

CONCESION PORTUARIA / LICENCIA PORTUARIA-Solicitud / IMPACTO AMBIENTAL / IMPACTO OCEANOGRAFICO

No puede escindirse el concepto de impacto ambiental del de impacto oceanográfico sobre todo en esta particular circunstancia en la que el motivo que mueve dichos estudios es la construcción de un puerto. Pegarse a la letra del artículo 9o. de la Ley 1a. aduciendo que en ella no aparece el vocablo "oceanográfico", sería desconocer su espíritu. Por otra parte, muy claramente se vislumbra del mismo texto que el estudio solicitado es solamente un estudio básico como lo explica en su concepto el Director General Marítimo en la parte que la Sala ha subrayado. Más tarde se deberá presentar un estudio mayor, de fondo, detallado, si es que la concesión le es aprobada al solicitante.

CONCESION PORTUARIA-Solicitud / SERVICIO DEL PUERTO / USUARIOS-Especificación / POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación

Se sobrepasa el Ejecutivo al pretender la individualización de los usuarios y es ello suficiente razón para declarar la nulidad de las expresiones "quienes serán los usuarios" y además la palabra "específicamente" de la norma reglamentaria, para dejar con sentido la frase contenida en ella.

CONCESION PORTUARIA / PLAZOS-Indicación / AVISOS / POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación

El requisito de la indicación del plazo para el que se desea la concesión no está contemplado en los precisados numerales sino en el 9.7 de la ley para la solicitud. El simple cotejo de las dos disposiciones indica, por exclusión, que tal indicación no es exigida por la ley para los avisos y que las explicaciones dadas por la defensora de la legalidad de la norma no tienen fuerza alguna de convicción que justifique su inclusión en las publicaciones.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.-Santafé de Bogotá, D.C. tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Consejero Ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 2613.-Decretos del Gobierno.-Actor: Germán Alfonso Oliveros C.

Entra la Sala a hacer pronunciamiento definitivo sobre la acción pública de nulidad formulada por el actor de la referencia contra algunas expresiones contenidas en el artículo 7o. del [Decreto 838 del 28 de mayo de 1992](#) expedido por el Gobierno Nacional. Por medio de este decreto se reglamenta el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la [Ley 1. de 1991](#).

EL ACTO DEMANDADO

Las expresiones cuya anulación se solicita son las siguientes:

"y oceanográfico": "indicación de quiénes serán los usuarios": y "el plazo para el que se desea la concesión", contenidas respectivamente en los numerales 4, 3 y 6 del artículo 7o. del [Decreto 838 de 1992](#), como requisito que deben contener los avisos de prensa exigidos por el mismo decreto.

NORMAS VIOLADAS

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el actor como tales el "numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional y el artículo 9o. de la [Ley 1a. de enero de 1991](#) o ley reglamentada. Y explica diciendo que la simple comparación de normas ofrece las siguientes conclusiones:

1. En cuanto a los anexos de la solicitud, la norma reglamentaria adicionó el texto de la norma reglamentada al exigir, además de los estudios preliminares sobre impacto ambiental, los "oceanográficos" del puerto que se desea construir.

2. En cuanto al contenido de los avisos, la norma reglamentaria añadió a los previstos en el numeral 9.8 del artículo 9o. de la Ley la. de 1991, los siguientes:

"Indicación de quiénes serán los usuarios". (Art. 1, num. 4 del D. 1131 / 93).

"El plazo para el que se desea la concesión". (Art. 1, num. 4 del D. 1131 / 93).

Manifiesta el actor que la solicitud de concesión va dirigida a la Nación-Superintendencia General de Puertos-y debe contener las informaciones ordenadas por la ley (Art. 9), con el fin de que dicha dependencia pueda realizar un estudio detallado y completo a fin de determinar si ella es viable por los aspectos de legalidad y conveniencia así como para que, las autoridades a que se refiere el artículo 10 de la misma ley, puedan emitir sus conceptos: y que la petición, por tener la virtud de iniciar un proceso administrativo que culmina con la decisión de otorgar o no una concesión portuaria, precisa de la información de fondo requerida por la ley. "Más, por cuanto la decisión final de la administración debe considerar si la petición es o no contraria a la ley, si tiene o no un impacto ambiental adverso o puede causar un daño ecológico o si ofrece o no inconvenientes que no pueden ser remediados". (Art. 11).

