del CONPES de que se debía esperar a que se realizaran los “estudios” que permitieran obtener *“suficientes elementos de juicio para apreciar la viabilidad jurídica de las concesiones y su conveniencia desde el punto de vista **ambiental y económico**”* y contrariando el espíritu del Decreto núm. 2688 de 30 de diciembre de 1993 que ordenó tales estudios, aceleró el trámite y solicitó concepto a algunas autoridades.

Señaló que la Ley 1ª de 1991 en su artículo 10º y el Decreto 2688 de 1993 en su artículo 4º, ordenan que **“Antes de emitir la resolución aprobatoria”** el Superintendente debe oír las opiniones y los conceptos de los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Desarrollo Económico, Transportes, Minas y Energía, Comercio Exterior y Medio Ambiente, los Directores del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Nacional de Planeación, el Director General de Aduanas (sustituido por el Director de Impuestos nacionales), el Director General de la Dirección Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, el Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo, el Alcalde del Distrito o Municipio respectivo y de las *“entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente de la **respectiva región**”*, es decir, por las autoridades regionales que conocen su entorno al detalle, y que sean diferentes al INDERENA y al Ministerio del Medio Ambiente, pues son autoridades nacionales, lo que quiere decir que por lo menos trece autoridades debieron ser escuchadas antes de expedir la Resolución acusada y sólo se solicitó la opinión de cuatro, y la

Resolución núm. 0584 de 1997 con la cual se agotó la vía gubernativa, guardó silencio sobre este aspecto, con lo que se vulneró el derecho a la defensa.

Que aunque la Resolución se refiere a unas opiniones del Ministerio del Medio Ambiente, ellas fueron expresadas en relación con un “*estudio*” sobre medio ambiente, pero no en concreto sobre la solicitud de la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** y los conceptos de las cuatro autoridades que lo enviaron, fueron parcialmente transcritos en la Resolución núm. 0453 de 1997; que del texto de los conceptos de la Dirección General Marítima – DIMAR y del INDERENA, de los cuales transcribe algunos apartes, se desprende que la solicitud de la sociedad portuaria en mención, no debió aprobarse.

- Que la Resolución impugnada guardó silencio sobre el hecho de que las publicaciones no fueron hechas conforme a la ley, porque determinaron unas coordenadas que no corresponden a la realidad actual del terreno, como era su obligación, lo cual fue advertido por la DIMAR, y creó confusión entre los destinatarios de la publicación, que tiene efectos erga omnes, lo que causa preocupación, porque las alegaciones de la oposición están fundadas sobre el hecho de que la solicitud de **BOCAS DE CENIZA S.A.** está superpuesta parcialmente a la suya y hay dudas sobre si está dentro o fuera de la Ciénaga de Mallorquín. Transcribe un concepto del Doctor Hugo Palacios Mejía sobre la razón de ser de los procedimientos, que la Superintendencia de Puertos utilizó para oponerse a las pretensiones de **SOCODEP S.A.**

I.4. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

I.4.1. La entidad demandada, por conducto de apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda; se refirió a los cargos en los siguientes términos:

1. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE.

Se refiere al procedimiento general que se debe dar a toda solicitud de concesión portuaria, para lo cual explica que de conformidad con el artículo 9° de la Ley 01 de 1991 -Estatuto de Puertos Marítimos-, una vez publicados los avisos, el interesado radica su solicitud de concesión portuaria, debiendo anexar los ejemplares de las publicaciones en los periódicos para acreditar que cumplió con el requisito de publicidad; que, posteriormente, viene la etapa de evaluación técnica y jurídica de la solicitud, donde se cita a las autoridades que dicha norma indica para la audiencia pública y se les envía copia de la solicitud de concesión para que emitan un concepto técnico, según lo dispone el artículo 10° *ídem* y si el concepto es favorable en su totalidad, se remiten las diligencias a la Superintendencia para que continúe con el trámite y dicte la Resolución que apruebe la concesión solicitada, que no es un acto definitivo, porque no otorga la concesión; que dentro de los 10 días siguientes las autoridades a que se refiere el artículo 10°, se pueden oponer aduciendo motivos de legalidad o conveniencia y de presentarse oposición, se debe hacer una evaluación que se enviará al CONPES para que éste decida si se continúa o no con el trámite, y en el primer caso, lo envía a la entidad para que proceda a otorgar la concesión.

Continúa explicando que si el CONPES, luego de valorar integralmente los conceptos de las autoridades, encuentra que es contraria al ordenamiento jurídico o que es inconveniente para la Administración, enviará su concepto a la Superintendencia, quien mediante acto de trámite ordenará el archivo de la petición en forma definitiva.

Que en el caso de la demandante, ésta presentó la solicitud de concesión el 29 de mayo de 1991, de la cual envió copia al Director Marítimo, al Alcalde de

Barranquilla, a la Aduana Nacional, al Inderena y a la Corporación Nacional de Turismo, con el propósito de obtener los conceptos exigidos, los cuales en principio fueron favorables a la solicitud de concesión.

Señaló que por lo anterior, el Gerente General de la Superintendencia en uso de sus facultades, aprobó su solicitud mediante la Resolución 011 de 19 de diciembre de 1991 y ordenó comunicarla a la peticionaria y a las autoridades que menciona el artículo 10° de la Ley 01 de 1991; que la Alcaldía de Barranquilla, el Inderena y la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios, encontraron que el proyecto presentado resultaba ilegal e inconveniente.

Adujo que si bien la propuesta de **SOCODEP S.A.** fue aprobada en la etapa procedimental en cuanto cumplió con los requisitos formales, no ocurrió lo mismo en la segunda fase del trámite, cual era la del otorgamiento definitivo de la concesión, porque las mencionadas entidades, después de realizar una visita técnica, concluyeron que el uso del suelo en esa zona no era apto para utilizarlo en la construcción de un muelle carbonífero por no estar legalmente permitido; que existía un área de reserva para el turismo de la región y que se causaría un grave impacto ambiental en la zona, incluida la fracción destinada al turismo; que por lo anterior se ordenó su archivo en forma definitiva.

En lo que concierne a la propuesta presentada por **BOCAS DE CENIZA S.A.**, explicó que la situación era diferente, porque dentro de esta actuación no se alcanzó a llegar a la etapa procedimental de aprobación de la solicitud de concesión, pues no se produjo Resolución alguna al respecto, como sí ocurrió con **SOCODEP S.A.**, razón por la cual la solicitud de aquella se suspendió hasta tanto no se realizara el estudio de viabilidad ambiental en la zona sobre la cual se pedía la concesión y como la zona para concesionar descrita en su propuesta no se

encontraba ubicada sobre ningún área de reserva, y, por tanto, no ofrecía peligro para el medio ambiente donde iba a operar el puerto carbonífero de aguas profundas, las autoridades, luego de examinar nuevamente la mencionada propuesta concluyeron positivamente sobre su viabilidad, tanto legal como de conveniencia para la Administración, y se procedió a otorgarle la concesión solicitada para construir el Puerto, mediante la Resolución núm. 0453 de 24 de julio de 1997.

Por lo anterior, considera que no hubo violación al principio de igualdad, porque las situaciones no eran similares.

2. FALSA MOTIVACIÓN.

Considera que no se incurrió en falsa motivación, por las siguientes razones:

No se falta a la verdad cuando se afirma en los actos acusados, que ningún solicitante está obligado a conocer las propuestas de otros solicitantes anteriores para presentar la suya, porque basta que la que se presente cumpla con el lleno de los requisitos legales que exige la Ley, se apruebe la solicitud de concesión, se emitan positivamente los conceptos de las Autoridades Administrativas y por último se otorgue la concesión; que resulta inaceptable que una sociedad portuaria como es el caso de **BOCAS DE CENIZA S.A.** u otra cualquiera, según lo estima la actora, tenga la obligación de conocer el contenido de otra propuesta, como es el caso de la que se ordenó archivar.

Que la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** tenía una facultad discrecional, no forzada, de presentar oposiciones a la solicitud de **SOCODEP**

S.A., e incluso de presentar propuesta alternativa, pero no lo hizo por motivos que no son del caso cuestionar por parte de la Administración.

Que además las propuestas no se circunscribieron al mismo terreno, como lo afirma la actora, porque ésta solicitó que se le otorgara la concesión sobre un terreno de una zona que se encontraba ubicada en un área de reserva, concretamente dentro de la zona de la Ciénaga de Mallorquín, donde no se puede construir, por expresa prohibición legal, un puerto carbonífero de aguas profundas, pues se produciría un daño ecológico de grave impacto ambiental, conclusiones a las que llegaron las autoridades mencionadas en el punto anterior; que la solicitud de **BOCAS DE CENIZA S.A.** se hizo para una zona apta para el establecimiento del puerto para manejo de carbón, lo cual encuentra respaldo probatorio en el documento que contiene el concepto emitido por la empresa **CONSULTORA IMPROTEKCO**, contratada por la Superintendencia para realizar el estudio de viabilidad jurídica y ambiental en relación con el Puerto Carbonífero de Barranquilla.

Menciona que la decisión del CONPES de no continuar con el trámite de otorgamiento de una concesión portuaria, lo agota, por lo que se devolvieron a **SOCODEP S.A.** los anexos de la solicitud improbada y podía presentarla nuevamente adecuándose a los requisitos legales y de conveniencia que señala el Estatuto Marítimo de Puertos, pero no lo hizo, y la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, presentó la propuesta de concesión del mismo puerto; que la sociedad actora en esta oportunidad presentó propuesta alternativa, pero de forma extemporánea, por lo que fue rechazada de plano, perdiendo así la posibilidad de obtener la concesión.

3. EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR.

Señaló que las publicaciones que ordena la Ley 01 de 1991, se efectuaron en debida forma por la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, pues se hicieron dentro de los términos legales que exige el Estatuto en su artículo 10° y teniendo en cuenta el documento CONPES DNP-2550-UINF-MOPT de 1991 y CONPES DNP-2680-MINTRANSPORTE-UINF DE 1993 adoptado mediante Decreto 2688, artículo 5° de 1993 *“Por el cual se expide el Plan de Expansión Portuaria” para el periodo 1993-1995*”, que el Estatuto sólo exige dos publicaciones en las que se deben acreditar los datos que señala el artículo 9°, entre los cuales están la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende concesionar, pero en ninguna parte se habla de coordenadas.

Que si bien las coordenadas no correspondían a la realidad del terreno, **SOCODEP S.A.** no planteó esta situación en la etapa de la audiencia pública que se realizó el 23 de marzo de 1994 y culminó el 29 del mismo mes y año, que era la oportunidad legal para presentar su oposición, máxime cuando su representante legal estuvo presente en la segunda fase de dicha audiencia; señaló que este argumento no fue planteado en vía gubernativa y que carece de respaldo probatorio.

Afirma que la sociedad actora sí presentó sus oposiciones en la audiencia, tanto así que ésta se suspendió hasta tanto no existiera un concepto escrito de dichas oposiciones y por ello se reanudó el 29 de marzo de 1994; que los argumentos de **SOCODEP S.A.** no fueron aceptados por la Administración, porque no estaban ajustados a derecho.

De otro lado, explicó que si bien es cierto que el CONPES había ordenado esperar a que se realizaran los estudios que permitieran obtener suficientes elementos de

juicio para apreciar la viabilidad jurídica de la concesión en el Puerto de Barranquilla, ello no impedía que, de manera simultánea con ese estudio de naturaleza ambiental, cuya contratación se hizo con la consultora **IMPROTEKCO**, la Administración fuera solicitando los conceptos de las autoridades a las que se refiere el artículo 10° del Estatuto de Puertos Marítimos.