Dice el demandante que, en resumen, el contenido de los avisos por su carácter eminentemente emplazatorio no requiere del detalle de la solicitud y que de ahí que la información prolija que se acompaña a la solicitud resulte excesiva e inconveniente incluirla en el contenido de los avisos como sucede al aplicar los numerales 3 y 4 de la norma acusada.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación-Superintendencia General de Puertos-a través de apoderada judicial, contestó la demanda y solicitó que sean desestimadas las pretensiones de la misma y que declare que el artículo demandado está ajustado a la Constitución Nacional y al Estatuto de Puertos Marítimos.

En cuanto a las expresiones directamente atacadas por el actor, dice la respondiente:

"Parte del estudio oceanográfico es la determinación de la batimetría, base para determinar el cálculo de la contraprestación que deben cancelar los titulares de una concesión portuaria.

"El [Decreto 2147 de 1991](#), en el artículo 23 indica la fórmula para calcular la contraprestación así:

$$C = 0.14 (Vr-le) + Sa$$

Vr. es el valor del recurso

"Para determinar el valor del recurso, se tiene en cuenta la batimetría de manera que por ejemplo si la profundidad es de 20 metros el recurso tendrá mayor valor y la contraprestación podría ser mayor o menor dependiendo de los otros factores de la fórmula en razón a que permitiría operar con buques de mayor calado.

"Incluye el estudio oceanográfico, los vientos y mareas, factores fundamentales en la ubicación del proyecto y otros elementos como la conformación del fondo marino, con base en los cuales se puede establecer la existencia de recursos coralinos entre otros, e información adicional que incide en el aspecto ambiental.

Sobre la expresión "indicación de quiénes serán usuarios", manifiesta la respondiente que esta información en ningún momento va dirigida a revelar información confidencial sobre potenciales clientes del solicitante de concesión y que, por el contrario, tal mención se refiere a si está o no abierto a todo tipo de servicio público, artículo 5o. de la Ley O1 de 1991, numeral 5.15 o si es de servicio privado respecto del cual por mandato de ley, numeral 5.14 "sólo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la Sociedad Portuaria propietaria de la infraestructura".

La tercera expresión atacada "el plazo para el que se desea la concesión", es defendida así por la señora apoderada de la Superintendencia:

"Es importante indicar el plazo en los avisos porque este (sic) es el medio para que los terceros que puedan verse afectados por una solicitud de concesión portuaria, cuenten con la información lo más completa posible, sobre quién está diligenciando el trámite, sobre qué zona y por cuánto tiempo se desea la concesión.

"Con él se pretende únicamente facilitar el derecho de defensa y la oposición que permite la ley, tanto al interesado, como incluso al propietario de una zona adyacente respecto de la cual podría haber afectación".

INTERVENCION CONCLUSIVA

Al correrse el traslado para alegar en conclusión a las partes y al Ministerio Público, la señora apoderada de la Nación-Superintendencia General de Puertos-, sostuvo los argumentos presentados al contestar la demanda, haciendo énfasis en que "el estudio oceanográfico es fundamental para determinar cuál será el área a entregar en concesión, el tipo de puerto

aconsejable desde el punto de vista técnico, por la ubicación de la zona y las condiciones de operación, aspectos que resultan de la evaluación del estudio en comento y que tal como lo indica la Dirección General Marítima en su concepto de noviembre 16 de 1993, y que obra en el expediente, aporta elementos de juicio muy importantes y definitivos para el trámite de aprobación, posterior otorgamiento y firma del contrato de concesión. Es por ello que debe mantenerse la exigencia de acompañar a la solicitud de concesión portuaria este estudio".

El demandante, una vez incoada la acción, no volvió a hacerse presente en el proceso.

Intervino sí la señora Procuradora Delegada quien, después de analizar las pretensiones demandadas en confrontación con las normas legales pertinentes, estima que de acuerdo con la Ley la. de 199 1, y los estatutos citados, es necesario "el estudio previo oceanográfico, a fin de prevenir el deterioro ambiental, racionalizar el uso de los recursos y, en caso de que se causen daños, exigir responsabilidad y reparación. Con mayor razón cuando la actividad portuaria conlleva, dentro de sus operaciones, relleno, dragados y obras de ingeniería oceánica".

En relación con las expresiones "indicación de quiénes serán los usuarios" y "el plazo para el que se desea la concesión", manifiesta la señora representante del Ministerio Público que "No ha de perderse de vista que las orientaciones legales están previstas en aras de la equidad y en beneficio del interés general y a través de esta perspectiva no se da razón válida para que en el decreto reglamentario se excluyen de la publicidad, el plazo y la indicación de quiénes serán los usuarios".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la [Ley 1a. de 1991](#), fue reglamentado por el Presidente de la República mediante el [Decreto 838 del 2 de mayo de 1992](#).