Anotó que no comprende por qué la actora afirma que debieron conceptuar más de 13 autoridades, cuando el artículo 10° de la Ley 01 de 1991, circunscribe este estudio al Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretende desarrollar el proyecto, al Gerente del Inderena, a la Corporación Nacional de Turismo, a la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda, a quienes se les solicitó concepto sobre la petición de concesión presentada por **BOCAS DE CENIZA S.A.** y todos rindieron concepto favorable.

Finalmente, expresó que se opone a la prosperidad de las pretensiones relacionadas con los supuestos daños y perjuicios, porque ellas ya se reclamaron en proceso precedente de la misma naturaleza, expediente 4503, adelantado entre las mismas partes y con el mismo objeto, esto es, la concesión del Puerto de aguas profundas de Barranquilla, ante la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección "B", lo que indica mala fe al perseguir por partida doble unos perjuicios indemnizatorios de orden material, daño emergente y lucro cesante, conducta irregular que está enmarcada dentro de los linderos del enriquecimiento sin causa, por lo que en el evento de que el Tribunal conceda dichas pretensiones en los dos procesos en cita, se estaría frente a una conducta tipificada como delito de fraude procesal.

I.5- La Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, tercero interesado en las resultas del proceso no contestó la demanda.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal mediante el fallo apelado, declaró probada de oficio la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto del cargo relacionado con las publicaciones hechas por la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** y se inhibió de pronunciarse sobre dicho cargo, y denegó las demás pretensiones de la demanda.

1. VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES.

Sobre la supuesta violación al principio de igualdad, consideró que no se violaron los artículos 13 y 109 de la Constitución Política, porque para que se pueda predicar tal transgresión, es necesario constatar que se aplicó una solución diferente a dos situaciones esencialmente idénticas, sin motivo que lo justifique, lo que no se presenta en este caso, en el que las circunstancias de hecho fueron disímiles.

Lo anterior, por cuanto en el caso de **SOCODEP S.A.**, su solicitud de concesión tuvo objeciones de orden legal y de conveniencia por parte de la Alcaldía de Barranquilla, el INDERENA y la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios, porque la zona de la Ciénaga de Mallorquín tenía un área de reserva al turismo y porque el uso del suelo en esa zona no correspondía a construcción de muelles carboníferos, oposiciones que no fueron nunca desvirtuadas por la parte actora.

Y en el caso de **BOCAS DE CENIZA S.A.**, no hubo objeciones por parte de las autoridades interesadas; que una vez presentó su solicitud, se dispuso la suspensión del trámite hasta tanto se efectuaran los estudios contemplados en el

artículo 8° del Decreto 2688 de 1993, que no existía cuando el CONPES ordenó la terminación del trámite iniciado por la actora; que dichos estudios se relacionaban con el desarrollo de la zona de Mallorquín, con miras a determinar los requerimientos en materia de puertos carboníferos en esa zona.

Anotó que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1ª de 1991, “*aprobación de la concesión*”, no es sinónimo de “*otorgamiento de la concesión*”, porque aquella es un acto de trámite, es una calificación previa que hace la Administración de la propuesta, que consiste en la verificación de que se han llenado todos los requisitos de forma, para seguir adelante con el procedimiento, tanto así que después de la expedición de la Resolución de aprobación, concretamente dentro de los diez días siguientes, las autoridades públicas pueden formular oposición por motivos legales o de conveniencia.

Aclaró que no corresponde al Tribunal dilucidar si las oposiciones formuladas por las autoridades, tenían o no asidero legal y fáctico, porque este debate hubiera sido objeto de decisión dentro del proceso que SOCODEP S.A. adelantó ante ese mismo Tribunal en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para cuestionar la legalidad de la Resolución núm. 094, que fue la que declaró la terminación del trámite administrativo que inició, que no tuvo pronunciamiento de fondo porque el término de caducidad ya estaba vencido.

2. Frente al cargo de falsa motivación, explicó que no hay en la Ley 1ª de 1991, ninguna disposición que contemple la obligación de conocer la existencia de las solicitudes elevadas por otra sociedad portuaria, ni tampoco la obligación de presentar propuesta alternativa dentro del trámite administrativo; ni hay prohibición para que una sociedad que está interesada en ser beneficiada por una concesión

portuaria, opte por solicitarla directamente, sin utilizar el mecanismo de la propuesta alternativa.

Que tampoco el Estatuto Portuario dice que las publicaciones que deben hacerse como requisito previo para presentar la solicitud, tengan efectos de vinculación respecto de todas las personas determinadas o indeterminadas que pudieren verse afectadas.

Aseveró que no es cierto que el Decreto 2688 de 1993 no hubiere contemplado la zona en cuestión como apta para el manejo de puertos, como lo considera la actora, porque sí previó expresamente la posibilidad de que en la Ciénaga de Mallorquín, margen occidental de Bocas de Ceniza, se desarrollaran puertos, previos los estudios allí mencionados, pues no tendría sentido que la norma consagrara la necesidad de hacer estudios dirigidos a determinar los requerimientos de puertos carboníferos si *ab-initio* se supiera que allí no pueden establecerse puertos.

Que tampoco comparte el criterio de la actora, en cuanto afirma que la decisión de ordenar la terminación del trámite, no tenía carácter definitivo y, por lo tanto, pudo revivirse la actuación, pues se trataba de un acto definitivo que impedía la continuación de la actuación; reitera que las autoridades sí se opusieron a la concesión solicitada, de manera clara y contundente, por lo que no hubo falsa motivación, ya que los hechos invocados en los actos acusados sí existieron y estuvieron plenamente acreditados dentro de la actuación administrativa.

3. En relación con el cargo de expedición irregular, consideró el a quo que la supuesta publicación irregular no fue objeto de debate en la vía gubernativa, por lo cual declarará de oficio su falta de agotamiento.

Que si bien es cierto que no se citó a la actora a la audiencia pública de 23 de marzo, sin embargo, se tomaron en consideración sus escritos y se decidió suspender la audiencia, precisamente, para permitirle la intervención en ella, la cual, previa citación, fue reanudada el 29 de marzo del mismo año, a la que asistió el representante legal, quien tuvo la oportunidad de intervenir y exponer sus argumentos.

Anotó el Tribunal que el cargo por expedición irregular sólo puede prosperar cuando la falencia de procedimiento es de tal magnitud que la falla implica una afectación grave de las garantías del particular, pues no cualquier error procedimental tiene la potencialidad de anular el acto administrativo.

Finalmente, expresó que el artículo 10° de la Ley 1ª de 1991, ordena la citación solamente de las autoridades que allí se indican y todas ellas fueron convocadas y oídas.

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

En memorial visible a folio 683 del cuaderno núm. 1, la parte actora solicita que se revoque el fallo apelado y se declare la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Expuso su inconformidad con la decisión, en el mismo orden que planteó los cargos en la demanda, así:

1. Infracción de las normas en que debería fundarse.

Insiste en que se violó el principio de igualdad, porque pese a que presentó su solicitud de concesión portuaria sobre las mismas bases, vale decir con apoyo en el documento DNP-2550-UNIF-MOPT del 17 de septiembre de 1991 y el Decreto

Reglamentario 2147 de 1991, lo cual ameritaba igual tratamiento y además debió decidirse primero su solicitud porque tenía la prelación en el tiempo, en su caso se dispuso no continuar con el trámite y archivar la solicitud y en el caso de **BOCAS DE CENIZA**, se dispuso suspender el trámite y no se ordenó su archivo, por lo cual no llegó a la etapa de otorgamiento.

A su juicio, el fallo apelado desestimó su cargo de violación, porque en la Resolución que ordenó no continuar el trámite promovido por ella, la demandada consideró que era *“indispensable, previamente al ordenamiento de cualquier concesión en la zona, adelantar estudios técnicos especializados y eventualmente revisar los términos del Plan de Expansión Portuaria, de tal manera que permitan obtener suficientes elementos de juicio para apreciar la viabilidad jurídica de las concesiones (en general) y su conveniencia desde el punto de vista ambiental y económico y”* (resalta la actora), y sobre esta misma realidad fáctica y jurídica le dio un tratamiento diferente a las dos sociedades portuarias, en el sentido de que en su caso decidió no continuar con el trámite y archivar su solicitud, y en el de **BOCAS DE CENIZA S.A.**, *“sin haberse efectuado los estudios técnicos especializados”* ni tampoco haberse revisado *“los términos del Plan de Expansión Portuaria”*, sólo suspendió el trámite y no archivó su solicitud.

2. Sobre la decisión del a quo de no encontrar probada la falsa motivación, porque las Resoluciones cuestionadas, afirmaron, contra la realidad jurídica, que *“un solicitante no tiene la obligación de conocer las demás propuestas relacionadas con el terreno solicitado por lo que se deduce que ocasionalmente el área pueda coincidir en todo o en parte y ello en ningún caso implica que se deban desechar las solicitudes posteriores”*, señala que un solicitante sí tiene la obligación de informarse sobre la realidad del terreno que pretende que se le entregue en concesión, dado que la Ley le impuso esa carga legal, porque el legislador previó

un tratamiento distinto para las áreas con solicitudes preexistentes sobre el mismo terreno que pretende total o parcialmente y para las que no aparecen pedidas por nadie.

Que en el presente caso las publicaciones que ordena la Ley, tienen efecto para que las personas que con interés en todo o en parte del terreno, presenten la oposición o la propuesta alternativa; que dentro del trámite de su solicitud, *“no se presentó oposición ni propuesta alternativa”* por parte de la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, sin embargo, estando ya vencido el término legal para presentar propuesta sobre ese mismo terreno, esta empresa solicitó parte del terreno en concesión.

Que aprobarse la solicitud extemporánea por parte de **BOCAS DE CENIZA S.A.**, mediante la Resolución núm. 453 de 1997, sobre la base de que esta sociedad *“no tiene obligación de conocer las demás propuestas relacionadas con el terreno solicitado”*, es apoyarse en un fundamento falso, que contradice la realidad jurídica.

Estima que el Tribunal se equivocó al considerar que es legalmente indiferente, para efectos de pedir la concesión, que el área haya sido solicitada por un tercero, porque según las disposiciones que regulan este aspecto, en este caso no quedan más opciones que hacer oposición o formular propuesta alternativa; que la conducta de presentar una propuesta sobre lo mismo, es una burla a la seriedad de los procedimientos administrativos, por lo que se violan los artículos 209 de la Constitución Política y el artículo 3° del C.C.A.; que esta última normatividad autoriza acumular expedientes distintos sobre un mismo asunto, luego no se podían tramitar dos procesos separados sobre la misma área de concesión.

Que este cargo lo fundamentó también en el hecho de que la Resolución acusada núm. 453 de 1997, afirmó que *“el proyecto está localizado en zona apta para el establecimiento de puertos para manejo de carbón”* lo cual no es cierto, porque el Decreto 2688 de 1993, no la habilitó, dado que no se habían hecho los estudios de que trata esta norma.