Posteriormente, el Gobierno, por medio del [Decreto 1131 del 16 de junio de 1993](#), modificó el artículo 7o. de aquel decreto sin que las expresiones objeto de la demanda sufrieran alteración alguna.

En primer lugar, ha de considerarse la expresión "y oceanográfico".

El texto completo de dicho literal reza:

Artículo 7o. Los avisos deberán contener:

"4o. Estudios preliminares sobre el impacto ambiental y oceanográfico del puerto que se desea construir y el compromiso de realizar estudios detallados si se le aprueba la concesión y de adoptar las medidas de preservación que se le impongan".

El argumento principal del demandante para solicitar la nulidad de esta expresión, consiste en que ella es una modificación de la norma reglamentada pues la expresión no se encuentra en ella, constituyendo un requisito que hace más gravosa la presentación de la solicitud por tratarse de un estudio técnico y costoso.

Cuando se hicieron las consideraciones atinentes a la suspensión provisional que de dicha expresión había sido solicitada en la demanda, dijo la Sala que era muy discutible la apreciación del peticionario si se tenía en cuenta que, en repetidas oportunidades, esta Corporación ha sostenido que el decreto reglamentario está encaminado a su finalidad de hacer práctica y posible la aplicación de la ley en sus naturales desarrollos y que, por lo tanto, no puede limitarse a reproducir en forma literal y exhaustiva la norma reglamentada. Se dijo, igualmente, que en el presente caso habría que determinar si el "impacto ambiental" de que habla la ley desarrollada no implica también el "impacto oceanográfico" tratándose, como se trata, de las construcción de un puerto.

Ningún otro aporte argumental hizo el demandante al proceso por él iniciado, distinto a la breve afirmación ya citada, la cual, valga decirlo, no tiene ninguna fundamentación jurídicamente defendible. Porque no puede negarse que la expresión "y oceanográfico" no aparece en la ley reglamentada, pero como ya se dijo, no una sino muchas veces, que un decreto reglamentario no es, no podría ser, la repetición literal de su texto sino el desarrollo de su sentido, de su filosofía, de sus objetivos. Por otra parte, que el estudio del impacto oceanográfico resulte técnico y costoso, no es una razón de índole jurídica.

La trascendencia del estudio oceanográfico está suficientemente explicada en el proceso, tanto en los memoriales de la entidad demandada cuyos apartes se han transcrito en el capítulo anterior de esta providencia como en los conceptos técnicos aportados al expediente por la Dirección General Marítima y Portuaria-DIMAR-en los que se hacen aclaraciones sobre la determinación y demarcación de los bienes de uso público, sobre el estudio general de olas, vientos, corrientes y mareas y sobre la determinación de la batimetría.

Específicamente sobre la determinación de la batimetría, dice el estudio número 1789 (folio 107) suscrito por el Vicealmirante Gilberto Enrique Roncancio, Director General Marítimo:

"Determinación de la Batimetría. Actividad importantísima puesto que es la única información que permitirá conocer las condiciones de fondo marino para el desarrollo operacional del puerto. La batimetría general del lugar permite establecer los volúmenes a dragar en la zona en caso necesario y el grado de intervención del ecosistema para cumplir con el objetivo portuario.

"Para la anterior infamación básica el estudio debe indicar claramente la localización del proyecto en coordenadas geográficas, las obras a realizar, materiales, planos, y demás elementos de juicio necesarios para apoyar un concepto final sobre conveniencia, que emitirá la Dirección General Marítima durante la etapa de intervención en el proceso de que trata el artículo 10 de la [Ley 1a. de 1991](#). DIMAR opinará técnicamente sobre las obras según las condiciones del medio **y para esto requiere la información del estudio oceanográfico básico**" (La subraya es de la Sala).