Resalta que al considerar el fallo apelado que la decisión de no continuar el trámite de su solicitud era definitiva y que la suspensión era temporal, queda demostrado el cargo de tratamiento discriminatorio en su contra y a favor de **BOCAS DE CENIZA S.A.**, quien sí pudo continuar el trámite, a pesar de que cuando pidió la concesión aún no se habían hecho los estudios técnicos que la Nación consideraba necesarios, antes de resolver sobre el otorgamiento de la concesión; que el a quo dijo que del concepto emitido por las autoridades, respecto de la solicitud de concesión que presentó **SOCODEP S.A.**, se observa que todas las autoridades públicas mencionadas se opusieron de manera clara y contundente a su solicitud, por lo que si no se podía otorgar la concesión, se pregunta por qué sí la autorizaron a **BOCAS DE CENIZA S.A.**

3. Anota respecto del cargo de expedición en forma irregular que el a quo consideró que *“ciertamente las coordenadas no correspondían a las del terreno”* pero que como este asunto no se discutió en vía gubernativa, declaró la excepción de falta de agotamiento de ésta y se inhibió de pronunciarse.

Muestra su inconformidad sobre este punto, porque considera que la falta de invocación de un determinado argumento en la vía gubernativa no excusa a la Administración de obrar dentro del principio de legalidad y por esta razón la expedición ilegal de un acto administrativo definitivo, no queda purgada por el

hecho de que la irregularidad no haya sido invocada por nadie durante el trámite de su expedición.

Sobre el otro argumento en que apoyó este cargo, en el sentido de que no fueron citadas y oídas todas las entidades a que se refieren los artículos 10° de la Ley 1ª de 1991 y 4° del Decreto 2688 de 1993, expresó que no es cierto lo afirmado por el Tribunal.

Que además no se le citó para asistir a la audiencia que se celebró el 23 de marzo de 1994 y pese a ello se continuó con el trámite, cuando lo procedente era declarar la nulidad de esta etapa procesal y ordenar su renovación.

IV.- ALEGATO DE CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Agente del Ministerio Público en esta etapa procesal guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La parte actora solicita la nulidad de las Resoluciones núms. 453 de 24 de julio de 1997, *“Por la cual se aprueba una solicitud de Concesión Portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA, ubicada en la ciudad de Barranquilla”*, y 584 de 17 de septiembre de 1997, *“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE DESARROLLO PORTUARIO – SOCODEP S.A., contra la Resolución 453 del 24 de julio de 1997”*.

Antes de proceder a analizar los motivos de inconformidad que plantea la actora contra la sentencia apelada, que son los mismos que formuló en la demanda contra los actos enjuiciados, debe la Sala referirse y tener en cuenta que a folio

548 de cuaderno principal reposa la sentencia de 8 de junio de 2000, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, actora: Sociedad Colombiana de Desarrollo Portuario **SOCODEP S.A.**, por medio de la cual declaró probada la excepción de caducidad formulada por el Departamento Nacional de Planeación y se inhibió para adoptar una decisión de fondo, providencia que fue confirmada por esta Corporación mediante fallo de 11 de abril de 2002 (Expediente núm. 1994-4503-01(6595), Consejero Ponente, Doctor Camilo Arciniegas Andrade).

El Tribunal en la providencia apelada dentro de este proceso, hizo referencia a la demanda que en aquella oportunidad presentó la misma sociedad actora, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual pretendió la nulidad de las Resoluciones núms. 58 de 17 de junio de 2002, por medio de la cual el CONPES decidió no continuar el trámite de otorgamiento formal de su solicitud de concesión, 61 de 1° de diciembre de 2003, que confirmó la anterior, emanada de dicho Consejo y 094 de 10 de febrero de 1994, expedida por la Superintendencia General de Puertos, que ordenó el archivo de la solicitud².

En esa oportunidad las Resoluciones emanadas del CONPES, fueron definitivas al impedir que continuara la actuación en el sentido de no permitir continuar el trámite para el otorgamiento formal a **SOCODEP S.A.** de la concesión ya aprobada por la Superintendencia General de Puertos, mediante la Resolución núm. 11 de 1991. Se trataba entonces de unos actos administrativos que pusieron fin a una actuación administrativa, que fueron demandados ante esta Jurisdicción,

² Esta Sección en la sentencia de 11 de abril de 2002, que confirmó la del Tribunal, en su artículo segundo, dispuso: "**ADICIÓNASE** la anterior sentencia con el siguiente numeral: **3. DECLÁRASE** inhibido para fallar de fondo la Resolución 94 de 10 de febrero de 1994, proferida por la Superintendencia General de Puertos, por tratarse de un acto de ejecución".

extemporáneamente y por ello operó el fenómeno de la caducidad, como ya se dijo, por lo que se profirió un fallo inhibitorio.

Pese a que la actora demanda en este caso unos actos administrativos nuevos, a saber: las Resoluciones núms. 453 de julio 24 de 1997, por medio de la cual la Superintendencia General de Puertos aprobó una Concesión Portuaria a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. y 0584 de 17 de septiembre de 1997, que en respuesta del recurso de reposición que interpuso la demandante, **SOCODEP S.A.**, contra la anterior, la confirmó, con la demanda pretende siempre revivir los hechos que se adujeron con motivo de una solicitud de Concesión que presentó y que si bien fue aprobada por la Superintendencia de Puertos, el CONPES ordenó no continuar con su trámite y mediante un acto de ejecución de aquella fue archivada, actos sobre los cuales esta Sección ya se pronunció, como ya se observó, mediante sentencia inhibitoria, que hizo tránsito a cosa juzgada.

De tal manera que, como bien lo expresó el Tribunal, en esta oportunidad no corresponde dilucidar si las oposiciones formuladas por las autoridades contra la propuesta presentada por **SOCODEP S.A.**, tenían o no asidero legal y fáctico, porque este debate ya fue objeto de decisión dentro del proceso que adelantó ante el mismo Tribunal para cuestionar la legalidad de las Resoluciones que resolvieron no continuar el trámite y archivar su solicitud, que no tuvo pronunciamiento de fondo, porque el término para interponer la acción ya estaba vencido, habiendo operado el fenómeno de la caducidad.

Por lo anterior, la Sala se referirá a los hechos y al procedimiento que se siguió a efectos de determinar la legalidad de los actos aquí acusados, prescindiendo de cualquier referencia a situaciones ajenas a tales actos, para lo cual debe remitirse

a las normas pertinentes, que en ese momento regulaban la solicitud de concesión portuaria, por parte de la sociedad **BOCAS DE CENIZA S.A.**

La **Ley 1ª de 1991**, *“Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 5º define así la concesión portuaria: *“Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos”*. Sólo las sociedades portuarias pueden ser titulares de concesiones portuarias.

Sobre la solicitud de Concesión Portuaria, su aprobación y su otorgamiento la citada Ley dispone:

“ARTICULO 9o. PETICION DE CONCESION. Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos.

La solicitud debe llenar los siguientes requisitos:

- 9.1. Acreditar la existencia y representación legal del peticionario, si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos.
- 9.2. Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio.
- 9.3. Describir en forma general el proyecto, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación, y los volúmenes y clase de carga a que se destinara.
- 9.4. Informar si se prestarán o no servicios al público en general.
- 9.5. Presentar estudios preliminares sobre el impacto ambiental del puerto que se desea construir y comprometerse a realizar

estudios detallados si se le aprueba la concesión, y a adoptar las medidas de preservación que se le impongan³.

9.6. Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciarán y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión.

9.7. Indicar el plazo para el que se desea la concesión.

9.8. Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones, y hagan valer sus derechos.

ARTICULO 10. INTERVENCION DE TERCEROS Y DE LAS AUTORIDADES. Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud, o presentar una petición alternativa, cumpliendo los mismos requisitos previstos para la solicitud original⁴.

Transcurridos los dos meses en los cuales se pueden formular oposiciones o presentar propuestas alternativas, se abrirán públicamente los sobres que contengan los datos confidenciales, y se citará siempre, para que expresen su opinión sobre la conveniencia y legalidad de las solicitudes, al Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

³ Numeral derogado por la Ley 99 de 1993, según lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C-474-94.

⁴ Mediante sentencia C-071 de 1994, la Corte Constitucional dispuso su exequibilidad en los siguientes términos, *"Ahora bien, es posible que al actor le preocupe el hecho de que el Superintendente se aparte en su decisión de las tesis expuestas por la comunidad en su intervención voluntaria, pública y cívica. En este caso, como se anotó a propósito de la teoría de la discrecionalidad del acto administrativo (vid supra), existe una libertad con límites razonables para separarse de dichas intervenciones de la sociedad civil. Añádese a lo anterior que incluso es posible que mientras unas personas intervengan para afirmar que la concesión es necesaria, otras podrán hacer lo mismo pero para sostener que ella es innecesaria. Si tales intervenciones fueran obligatorias para el Superintendente, se llegaría a conclusiones absurdas. Es por eso que esta norma no viola tampoco la participación comunitaria"*. (RESALTA LA SALA)

Las autoridades mencionadas en el inciso anterior tendrán un plazo de veinte días, contados a partir de la fecha en que la Superintendencia General de Puertos les envíe la citación, para emitir sus conceptos; si al cabo de ese plazo la Superintendencia General de Puertos no los hubiere recibido, continuará el procedimiento sin los que falten, y se promoverá investigación disciplinaria contra quien no haya emitido su concepto. La Superintendencia General de Puertos no está obligada a acoger los conceptos o recomendaciones que emitan las autoridades a las que se refiere este inciso⁵. (resalta la Sala)

ARTICULO 11. NEGATIVA DE LA CONCESION. En el evento de que la petición original y las alternativas resulten contrarias a la ley, al plan de expansión portuaria, o que tengan un impacto ambiental adverso o puedan causar un daño ecológico, u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados, así lo manifestará la Superintendencia General de Puertos, en acto motivado en forma precisa que se notificará a quienes hubieren intervenido en la actuación.

ARTICULO 12. APROBACION DE LA CONCESION. Dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, el Superintendente General de Puertos expedirá una resolución en la que indicará los términos en los que se otorgará la concesión. Tales términos incluirán los plazos, las contraprestaciones, las garantías y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación, a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión. La resolución que aprueba la concesión se comunicará al peticionario, a las autoridades a que se refiere el artículo anterior, y a todos los intervinientes. Dentro de los diez días siguientes a la expedición de la resolución⁶, cualquiera de las autoridades a las que se refiere el

⁵ Mediante sentencia *idem*, la Corte Constitucional declaró exequible esta disposición en los siguientes términos: “*Por otra parte se inscribe aquí la función consultiva, a la que en ciertos casos las normas le otorgan un carácter obligatorio y en otros no. En este caso en particular la Ley 1a. de 1991 establece que “la Superintendencia no está obligada a acoger los conceptos o recomendaciones” que le suministren los particulares o las diversas agencias intervinientes. Ello no desconoce pues la Constitución, como lo sugiere el actor, sino que simplemente se busca que el servidor público responsable de la decisión cuente con el mayor número de de insumos técnicos con el fin de que adopte la mejor decisión. Es más, de acogerse los argumentos del demandante se podría incluso presentar el caso de que un proceso de concesión de un puerto determinado se produzcan informes técnicos encontrados, lo cual impide por supuesto acogerlos todos al mismo tiempo. Esta conclusión que se desprende de las afirmaciones del actor son absurdas y la Corte las rechaza de plano.*” (resalta la Sala)

⁶ La misma sentencia declaró exequible el aparte subrayado, de manera condicionada, así: “*Sin embargo la Corte encuentra que la norma no es inexecutable siempre y cuando se entienda que el plazo de los diez días debe empezarse a contar a partir de la comunicación “al peticionario, a las autoridades a que se refiere el artículo anterior, y a todos los intervinientes ... pues permite la publicidad y la participación en el proceso”, como lo señala la parte final del inciso primero de este mismo artículo.*”