Se colige entonces de lo dicho, que no puede escindir el concepto de impacto ambiental del de impacto oceanográfico sobre todo en esta particular circunstancia en la que el motivo que mueve dichos estudios es la construcción de un puerto. Pegarse a la letra del artículo 9o. de la Ley la. aduciendo que en ella no aparece el vocablo "oceanográfico", sería desconocer su espíritu. Por otra parte, muy claramente se vislumbra del mismo texto que el estudio solicitado es solamente un estudio básico como lo explica en su concepto el Director General Marítimo en la parte que la Sala

ha subrayado. Más tarde se deberá presentar un estudio mayor, de fondo, detallado, si es que la concesión le es aprobada al solicitante. Para tener más nítida la noción de la exigencia, antes y después de la aprobación, basta releer el texto de la norma demandada:

"Estudios preliminares sobre el impacto ambiental y oceanográfico del puerto que se desea construir y el compromiso de realizar estudios detallados si se le aprueba la concesión y de adoptar las medidas de preservación que se le impongan".

No existe pues, se deduce de los análisis anteriores, violación alguna por parte de la prescripción acusada, del artículo 189 de la Constitución Nacional, numeral 11 ni del 9o. de la [Ley 1a. de 1991](#).

Solicita también el demandante la nulidad de la exigencia contenida en el numeral 3 del Decreto 838 que dice:

"Los avisos deberán contener:

"3. Indicación de quiénes serán los usuarios y específicamente sí se prestará o no el servicio al público en general".

Antes de analizar las argumentaciones de las partes sobre la legalidad o ilegalidad de dicha exigencia, debe acudir al texto de la ley reglamentada a fin de dilucidar si éste podría dar origen al requisito cuya nulidad se implora. En efecto, la [ley 9a. de 1991](#), en su artículo 9.8 exige:

"La solicitud debe llevar los siguientes requisitos:

"Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 así como el sentido de la solicitud hayan 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 o hagan vales sus derechos".

Se observa que en el numeral 9.4 se exige "informar si se prestará o no servicios al público en general".

Ese requisito genérico de la ley fue convertido por el decreto reglamentario en una exigencia muy particularizada al incluir el relativo personal "quiénes", causa y razón del ataque del demandante.

Así en un inversión, no defensible en la gramática como tampoco en la lógica, pide el decreto la "indicación de quiénes serán los usuarios y específicamente si se prestará o no el servicio al público en general".

A primera vista se cae en la cuenta de la intención que conlleva el texto de obligar al peticionario a indicar quiénes serán los destinatarios de los servicios del puerto que se proyecta construir. No es por tanto muy aceptable la explicación dada por la señora apoderada de la Superintendencia General de Puertos (folio 79) cuando afirma que 11 esta información en ningún momento está dirigida a revelar información (sic) confidencial sobre potenciales clientes del solicitante de

concesión" y que, por el contrario, dicha mención se refiere a si está o no abierto a todo tipo de usuarios o si es de servicio privado.

Siendo este entonces el sentido de la regla, no tiene objeto el separarse del texto de la norma reglamentada que sólo exige "Informar si le prestará o no servicios al público en general". Se sobrepasa el Ejecutivo al pretender la individualización de los usuarios y es ello suficiente razón para declarar la nulidad de las expresiones "quiénes serán los usuarios" y además la palabra "específicamente" de la norma reglamentaria, para dejar con sentido la frase contenida en ella.

A fortiori se justifica la declaración de nulidad de la última de las expresiones demandadas:

"Los avisos deberán contener:

".....

"6o. El plazo para el que se desea la concesión".

Ya se dijo que la Ley 9a. en el artículo 9.8 que establece en dos días distintos del sentido general de la solicitud, ordena que tales publicaciones estén acompañadas de los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 de la misma ley.

El requisito de la indicación del plazo para el que se desea la concesión no está contemplado en los precisados numerales sino en el 9.7 de la ley para la solicitud. El simple cotejo de las dos disposiciones indica, por exclusión, que tal indicación no es exigida por la ley para los avisos y que las explicaciones dadas por la defensora de la legalidad de la norma no tiene fuerza alguna de convicción que justifique su inclusión en las publicaciones. En este caso, como en el anterior, está también demostrada la extralimitación de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República y, como ya se anunció, será igualmente objeto de nulidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

1o. DECRETASE LA NULIDAD de las expresiones "quiénes serán los usuarios

y específicamente" y "El plazo para el que se desea la concesión", contenidas en los numerales 3 y 6 del artículo 7o. del [Decreto 838 de 1992](#), expedido por el Gobierno Nacional.

2o. DENIÉGASE la nulidad de la expresión "y oceanográfico" contenida en el numeral 4 del artículo 7o. del [Decreto 838 de 1992](#).

3o. DEVUÉLVASE a la parte actora la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 29 de septiembre de 1994.

Yesid Rojas Serrano, Presidente,-Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Miguel González Rodríguez; Libardo Rodríguez.