Es importante destacar que en esta oportunidad la Corte Constitucional al referirse a los intervinientes o peticionarios, dijo: “*En el caso objeto de este proceso es evidente para esta Corporación que en ningún momento se vulnera el derecho de petición, como quiera que*

artículo 11⁷ podrá oponerse a ella, por motivos legales o de conveniencia, en escrito razonado dirigido al Superintendente General de Puertos. Este consultará a las otras autoridades, y dentro de los treinta días siguientes a la presentación del escrito de oposición hará una evaluación de ella, y la presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social para que decida. La decisión del Consejo se expresará por medio de resolución sobre si debe continuarse o no el trámite y, en caso afirmativo sobre cuáles serán los términos de la concesión que se ofrezca.

Si la decisión del Consejo Nacional de Política Económica y Social hubiere sido la de continuar el trámite, el Superintendente General de Puertos, ofrecerá entonces, al proponente que presente la propuesta que mejor se ajuste a la conveniencia del proyecto, la posibilidad de acogerse a los términos de la concesión. Si éste no manifiesta su aceptación dentro de los diez días siguientes a la comunicación de los términos, se presumirá su rechazo y los ofrecerá a los demás, sucesivamente, teniendo en cuenta la conveniencia de las propuestas, por el mismo número de días, contados a partir del siguiente a aquél en que se conozca o se presuma el rechazo del solicitante anterior, hasta que uno los acepte, o hasta que todos lo hayan rechazado.

En este último evento, finalizará el procedimiento administrativo que podrá iniciarse de nuevo en cualquier tiempo, cumpliendo los requisitos previstos en los artículos 9° y 10°.

ARTICULO 13. OFERTA OFICIOSA DE LA CONCESION. El Superintendente General de Puertos, de oficio, puede ofrecer al público una concesión portuaria, previa consulta de las autoridades a las que se refiere el inciso segundo del artículo 10. Para ello publicará en dos diarios de circulación nacional, en dos días diferentes, con intervalos no mayores de 5 días entre cada publicación, los términos mínimos en los que estaría dispuesta a otorgar la concesión, y los requisitos que deban llenar y las garantías que deban constituir los interesados en recibirla.

Una vez publicados los términos de la concesión, no será posible modificar los avalúos catastrales de los predios a los que ella se refiera.

Si alguna de las autoridades a las que alude el inciso segundo del artículo 10 no está conforme con las condiciones propuestas, podrá formular una oposición, que se tramitará y decidirá en la forma prevista en el artículo anterior.

en el acápite anterior la Corte ha sostenido que la norma es exequible siempre y cuando se entienda que el plazo para oponerse a la resolución se inicia a partir de su comunicación. Luego, garantizada la comunicación, la persona, una vez enterada, puede perfectamente pedir y obtener pronta respuesta a sus requerimientos. Es por ello que tampoco el derecho de petición se desconoce con la disposición acusada”.

⁷ Se debió referir al artículo 10°.

Las propuestas se mantendrán en secreto hasta el día en que haya de comenzar la evaluación de todas. Si no hay oposición de las autoridades o de terceros que deba ser atendida, el Superintendente General de Puertos, otorgará la concesión al proponente cuya propuesta satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de esta Ley.

ARTICULO 14. OTORGAMIENTO FORMAL DE LA CONCESION. La concesión se otorgará por medio de resolución motivada a la sociedad anunciada por el solicitante favorecido. En la resolución se indicarán con toda exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza ...”.

El Decreto 838 de 1992, por medio del cual se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias, previstas en la Ley 1ª de 1991, en su artículo 6º, párrafo, reitera que cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud o formular una petición alternativa, en los términos señalados en el artículo 10º de la Ley 1a. de 1991.

De las disposiciones anteriores se desprende que cualquier sociedad portuaria puede presentar solicitud de concesión portuaria, bien sea de manera independiente o dentro del trámite de otra solicitud formulando petición o propuesta alternativa y en ambos casos debe reunir los requisitos contemplados en el artículo 9º de la Ley de Puertos Marítimos; que la intervención de terceros dentro de una actuación ya iniciada, de que trata el artículo 10º de la Ley 1ª de 1991, es opcional y no hay prohibición para que una sociedad que está interesada en ser beneficiada por una concesión portuaria, opte por solicitarla directamente, sin utilizar el mecanismo de la petición o propuesta alternativa, y que, las publicaciones que deben hacerse como requisito previo para presentar la solicitud, no tienen efectos de vinculación respecto de todas las personas determinadas o indeterminadas que tuvieren interés.

Ahora bien, respecto a la solicitud que hiciera la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.**, a quien se le aprobó su solicitud mediante los actos acusados, se tiene que:

- El 15 de diciembre de 1993, esta sociedad presentó solicitud de concesión portuaria para construir y operar un puerto granelero y carbonero en el Corregimiento de "Las Flores", Municipio de Barranquilla.

- La sociedad actora **SOCODEP S.A.** presentó propuesta alternativa, lo que podía hacer teniendo en cuenta el artículo 10° de la Ley 1ª de 1991, la cual fue resuelta negativamente, en razón a que fue extemporánea, mediante la Resolución núm. 432 de 2 de mayo de 1994, emitida por la Superintendencia Nacional de Puertos, acto que no es objeto de la demanda que en la presente se analiza.

- La sociedad actora presentó oposiciones para que no fuera aprobada la solicitud de **BOCAS DE CENIZA S.A.**, lo cual procedía en virtud del mismo artículo 10 *ídem*, a lo que no accedió la Superintendencia General de Puertos mediante el artículo segundo de la parte resolutive del acto acusado, Resolución núm. 453 de 1997; en la parte considerativa de este acto se menciona que el mismo es la oportunidad legal para darle respuesta a la oposición de la actora, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Reglamentario 838 de 1992, que en efecto, así lo dispone:

“ARTICULO 15. CONTENIDO DE LA RESOLUCION APROBATORIA. La resolución que apruebe la solicitud deberá contener un análisis de la petición y de todos sus documentos; de los escritos de oposición; de las propuestas alternativas; de los conceptos de las autoridades así como de las razones de conveniencia para el país. La parte resolutive contendrá entre otros, las siguientes decisiones:

1. Los límites exactos y las características físicas de la zona que es objeto de la concesión.
2. Las condiciones en que se otorga la concesión:
 - a) El plazo de duración.
 - b) Las condiciones especiales de operación del puerto.

- c) El valor de la contraprestación.
3. Las garantías y seguros que deberá constituir el beneficiario de la concesión, de acuerdo con las normas reglamentarias para el efecto.
4. Los plazos para la presentación de documentos, estudios, iniciación y terminación de las obras.
5. La orden de que al día siguiente hábil a su expedición se notifique la providencia a las autoridades respectivas, al petionario y a los intervinientes en la actuación administrativa.
6. Las condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación, a que debe someterse la sociedad portuaria”.

- Los actos acusados, que aprobaron la solicitud de Concesión Portuaria solicitada por **BOCAS DE CENIZA S.A.** dieron respuesta a las oposiciones de la actora pronunciándose de manera negativa.

Es de tener en cuenta que en el trámite de una concesión, las normas transcritas han dispuesto de tres etapas: 1. Aprobación dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, por medio de la cual el Superintendente General de Puertos a través de Resolución **debe indicar los términos en los que se otorgará la concesión**, los cuales, incluyen plazos, contraprestaciones, garantías y demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación, a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión; 2. Otorgamiento formal de la concesión mediante acto administrativo por parte de dicha entidad, que para el caso se desconoce si hubo un acto en este sentido y además no sería objeto de pronunciamiento en este proceso, pues no constituye el acto demandado. Una tercera etapa sería la suscripción de un contrato estatal de concesión con la empresa a la que le fue otorgada, del cual tampoco se tiene conocimiento y no es asunto que se deba ventilar en este proceso, en el cual se cuestiona la legalidad del acto que aprobó la concesión solicitada.

De conformidad con lo anterior, mediante la Resolución acusada núm. 453 de 24 de julio de 1997, no se otorgó ninguna concesión, luego en éste sentido, se trata de un acto de trámite, que no crea, modifica ni extingue situación jurídica particular

alguna, pues lo que la Resolución permitía era seguir adelantando el procedimiento para el posterior otorgamiento de la concesión. Recuérdese que en el proceso que la actora adelantó ante el Tribunal, que culminó con pronunciamiento de esta Sección de 11 de abril de 2002, a que se hizo mención anteriormente, también se trató de actos de trámite **pero que impedían continuar con la actuación**, que equivalen a actos definitivos; diferente de lo que acontece en este caso, pues, como quedó visto, una vez se aprueba la concesión, viene la segunda etapa, esa sí definitiva, **cuando se otorga**.

El acto administrativo en comento ordenó su notificación personal, tanto a la Sociedad Portuaria **BOCAS DE CENIZA S.A.** como a la sociedad actora **SOCODEP S.A.**, con la advertencia de que contra la misma procedía el recurso de reposición

Mediante la Resolución núm. 584 de 17 de septiembre de 1997, acto administrativo demandado también en este proceso, la Superintendencia negó de manera motivada el recurso de reposición.

La parte resolutive de la Resolución acusada núm. 453 de 1997, confirma que **éste no era un acto definitivo**, al señalar las condiciones para que se otorgue la Concesión, es decir que la Administración le indica al solicitante **BOCAS DE CENIZA S.A.** en qué términos se la otorgaría; por ello su artículo sexto de la parte resolutive, dispone: *“Para la suscripción del correspondiente contrato en el evento que se otorgue la concesión ...”* le señala los documentos que debe presentar dicha sociedad, incluyendo las garantías de Ley y el artículo séptimo le exige tramitar la Licencia Ambiental como *“prerequisito indispensable para el otorgamiento de la concesión”*, que no lo era para presentar su solicitud, pero que con la expedición de la Ley 99 de 22 de diciembre de 1993 se volvió obligatorio.

No sobra reiterar lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-071 de 1994, cuyos apartes textuales han sido transcritos en pié de página, en el sentido de que *"la Superintendencia (para aprobar la solicitud de concesión) no está obligada a acoger los conceptos o recomendaciones"* que le suministren los particulares o las diversas agencias intervinientes, pues se busca que la decisión cuente con el mayor número de insumos técnicos con el fin de que adopte la mejor decisión.

Ahora bien, el procedimiento hasta ahora explicado, como quedó visto, no se agotaba con las Resoluciones acusadas, porque debía adelantarse un procedimiento ante el CONPES, en caso de presentarse oposiciones por parte de las autoridades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1ª de 1994.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en el sentido de enfatizar que únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación del mismo, son susceptibles de control de legalidad.

De tal manera que en este caso debe revocarse el fallo apelado y, en su lugar, disponer pronunciamiento inhibitorio por inepta demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

DECLÁRASE probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, **INHÍBESE** de fallar el fondo del asunto.

TIENESE a la abogada **MARÍA DEL CARMEN VIVAS BARRAGÁN**, como apoderada del Ministerio de Transporte, para los fines y en los términos del poder otorgado, visible a folio 8 del cuaderno núm. 2.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de septiembre de 2011.

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO
Presidente
Ausente con excusa

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

RAFAEL E. OSTA UDE LAFONT PIANETA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO