

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA DIMAR – Concesión a CARBOCOL en los terrenos de bajamar en la zona de Bahía Portete / DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA DIMAR – Permiso de construcción para la realización de un complejo portuario para la explotación y exportación de carbón / SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS – Homologación de la concesión de CARBOCOL / OBLIGACIONES COMO CONSECUENCIA DE LA HOMOLOGACIÓN DE LA CONCESIÓN – Pago de una contraprestación / CESIÓN DE LA CONCESIÓN PORTUARIA / CONTRATO ENTRE CARBOCOL Y LA SOCIEDAD CERREJÓN ZONA NORTE S.A. CZN DE TRANSFERENCIAS Y EXPLOTACIÓN MINERA – Cesión de la titularidad de la concesión portuaria en Bahía Portete / PLAYAS Y ZONAS DE BAJAMAR - Régimen tarifario para concesiones autorizadas antes de la ley 01 de 1991 / PRÓRROGA DE LA CONCESIÓN PORTUARIA – Condiciones / CONCESIÓN PORTUARIA – Reversión / ACTO QUE PRORROGÓ LA CONCESIÓN PORTUARIA – Establece la obligación de pagar contraprestación por el uso de las de playas y terrenos de bajamar y por la infraestructura portuaria / OCUPACIÓN Y UTILIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA – Contraprestación / CONTRAPRESTACIÓN POR USO DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA – Cálculo / ACTO EJECUTORIO – Lo es aquel que ejecuta una decisión administrativa / ACTO EJECUTORIO – El que determina el valor de la liquidación por contraprestación por zona de uso público y por uso de infraestructura / ACTO EJECUTIVO Y ACTO DE EJECUCIÓN – Codependencia / PROPOSICIÓN JURÍDICA INCOMPLETA – Se presenta porque no se demandaron los actos administrativos que contienen la obligación a ejecutar / ACTO EJECUTIVO Y ACTO EJECUTORIO – Debieron ser demandados concomitantemente / ACTO EJECUTORIO – No es susceptible de control judicial / REGLA JURISPRUDENCIAL

La Sala concuerda con lo precisado con la primera instancia cuando indicó que en la Resolución 003615 de 2001 se ordenó la liquidación de la contraprestación económica, la cual incluye la contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por la infraestructura desde el vencimiento del término inicial de la autorización, esto es, 1º de julio de 2003, en desarrollo de lo cual el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 008928 de 2002 con la cual se fijaron los valores que debían pagarse por estos conceptos. El objeto de las resoluciones demandadas fue la liquidación por contraprestación por zona de uso público y por uso de infraestructura. La discusión e inconformidad del actor frente a esa decisión, no radica en el monto de la contraprestación por uso de la infraestructura, pues el demandante no se refirió a este aspecto, sino a controvertir la obligación por contraprestación por uso de infraestructura. En otras palabras, todo se reduce a que el actor reclama que la contraprestación por uso de infraestructura no debe ser cobrada desde el 2003 sino a partir del año 2033. Cabe resaltar que no se encuentra suficiente asidero en lo precisado por el actor cuando sostiene que existió entre el acto ejecutivo, Resolución 003615 de 2002, y el acto ejecutorio, Resolución 004247 de 2003, una ruptura irreparable: “mientras en la resolución 003615 de 2002, el Ministerio afirmó de manera contundente que la 'obligación de revertir se aplaza hasta el término de la autorización' y por lo tanto la decisión de 'revocar la orden de revertir anticipadamente', en la resolución 004247 afirmó que 'una vez revertidos los bienes empezará a correr la prórroga de los primeros diez años de concesión’”. En otras palabras, precisó que “si el Ministerio revocó la decisión de aplazar la reversión hasta el año 2033, quiere decir que, modificó la resolución 003615 de 2002 sin obtener el consentimiento de CZN S.A.”. No obstante, como se aprecia, lo decidido en las dos resoluciones demandadas no constituyó un tema nuevo o modificadorio, sino simplemente la

concreción de lo que estaba plasmado en las Resoluciones 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, es decir, la obligación de pagar la contraprestación por uso de infraestructura. De la lectura integral de los actos precitados, la Sala encuentra que la Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002 causó el nacimiento de un derecho a favor del Estado y de una obligación a cargo del concesionario; y el acto ejecutorio, Resolución No. 08928 del 12 de julio de 2002. Emanada del Ministerio de Transporte, materializó lo ordenado por el primero, tanto de la obligación de pagar por una contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar como por la ocupación y utilización de instalaciones portuarias. La Sala encuentra que el actor, al momento de ejercer la acción subjetiva de anulación prevista en el artículo 85 del CCA, no demandó el acto administrativo que originó la obligación sin que tampoco se configuren los supuestos para afirmar la procedencia excepcional del control de legalidad frente a actos administrativos de ejecución. [...] De manera que es claro que con la demanda se busca que no se cobre la obligación de liquidación de la contraprestación por uso de infraestructura entre 2003 y 2033, y también lo es que las pretensiones estuvieron mal formuladas, pues de los actos administrativos demandados y de los hechos de la demanda se desprende: i) que la Resolución 003615 de 2002 no fue demandada, y ii) que ante el cobro de esta contraprestación, la accionante debió demandar oportuna y concomitantemente el acto ejecutivo y el acto ejecutorio, pero no lo hizo. Por tanto, la omisión de lo expuesto vicia sustancialmente el alcance de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta, que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del juez frente al litigio propuesto, tornando procedente denegar las pretensiones frente a las resoluciones demandadas. Así las cosas, considera la Sala que las Resoluciones 08928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003, expedidas por la autoridad administrativa demandada, tienen la naturaleza jurídica de actos ejecutorios no susceptibles de control judicial, en tanto que se limitaron a ejecutar las órdenes contenidas en la Resolución ejecutiva 003615 de 2002, y según lo analizado por la Sala anteriormente, los actos demandados no se encuentran dentro de las excepciones previstas por las reglas trazadas por el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

ACTO ADMINISTRATIVO - Carácter ejecutivo y ejecutorio / ACTO DE EJECUCIÓN - Por regla general no es susceptible de control judicial / ACTO DE EJECUCIÓN - Eventos en que es enjuiciable / POSTURA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS EJECUTORIOS

[E]xiste uniformidad en cuanto a que los actos administrativos ejecutorios, esto es, aquellos que ejecutan una decisión judicial o administrativa, no son susceptibles de control jurisdiccional, salvo que la administración, al proferir el acto ejecutorio, se aparte del acto administrativo ejecutivo o habilitante, a través de agregados, modificaciones o supresión de elementos esenciales del acto primigenio, por lo que resulta indiscutible que el acto ejecutorio mutó su naturaleza y no puede afirmarse, entonces, que el acto sea de simple ejecución y, por lo mismo, puede ser controlado judicialmente.

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA DIMAR – Concesión a CARBOCOL en los terrenos de bajamar en la zona de Bahía Portete / CONCESIONES PORTUARIAS – Evolución normativa / CONCESIONES PORTUARIAS – Gratuidad antes de la Ley 1 de 1991 / PRINCIPIO DE GRATUIDAD – Operancia antes de 1991

Antes de la Ley 1ª de 1991, el Estado colombiano tenía el monopolio de la actividad portuaria, en cabeza de COLPUERTOS, ente estatal encargado de la administración y gestión de los puertos marítimos. Como regla general, puede señalarse que la concesión portuaria era otorgada por la Dirección General Marítima - DIMAR entidad que, luego de surtir un procedimiento administrativo que culminaba con la expedición de un acto administrativo, otorgaba el permiso para el uso y goce de las playas marítimas y los terrenos de bajamar, resaltando el hecho consistente en que las concesiones se regían por el principio de gratuidad. [...] [L]as playas son bienes de uso público. A pesar de ello, la autoridad encargada –la Dirección General Marítima y Portuaria- podía otorgar permisos o concesiones para el uso y goce de las playas y terrenos de bajamar, a título gratuito, y el beneficiario de la concesión asumía, entre otras obligaciones, la concerniente a revertir las construcciones, edificaciones e inversiones de los particulares a favor de la Nación y ello una vez haya vencido el permiso.

DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA DIMAR – Concesión a CARBOCOL en los terrenos de bajamar en la zona de Bahía Portete / BIENES DE USO PÚBLICO – Concesión / CONCESIONES PORTUARIAS – Evolución normativa / CONCESIONES PORTUARIAS – Onerosidad con la Ley 1 de 1991 / CONTRATO DE CONCESIÓN – Es oneroso / PLAYAS Y ZONAS DE BAJAMAR - Régimen tarifario para concesiones autorizadas antes de la ley 01 de 1991 / VALOR DE LAS CONTRAPRESTACIONES QUE DEBEN DAR QUIENES SE BENEFICIEN CON LAS CONCESIONES PORTUARIAS – Metodología. Cálculo / EXPLOTACIÓN DE PLAYAS Y TERRENOS DE BAJAMAR – Contraprestación / OCUPACIÓN Y UTILIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA – Contraprestación / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE CONCESIONES – Ley 1 de 1991

[P]uede señalarse que con ocasión de la expedición de la Ley 1ª, el legislador incorporó un régimen de transición con el fin de respetar situaciones jurídicas por parte de quienes habían recibido autorización para ocupar las zonas de bajamar y para realizar construcciones en ellas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1991, disponiendo que debían acogerse al régimen tarifario previsto en el nuevo Estatuto de Puertos el cual, como quedó visto, modificó el aspecto de la gratuidad de las concesiones para convertirlas en onerosas lo cual conlleva al pago de una contraprestación.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Concepto / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – Concepto / FUNCIONES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE – Respecto a las concesiones portuarias / INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO – Naturaleza / FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO / INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES INCO – Cambio a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – Probada respecto al INCO, hoy ANI, e INVIAS

En el caso concreto, el Tribunal de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por el INCO y el INVIAS, “[...] toda vez que, respecto de la primera autoridad fue con la Ley 856 de 21 de diciembre de 2003 que se estipuló que el pago de las contraprestaciones sería recibido por esta entidad, dinero que entraría a formar parte de los ingresos propios de la misma, y que se trata de una norma posterior a la expedición de los actos acusados, razón por la cual no le sobreviene responsabilidad por los mismos”. [...] [L]a Sala confirmará la decisión del a quo en

cuanto declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del INCO- hoy ANI, y el INVIAS, pues de acuerdo con el marco jurídico normativo realizado con anterioridad, para la época de expedición de los actos acusados (2002), el Ministerio de Transporte era la autoridad que tenía a su cargo lo concerniente a las concesiones portuarias, en los términos del numeral 11 del artículo 6° del Decreto 101 de 2000. En tal virtud, ni el INCO, hoy ANI, ni el INVIAS participaron en su expedición ni tuvieron injerencia alguna en su adopción.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 63 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 82 / LEY 1 DE 1991 / DECRETO LEY 2681 DE 1991 / DECRETO 101 DE 2000 / DECRETO LEY 1800 DE 2003 / DECRETO 4165 DE 2011 / DECRETO LEY 2349 DE 1971 – ARTÍCULO 87 / DECRETO LEY 2349 DE 1971 – ARTÍCULO 91 / DECRETO LEY 2349 DE 1971 – ARTÍCULO 97 NUMERAL 1 / DECRETO 3137 DE 1980 – ARTÍCULO 24 / DECRETO 2147 DE 1991 / RESOLUCIÓN 040 DE 1992 / RESOLUCIÓN 282 DE 1996 SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS / RESOLUCIÓN 022 DE 1993 SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS – ARTÍCULO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-31-000-2003-00877-01

Actor: CERREJÓN ZONA NORTE S.A. CARBONES DEL CERREJÓN L.L.C

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE – MINTRANSPORTE

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: LA CONCESIÓN PORTUARIA- RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PREVISTO EN LA LEY 1ª DE 1991- EL CARÁCTER ONEROSO DE LA CONCESIÓN- LOS ACTOS EJECUTIVOS Y LOS ACTOS EJECUTORIOS

APELACIÓN SENTENCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **sociedad Cerrejón Zona Norte S.A.**, en contra de la **sentencia de 2 de junio de 2011**, proferida por la **Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

1. El 2 de octubre de 2003, **la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A.** (en adelante **CZN**), actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – CCA, presentó demanda con el fin de que se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

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

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

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

TERCERA PRETENSIÓN: Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Transporte, en los siguientes aspectos:

A restituir a mi representada las sumas que ésta haya dado o pagado en cumplimiento de lo preceptuado por los actos administrativos demandados, así como al pago de los intereses sobre dichas sumas a la tasa máxima permitida por su ley, calculados desde el día que CZN realizó los pagos mencionados, hasta el día de su devolución.

A que se abstenga de liquidar y calcular contraprestación diferente a la correspondiente al uso de playas y terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquellas o éstos establecida en el artículo 1.1 de la Resolución 8928 de 2002.

A ajustar el monto de las garantías que debe constituir CZN, tomando como referencia para su determinación únicamente el valor de la contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar.

CUARTA PRETENSIÓN: Que se condene a la Nación – Ministerio de Transporte, a pagar a mi representada las costas y agencias en derecho del presente proceso (...).

I.1.1. Los hechos de la demanda

2. La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes que se sintetizan de modo temático:

3. **De la concesión portuaria y el permiso de construcción otorgados a Carbones de Colombia S.A.** En el año de 1983, **Carbones de Colombia S.A.** - en adelante **CARBOCOL**-, presentó una solicitud ante la **Dirección Marítima y Portuaria** -en adelante **DIMAR**-, con el fin de que se le confiriera una concesión en los terrenos de bajamar y se le autorizara la construcción de un complejo portuario en la zona de Bahía Portete, departamento de La Guajira, lo cual se tramitó de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley 2349 de 1971¹ y el Decreto 3137 de 1980².

4. Mediante Resolución 503 de 1983, la DIMAR: *i)* otorgó la concesión de los terrenos de playas y bajamar; *ii)* autorizó la construcción de un complejo carbonífero, y *iii)* otorgó un permiso para construir un complejo portuario para la explotación y exportación de carbón³. De la mencionada Resolución 503 de 1983 surgieron dos tipos de relaciones jurídicas diferenciables: “(...) *i) la primera, que consistía en el otorgamiento de una concesión sobre las playas y terrenos de bajamar en la zona de Bahía Portete, y ii) la segunda, que consistía en el otorgamiento de un permiso de construcción para la realización de un complejo portuario para la explotación y exportación del carbón*”⁴.

5. **El nuevo estatuto de puertos.** A través de la Ley 1ª de 1991, el Congreso de la República expidió el **Estatuto de Puertos Marítimos**, norma mediante la cual se reglamentó todo lo relacionado con el trámite y el otorgamiento de las concesiones portuarias. El artículo 39 de la citada ley dispuso que las personas que habían recibido licencia, autorización y/o concesión para ocupar y usar las playas y terrenos de bajamar con anterioridad a la expedición de la misma, podían seguir ejerciendo los derechos que mediante tales autorizaciones se les habían concedido. Dicha norma fue reglamentada mediante la Resolución 022 de 1993, expedida por la Superintendencia General de Puertos, la cual estableció los requisitos para la homologación de las licencias, autorizaciones y concesiones.

6. Con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones relativas a la homologación de licencias y autorizaciones, CARBOCOL elevó solicitud ante la Superintendencia General de Puertos, entidad que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1ª de 1991, era la competente para resolver este trámite. Con base en esta petición, la Superintendencia expidió la Resolución No. 164 del 9 de marzo de 1994, mediante la cual se homologó la concesión de CARBOCOL. Como

¹ “Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones”.

² “Por el cual se dictan normas sobre el otorgamiento de permisos en materia portuaria”.

³ Se consignó en la mencionada resolución: “ARTÍCULO 1º. Otorgar concesión a la sociedad “CARBONES COLOMBIA S.A. CARBOCOL” en los terrenos de playas y bajamar determinados en los considerandos y autorizar la construcción de un complejo carbonífero de conformidad con los planos, estudios y cálculos estructurales presentados con la solicitud; aquellas construcciones que se hagan en todo o en parte en terrenos de playa o de bajamar, revertirán a la Nación al término de la concesión que se otorga, conforme a lo prescrito el decreto 2349 de 1971 y demás normas complementarias”.

⁴ Según el demandante la concesión sobre las playas y terrenos de bajamar se otorgó por un periodo de 20 años prorrogables, y dentro de las obligaciones impuestas a CARBOCOL, no se previó el pago de ninguna contraprestación por el otorgamiento del permiso de construcción ni por la concesión.

consecuencia de la homologación, a través de la Resolución 164 de 1994, la Superintendencia le fijó a CARBOCOL la obligación de pagar una contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar por valor de SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO DÓLARES americanos (US\$ 648.348).

7. CARBOCOL interpuso recurso de reposición contra la Resolución 164 habida cuenta de que la contraprestación que se le había fijado no estaba bien cuantificada. El recurso fue resuelto por la Superintendencia General de Puertos, mediante la Resolución 582 de 1994, acto administrativo en el que se modificó la contraprestación a la suma de QUINIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS DOLARES CON NOVENTA Y DOS CENTAVOS (US\$ 507.566,92), por cuanto se consideró que el cálculo se había realizado para 200 metros de longitud de playa y en realidad correspondía a 150 metros.

8. **Cesión de la concesión portuaria.** El 11 de enero de 2000, el Gobierno nacional expidió el Decreto 020, por medio de la cual se aprobó el programa de enajenación de la participación estatal en el complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte. Como consecuencia de lo anterior, se constituyó la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. -en adelante CZN-, a la que se le transfirieron la mayoría de los bienes y obligaciones de CARBOCOL.

9. El 15 de noviembre de 2000 se celebró entre CARBOCOL y CZN un contrato de transferencias y explotación minera a través del cual el primero le cedió al segundo varios bienes y derechos, dentro de los cuales se encontraba la titularidad de la concesión portuaria en Bahía Portete. Dicho negocio jurídico fue inscrito en el Registro Nacional Minero.

10. **La prórroga de la concesión.** El 16 de marzo de 2001, CZN solicitó la prórroga de la concesión portuaria otorgada mediante Resolución 503 de 1983, la cual fue concedida a través de la Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001, por el término de diez (10) años. En el citado acto se dispuso que *“una vez efectuada la reversión el 30 de junio de 2003, se debía comenzar a cobrar una contribución por infraestructura”*. Contra el anterior acto administrativo CZN interpuso recurso de reposición, en el cual presentó las siguientes solicitudes: **(i)** la prórroga de la concesión otorgada mediante Resolución 503 de 1983, por un período de veinte (20) años prorrogables, con fundamento en el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991 y el Decreto 345 de 1991, y **(ii)** que la reversión no ocurriría en junio de 2003 sino que se efectuaría al terminar la concesión, es decir, cuando se extinga definitivamente la concesión.

11. El recurso de reposición fue resuelto a través de la Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002, en la cual se prorrogó la concesión por treinta (30) años, dividida en períodos de diez (10) años, y se estableció que la reversión solo operaría a partir de la terminación de la concesión, esto es, en el año 2033.

Asimismo, se dispuso que debía continuar pagando la contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar.

12. El actor consideró en la demanda: *i)* que se revocaron los artículos de la resolución inicial que establecían la prórroga de la concesión por el término de diez (10) años únicamente, los cuales fueron reemplazados por una prórroga de 30 años dividida en períodos de diez (10) años, y *ii)* que se revocó el párrafo del artículo de la Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001, el cual establecía que una vez efectuada la reversión de los bienes a la Nación se fijaría el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura.

13. Se aduce en la demanda que el Ministerio de Transporte había determinado que el CZN tenía que continuar pagando una contraprestación por el uso de las playas y terrenos de bajamar que originalmente se le había otorgado en concesión; sin embargo, en la resolución recurrida el Ministerio había ordenado, además, que se fijará otra contraprestación adicional por concepto de uso de infraestructura; contraprestación que, a juicio de CZN, ella no estaba obligada a pagar. En ese orden, a juicio del demandante, para CZN era evidente que la contraprestación por infraestructura no le era aplicable, puesto que la infraestructura portuaria había sido construida por ella misma y que, en su caso particular, no había operado reversión alguna, ni operaría sino hasta la terminación de su concesión en el año 2033.

14. Precisó el demandante que el Ministerio de Transporte reconoció el hecho de que prorrogar la concesión por treinta años implicaba necesariamente posponer también la reversión de los bienes, lo cual, consecuentemente, solo operaría una vez finalizara definitivamente la concesión otorgada. En esa medida, los bienes inmuebles, propiedad de CZN que se encontraban -y aún se encuentran- en las zonas entregadas en concesión, continuarían perteneciéndole y se reputaban propiedad privada, y por ello mismo, su uso no puede generar el pago de contraprestación alguna.

15. El Ministerio de Transporte expidió la Resolución 8928 de 2002, mediante la cual no solo fijó la contraprestación por uso de playas y terrenos de bajamar que se le había solicitado, sino que, además, *“estableció sin ningún sustento legal una contraprestación a cargo de CZN por ocupación y utilización de instalaciones portuarias”*, pese a que no había ni ha operado la reversión en virtud de la prórroga de la concesión.

16. Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por la Resolución 004247 de 26 de junio de 2003, que confirmó en todas sus partes el acto administrativo recurrido (actos administrativos censurados). En tal sentido se expusieron los siguientes motivos de inconformidad: *i)* con la expedición de la Resolución 8928 del 12 de julio de 2002, el Ministerio de Transporte incurrió en falsa motivación, toda vez que la llamada contraprestación por infraestructura no se encuentra prevista en la Ley 1ª de 1991, cuando la

propiedad de la infraestructura portuaria recae en una persona jurídica de carácter privado, y *ii*) se vulneraron las disposiciones del Estatuto de Puertos, particularmente el artículo 7º, habida cuenta de que este prescribe el principio de la estabilidad de la contraprestación en virtud de la cual se prohíbe la modificación de esta una vez ha sido establecida.

17. Según el demandante la entidad demandada incurrió en graves errores: *i*) aun a pesar de haber reconocido en la Resolución 004247 de 2003 que la contraprestación por infraestructura no procedía cuando la infraestructura portuaria era de propiedad de personas privadas, impuso dicha contraprestación por el uso de bienes que no eran de la Nación; *ii*) la Resolución 003615 de 2002 aceptó que la reversión de los bienes localizados en el área de la concesión otorgada a CZN solo ocurriría a la terminación definitiva de la misma, es decir, en el año 2033; sin embargo, en la Resolución 8928 de 2002, el Ministerio de Transporte consideró que esos bienes se debían revertir en 2003, y con base en esa hipótesis cobró una contraprestación por uso de infraestructura.

18. Alegó la parte demandante que en la Resolución 04247 de 2003, mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto contra la Resolución 008928 de 2002, el Ministerio de Transporte precisó que: *“al tenor de esta ley es procedente el cobro de la contraprestación por infraestructura, toda vez que se está anteponiendo el interés general sobre el particular, al salvaguardar los bienes del Estado y evitar así un desequilibrio económico traducido en la depreciación de los bienes de uso público propiedad de la Nación –infraestructura-, por un período de treinta años, que sin duda alguna se vería reflejado en un incremento de los ingresos de la concesionaria y un detrimento sustancial para la Nación”*. Según el actor, este es un argumento falaz y contrario a derecho, pues implica justificar una contraprestación no prevista en la ley, o prevista para circunstancias de hecho diferentes, simplemente porque al Ministerio de Transporte le parece que no cobrarlo sería contrario al interés público, beneficiaría al particular y afectaría los intereses del Estado.

19. Los anteriores pagos fueron realizados por CZN, el día 7 de julio de 2003, dejándose constancia expresa que el mismo no significaba aceptación de la contraprestación por infraestructura.

I.1.2. Las normas violadas y el concepto de violación

20. La sociedad actora consideró que los actos administrativos censurados fueron expedidos por el Ministerio de Transporte, y con ellos se infringió lo dispuesto en los artículos 2 y 83 de la Constitución Política; 35, 73 y 84 del Código Contencioso Administrativo; y 7 y 8 de la Ley 1ª de 1991. Para tal efecto, estructuró los cargos de nulidad relativos a la *(i)* falsa motivación “por error de hecho” y “por error de derecho”; *(ii)* violación de las normas superiores; *(iii)* falta de competencia, y *(iv)* vulneración del principio de confianza legítima.

(I) Causal de falsa motivación

21. La parte actora consideró infringidos los artículos 35 y 84 del CCA. Manifestó que las Resoluciones 008928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003, expedidas por el Ministerio de Transporte, están viciadas de falsa motivación por error en las consideraciones de hecho y de derecho que sirvieron como fundamento de la decisión.

22. Respecto a la **falsa motivación por error de hecho**, explicó que la entidad demandada partió del supuesto consistente en que, a partir de 2003, CZN comenzaría a usufructuar la infraestructura de propiedad de la Nación, en virtud de la reversión que debía efectuar sobre los bienes inmuebles, cuando en realidad los mismos solo se restituirían una vez finalizara la concesión en el año 2033.

23. Agregó que así lo reconoció el Ministerio de Transporte en la Resolución 003615 de 18 de marzo de 2002, al disponer que *“los beneficiarios de la autorización otorgada mediante resolución 503 de 1983, la cual se proroga mediante el presente acto, deberán revertir al término de la misma, en forma gratuita a favor de la Nación, tanto las construcciones como los inmuebles por destinación y demás bienes a que haya lugar”*.

24. Puso de presente que, para el cobro de la contraprestación por infraestructura, de acuerdo con la Resolución 282 de 1996, era un presupuesto necesario, la existencia de una infraestructura de propiedad de la Nación. Sin embargo, insistió que dicha situación de hecho no ocurrió en el presente caso, puesto que como la reversión se aplazó hasta el 2033, los bienes inmuebles por destinación que se encontraban en la zona otorgada en concesión a CZN eran aún propiedad exclusiva de un particular.

25. Consideró que en la Resolución 004247 de 2003 se le intentó dar un alcance diferente al artículo 4º de la Resolución 003615 de 2002, lo que implicaría la modificación de un acto administrativo en firme sin contar con el consentimiento del titular del derecho.

26. En relación con la **falsa motivación por error de derecho**, sostuvo que las resoluciones demandadas se encuentran en contravía de las normas jurídicas que regulan la contraprestación por infraestructura, toda vez que esa compensación tiene como requisito *sine qua non*, la existencia de una infraestructura portuaria de propiedad de la Nación y el otorgamiento de los derechos de uso y goce de la misma a un concesionario. Por tanto, indicó que *“(…) cuando los bienes inmuebles por destinación que se encuentran en la zona de uso público dada en concesión son de propiedad del concesionario, no resulta procedente el citado cobro”*.

27. Adujo que ni la Ley 1ª de 1991 ni la Resolución 282 de 1996 hacen referencia al desequilibrio económico del contrato, la justicia o la conveniencia como criterios para justificar el cobro de la contraprestación por el uso de la infraestructura.

(II) Causal de nulidad por infracción de las normas en que deben fundarse los actos acusados

28. La sociedad demandante consideró infringidos los artículos 7º y 8º de la Ley 1ª de 1991 y 73 del CCA. En efecto, manifestó que: *i)* las resoluciones demandadas desconocieron el artículo 73 del CCA, habida cuenta de que modificaron lo dispuesto en el artículo 4º de la Resolución 003615 de 2002, sin el consentimiento expreso y escrito de CZN. Puntualizó que, en el presente caso, no se configuró la figura del silencio administrativo positivo ni se obtuvo por medios ilegales, únicas hipótesis contempladas por la jurisprudencia de esta Corporación para que no se requiera el consentimiento del titular; *ii)* la sociedad tenía una situación jurídica definida relativa a la obligación de reversión al término definitivo de la concesión, la cual fue desconocida por el Ministerio al imponer la contraprestación por infraestructura, a partir del 30 de junio de 2003; *iii)* respecto a los artículos 7º y 8º de la Ley 1ª de 1991, indicó que es claro que los beneficiarios de una concesión portuaria que tiene como propósito el uso de las playas y terrenos para la construcción de un puerto solo están obligados a pagar la contraprestación por el uso de las mismas, y *iv)* según lo dispone el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991, el plazo de las concesiones es, por regla general, de 20 años, pero puede ser prorrogado por períodos de 20 años más de manera sucesiva. Así pues, solo al finalizarse la concesión de manera definitiva, sea por extinción del plazo inicial o el de sus prórrogas, el concesionario debe revertir los bienes inmuebles por destinación ubicados en la zona de uso público.

(III) Causal de nulidad por falta de competencia. Infracción de los artículos 6º y 209 de la Constitución Política y 3º del CCA

29. El demandante consideró que el Ministerio demandado actuó por fuera del ámbito de competencia fijado por el artículo 3º de la Resolución 003615 de 2002, habida cuenta de que solo debió liquidar la contraprestación por uso de playas y terrenos de bajamar; no obstante, excedió su facultad al liquidar también la contraprestación por infraestructura portuaria de propiedad del CZN.

(IV) Violación de la confianza legítima. Infracción de los artículos 2º y 83 de la Constitución Política

30. La parte actora puso de presente que con la imposición sorpresiva del pago de la contraprestación por infraestructura a CZN, el Ministerio demandado defraudó su confianza legítima, ya que en la Resolución 003615 de 2002 había quedado definido que la concesión portuaria se había prorrogado por tres períodos sucesivos y, en consecuencia, la obligación de reversión solo surgiría al término de la misma. Adicional a lo anterior, el Ministerio no podía cambiar su posición cuando ya había expedido un acto administrativo que se encontraba en firme en el que estableció las condiciones de la concesión.

I.2. Trámite del proceso en primera instancia

31. Mediante auto de 22 de enero de 2004⁵, se admitió la demanda, se ordenaron las notificaciones de ley, y se negó la suspensión provisional solicitada.

32. A través de providencia del 5 de agosto de 2004⁶, se negó un llamamiento en garantía y se ordenó la integración del litisconsorcio necesario por la parte pasiva del Instituto Nacional de Concesiones - INCO y el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS.

I.3. Contestaciones de la demanda

33. **Contestación del Ministerio de Transporte**⁷. El Ministerio de Transporte mediante apoderado judicial consideró: **i)** que había operado una sustitución procesal, toda vez que el Instituto Nacional de Concesiones - INCO había subrogado al Ministerio respecto a las relaciones derivadas de las concesiones portuarias; **ii)** que los actos demandados estaban ajustados a los preceptos legales superiores; **iii)** que si bien la Resolución 503 de 1983 no entregó infraestructura en concesión, sí autorizó la construcción de un puerto para el manejo del carbón, el cual se debía revertir a la Nación el 1º de julio de 2003, con independencia de la facultad discrecional de prórroga; **iv)** que la Ley 1ª de 1991 respetó las condiciones de los permisos otorgados por la DIMAR con anterioridad a su vigencia, pero tras su vencimiento, las concesiones debían regirse por la nueva norma; **v)** que la Resolución 003615 de 18 de marzo de 2002 ordenó a CZN presentar el avalúo comercial de las instalaciones portuarias construidas sobre la zona de uso público dadas en concesión, lo cual es requisito indispensable para el cálculo de la contraprestación por infraestructura; **vi)** que la sociedad actora ha incumplido las obras de inversión que había anunciado, lo que genera un desequilibrio económico en detrimento de la Nación y da lugar a una declaratoria de caducidad en los términos del artículo 41 de la Ley 1ª de 1991, y **vii)** que no existe falsa motivación del acto administrativo por error de hecho ni de derecho, puesto que la prórroga del plazo de la concesión *“no significó que ésta debería operar en las mismas condiciones y que el Estado debía renunciar al lucro proveniente del uso de infraestructura sobre el cual ya tenía derecho, así no se hubiera dado el acto procesal de la reversión”*.

34. Propuso, además, las excepciones que denominó: **i)** *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, toda vez que a partir de la expedición del Decreto 1800 de 2003, el INCO es el encargado de la infraestructura de transporte, en especial de las concesiones, como las portuarias. Asimismo, puso de presente que el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS es el beneficiario de las contraprestaciones portuarias, de conformidad con lo establecido con el artículo 1º de la Ley 856 de 2003; **ii)** *“Ausencia de presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia de fondo”*, puesto que se acumularon pretensiones que solo pueden exigirse al INCO, el INVÍAS y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **iii)** *“Ausencia de presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia favorable al demandado (sic)”*, puesto que la relación jurídica de la actora es con el INCO, y la pretensión

⁵ Folios 265 al 270, cuaderno 2.

⁶ Folios 406 al 412, cuaderno 3.

⁷ Folios 282 al 318, cuaderno 2.

tercera -restitución de las sumas pagadas- no puede ser solicitada al Ministerio de Transporte; **iv)** “*Procedimiento inadecuado*” al considerar que el proceso debe ser conocido por la Sección Tercera, toda vez que la presente concesión es lo que la doctrina ha denominado como “*contratos con la forma de actos administrativos necesitados de previa aceptación*” y, por tanto, los actos administrativos demandados son de carácter contractual; **v)** “*Inepta demanda*” la cual se configura por la ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 137 del CCA, al no haberse estimado razonadamente la cuantía y acumularse indebidamente las pretensiones.

35. Contestación del Instituto Nacional de Vías – INVIAS⁸. El apoderado judicial del Instituto Nacional de Vías - INVIAS se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos: **i)** los actos demandados fueron proferidos por el Ministerio de Transporte y, por tanto, no los puede revocar el INVIAS directamente; **ii)** el INCO es el ente encargado de la administración de las concesiones portuarias. Propuso, además, las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inepta demanda por indebida designación del demandado*”, por no haberse demandado al municipio de Uribia que tiene interés directo en el proceso; e “*inepta demanda por falta de estimación razonada de la cuantía*”.

36. Contestación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO⁹. El Instituto Nacional de Concesiones - INCO, a través de apoderado judicial, indicó: **i)** que de conformidad con lo establecido en la Ley 1ª de 1991, al vencimiento del plazo de la concesión otorgada, la infraestructura portuaria debía revertir en forma gratuita a favor de la Nación, esto es, el 1 de julio de 2003, y **ii)** que el plazo de las concesiones constituye un elemento esencial que permite configurar la ecuación financiera, y por ese motivo “*(...) el término originalmente concedido en la Resolución 503 de 1983 fue el plazo configurativo de esa ecuación contractual, a efectos de que el concesionario o particular autorizado amortizara sus inversiones y, de ser el caso, aún bajo su propio riesgo obtuviere los ingresos y utilidades esperados*”. Propuso, además, las excepciones de “*procedimiento inadecuado*” toda vez que el asunto debió conocerlo la Sección Tercera del Tribunal, por tratarse de un acto de tipo contractual, e “*inepta demanda*” dado que el actor no realizó la estimación razonada de la cuantía en el libelo de la demanda.

I.4. Alegatos de conclusión en primera instancia

37. El 23 de junio de 2005¹⁰ se abrió el proceso a pruebas y por auto del 15 de octubre de 2009¹¹ se corrió traslado para alegar de conclusión. En dicha oportunidad presentaron sus escritos la parte demandante, el INCO y el agente del Ministerio Público.

⁸ Folios 415 al 425, cuaderno 3.

⁹ Folios 12 al 43, cuaderno 4.

¹⁰ Folios 453 al 456, cuaderno 3.

¹¹ Folios 538 y 539, cuaderno 3.

38. La parte demandante¹² reiteró, en esencia, los mismos argumentos consignados en el escrito de contestación de la demanda.

39. El **INCO**¹³, por su parte, insistió en que, una vez finalizado el plazo de la autorización inicial, es decir, el 1º de julio de 2003, el concesionario de Puerto Bolívar revirtió a la Nación las zonas de uso público concedidas y los bienes de infraestructura portuaria afectos a la concesión. También puso de presente que, en el cambio de la relación jurídica inherente a la concesión de Puerto Bolívar, por virtud de la homologación de la Ley 1ª de 1991, se dispuso en primer lugar aplicar el principio de onerosidad establecido por el legislador razón por la cual, desde el punto de vista jurídico, se encuentra justificado el cobro de la contraprestación por infraestructura portuaria, tal y como se dispuso en los actos acusados. Finalmente, adujo que resulta claro que operó la amortización financiera de las inversiones en infraestructura portuaria dentro del plazo inicial de la concesión -20 años- lo que implica que se consolidó la titularidad del Estado concedente sobre dicha infraestructura con la reversión de los bienes, la cual acaeció el día 1º de julio de 2003.

40. El **agente del Ministerio Público**¹⁴ en la primera instancia rindió concepto en el sentido de solicitar que se denegaran las pretensiones de la demanda. En efecto, indicó que la DIMAR, mediante Resolución 503 de 1983, le otorgó a la sociedad CARBOCOL la concesión de terrenos y playas de bajamar en la jurisdicción de Bahía Portete para la explotación portuaria, durante un término de veinte (20) años, para lo cual autorizó la construcción de un complejo portuario, infraestructura que debía revertir a la Nación al término de la concesión; condición resolutoria que, en su concepto, ya se materializó.

I.5. La sentencia de primer grado

41. Mediante sentencia de fecha 2 de junio de 2011¹⁵, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por el INCO y por el INVIAS y, en cuanto al fondo del asunto, decidió negar las pretensiones de la demanda, por las razones que se siguen:

(I) Estudio del primer cargo de nulidad de los actos acusados: causal de falsa motivación

42. La primera instancia indicó: *i)* que la Resolución 503 de 1983 otorgó la concesión a la sociedad Carbones de Colombia S.A., (cedida posteriormente a la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A.) esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1ª de 1991, y en ella el concesionario se obligó, entre otras, a revertir a la Nación y al término de la concesión los bienes que se hubieren levantado en el

¹² Folios 541 a 554 del cuaderno 3.

¹³ Folios 555 a 628 del Cuaderno 3.

¹⁴ Folios 629 a 633 del cuaderno 3.

¹⁵ Folios 635 al 691 del cuaderno principal.

terreno concedido; *ii*) que una vez el concesionario obtiene las contraprestaciones esperadas, resulta imperativo que, **al finalizar el término inicial**, los bienes ingresen al patrimonio de la Nación, *“lo cual se compadece con el equilibrio económico del contrato ya que de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa a favor del concesionario y un empobrecimiento correlativo del patrimonio del Estado por el desgaste de sus bienes sin recibir pago alguno por ello”*; *iii*) que una vez cumplidas las condiciones iniciales, era deber del concesionario revertir los bienes a la Nación, independientemente de que se concediera o no la prórroga de la misma, y *iv*) que cuando operó la reversión de los bienes al patrimonio de la Nación, teniendo en cuenta que ya existía sustento legal para el pago de una contraprestación por el uso y goce de dichos inmuebles, era procedente que a partir del 1º de julio de 2003 se le cobrase al CZN.S.A., por el uso de dicha infraestructura en los términos de la Resolución 282 de 1996.

(II) Estudio del segundo cargo de nulidad: infracción de las normas en que deben fundarse los actos acusados

43. En lo concerniente al desconocimiento de las normas en que debían fundarse los actos acusados, el *a quo* señaló que no se trató de una revocatoria de un acto administrativo, puesto que con la homologación al régimen de mecanismos tarifarios previstos en la Ley 1ª de 1991, mediante la Resolución 164 de 1994, se estableció que la reversión de los bienes ocurriría al vencimiento del término inicial de la autorización, esto es, el 1º de julio de 2003.

(III) Estudio del tercer cargo de nulidad: falta de competencia. Infracción de los artículos 6º y 209 de la Constitución Política y 3º del CCA

44. La primera instancia destacó que, con la expedición de la Ley 1ª de 1991, desapareció el uso, goce y explotación de terrenos de bajamar a título gratuito para convertirse en un escenario oneroso, razón ésta que justifica el cobro de una contraprestación por el uso de infraestructura que pertenece a la Nación.

(IV) Estudio del cuarto cargo de nulidad: Violación de la confianza legítima. Infracción de los artículos 2º y 83 de la Constitución Política

45. Finalmente, la primera instancia analizó el cargo de violación al principio de la confianza legítima y lo descartó por cuanto consideró que la Resolución 003615 de 2002 ordenó la liquidación de la contraprestación económica que incluía el uso y goce temporal y exclusivo de zonas de uso público y por infraestructura, desde el 1º de julio de 2003 y, en cumplimiento de este acto ejecutorio, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 008928 de 2002.

I.6. La formulación del recurso de apelación

46. La sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. interpuso recurso de apelación¹⁶ en contra de la decisión de primera instancia, con sustento en las siguientes razones: *i)* la reversión de los bienes opera a la terminación efectiva del contrato de concesión y no al cumplimiento del plazo inicial; *ii)* la terminación de los contratos, entendida como la finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional o la cesación de los efectos obligatorios surgidos de los mismos, opera por el vencimiento del plazo extintivo; por tanto, la reversión de la infraestructura construida en virtud de una concesión portuaria opera al término del contrato o autorización, según el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991; *iii)* habida cuenta que no se configuró la reversión de los bienes o de la infraestructura construida en los terrenos construidos, no procedía el cobro de la contraprestación por uso de la infraestructura portuaria; *iv)* si el querer del legislador hubiera sido otro, habría señalado que la prórroga otorgada implicaba “*de manera automática la reversión de los bienes de la Nación*”; *v)* la administración evaluó las condiciones del desequilibrio económico del contrato cuando otorgó de forma discrecional la prórroga de la concesión, y no podía el fallador, sin sustento fáctico o probatorio, presumir tal desequilibrio, y *vi)* por último, reiteró los argumentos esgrimidos en el auto del 5 de agosto de 2004, mediante el cual se ordenó la integración del litisconsorcio necesario del Instituto Nacional de Concesiones - INCO y el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, para destacar que el *a quo* erró al encontrar probada la falta de legitimación por pasiva de esas entidades.

I.7. Conflicto de competencias

47. Mediante auto de fecha 7 de julio de 2011, el *a quo* concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora.

48. Recibido el expediente por esta Corporación, a través de proveído del 19 de agosto de 2011¹⁷, la Sección Tercera admitió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A.

49. El 6 de diciembre de 2011¹⁸, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, oportunidad en la que intervinieron la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y la sociedad actora.

50. Mediante proveído de fecha 5 de marzo de 2018, la Sección Tercera declaró “*que no le corresponde el conocimiento del proceso*”, razón por la cual decidió remitir el expediente a la Sección Primera¹⁹.

51. En auto de fecha 4 de abril de 2019²⁰, el magistrado a cargo de la sustanciación del proceso promovió conflicto de competencias entre las Secciones

¹⁶ Folios 694 al 714 del cuaderno principal.

¹⁷ Folio 718 del cuaderno principal.

¹⁸ Folio 720 del cuaderno principal.

¹⁹ Folios 808 a 810 del cuaderno principal.

²⁰ Folios 818 a 828 del cuaderno principal.

Primera y Tercera de esta Corporación, razón por la cual se dispuso su remisión a la Presidencia del Consejo de Estado para lo de su competencia.

52. El 23 de septiembre de 2019²¹, la Presidencia de esta Corporación concluyó que los actos administrativos expedidos por el Ministerio de Transporte con el fin de ordenar el pago de una contraprestación dineraria no son de naturaleza contractual, por lo que el competente para conocer del proceso es la Sección Primera.

53. El despacho sustanciador del proceso, mediante providencia de 20 de noviembre de 2020, ordenó remitir copia de la demanda y de su contestación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE, con el fin de que manifestara lo que considere pertinente. Notificada la citada decisión judicial, la entidad estatal de defensa jurídica guardó silencio.

I.8. Alegatos de conclusión

I.8.1. Alegatos de la Agencia Nacional de Infraestructura²²

54. El apoderado judicial de la **Agencia Nacional de Infraestructura** – ANI señaló: *i)* que en el numeral décimo sexto de la Resolución 012501 de 21 de diciembre de 2001 se precisó que la reversión debía efectuarse al final de la concesión o sea en el año 2003, independientemente de que se concediera o no la prórroga en el término, toda vez que la reversión y la prórroga son dos circunstancias autónomas y debían cumplirse de manera individual; *ii)* que la Resolución 003615 de 18 de marzo de 2002 no contrarió lo afirmado por el anterior acto administrativo respecto a la reversión de la infraestructura portuaria, y *iii)* que durante el término inicial de la concesión, debió darse la amortización financiera de las inversiones en infraestructura portuaria, por lo que debía operar la reversión de la misma al Estado concedente. En caso de no haberse logrado la amortización correspondiente, el concesionario debió ejercer las acciones administrativas y contenciosas pertinentes con anterioridad a la prórroga de la concesión.

I.8.2. Alegatos de conclusión de Cerrejón Zona Norte S.A.²³

55. La sociedad actora reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso y en el recurso de apelación.

I.8.3. Concepto del Ministerio Público

56. El agente del Ministerio guardó silencio en esta etapa procesal.

²¹ Folios 846 a 853 del cuaderno principal.

²² Folios 721 al 731 del cuaderno principal.

²³ Folios 732 al 740, cuaderno principal.

II. CONSIDERACIONES

II.1. Competencia

57. Esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, conforme con lo establecido por el artículo 129 del CCA²⁴, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 80 expedido el 12 de marzo de 2019²⁵.

II.3. Recopilación de las posturas litigiosas y formulación del problema jurídico

58. La sociedad **Correjón Zona Norte S.A.** interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del numerales 1.2 del artículo 1º y los artículos 2º y 3º de la Resolución 008928 del 12 de julio de 2002, expedida por el Director General de Transporte Marítimo y Puertos del Ministerio de Transporte, mediante la cual fijó la contraprestación por la ocupación y uso de la infraestructura portuaria, y contra la Resolución 004247 de 26 de junio de 2003, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.

59. Como sustento de sus pretensiones alegó que los actos administrativos demandados fueron proferidos con falsa motivación, violación de normas superiores, falta de competencia y transgresión de la confianza legítima, habida cuenta de que impuso a la sociedad un pago por el uso y ocupación de la infraestructura del puerto de Bahía Portete, departamento de La Guajira, cuando aún no había operado la reversión de los bienes inmuebles que conformaban dicha infraestructura a la Nación, en virtud de la prórroga al contrato de concesión otorgado mediante Resoluciones 012501 de 2001 y 003615 de 2002.

60. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A, mediante sentencia del 2 junio de 2011, declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del Instituto Nacional de Concesiones - INCO y del Instituto Nacional de Vías - INVIAS, y denegó las pretensiones de la demanda al considerar que al vencimiento del término inicial de la concesión, los bienes afectados a la misma, revierten a la Nación y, en consecuencia, se debe pagar la contraprestación correspondiente.

61. La sociedad **Correjón Zona Norte S.A.** apeló el fallo de primera instancia bajo el argumento consistente en que la reversión de los bienes sólo opera al

²⁴ "ARTICULO 129. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. El grado jurisdiccional de consulta se surtirá en los eventos de que trata el artículo 184 de este Código".

²⁵ "Por el cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado".

vencimiento del término definitivo de la concesión y no al cumplimiento del plazo inicial. Sostuvo que, en consecuencia, y dado que la concesión aún se encuentra vigente en virtud de la prórroga concedida, no se ha revertido la infraestructura concedida y, por ello, no hay lugar al pago de contraprestación alguna.

62. De acuerdo con lo expuesto, se tiene que el objeto del pronunciamiento que corresponde a la Sala en esta oportunidad se ubica materialmente en el ámbito de la Resolución num. 008928 del 12 de julio de 2002, expedida por el Director General de Transporte Marítimo y Puertos del Ministerio de Transporte, mediante la cual se calculó la contraprestación por ocupación y utilización de la infraestructura portuaria, y de la Resolución num. 004247 de 26 de junio de 2003, que resolvió el recurso de reposición en contra de la primera. Lo anterior, en virtud a que la parte actora alega la contradicción de dichas resoluciones con el texto de los artículos 7 y 8 de la Ley 1ª de 1991; 3, 35, 73 y 84 del CCA, y 2, 6, 83 y 209 de la Constitución Política; advirtiéndose, desde ya, que el actor no demandó los actos administrativos que originaron el nacimiento de la contraprestación por infraestructura portuaria en cabeza del CZN -Resoluciones 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 de 2002-.

63. Por tanto, teniendo en consideración que la Sala entiende que el debate central del litigio se enmarca únicamente en la anulación de la obligación de contraprestación por uso de infraestructura que debe cobrarse según el demandante a partir del 2033, el problema jurídico del presente asunto se enfocará en determinar si, en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, las Resoluciones nums. 08928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003 son actos susceptibles de control judicial de manera autónoma e independiente, o si, por el contrario, al limitarse a cumplir lo ordenado en las Resoluciones nums. 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, resultaba indispensable integrarlas por ser creadoras de la contraprestación que se controvierte en este proceso, esto es, la contraprestación por el uso de infraestructura.

64. Así delimitado el problema jurídico, este no se agota mediante un ejercicio básico de trazabilidad temporal de las resoluciones que dieron lugar a la mencionada contraprestación por infraestructura, sino que exige poner en evidencia que el juez de primera instancia hizo un entendimiento errado de las resoluciones cuando consideró que la obligación por uso de infraestructura estaba depositada en los actos de ejecución demandados, cuestión que difiere de la realidad administrativa.

65. Esta situación motiva al juez de segunda instancia a develar las conexiones normativas que se configuran entre unas resoluciones y otras, resaltando que el contraste que aquí se haga necesariamente comprenderá los aspectos sustantivos y de contenido de los actos involucrados en la controversia, así como también, el alcance jurídico que aquellos tienen en el contexto de la concesión. Lo anterior, por cuanto contraer la problemática a identificar simplemente las resoluciones que

dieron origen a la contribución que se refuta en la demanda para proferir un fallo inhibitorio, si bien permite resolver el eje principal de la discusión, dejaría sin evidenciar los factores temporales y modales del nacimiento de la obligación y no desataría los puntos de disenso expuestos en el recurso de apelación.

66. Como tesis central al problema planteado, la Sala advierte que la demanda presentada por el CZN no integra debida y completamente la proposición jurídica, en el sentido de que si lo que el actor pretende es que una decisión administrativa (declaración de la voluntad que busca producir efectos en derecho), obligatoria o ejecutiva, como lo es la contraprestación económica por uso de infraestructura no se liquide, las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho tendrían que haberse dirigido contra las Resoluciones nums. 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 de 2002 que crearon la obligación y no únicamente contra los actos de ejecución, Resoluciones nums. 008928 de 12 de julio de 2002 y 004247 de 26 de junio de 2003. Lo anterior en la medida en que las resoluciones cuestionadas constituyen actos que, aislados, no consagran la obligación de la contraprestación por uso de infraestructura sino la ejecución de dicha obligación.

67. En aras de soportar la tesis central del fallo, la Sala abordará los siguientes temas que conducirán metodológicamente a su conclusión: **(i)** el análisis de la solicitud de concesión elevada por CARBOCOL S.A. a la DIMAR y de la cesión en favor del CZN S.A., y **(ii)** la identificación del nacimiento de la obligación y la imposibilidad de controlar en sede judicial de modo independiente y autónomo los actos de ejecución por medio de los cuales se materializaron las órdenes consignadas en las Resoluciones ejecutivas nums. 012501 de 2001 y 003615 de 2002.

68. Sin embargo, antes de desarrollar cada uno de los puntos anunciados en la ruta metodológica, la Sala considera menester estudiar preliminarmente un aspecto inicial invocado en la demanda y resuelto en la sentencia de primera instancia, asociado a la legitimación en la causa por pasiva y, posteriormente, adentrarse en un aspecto histórico que anuncia, a modo de antesala, el fondo del litigio, como lo es la transición de la gratuidad a la onerosidad en el contrato de concesión.

II.2. Estudio de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

69. Previo a decidir de fondo, la Sala encuentra necesario revisar la legitimación en la causa por pasiva. La legitimación en la causa constituye un presupuesto material para fallar de fondo una situación litigiosa.

70. La jurisprudencia ha precisado que el mencionado requisito se cumple cuando la persona o personas que intervienen en el proceso están, de conformidad con la ley sustancial, autorizadas para intervenir en favor o en contra de la causa²⁶. En

²⁶ “La legitimación en la causa -*legitimatío ad causam*- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio

otros términos, se trata de la coherencia entre las partes que traban una determinada litis y las personas a las que la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones²⁷.

71. En el caso concreto, el Tribunal de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por el INCO y el INVIAS, “[...] toda vez que, respecto de la primera autoridad fue con la Ley 856 de 21 de diciembre de 2003 que se estipuló que el pago de las contraprestaciones sería recibido por esta entidad, dinero que entraría a formar parte de los ingresos propios de la misma, y que se trata de una norma posterior a la expedición de los actos acusados, razón por la cual no le sobreviene responsabilidad por los mismos”.

72. La sociedad Cerrejón S.A. se mostró en desacuerdo frente al análisis efectuado por el *a quo* al declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Instituto Nacional de Concesiones – INCO y del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y para ello, se adhirió a los argumentos esbozados por el magistrado sustanciador de la primera instancia, mediante auto de 5 de agosto de 2004, providencia en la cual se ordenó la integración del litisconsorcio necesario de esas entidades. En la citada providencia se señaló que, tanto el INCO como el INVIAS eran titulares de las relaciones jurídicas que se debatían en el proceso. El INCO es una entidad con personería jurídica propia entre cuyas funciones se encuentran las relacionadas con el uso de la infraestructura portuaria. El INVIAS, por su parte, era parte pasiva del presente proceso pues la Ley 856 de 2003 dispuso que la contraprestación a favor de la Nación por concepto del uso de la infraestructura la recibiría esa entidad.

73. Sobre el particular, la Sala recuerda que la legitimación en la causa por pasiva hace referencia a la idoneidad jurídica que tiene una persona para discutir el objeto del litigio. En tal sentido, puede ser entendida como la calidad que tiene una persona para formular <<vista desde el extremo activo>> o contradecir las pretensiones de la demanda <<vista desde el extremo pasivo>> por cuanto es

que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquella exista. Es un elemento de mérito de la litis y no un presupuesto procesal”. Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 23 de abril de 2008, rad. 16.271, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ “La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de octubre de 1990, rad. 6054, citada en Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2012, rad. 85001-23- 31-000-1999-00340-01(23036), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

sujeto de la relación jurídica sustancial que se plantea en el proceso y respecto de la cual gira la controversia²⁸.

74. La Ley 1ª de 1991 –nuevo Estatuto de Puertos- creó la Superintendencia General de Puertos, como una entidad adscrita al entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte, quien “(...) ejercerá sus facultades respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones”²⁹. El Decreto Ley 2681 de 1991³⁰ dispuso que esa entidad es un organismo de carácter administrativo y técnico que goza de la autonomía administrativa y financiera establecida³¹ a quien le corresponde otorgar, mediante resolución motivada, las concesiones, autorizaciones y licencias portuarias³².

75. Luego, el Decreto 101 de 2000³³ trasladó en el Ministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Marítimo, las funciones que realizaba la Superintendencia General de Puertos en materia de concesiones portuarias³⁴. De manera que, la Superintendencia de Puertos fue “(...) despojada de las funciones de conceder concesiones portuarias, las cuales han sido atribuidas de manera privativa al Ministro de Transporte en los términos del numeral 11 del artículo 6º del decreto 101 de 2000”³⁵.

76. Posteriormente, mediante el Decreto Ley 1800 de 2003³⁶, se creó el Instituto Nacional de Concesiones - INCO como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera³⁷, que tiene como objeto la planeación, estructuración, contratación, ejecución y administración de los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 13 de abril de 2021, rad. 11001-03-24-000-2020-00013-00.

²⁹ Artículo 26 de la Ley 1ª de 1991.

³⁰ “Por el cual se establece la estructura y se determinan las funciones de las dependencias internas de la Superintendencia General de Puertos”, norma que fue expedida en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 25 de la Ley 1ª de 1991.

³¹ Artículo 1º del Decreto 2681 de 1991.

³² Artículo 4.9 del Decreto 2681 de 1991.

³³ “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Transporte y se dictan otras disposiciones”. Esta norma fue expedida por el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial, de la consagrada en el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, desarrollada en los artículos 37 de la Ley 105 de 1993 y 54 de la Ley 489 de 1998.

³⁴ Los parágrafos 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 101 de 2000: “(...) 2. Las funciones que realiza la actual Superintendencia General de Puertos en materia de concesiones portuarias, salvo aquellas de inspección y vigilancia, se trasladarán al Ministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos, acorde con lo contemplado en el presente decreto”. 3. Los archivos, documentos y en general toda la información relacionada con la adjudicación de concesiones portuarias pasarán al Ministerio de Transporte - Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, rad. 1175, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arde.

³⁶ “Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura”.

³⁷ Artículo 1º del Decreto 1800 de 2003.

capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario³⁸.

77. Con la expedición del Decreto 4165 de 2011³⁹ se cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones, entidad que pasó a convertirse en la Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, perteneciente al sector descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica⁴⁰, cuyo objeto consiste en *“(...) planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación”*⁴¹.

78. El artículo 25 del citado decreto dispuso que todos los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenía el Instituto Nacional de Concesiones - INCO, continuarían a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

79. De lo expuesto hasta aquí, la Sala confirmará la decisión del *a quo* en cuanto declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del INCO- hoy ANI, y el INVIAS, pues de acuerdo con el marco jurídico normativo realizado con anterioridad, para la época de expedición de los actos acusados (2002), el Ministerio de Transporte era la autoridad que tenía a su cargo lo concerniente a las concesiones portuarias, en los términos del numeral 11 del artículo 6° del Decreto 101 de 2000. En tal virtud, ni el INCO, hoy ANI, ni el INVIAS participaron en su expedición ni tuvieron injerencia alguna en su adopción.

II.4.1.- La evolución normativa de las concesiones portuarias: del carácter gratuito a oneroso de las concesiones

80. El marco jurídico normativo en materia de concesiones portuarias está marcado por dos momentos. Una primera etapa, en vigencia del Decreto Ley 2349 de 1971⁴² y el Decreto 3137 de 1980⁴³, en el cual la titularidad, explotación, regulación, vigilancia y control de los puertos se encontraba en cabeza del Estado y tenía un carácter gratuito. Un segundo período, marcado por la Ley 1ª de 1991⁴⁴,

³⁸ Artículo 2 del Decreto 1800 de 2003.

³⁹ *“Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO)”*.

⁴⁰ Artículo 1 del Decreto 4165 de 2011.

⁴¹ Artículo 3 del Decreto 4165 de 2011.

⁴² *“Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones”*.

⁴³ *“Por el cual se dictan normas sobre el otorgamiento de Permisos en materia portuaria”*.

⁴⁴ *“Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”*.

en el cual se estableció la onerosidad de la concesión, mediante el pago de contraprestaciones económicas o derechos de explotación a favor de la Nación, tal y como se sigue:

II.4.1.1- El Decreto Ley 2349 de 1971 y el Decreto 3137 de 1980: la gratuidad en las concesiones

81. Antes de la Ley 1ª de 1991, el Estado colombiano tenía el monopolio de la actividad portuaria, en cabeza de COLPUERTOS, ente estatal encargado de la administración y gestión de los puertos marítimos. Como regla general, puede señalarse que la concesión portuaria era otorgada por la Dirección General Marítima - DIMAR entidad que, luego de surtir un procedimiento administrativo que culminaba con la expedición de un acto administrativo, otorgaba el permiso para el uso y goce de las playas marítimas y los terrenos de bajamar, resaltando el hecho consistente en que las concesiones se regían por el principio de gratuidad.

82. El artículo 87 del Decreto Ley 2349 de 1971 -norma vigente para la época en que se otorgó la concesión portuaria a favor de Carbocol S.A.- establecía que las playas son bienes de uso público, por tanto, intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podían obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo con la ley, aclarando que tales permisos o licencias no contenían título alguno sobre el suelo o subsuelo.

83. El artículo 91 del citado decreto establecía que la Dirección General Marítima y Portuaria - DIMAR debía otorgar concesiones para el uso y goce de las playas y terrenos de bajamar, para lo cual se debía acreditar el cumplimiento de los requisitos consagrados en esa norma⁴⁵.

84. Como una de las obligaciones a cargo de los beneficiarios de la explotación, el numeral 1º del artículo 97 del Decreto Ley 2349 de 1971 establecía que estos se comprometían “(...) al vencimiento del término por el cual se concede el permiso”, a revertir “a la Nación las construcciones”.

85. Por su parte, el Decreto 3137 de 1980⁴⁶, en consonancia con la regulación anterior, dispuso en el artículo 24 que el plazo de las concesiones tenía un término

⁴⁵ Esos requisitos son: 1) la solicitud formal de la concesión, con indicación de su ubicación y linderos del terreno que se quiere construir; 2) la certificación del alcalde o autoridad policiva en la cual conste que el terreno sobre el cual se va a construir no está ocupado por otra persona; c) los planos de la construcción proyectada; d) el concepto del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables – INDERENA, en el que se exprese que las explotaciones o construcciones objeto del permiso no resultan contrarias a las normas de conservación y protección de los recursos naturales renovables existentes en la zona; e) el concepto de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia en el que conste que las explotaciones o construcciones que se pretendan adelantar no interfieren los programas de desarrollo turístico de la zona y están de acuerdo con los mismos; f) los estudios previos de vientos, mareas, corrientes, profundidades así como de constitución y resistencia de suelos; g) certificación de la Empresa Puertos de Colombia en el que se exprese que no existe ningún proyecto de instalaciones portuarias sobre el lote, y h) paz y salvo de la administración de Hacienda Nacional y de la Contraloría General de la República, por todo concepto.

⁴⁶ “Por el cual se dictan normas sobre el otorgamiento de permisos en materia portuaria”.

de duración de veinte (20) años, prorrogables. Así mismo y finalizado el término del permiso, las construcciones, edificaciones e inversiones de los particulares serían de propiedad de la Nación, al disponer:

Artículo 24. Reversión. Vencido o caducado el permiso, las construcciones, edificaciones e inversiones de los particulares a que se refiere este Decreto, serán propiedad de la Nación (...).

86. En este contexto y del análisis normativo, se concluye que las playas son bienes de uso público. A pesar de ello, la autoridad encargada –la Dirección General Marítima y Portuaria- podía otorgar permisos o concesiones para el uso y goce de las playas y terrenos de bajamar, a título gratuito, y el beneficiario de la concesión asumía, entre otras obligaciones, la concerniente a revertir las construcciones, edificaciones e inversiones de los particulares a favor de la Nación y ello una vez haya vencido el permiso.

II.4.1.2- La Constitución Política y la Ley 1ª de 1991 o Estatuto de Puertos: las concesiones otorgan derechos precarios y la onerosidad de las concesiones portuarias

87. El artículo 82 de la Constitución Política establece el deber del Estado de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común; por tanto, el interés particular cede al interés general que se deriva de la cláusula del Estado Social de Derecho. El artículo 63 superior incorpora una lista enunciativa de los bienes de uso público como son los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determina la ley y señala que estos son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

88. Las notas características de los bienes públicos han sido ampliamente explicadas por la jurisprudencia constitucional⁴⁷, la cual se ha señalado que:

*(...) **Inalienables**, pues como se dijo se encuentran por fuera del comercio, por lo tanto no pueden ser objeto de actos jurídicos que impliquen tradición o pérdida de la finalidad del bien; **inembargables**, característica que se desprende de la anterior, como quiera que se trata de bienes que no pueden ser objeto de embargos, secuestros, o en general cualquier medida de ejecución judicial que tienda a restringir el uso directo o indirecto el bien; **e, imprescriptibles**, esto es, que no son susceptibles de usucapión (...)*

89. En todo caso, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, no se opone a los preceptos de la Constitución Política que sobre los bienes de uso público recaigan autorizaciones, permisos o concesiones de carácter temporal pues ello no muta la naturaleza de esta clase de bienes ni mucho menos implica la conformación de derechos subjetivos, pues las autorizaciones administrativas, permisos o concesiones tienen una naturaleza

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 183 de 2003, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

precaria y, por ende, son revocables en cualquier momento sin contar con el consentimiento del particular por razones de interés general.

90. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional⁴⁸ antes citada señaló lo siguiente:

(...) [C]abe advertir que la vocación de los bienes de uso público es su utilización y disfrute colectivo en forma libre, sin perjuicio de las restricciones que en beneficio del grupo social mismo, puedan ser impuestas por parte de las autoridades competentes, de ahí su carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables que les otorga el artículo 63 de la Carta. Con todo, no resulta contrario a la Constitución que sobre los bienes de uso público se permita un uso especial o diferente, por parte de la Administración, a través del otorgamiento de concesiones o permisos de ocupación temporal, sin que por ello se transmute el carácter de público de esa clase de bienes. Es decir, que el otorgamiento de esa concesión o permiso para un uso especial en bienes de uso público por parte de los particulares, no implica la conformación de derechos subjetivos respecto de ellos, por cuanto la situación que se deriva del permiso o de la concesión es precaria, en el sentido de que son esencialmente temporales y por lo tanto revocables o rescindibles en cualquier momento por razones de interés general. (Se subraya).

91. En armonía con dicha tesis, la Sección Primera de esta Corporación ha hecho énfasis en que las autorizaciones o permisos no otorgan un derecho absoluto, en tanto que los mismos se encuentran condiciones por el interés general, así:

(...) [H]a sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en torno al carácter no definitivo ni absoluto de los términos en que se conceden los permisos o licencias, dado el interés público involucrado en su objeto, lo que descarta que frente a ellos puedan predicarse derechos adquiridos.

Es así como en sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Expediente núm. 5692, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa), se reiteró:

Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos⁴⁹ (Se destaca)

92. En materia de concesión de puertos, y siguiendo este recorrido normativo, el 30 de enero de 1991, se expidió la Ley 1ª, "Por la cual se expide el Estatuto de

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, sentencia del 9 de septiembre de 2004, rad. 2001-01001-01, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones” ante la necesidad de establecer una nueva política portuaria para dar respuesta a las transformaciones políticas y económicas de la época, marcada por la integración económica, el aumento del comercio internacional y la competitividad⁵⁰. La citada norma ordenó la liquidación de COLPUERTOS y dispuso que sus activos pasarían a la Nación⁵¹.

93. Cabe agregar que, a partir de la Constitución Política de 1991, se adoptó el modelo de economía social de mercado que reconoce la libertad de empresa a través de las sociedades portuarias creadas y la dirección general de la economía en cabeza del Estado quien se encuentra “(...) *habilitado para ejercer labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado*”⁵².

94. La Corte Constitucional, en sentencia C- 474 de 1994⁵³, señaló que el Estatuto de Puertos introduce un nuevo marco normativo para la actividad portuaria, en el cual “(...) *[l]a ley reserva al Estado su dirección, pero deja un amplio margen de libertad, dentro de ciertas condiciones y bajo ciertas formas, a las sociedades portuarias, constituidas con capital público, privado o mixto, para participar en un clima de sana concurrencia en la creación, mantenimiento y funcionamiento continuo y eficiente de los puertos. De otro lado, se ordena la liquidación de Colpuertos, empresa que en buena parte detentaba una situación monopólica y cuya ineficiencia y deterioro financiero, incompatibles con las exigencias de la modernización y el crecimiento del comercio, obligaron a modificar el régimen legal*”.

95. El artículo 5º definió la concesión portuaria como “(...) *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 aquéllas 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*” (negritas fuera del texto).

96. Con todo, puede afirmarse que el contrato de concesión de la Ley 1ª de 1991 es un negocio jurídico bilateral, **oneroso**, conmutativo en virtud del cual el Estado —concedente— otorga de manera temporal a la sociedad portuaria —concesionaria— la posibilidad de utilizar los bienes de uso público como las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a estos, con el fin de que este

⁵⁰ Exposición de motivos de la Ley 1ª de 1991, Anales del Congreso, Nos. 123-130 y 142 de 1990. La exposición de motivos del Estatuto Portuario señala: “*Las profundas transformaciones políticas y económicas que se han vivido en el mundo en los últimos años, tendientes a la creación de un nuevo orden económico internacional caracterizado por la integración económica, competitividad y aumento del comercio internacional obligan a Colombia a definir una nueva política portuaria, para aprovechar las oportunidades que ese nuevo orden ofrece (...)*”.

⁵¹ Artículo 33 de la Ley 1ª de 1991.

⁵² C- 228 de 2010.

⁵³ Corte Constitucional, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

último, por su cuenta y riesgo, realice las actividades necesarias para la construcción y operación de un puerto. Como resultado de lo anterior, el concesionario deberá pagar una contraprestación económica a favor del Estado.

97. En la exposición de motivos del proyecto de ley que pasó a convertirse en la Ley 1ª de 1991 quedó claro que “(...) *aunque las playas y zonas de bajamar son bienes de uso público, la legislación colombiana admite que la Nación conceda su uso y goce cuando las circunstancias de interés general así lo ameriten, a cambio de una contraprestación, estructurando para el caso la figura de la `concesión portuaria`, como uno de los pilares del proyecto presentado a consideración del legislativo, precisando que todas las sociedades portuarias deben disponer de una concesión y que sólo ellas pueden recibirlas, previo el cumplimiento del procedimiento que allí se proponía*”⁵⁴ (se subraya).

98. En sentencia del 18 de septiembre de 2014⁵⁵ esta Sección analizó el carácter oneroso de las concesiones portuarias con ocasión de la expedición de la Ley 1ª de 1991 y en ella expresó lo siguiente:

(...) De la naturaleza jurídica de las playas y territorios de bajamar y el carácter oneroso de las concesiones portuarias

Las playas y los terrenos de bajamar⁵⁶ tienen en el ordenamiento jurídico colombiano el carácter de bienes de uso público⁵⁷. Por ello su uso y goce corresponde a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 674 del Código Civil)⁵⁸ y no pueden ser negociados ni transferidos

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 22 de octubre de 2007, rad. 11001 0306 000 2007 00074 00 (1849), MP: Enrique José Arboleda Perdomo.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 18 de septiembre de 2014, rad. 25000-23-24-000-2004-00466-01, M.P. Guillermo Vargas Ayala.

⁵⁶ (Cita original de la providencia). Decreto 2324 de 1984, “Artículo 167. Definiciones. Para todos los efectos legales se entenderá por: (...) 2. Playa marítima: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal. 3. Bajamar: La máxima depresión de las aguas o altura mínima. 4. Terrenos de bajamar: Los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando esta baja. (Este precepto reitera las definiciones antes contenidas en el artículo 88 del Decreto 2349 de 1971)”.

⁵⁷ (Cita original de la providencia). En efecto, el artículo 87 del Decreto 2349 de 1971, “Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones”, dispuso que “(...) las playas son bienes de uso público por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo.” Lo previsto en este artículo fue reiterado años más tarde en términos similares por el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984. El artículo 97 numeral 3º del Decreto 2349 de 1971, a su turno, dispuso que “el permiso no afecta el derecho de dominio de la Nación sobre los terrenos ni limita en ningún caso el derecho de ésta para levantar sus construcciones en cualquier sitio que considere conveniente.” La Ley 1ª de 1991, al reestructurar el sector portuario y bajo cuya vigencia se profirieron los actos administrativos demandados, reiteró que las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a ellos son de uso público y de propiedad de la Nación.

⁵⁸ (Cita original de la providencia). Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 21 de septiembre de 2006, rad. 41001-23-31-000-2003-01094- 01(AP), M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. En este fallo se hacen las siguientes precisiones: “los bienes de uso público propiamente dichos, sometidos a un régimen jurídico especial, son aquellos bienes destinados al uso, goce y

a los particulares por hallarse fuera del comercio y tampoco pueden ser sometidos a medidas de embargo o adquiridos por usucapión, pues por expreso mandato constitucional `son inalienables, imprescriptibles e inembargables` (Art. 63) Con todo y a pesar de tratarse de bienes de uso público, el ordenamiento jurídico autoriza el establecimiento de determinadas limitaciones, restricciones o condiciones al disfrute de ese tipo de bienes en función del interés general, pues al fin y al cabo el derecho que tienen los miembros de la colectividad no es de carácter absoluto. En ese sentido, las autoridades se encuentran investidas de la potestad de otorgar permisos, licencias o concesiones que involucren ese tipo de bienes, en virtud de los cuales sus beneficiarios quedan habilitados para usarlos de manera exclusiva y excluyente por el término señalado en el acto respectivo, sin que ello implique necesariamente el surgimiento de derechos patrimoniales en su favor, por tratarse de habilitaciones eminentemente transitorias y precarias cuyo otorgamiento no determina en modo alguno que el bien deje de pertenecer al patrimonio público para convertirse en un bien de dominio privado. Hasta antes de la expedición de la Ley 1ª de 1991⁵⁹, las concesiones portuarias se otorgaban a título gratuito, pero a partir de la adopción de ese nuevo Estatuto Portuario, el derecho derivado de un permiso o concesión conlleva necesariamente el pago de una contraprestación, tal como lo establece el artículo 7º que enseguida se transcribe. Con ello se busca compensar la privación a la que se ven sometidos los demás miembros de la colectividad, mientras se encuentre vigente el respectivo título de habilitación. (se subraya).

99. En lo atinente al monto de la contraprestación, el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991 le asignó al Gobierno nacional la función de definir, periódicamente, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben dar quienes se beneficien con las concesiones portuarias, al disponer:

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

Esta contraprestación se otorgará a la Nación y a los municipios o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda. Para efectos de la metodología, el Gobierno deberá tener en cuenta escasez de los bienes públicos utilizables, los riesgos y costos de contaminación, los usos alternativos, y las condiciones físicas y jurídicas que deberían cumplirse para poder poner en marcha y funcionamiento el terminal

disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de ésta en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, etc.; por lo anterior, es claro que el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero a esta clase de bienes”.

⁵⁹ (Cita original de la providencia). Bajo el régimen anterior las concesiones portuarias eran otorgadas a título gratuito.

portuario. Una vez establecido el valor de la contraprestación, no es susceptible de modificarse.

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

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

7.2. Las demás entidades públicas que hagan parte de sociedades portuarias podrán incluir en sus respectivos presupuestos apropiaciones para aumentar su participación en el capital, facilitando así el pago de la contraprestación⁶⁰.

100. Lo anterior fue regulado por el Decreto 2147 de 1991⁶¹, que frente al régimen tarifario dispuso:

CAPITULO III.

Del sistema tarifario.

Artículo 14. Quienes presten servicios portuarios tales como cargue, descargue, manejo, pilotaje, remolque y almacenamiento, podrán señalar libremente las tarifas por estos servicios.

Artículo 15. Las sociedades que operan puertos de servicio privado podrán fijar libremente sus tarifas, con sujeción a lo previsto en el artículo 19 de la Ley 1º de 1991.

Artículo 16. La Superintendencia General de Puertos establecerá las fórmulas generales a las cuales deberán sujetarse las sociedades portuarias que operen puertos de servicio público para fijar sus tarifas por el uso de la infraestructura.

Artículo 17. La estructura tarifaria reconocerá los costos marginales de los diferentes servicios, evitando distorsiones sobre el costo real de los insumos. No podrán incluirse en las tarifas costos que no sean típicos de la operación portuaria.

Artículo 18. La metodología para establecer las fórmulas mediante las cuales se autorizarán las tarifas por el uso de la infraestructura es la siguiente:

1. Se determinarán los servicios de infraestructura cuyas tarifas deben ser autorizadas por la Superintendencia General de Puertos según el tipo de instalaciones. Con base en esta definición se diseñará la estructura tarifaria.

⁶⁰ Esta norma fue posteriormente modificada por el artículo 1º de la Ley 856 del 21 de diciembre de 2003.

⁶¹ "Por el cual se expide el Plan de Expansión Portuaria y se reglamenta el artículo 2º de la Ley 01 de 1991". Norma que fue derogada por el Decreto 2688 de 1993.

2. Se definirán luego los costos típicos, fijos y variables, de una sociedad portuaria, incluyendo inversión, administración y mantenimiento. Se diseñará un mecanismo que distribuya la participación de los diferentes costos entre los servicios de infraestructura que preste la sociedad.

3. Se determinará la información que se utilizará como base de cada fórmula.

4. Se establecerán los mecanismos para obtener información mediante la cual se determinarán los indicadores de rentabilidad de las inversiones.

5. Con base en estadísticas del tráfico marítimo, se determinará la relación entre el tamaño de las naves, los costos de mantenimiento y los niveles de congestión.

6. Se diseñarán mecanismos para estimular la utilización de naves que permitan economías de escala y una mayor utilización de la infraestructura.

Parágrafo. Con base en esta metodología y siguiendo los anteriores principios, la Superintendencia General de Puertos elaborará las fórmulas generales para el señalamiento de las tarifas por el uso de la infraestructura, por parte de las sociedades portuarias que presten servicio público, las cuales entraran a regir a más tardar el 1º de febrero de 1992. Hasta tanto no se elaboren las anteriores fórmulas generales, se continuará utilizando el régimen tarifario de la Empresa Puertos de Colombia para el uso de sus instalaciones.

101. En lo relativo a las contraprestaciones, la referida normatividad señaló:

CAPITULO IV.

De las contraprestaciones.

Artículo 19. Los concesionarios deberán pagar una contraprestación para la explotación de playas y terrenos de bajamar. El valor de la contraprestación se destinará en un 80% a la Nación y en un 20% al Municipio donde estén localizados los puertos y será recaudado por la Superintendencia General de Puertos.

Artículo 20. Los elementos generales que deben tenerse en cuenta para definir la metodología de las contraprestaciones por las concesiones portuarias serán los siguientes:

a) El costo de oportunidad, el cual considera la calidad del recurso portuario dado en concesión, teniendo en cuenta las ventajas físicas que ofrece el sitio. Las ventajas de un sitio como recurso portuario se miden por su profundidad y abrigo;

b) Premio a la eficiencia, con el cual se busca favorecer el mejor uso de las zonas con características aptas para la construcción de puertos;

c) El costo de vigilancia ambiental, que deberá ser incluido dentro del costo de la contraprestación.

Artículo 21. La contraprestación total consistirá en el valor presente de una serie de anualidades durante el tiempo de la concesión. Estas anualidades representan el costo de oportunidad social (V_r) menos el premio por la eficiencia técnica (I_e), más el costo anual por concepto de vigilancia ambiental (S_a).

Artículo 22. El monto total que pagará el concesionario es el valor presente de la anualidad equivalente (C), descontada al 12% por un periodo igual al tiempo de la concesión.

Artículo 23. El cálculo de la contraprestación se definirá mediante la aplicación de la siguiente fórmula, expresada en dólares de los Estados Unidos de América que se convertirán a pesos:

$$C = 0.14 * (V_r - I_e) + S_a$$

Donde:

C : Anualidad equivalente.

V_r : Valor del recurso.

I_e : Inversión en equipo.

S_a : Costo de vigilancia ambiental.

Parágrafo 1º El valor del recurso (V_r) se calculará con base en una aproximación al valor de las obras básicas necesarias para acondicionar, artificialmente, el lugar que se da en concesión. Este valor está dado por el costo de adecuar el acceso y las áreas de maniobra, y por el costo de las escolleras de protección.

Parágrafo 2º El valor de la inversión en equipo (I_e) corresponde al valor de las inversiones en equipos de cargue, descargue y manejo que realicen las sociedades que presten servicio público con el fin de mejorar la eficiencia de las operaciones. La Superintendencia dispondrá, en forma general, el tipo de inversiones que será descontada de la contraprestación, según su importancia en términos de renovación tecnológica.

Parágrafo 3º El costo de vigilancia ambiental (S_a) es aquel en que incurra el Estado para vigilar el cumplimiento de las normas sobre el manejo ambiental de la zona entregada en concesión.

Artículo 24. La Superintendencia establecerá los parámetros que se utilizarán para el cálculo definitivo de la contraprestación de acuerdo con la anterior metodología.

Artículo 25. La Superintendencia podrá reducir el monto de la contraprestación para puertos de servicio público localizados en zonas portuarias generales, sin alterar el 20% correspondiente a la parte destinada a los municipios, en consideración de las inversiones que realicen para mejorar la eficiencia en el manejo de la carga.

Parágrafo. La Superintendencia General de Puertos antes de señalar las contraprestaciones específicas expedirá por medio de resolución,

previa aprobación del Conpes, los procedimientos para establecer estas reducciones. La disminución total no podrá ser superior al 50% del pago a que tenga derecho la Nación.

Artículo 26. La Superintendencia General de Puertos expedirá tablas con los datos del valor de la contraprestación, incluyendo la vigilancia ambiental correspondiente a cada zona portuaria habilitada en el Plan de Expansión. La contraprestación que se fije a cualquier concesión se determinará de acuerdo con dichas tablas y las reducciones o variaciones a que haya lugar según se dispone en este Decreto (destacado de la Sala).

102. Cabe agregar que la contraprestación para la explotación de playas y terrenos de bajamar fue regulada por la Resolución No. 040 de 1992 “Por medio de la cual se fijaron las tablas con los datos del valor de la contraprestación que deben dar quienes se benefician con la concesión portuaria”, mediante la cual se definió el valor de las contraprestaciones para las zonas portuarias generales y para las zonas portuarias destinadas a la exportación de carbón⁶².

103. Por su parte, la contraprestación por el uso de la infraestructura se encuentra regulada en la Resolución 282 de 27 de marzo de 1996⁶³, expedida por la Superintendencia General de Puertos, en la cual se leen los siguientes considerandos:

PRIMERO: Que la Superintendencia General de Puertos conforme al Capítulo 8 Artículo 39 de la Ley 01 de 1991 y la resolución 022 del 14 de enero de 1993, ha venido homologando a los titulares de concesiones autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 01 de 1991, esto es a todas las personas públicas y privadas que antes de su promulgación hubieren recibido autorización bajo cualquier nombre o régimen para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, acogiénolas al régimen y mecanismos tarifarios previstos en la citada Ley.

SEGUNDO: Que conforme al Artículo 8° de la Ley 01 de 1991 y al Artículo Sexto de la Resolución 022 del 14 de enero de 1993, vencida la concesión portuaria o la autorización otorgada antes de la promulgación de la Ley 01 de 1991, todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentran instaladas en la zona de uso público, serán revertidas a La Nación en buen estado de operación al término de la concesión o autorización, de los cual se dejará constancia mediante un acta debidamente suscrita, fechada y numerada.

TERCERO: Que, surtida la correspondiente reversión a La Nación de los bienes inmuebles por destinación ubicados en la zona de uso público, la Superintendencia General de Puertos podrá entregarlos mediante el proceso a concesión portuaria.

CUARTO: Que la Superintendencia General de Puertos en virtud del Artículo 27 de la Ley 01 de 1991, establecerá la organización del

⁶² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 8 de septiembre de 2014, rad. 25000-23-24-000-2004-00466-01, MP. Guillermo Vargas Ayala.

⁶³ Folios 198 a 199 del cuaderno 1.

recaudo de las contraprestaciones que se determinen a las sociedades portuarias y a los embarcaderos.

QUINTO: Que mediante Resolución 649 del 28 de junio de 1994, la Superintendencia General de Puertos creó el Comité para la fijación de la Contraprestación y Tasa de Vigilancia.

104. La parte resolutive del citado acto dispuso:

ARTÍCULO PRIMERO.

- Establecer como contraprestación por el uso de la infraestructura propiedad de la Nación, el UNO PUNTO CINCO POR CIENTO (1.5%) del valor de los bienes inmuebles por destinación ubicados en la zona de uso público, para todas las sociedades portuarias de servicio privado.

ARTÍCULO SEGUNDO.

- Establecer como contraprestación por el uso de la infraestructura propiedad de la Nación, el TRES POR CIENTO (3%) del valor de los bienes inmuebles por destinación ubicados en la zona de uso público, para todas las sociedades portuarias de servicio público.

105. La citada resolución hizo énfasis en que el pago de la contraprestación por infraestructura debe hacerse en la misma forma y oportunidad en que se realice el pago de la contraprestación por el uso y goce de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias, al estipular que:

ARTÍCULO TERCERO.

- El pago de la contraprestación por infraestructura deberá hacerse en la misma forma y oportunidad en que se realice el pago de la contraprestación por el uso y goce de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas y a estos (se subraya).

106. En este análisis normativo y por ser de gran relevancia para resolver el caso concreto, el artículo 39 de la Ley 1ª de 1991, dispuso lo relativo al régimen de transición, en los siguientes términos.

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

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

107. En relación con el alcance del régimen de transición previsto en la Ley 1ª de 1991, esta Corporación, en sentencia de 4 de marzo de 1994⁶⁴, señaló:

(...) debe tenerse bien en cuenta que lo que la Ley 1a. de 1991 dice dentro del régimen de transición de la legislación anterior a la nueva, es que aquellos titulares de autorizaciones obtenidas antes de la promulgación de dicha ley `seguirán ejerciendo los derechos que poseen`, entendiéndose que dichos derechos subsisten en la medida que no sean contrarios a la Constitución ni a la ley. De manera pues que ninguna persona puede aducir frente a la nueva legislación derechos adquiridos, a no ser sólo que se exija que se respete el término de la autorización, que no se le obligue al administrado a presentar una nueva solicitud de autorización ni a transformarse en sociedad portuaria mientras mantenga las condiciones en que se le otorgó la autorización, pues si pretende modificarlas deberá ajustarse a la nueva reglamentación, según lo previene el inciso final del artículo 39 de la Ley 1a. de 1991, atrás transcrito.

Se sostiene con justa razón por la defensa del acto acusado, que no se puede pensar legítimamente en que los titulares de las autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 1a. puedan gozar de la subsistencia de gratuidad frente a un beneficio portuario, si fue que éste alguna vez existió, porque ello equivaldría a establecer un principio de desigualdad jurídica, proscrito en el artículo 13 del nuevo ordenamiento.

Así que no se vulnera ni la propiedad privada ni los derechos adquiridos, máxime si se tiene en cuenta que aún en el caso de surgir conflicto entre los derechos de los particulares y el interés público o social, que no se da en el presente caso, aquellos deberán ceder a éste, según reza el artículo 58 de la Carta (30 de la de 1886), pues no puede perderse de vista que al tenor del inciso segundo del artículo 1o. de la Ley 1a. de 1991, `La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta ley, son de interés público`. (Se subraya).

108. En sentencia de 16 de abril de 2000⁶⁵, esta Sección igualmente se ocupó de analizar el régimen de transición previsto en la Ley 1ª de 1991, en la cual se dejaron sentadas las siguientes e importantes reflexiones:

⁶⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 4 de marzo de 1994, MP. Yesid Rojas Serrano.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 16 de abril de 2000, rad. 6171, MP. Olga Inés Navarrete Barrero.

2.1. Competencia y Funciones de la Superintendencia General de Puertos. Con la Ley 01 de 1.991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, se creó la Superintendencia General de Puertos, entidad gubernamental a la cual el legislador le asigna competencia para ejercer facultades “respecto de las actividades portuarias relacionadas con los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en aquellas partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones” (art. 26), entendiendo por actividad portuaria, “la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúen en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias”.(artículo 5º)

En este orden de ideas, en virtud de la referida Ley 01 de 1.991, la competencia para el otorgamiento, regulación y control de concesiones o licencias para la construcción de puertos, muelles o embarcaderos, quedó radicada en la Superintendencia General de Puertos, tal como lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en atención a consulta sobre delimitación de competencias entre la Dirección General Marítima y la Superintendencia General de Puertos (...).

La lectura de los preceptos antes transcritos pone de presente que la contraprestación por concepto de ocupación de las playas recae tanto sobre las concesiones posteriores a la vigencia de la Ley 01, como sobre las autorizaciones que bajo otro régimen se hubiesen impartido para ocupar y utilizar las zonas de bajamar con construcciones destinadas al cargue o descargue de naves. Esa precisión es puesta de relieve en desarrollo del régimen de transición previsto en el artículo 39 de la Ley 01 de 1.991, disposición a cuyo tenor subsisten los derechos (sic) con antelación conferidos a tales personas, bajo el presupuesto de sujeción al régimen y mecanismo tarifario dispuesto por la misma Ley.

Es también claro que bajo la preceptiva del nuevo marco legal dispuesto por la Ley 01 de 1.991, fundamentalmente los artículos 27, numerales 13 y 16, y 39, atrás transcritos, la Superintendencia General de Puertos fue facultada para regular los sistemas de pago referentes a las personas que, con antelación a la promulgación de dicha normativa, habían recibido autorización para ocupar las zonas de bajamar y para realizar construcciones en ellas.

[...] el artículo 73 del C.C.A., no fue desconocido, pues tal como lo dejó sentado esta Sala en la providencia que hoy reitera, la Ley 01 de 1.991 modificó las condiciones (sic) de las concesiones, entre ellas, el aspecto de gratuidad que podrían tener algunas de ellas, para convertirlas en onerosas mediante la aplicación de la metodología dispuesta para el establecimiento de las tarifas, por lo cual no se puede aducir preexistencia de derechos adquiridos en tal sentido.

Cabe agregar que la modificación en las condiciones de la autorización inicial, esto es, la alteración de la gratuidad por onerosidad bajo el establecimiento de una contraprestación corresponde al poder de la administración doctrinariamente conocido como el `Factum Principis` y

que en el sub lite se traduce en la aplicación de una medida de carácter general, imperativa y de obligado acatamiento, dispuesta por el legislador y reglamentada por la entidad gubernamental revestida de facultades en dicho orden.

Sobre el `ius variandi` implícito en el Factum Principis, la doctrina ha dicho que tales potestades se mueven en un plano superior al propio de la actividad contractual, pudiendo aparecer “como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa”⁶⁶

De lo anterior se colige que las Resoluciones No 168 de 9 de marzo de 1.994 y 472 de 17 de mayo del mismo año, actos que determinan el monto de la contraprestación a cargo de la empresa actora, se ajustan al marco legal aplicable y desarrollan la metodología y mecanismo expresamente dispuesto para los titulares de autorizaciones anteriores a la vigencia de la Ley 01 de 1.991- situación de PESQUERA VIKINGOS DE COLOMBIA S.A, -, por lo que es evidente que no ha sido desvirtuada su presunción de legalidad (se subraya).

109. Hasta este punto, puede señalarse que con ocasión de la expedición de la Ley 1ª, el legislador incorporó un régimen de transición con el fin de respetar situaciones jurídicas por parte de quienes habían recibido autorización para ocupar las zonas de bajamar y para realizar construcciones en ellas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1991, disponiendo que debían acogerse al régimen tarifario previsto en el nuevo Estatuto de Puertos el cual, como quedó visto, modificó el aspecto de la gratuidad de las concesiones para convertirlas en onerosas lo cual conlleva al pago de una contraprestación.

De la solicitud de concesión y permiso de construcción elevada por CARBOCOL S.A. a la DIMAR, a la cesión en favor del CZN S.A.

110. En el año 1983, CARBOCOL S.A.,⁶⁷ solicitó autorización ante la Dirección General Marítima y Portuaria -DIMAR-, por intermedio de la Capitanía de Puerto de Bahía Portete, para **(i)** construir un complejo portuario en la zona de Bahía Portete en el municipio de Uribia, en el departamento de La Guajira, e, igualmente, para que **(ii)** se le otorgaran en concesión los terrenos de bajamar que se encontraban aledaños al complejo portuario que dicha sociedad esperaba construir.

⁶⁶ (Cita es original). GARCÍA DE ENTERRÍA EDUARDO, *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición. Civitas Ediciones, S.L. Madrid 1999, p. 678.

⁶⁷ CARBOCOL S. A. fue creada el 16 de noviembre de 1976, como una empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio de Minas y Energía, y se le confió la representación de los intereses de la Nación en el contrato de asociación celebrado con la firma INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION –INTERCOR-, filial de la compañía multinacional EXXON MOBIL, cuyo objeto consistía básicamente en realizar la exploración y explotación del sector de la mina conocido como el Cerrejón Zona Norte. Dicho contrato se suscribió el 17 de diciembre de 1976 y fue protocolizado mediante escritura pública número 115 del 25 de enero de 1977, otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá.

111. La Dirección General Marítima y Portuaria -DIMAR- expidió la Resolución No. 503 del 1 de julio 1983⁶⁸, mediante la cual: *i)* otorgó a CARBOCOL una concesión en los terrenos de playas y bajamar en jurisdicción de Bahía Portete, departamento de La Guajira; *ii)* autorizó y otorgó permiso para la construcción de un complejo portuario en terrenos de playa o bajamar para la explotación y exportación de carbón y de todos aquellos productos necesarios de los proyectos carboníferos por el término de 20 años. Los aspectos relevantes de los términos en que fue otorgada la autorización fueron los siguientes:

ARTÍCULO 1º. — Otorgar concesión a la sociedad “CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL” en los terrenos de playas y bajamar determinados en los considerandos y autorizar la construcción del complejo de conformidad con los planos, estudios y cálculos estructurales presentados con la solicitud; aquellas construcciones que se hagan en todo en parte en terrenos de playa o bajamar, revertirán a la Nación al término de la concesión que se otorga, conforme a lo prescrito en el Decreto Ley 2349 de 1971, y demás normas complementarias.

ARTÍCULO 2º. Otorgar permiso a la sociedad “CARBONES DE COLOMBIA S.A.” CARBOCOL para construir un complejo portuario para la explotación y exportación del carbón y todos aquellos productos necesarios para la infraestructura de los proyectos carboníferos.

ARTÍCULO 3º. Tanto la concesión como el permiso de construcción otorgados no podrán cederse a ningún título a ninguna otra persona natural o jurídica sin el previo consentimiento de esta Dirección General.

ARTÍCULO 4º. Fíjese en veinte (20) años prorrogables, el término de la presente concesión de conformidad con lo establecido en el Decreto 3137 de 1980.

ARTÍCULO 5º La sociedad “CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL”, se compromete a lo siguiente:

1º. — Dar estricto cumplimiento a lo establecido por el Decreto Ley 2349 de 1971, sobre la materia y demás normas complementarias, especialmente el Decreto 3137 de 1980 sobre puertos privados (...).

8º. Aceptar que tanto los canales navegables como las ayudas a - La navegación son de uso público (...).

ARTÍCULO 7º. — Terminada la concesión, tanto los terrenos como las instalaciones en ellos levantados, revertirán al Estado (se subraya).

112. La Resolución transcrita no previó el pago de contraprestación económica alguna a cargo de CARBOCOL S.A. porque la beneficiaria de la concesión se

⁶⁸ Folios 168 al 172 del cuaderno 1.

obligó a la construcción del complejo portuario de puerto Bolívar —y a revertirlo a la Nación como compensación por el uso exclusivo de una zona de uso público por el plazo de 20 años (artículo 3º de la Resolución 503 de 1983). CARBOCOL cumplió con la obligación de construir el complejo portuario de la zona de Bahía Portete con sus propios recursos y mediante la Resolución No. 1575 del 11 de octubre de 1988 proferida por el Director General Marítimo y Portuario de la DIMAR, en la cual “*declara la conformidad de las instalaciones del Puerto Carbonífero Privado de Puerto Bolívar con los planos y especificaciones aprobadas*”⁶⁹.

113. La Ley 1º de 1991 o Estatuto de Puertos Marítimos dispuso en el artículo 39:

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

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

114. La Resolución 022 de 1993, por la cual se reglamenta el régimen y mecanismos de pagos a que quedan sujetos los titulares de concesiones o autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 01 de 1991, previó que: *i) “todas las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de la Ley 01 de 1991 hubiesen recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase (...) seguirán ejerciendo los derechos que poseen (...)” (art. 1º); ii) “las personas de que trata el artículo primero de la presente resolución deberán pagar a la Superintendencia General de Puertos la contraprestación por ocupar y usar las playas y zonas de bajamar (...) la suma*

⁶⁹ Es menester señalar que en el año 1983 CARBOCOL solicitó el otorgamiento de la concesión portuaria, según los planos y especificaciones de las instalaciones portuarias que pretendía construir y que años más tarde, mediante Resolución 1575 de 1988 la Dirección General Marítima y Portuaria declaró que las instalaciones edificadas en el puerto carbonífero eran consonantes con los planos y especificaciones antes mencionados.

que resulte de aplicar la metodología contenida en el Decreto 2147 de 1991 y las tablas de liquidación de las mismas, contenidas en la Resolución No. 040 de 1992⁷⁰ expedida por esta Superintendencia o las normas que las sustituyan o complementen, a partir de la ejecutoria del acto administrativo de carácter particular que señalé el valor de la misma (...)" (se subraya).

115. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución No. 022 de 1993 de la Superintendencia General de Puertos, el cual reglamentaba lo relacionado con el procedimiento administrativo de homologaciones permitidas por el artículo 39 de la Ley 1ª de 1991, CARBOCOL solicitó la homologación de la autorización que le había sido otorgada en 1983 por la Dirección General Marítima y Portuaria -DIMAR- ante la Superintendencia General de Puertos. En efecto, la Superintendencia General de Puertos expidió la Resolución No. 164 del 9 de marzo de 1994⁷¹ mediante la cual: *i)* se homologó la concesión autorizada a CARBOCOL S.A. y se reconoció que aquel tenía autorización hasta el 1º de julio de 2003 para el uso y goce del área de propiedad de la Nación, ubicada en el Puerto Bahía de Portete, municipio de Uribia para la construcción de un complejo portuario para la explotación y exportación de carbón, y *ii)* se acogió al régimen y mecanismo de pagos previsto en la Ley 1ª de 1991 y, en consecuencia, se fijó el valor que CARBOCOL debía pagar por concepto de contraprestación por ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, de conformidad con la Resolución 040 de 1991 de la Superintendencia General de Puertos⁷². En consecuencia, se liquidó la contraprestación, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2147 de 1991.

116. En contra del anterior acto administrativo se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la **Resolución 582 de 7 de junio de 1994**⁷³, en la que se decidió no revocar el acto administrativo recurrido, luego de considerarse que, a partir de la Ley 1ª de 1991, se exige una contraprestación económica a favor de la Nación por la utilización en forma temporal y exclusiva de las playas y terrenos de bajamar a cargo del beneficiario de la concesión.

⁷⁰ Se debe recordar al tenor del párrafo No. 100 que la contraprestación para la explotación de playas y terrenos de bajamar fue regulada por la Resolución No. 040 de 1992 "Por medio de la cual se fijaron las tablas con los datos del valor de la contraprestación que deben dar quienes se benefician con la concesión portuaria".

⁷¹ Folios 163 al 166 del cuaderno 1.

⁷² "ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer que la sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A. — CARBOCOL- tiene autorización hasta el 1 de julio del año 2003 , para el uso y goce del área de propiedad de la Nación ubicada en el Puerto Bahía Portete, Municipio de Uribia, Departamento de la Guajira, descrita en los considerandos de la resolución 503 del 1 de julio de 1983, para construcción de un complejo portuario para la explotación y exportación de carbón y todos aquellos productos necesarios para la infraestructura de los proyectos carboníferos (...). // ARTÍCULO 2º. La sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A. CARBOCOL pagará por concepto de contraprestación, incluida la vigilancia ambiental, en dólares de los Estados Unidos de Norte América, y hasta la vigencia del reconocimiento hecho en la presente resolución, la suma de SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO DÓLARES CON 66/100 (US \$ 648.348.66) o nueve (9) cuotas de CIENTO VEINTIUN MIL SEISCIENTOS OCHENTA DÓLARES CON 21/100 (US \$121.680.21) cada una, pagaderas de cualquiera de las formas que se establecen en la resolución no. 071 del 4 de febrero de 1994 (...) PARÁGRAFO 2: El cálculo de la contraprestación se obtuvo con base en ciento cincuenta metros (159mts) (sic) de playa. // ARTÍCULO CUARTO. La sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A., deberá remitir dentro de los 90 días siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución, un inventario de todos los bienes de la infraestructura, con indicación del estado actual y programa de mantenimiento de los mismos".

⁷³ Folios 153 al 161 del cuaderno 1.

Asimismo, se resolvió modificar el monto de la contraprestación en atención al error en el área de la playa pues se había hecho sobre 200 metros de línea de playa y en realidad correspondía a 150 metros⁷⁴.

117. El Gobierno nacional profirió el Decreto 020 del 11 de enero del año 2000⁷⁵, mediante el cual se aprobó el programa de enajenación de su participación en el proyecto carbonífero, CARBOCOL. Con fundamento en esta disposición, se constituyó por suscripción sucesiva de acciones la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. - CZN S.A., a la que se le transfirieron la mayoría de los bienes y obligaciones de CARBOCOL S.A. Además, para la aprobación del programa de enajenación, se requirió también de la celebración del Contrato de Transferencia, al cual hacía referencia el artículo 13 del Decreto 020 de 2000 en los siguientes términos:

Contrato de Explotación Minera y Transferencia: Una vez constituida la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. de acuerdo con lo previsto en este Decreto, en el Programa de Fundación y en las Condiciones de Suscripción, Cerrejón Zona Norte S.A. tendrá el derecho y la obligación de celebrar con Carbocol el contrato por medio del cual Carbocol le cederá algunos derechos derivados del contrato de asociación y le otorgará el derecho a explotar el Aporte en los términos del mencionado contrato. El contrato de Explotación Minera y Transferencia se regirá por los artículos 81 y 82 del Decreto 2655 de 1988, el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones aplicables. En virtud de este contrato se transferirán los activos de Carbocol vinculados a la explotación del aporte a Cerrejón Zona Norte S.A. y deberá contener, entre otras, las siguientes estipulaciones (...):

13.4. Cerrejón Zona Norte S.A. sustituirá a Carbocol en los derechos y obligaciones que, para Carbocol, en su calidad de asociado en el contrato de asociación, se derivan del acuerdo principal sobre el Acceso a la Infraestructura Férrea y Portuaria del Cerrejón Zona Norte celebrado el 18 de enero de 1999 entre Carbocol, INTERCOR, Carbones del Cerrejón S.A. y Carbones Colombianos del Cerrejón S.A. con sus modificaciones.

13. 6 Cerrejón Zona Norte S.A. sustituirá a Carbocol en los derechos y obligaciones que, para Carbocol, en su calidad de asociado en el Contrato de Asociación, se derivan del Contrato para el Desarrollo, Manejo y Operación de la Estructura Portuaria

⁷⁴ El artículo 2° del citado acto ordenó: “ARTÍCULO SEGUNDO. Modificar en su artículo segundo y corregir el párrafo segundo del mismo artículo la Resolución 164 de marzo 9 de 1994, los cuales quedarán así: La Sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A CARBOCOL, pagará por concepto de contraprestación, incluida la vigilancia ambiental, en dólares de los Estados Unidos de Norte América y hasta la vigencia del reconocimiento hecho en la presente resolución, la suma de QUINIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS DÓLARES CON 92/100 (US \$507.566 92/100) o nueve (9) cuotas de NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA DÓLARES con 16/100 (US \$95.260.13/100), cada una pagaderas de cualquiera de las formas que se establecen en la Resolución 071 del 4 de febrero de 1994 (...) ARTÍCULO 3°: Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, los demás aspectos de la Resolución 164 de marzo 9 de 1994 permanecen vigentes y surten plenos efectos”.

⁷⁵ Sobre el particular, cabe destacar que el Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia de 23 de septiembre de 2010, rad. 11001 0324 000 2006 00021 00, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta efectuó el control de legalidad sobre el citado decreto.

del Puerto Carbonero de Puerto Bolívar celebrado el 18 de enero de 1999 entre Carbocol, INTERCOR Carbones del Cerrejón S.A. y Carbones Colombianos del Cerrejón S.A. con sus modificaciones (...).

13. 9 Carbocol transferirá a Cerrejón Zona Norte S.A. la concesión portuaria de que es titular, sin que por tal cesión se considere que hay alteración o modificación de las condiciones de la concesión (se subraya).

118. De acuerdo con lo anterior, el Director General de Transporte Marítimo y Puertos del Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 003166 del 8 de noviembre de 2000⁷⁶ a través de la cual: **i)** autorizó la cesión otorgada a CARBOCOL S.A. mediante la resolución No. 503 de 1983 expedida por la Dirección General Marítima y Portuaria y homologada por la Resolución No. 164 de 1994, a favor de la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. -CZN S.A.; **ii)** recordó que la concesión cedida a CZN S.A. tendría vigencia hasta el 1º de julio de 2003, y **iii)** determinó que la CZN S.A., como cesionaria, pasaría a ser la acreedora de todos los derechos y obligaciones de los cuales era titular la sociedad cedente⁷⁷, derivados de la Resolución 164 de 1994.

119. El 15 de noviembre de 2000 se suscribió entre CARBOCOL S.A. y CZN S.A. el Contrato de Explotación Minera y Transferencia; acuerdo de voluntades mediante el cual la primera le cedió a la segunda varios bienes y derechos, dentro de los cuales se encontraba la titularidad de la concesión portuaria de Bahía Portete.

120. El 16 de marzo de 2001 el titular actual de la concesión de Puerto Bolívar, CZN S.A., solicitó la prórroga de la concesión portuaria otorgada a CARBOCOL S.A. a través de la Resolución No. 503 de 1983 de la Dirección General Marítima y Portuaria -DIMAR-, a partir del 1º de julio de 2003 y por veinte (20) años prorrogables, con fundamento en el artículo 8 de la Ley 1ª de 1991 y su Decreto Reglamentario 345 de 1992.

⁷⁶ Folios 148 a 151, cuaderno 1.

⁷⁷ Se consignó: "ARTÍCULO PRIMERO: Autorizar la cesión de la concesión otorgada a Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL S.A. mediante Resolución No. 503 del 10 de julio de 1983 de la Dirección General Marítima y Portuaria y homologada por la Superintendencia General de Puertos por Resolución No. 164 del 9 de marzo de 1994, a la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. —CZN S.A. la cual estará sujeta al perfeccionamiento del contrato de explotación minera y transferencia, es decir, una vez el mismo sea inscrito en el Registro Minero y aprobado por el Ministerio de Minas y Energía.

ARTÍCULO SEGUNDO: La concesión cedida a CZN S.A. tendrá vigencia hasta el 1 de julio de 2003, fecha hasta la cual la Superintendencia General de Puertos reconoció la autorización a CARBOCOL S.A., según la Resolución 164 de 1994.

ARTÍCULO TERCERO: La sociedad CZN S.A. como cesionaria se hace acreedora de todos los derechos y obligaciones de los cuales es titular Carbocol S.A., como sociedad cedente, derivados de la Resolución del 9 de marzo de 1994" (se subraya).

121. En desarrollo de lo anterior, el 21 de diciembre de 2001, el Director General de Transporte Marítimo y Puertos expidió **la Resolución 012501 de 21 de diciembre de 2001**⁷⁸, por medio de la cual, entre otras cosas, se resolvió: *i)* prorrogar el plazo de la concesión otorgada mediante Resolución 503 de 1983, homologada por la Resolución 164 de 1994, “*por el término de diez (10) años, contados a partir del 1 de julio de 2003*”; *ii)* determinar que se pagaría por concepto de contraprestación la suma acordada en la Resolución 164 de 1994, y *iii)* efectuar la reversión de los bienes el 30 de junio de 2003, “*con la cesión gratuita de las construcciones e inmuebles por destinación*” y que ocurrida la misma se fijaría el monto de la contraprestación por el uso de la infraestructura, de conformidad con el avalúo comercial que se realice para dichos efectos.

122. Al respecto, en el numeral décimo cuarto de la parte considerativa se ordenó lo siguiente: “DECIMO CUARTO: Este caso en concreto se resuelve bajo el imperio de las normas que para la época se encontraban vigentes, en especial del artículo 21 del Decreto 3137 de 1980. Y la prórroga del plazo no cambia las condiciones iniciales toda vez que estas contemplaban la posibilidad en mención (...)”.

123. Por su parte, el numeral décimo quinto de la parte motiva del citado acto señaló que:

(...) DÉCIMO QUINTO: Que la Resolución 503 de 1983 de la Dirección General Marítima (DIMAR) no contempla futuras modificaciones relativas a la construcción del complejo carbonífero por fuera de los planos, estudios y cálculos estructurales originales presentados, y según lo consagrado en el artículo 39 de la Ley 1 de 1991, no es viable, por expresa prohibición legal autorizar obras nuevas, toda vez que éstas constituirían un cambio a las condiciones iniciales del contrato, lo cual como ya se dijo violaría el Artículo 39 de la Ley 1 de 1991, que valga decirlo, no puede ser modificada por un plan de expansión portuaria (...).

124. A su vez, el numeral décimo sexto de la parte considerativa, dispuso lo siguiente:

(...) DÉCIMO SEXTO: Conforme lo establece la Ley 1 de 1991 la reversión debe efectuarse al final de la concesión, o sea en el año 2003, independientemente de que se les conceda o no la prórroga del término, es decir, que son dos circunstancias independientes y como tales deben cumplirse individualmente (se subraya).

125. La parte resolutive del citado acto ordenó lo siguiente:

*(...) **ARTÍCULO PRIMERO:** Prorrogar el plazo de concesión otorgado en la Resolución 503 del 1 de julio de 1983 homologada por la Resolución número 164 del 9 de marzo de 1994 de la Superintendencia General de Puertos, a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. (C.Z.N) por el término de diez (10) años, contados a partir del 1 de julio de 2003, para continuar con la ocupación y*

⁷⁸ Folios 138 al 144, cuaderno 1 y 139 al 145, cuaderno 3.

uso bajo las mismas condiciones iniciales sobre las playas y los terrenos de bajamar en jurisdicción Bahía Portete departamento de la Guajira determinados en los considerandos de la Resolución 503 del 1 de julio de 1983 emanada de la Dirección General Marítima (DIMAR).

ARTÍCULO SEGUNDO: *Se prohíbe cualquier tipo de modificaciones relativas a la construcción del complejo portuario por fuera de los planos, estudios y cálculos estructurales originales presentados con objeto de la expedición de la Resolución 503 del 1 de julio de 1983 expedida por la Dirección General Marítima (DIMAR), toda vez que según lo consagrado en el Artículo 39 de la Ley 1 de 1991, no es viable, por expresa prohibición legal autorizar obras nuevas, lo que sin duda alguna constituiría un cambio a las condiciones iniciales del contrato, lo cual como ya se dijo violaría el Artículo 39 de la Ley 1 de 1991, sin perjuicio del mantenimiento que el Concesionario deba realizar a la infraestructura portuaria, que garantice una reversión de los bienes ubicados dentro de las zonas de uso público en buen estado de operación.*

ARTÍCULO TERCERO: por la utilización en forma temporal y exclusiva de las playas terrenos de bajamar (...) con base en un periodo de diez (10) años, contados a partir del 1 de julio de 2003 la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. (C.Z.N. S.A.), por concepto de contraprestación, la suma acordada en la Resolución de Homologación No. 164 del 9 de marzo de 1994, esto es, 10 cuotas anticipadas de \$US 107.394.50 cada una o a valor presente la suma US \$ 606.802.88,

PARÁGRAFO PRIMERO: Efectuada la reversión el 30 de junio de 2003 con la cesión gratuita de las construcciones e inmuebles por destinación se fijará el monto de la contraprestación por el uso de la infraestructura, de conformidad con el avalúo comercial que se realice para esa diligencia, y de conformidad con la metodología vigente en la fecha de la revisión

PARÁGRAFO SEGUNDO: *La contraprestación aludida en el artículo precedente, no contempla el valor de la vigilancia ambiental como tampoco la tasa de vigilancia a la Superintendencia de Puertos y Transporte, toda vez que estas serán canceladas por la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A (CZN) directamente al Ministerio del Medio Ambiente y Superintendencia de Puertos y Transporte, respectivamente (se subraya).*

126. La reversión de los bienes de infraestructura portuaria y demás construidos en las zonas de uso público concedidas a CARBOCOL S.A, acaecería el 1º de julio de 2003, por lo que se infiere razonable y válidamente que la prórroga concedida a CZN S.A., era sobre las zonas de uso público donde se desarrolla la operación de Puerto Bolívar. La Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001 del Ministerio de Transporte consignó en su parte resolutive:

ARTÍCULO PRIMERO : *Prorrogar el plazo de concesión otorgado en la Resolución 503 del 1 de julio de 1983 homologada por la Resolución 164 del 9 de marzo de 1994 de la Superintendencia*

General de Puertos, a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. (C. Z. N.) por el término de diez (10) años, contados a partir del 1 de julio de 2003, para continuar con la ocupación y uso bajo las mismas condiciones iniciales sobre las playas y los terrenos de bajamar en jurisdicción de Bahía Portete departamento de la Guajira determinados en los considerandos de la Resolución 503 del 1 de julio de 1983 emanada de la Dirección General Marítima (DIMAR)

ARTÍCULO TERCERO (...):

PARÁGRAFO PRIMERO: Efectuada la reversión el 30 de junio de 2003 con la cesión gratuita de las construcciones e inmuebles por destinación, se fijará el monto de la contraprestación por el uso de la infraestructura, de conformidad con el avalúo comercial que se realice para esa diligencia, y de conformidad con la metodología vigente en la fecha de la reversión. (se subraya).

127. La sociedad CZN interpuso recurso de reposición⁷⁹ y, en subsidio, de apelación, en contra de la Resolución No. 012501 de 2001, esencialmente por dos motivos: *i)* que se debía prorrogar la concesión otorgada mediante la Resolución No. 503 del 1º de julio de 1983 *“para continuar con la ocupación y uso, bajo las mismas condiciones iniciales, de playas y los terrenos de bajamar (...) por el término de veinte (20) años prorrogables, contados a partir del 1º de julio de 2003”,* y *ii)* que se debía determinar que la *“reversión de las construcciones e inmuebles por destinación se efectuará a la terminación de la concesión, vale decir, cuando termine la ocupación de las zonas de playa y terrenos de bajamar, lo cual ocurrirá al vencimiento de la última prórroga del plazo de la misma, o sea, cuando se extinga la concesión”* (fl. 58, c.5).

128. En cuanto a este último punto el recurrente precisó en el recurso de reposición que: *“se colige que la reversión solo puede efectuarse al finalizar el término de duración de la concesión, lo cual no ocurre al vencimiento del término inicial cuando éste ha sido prorrogado, en atención a que la prórroga (sic) significa la continuación del término y, por ende, la extensión de la concesión por el período ampliado. Así las cosas, el acto recurrido resulta violatorio de las normas en que se fundamenta y, por tanto, se solicita que el parágrafo primero del artículo tercero sea modificado, estableciendo que la reversión ocurrirá al finalizar la concesión, es decir, cuando la misma se extinga”* (f. 77, c.5).

129. El recurso fue resuelto mediante Resolución No. 003615 del 10 de marzo de 2002⁸⁰ del Ministerio de Transporte, en la cual se dispuso prorrogar el plazo de la concesión otorgada mediante Resolución No. 503 del 1 de julio de 1983 de la Dirección General Marítima, homologada mediante Resolución No. 164 del 9 de marzo de 1994 de la Superintendencia General de Puertos, por periodos de diez (10) años hasta completar (30) años, siempre y cuando, la sociedad CZN S.A. cumpla con todas las condiciones a su cargo. El acto administrativo es del siguiente tenor:

⁷⁹ Folios 113 al 137 del cuaderno 1.

⁸⁰ Folios 102 al 110 del cuaderno 1.

ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el artículo primero de la Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001, el cual quedará así:

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

ARTÍCULO SEGUNDO: Revocar los artículos segundo, tercero y cuarto de la Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001, expedida por esta Dirección.

ARTICULO TERCERO: Ordenar que se liquide la contraprestación económica de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1 de 1991, a favor de la Nación y el ente territorial respectivo y a cargo de la Sociedad CZN S.A., de acuerdo con la metodología vigente al momento de calcularla⁸¹.

La nueva contraprestación se aplicará a partir del vencimiento del permiso inicial, quiere decir, desde el 1 de julio de 2003, efecto para el cual la sociedad CZN S.A - presentará los datos requeridos por el Ministerio dentro del término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución y en consecuencia se expedirá un acto administrativo que defina el monto, la forma de pago y las garantías a constituir por parte del autorizado y a favor de la Nación – Ministerio de Transporte por parte del autorizado.

PARÁGRAFO: La Sociedad CZN S.A. seguirá cancelando la contraprestación fijada por la Superintendencia General de Puertos mediante Resolución No. 164 del 9 de marzo de 1994 hasta el 1º de julio de 2003.

ARTICULO CUARTO: Los beneficiarios de la autorización otorgada mediante la resolución 503 de 1983, la cual se prorroga mediante el presente acto, deberán revertir al término de la misma, en forma gratuita a favor de la Nación, tanto las construcciones como los inmuebles por destinación y demás bienes a que haya lugar (se subraya).

130. En lo atinente a la prórroga, se señaló que: “[e]n armonía con la política trazada por el Consejo de Política Económica y Social CONPES y coherentes con lo establecido por el artículo 21 del Decreto 21 del Decreto 3137 de 1980, el

⁸¹ Es decir, la metodología para el cálculo de las contraprestaciones por uso de infraestructura portuaria, señalada en la Resolución No. 282 del 27 de marzo de 1996, proferida por la Superintendencia General de Puertos.

Ministerio accederá a la prórroga en los términos establecidos en la citada norma, bajo cuyo imperio se otorgó ese privilegio, y decidirá conceder las prórrogas sucesivas de diez (10) años, hasta completar treinta (30), siempre y cuando la sociedad CZN S.A. cumpla con todas las obligaciones, lo que tendrá que demostrar cuatro meses antes del vencimiento de cada período de diez (10) años”.

131. Como puede observarse, la resolución transcrita anteriormente no contradice la estructura de lo afirmado en la Resolución No. 012501 del 21 de diciembre de 2001, proferida por el mismo Ministerio, ya que en aquélla se consignó: *i)* que la reversión a la Nación de la infraestructura portuaria opera una vez haya terminado la autorización otorgada por la DIMAR en 1983, es decir, el 1º de julio de 2003 —la reversión se ató al término de la autorización y no a la culminación del plazo del contrato de concesión—, y *ii)* que el artículo tercero de la Resolución No. 003615 del 18 de marzo de 2002 ordenó liquidar la nueva contraprestación económica por infraestructura —toda vez que la contraprestación por uso de playas se pagaba desde 1994 según la Resolución 040— de conformidad con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991 a favor de la Nación y la entidad territorial respectiva y a cargo de la sociedad CZN S.A., de acuerdo con la metodología vigente al momento de liquidarse, la cual se aplicaría a partir del vencimiento de la autorización inicial, esto es, 1º de julio de 2003, de conformidad con la información requerida a la sociedad concesionaria para tal efecto.

132. La Resolución No. 003615 de 2002 del Ministerio de Transporte ordenó a la sociedad CZN S.A. presentar dentro de los treinta (30) días siguientes a la expedición de dicho acto todos los datos requeridos por el Ministerio de Transporte para el cálculo del monto total por concepto de contraprestación por uso de infraestructura, dentro de los cuales se contempló el avalúo comercial de las instalaciones portuarias construidas sobre la zona de uso público entregada en concesión, requisito indispensable para el cálculo de dicha contraprestación por infraestructura.

133. Un aspecto que no se puede perder de vista está relacionado con la conducta de la sociedad demandante, que mediante **Comunicación LGI.B.087. 2002 de 12 de abril de 2002**⁸², emanada del representante legal de Cerrejón Zona Norte S.A., —Julián D. Thornton—, titular de la concesión portuaria, remitió al Director General de Transporte Marítimo y Puertos del Ministerio de Transporte, Andrés Figueredo Serpa, la información requerida en el artículo 3º de la **Resolución 003615 de 18 de marzo de 2002**, la cual viene acompañada de un documento anexo titulado *“INFORMACIÓN REQUERIDA PARA CALCULAR CONTRAPRESTACIONES PUERTO BOLÍVAR (PBV)”*, del siguiente tenor:

Información para el cálculo de la Contraprestación de la Concesión Portuaria de Puerto Bolívar – Resolución 3615 de 2002 – Permiso de construcción.

⁸² Folio 89 a 99 del cuaderno de antecedentes administrativos en respuesta al Oficio No. 040765.

En cumplimiento del artículo 3º de la Resolución 3615 del 18 de marzo de 2002, expedida por la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos, adjunto encontrará, tanto en copia dura como en disquete, la información requerida por su despacho para calcular la contraprestación económica correspondiente a la concesión portuaria de Puerto Bolívar, según la metodología actualmente vigente. Así mismo, atendiendo la solicitud realizada en reunión del día 8 de abril de 2002, incluimos los datos específicos de Puerto Bolívar para los últimos cinco años, período 1997-2001.

De igual forma, nos permitimos manifestarle que las cifras informadas también incluyen las proyecciones tanto de costos como de inversiones relacionadas con las obras adicionales en el área de la concesión portuaria de Puerto Bolívar, con las que se incrementará la capacidad de embarque a 32 millones de toneladas, tal como se establece en la solicitud de permiso de construcción, presentada ante su despacho el día 5 de abril del año en curso, radicada bajo el No. 015890.

Adicionalmente, para el efecto de soportar la cifra correspondiente al valor de los muelles actualmente existentes en el área de la concesión, según autorización otorgada mediante la Resolución 503 de 1983, anexamos el avalúo elaborado por Inverglobal Inmobiliaria, firma especializada que fue contratada con el aval de la autoridad portuaria (se subraya).

134. Consta igualmente que la Subdirección Operativa de Transporte Marítimo y Puertos, a través del Grupo de Concesiones del Ministerio de Transporte y mediante Concepto Técnico Financiero No. 6 del mes de abril⁸³, evaluó la solicitud mediante la elaboración de los flujos de caja proyectado por treinta (30) años, tomando como base la información financiera presentada por el solicitante. Dicho concepto concluyó, con fundamento en los artículos 19 y 20 de la Ley 1ª de 1991 y en el artículo 13 del Decreto 2680 de 1993, que las tarifas presentadas por la sociedad CZN S.A. eran adecuadas, lo cual se reflejó en los saldos positivos de los flujos de fondos del proyecto antes y después del pago de la contraprestación y en su rentabilidad final, o Tasa Interna de Retorno -TIR- del proyecto. A la vista de la Resolución 003615 de 2002, se calculó tanto la contraprestación por zona de uso público en US \$9.714.615.53, como la contraprestación por infraestructura en US \$3.642.906.17 (fl. 79, c.6).

135. Una vez revisada toda la información, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 08928 del 12 de julio de 2002⁸⁴ —acto demandado—, por la cual ejecutó el artículo tercero de la Resolución No. 003615 del 18 de marzo del mismo año y le fijó a la sociedad CZN S.A. la obligación de pagar tanto la contraprestación por el uso de playas y terrenos de baja mar como la contraprestación por ocupación y utilización de instalaciones portuarias. Dentro de sus considerandos, la resolución bajo estudio, entre otros aspectos, estableció lo

⁸³ Folios 79 a 88 del cuaderno de antecedentes administrativos en respuesta al Oficio No. 040765.

⁸⁴ Folios 94 al 99 del cuaderno 1.

siguiente: “con el producto de la operación desde el año 1983 y en particular desde la fecha de la Resolución de homologación, es decir, desde el 9 de marzo de 1994, claramente el concesionario ha recuperado la inversión portuaria, por lo tanto el 1º de julio de 2003 deberá pagar por concepto de contraprestación por infraestructura”. El tenor de su articulado es el siguiente:

(...) RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: La Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. CZN S.A. cancelará los siguientes valores por concepto de contraprestación.

1.1. Por la utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos descritos en la Resolución número 503 (...)

1.2. Por la ocupación y utilización de las instalaciones portuarias existentes ubicadas en la zona de uso público y/o infraestructura, pagará a valor presente por el término de treinta (30) años por concepto de contraprestación la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SEIS CON 17/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$3.642.906.17) o treinta anualidades anticipadas cada una por valor de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES CON 70/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$452.243.70), pagaderos a partir del día 1º de julio del año 2003, fecha en la cual entrará en vigencia la prórroga concedida, liquidados a la tasa representativa del día del pago. El 100% del valor de la contraprestación por infraestructura corresponde a la Nación.
(...).

ARTÍCULO SEGUNDO: GARANTÍAS

2.1. El solicitante constituirá las siguientes garantías, teniendo en cuenta que el valor de la contraprestación por concepto de uso y goce de la zona de uso público y valor de la infraestructura suman un total de TRECE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS VEINTIUN CON 70/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 13'357.521.70), una vez aplicados los mecanismos que fije este Ministerio para determinar el valor definido de las obras civiles, el concesionario deberá reajustar las cuantías de las pólizas, de tal manera que cumplan con los porcentajes al efecto fijados (...).

ARTÍCULO TERCERO: Los demás términos de la Resolución número 003615 del 18 de marzo de 2012 continúan vigentes [...]
(se subraya).

136. En respuesta a la Resolución No. 08928 del 12 de julio de 2002, expedida por el Ministerio de Transporte, la sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, contra la misma. El memorial fue presentado el 25 de julio de 2002 y tiene el radicado No. 037924. La sociedad

manifestó su disenso con sustento en los siguientes argumentos: *i)* falsa motivación del acto administrativo mencionado, bajo el argumento de que la llamada contraprestación por infraestructura no se encuentra prevista en la Ley 1ª de 1991 cuando la propiedad de la infraestructura portuaria recae en una persona natural o jurídica de carácter privado —se anota que esta es la primera vez que aparece este argumento, pues en la impugnación de la Resolución No. 012501 del 21 de diciembre de 2001, pese a que había nacido la obligación este aspecto no fue objeto de controversia—, y *ii)* en la vulneración de las disposiciones del Estatuto de Puertos, bajo el argumento del principio de estabilidad de la contraprestación.

137. Mediante la Resolución No. 004247 del 26 de junio de 2003⁸⁵ —acto demandado—, el Ministerio de Transporte confirmó la Resolución No. 00892 de 2002, con fundamento en que: *i)* el artículo tercero de la resolución 003615 de 2002 estableció la obligación de pagar la liquidación de la contraprestación por uso de infraestructura de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1º de 1991, a partir del vencimiento del permiso inicial, esto es el 1 de julio de 2003, y *ii)* la Resolución No. 003615 del 18 de marzo de 2002 ordenó a CZN S.A. la reversión de las zonas de uso público entregadas en concesión junto con las instalaciones construidas aun cuando el acto o “constancia” de reversión no se hubiere suscrito, pues automáticamente a partir de esa fecha estos bienes pasaron a ser propiedad de la Nación, razón ésta más que suficiente por la que se empezó a cobrar la contraprestación por infraestructura.

138. Las siguientes son las principales consideraciones consignadas por la administración en la resolución confirmatoria:

(...) Se equivoca el recurrente al afirmar que las razones de conveniencia esgrimidas por la Administración para establecer la contraprestación por Infraestructura carecen de fundamento fáctico, toda vez que si bien es cierto que en la Ley Portuaria no se contempla dicha contraprestación cuando la Infraestructura sea de propiedad de una persona jurídica natural o privada, no es menos cierto que este valor se empezará a cobrar a partir del 30 de junio de 2003, fecha en la cual deberán revertir todos los bienes de uso público dados concesión, así como se deberán ceder los bienes inmuebles por destinación (instalaciones portuarias o infraestructura) que se encuentren en dicha zona de uso público, por lo que automáticamente estos bienes pasan a ser propiedad de la Nación, razón ésta más que suficiente para empezar a cobrar la Contraprestación por Infraestructura a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. —CZN S.A. y teniendo en cuenta que ésta, en virtud de la prórroga concedida mediante acto administrativo No. 012501 de fecha diciembre 21 de 2001 y Resolución No. 003615 de fecha 18 de marzo de 2002, continuaría a partir de la expiración de la autorización inicialmente otorgada por la Dirección General Marítima -DIMAR- del Ministerio de Defensa por Resolución No. 503 de fecha julio 1 de 1983, usando y gozando de los bienes de uso público propiedad de la

⁸⁵ Folios 59 al 71 del cuaderno 1.

Nación, así como de la infraestructura o instalaciones portuarias que en ella se encuentren construidas también propiedad de la Nación por el hecho de la reversión (...).

Si bien es cierto que la Dirección General Marítima -DIMAR- del Ministerio de Defensa, en su momento otorgó una concesión a la Sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A. -CARBOCOL-, posteriormente cedida a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. -CZN- S.A., ésta adquirió con ello no sólo los derechos a usar y gozar en forma exclusiva y temporal los bienes de uso público de la Nación por el término de veinte años , también contrajo con la Nación obligaciones como lo es la reversión de dichos bienes y la cesión a título gratuito de las instalaciones portuarias e infraestructura que en ella se encuentren, una vez finalice el término de la autorización inicialmente otorgada, así lo establece el Estatuto de Puertos en su artículo 8.

Al homologar la otrora Superintendencia General de Puertos la autorización concedida por la DIMAR en su momento, se le estaban reconociendo los derechos a la Sociedad concesionaria, pero de igual manera ésta estaba adquiriendo “otras” obligaciones con la Nación como lo son acogerse a los mecanismos de pagos previstos en la Ley 01 de 1991, lo que lleva implícito el pago de la contraprestación que para el efecto se fije —uso y goce de la zona de uso público—.

Posteriormente al ocurrirse la prórroga de la concesión otorgada a la sociedad recurrente, este Ministerio, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 1 de 1991, determinó la reversión de los bienes dados en concesión y la cesión gratuita de las construcciones o instalaciones portuarias -infraestructura- existentes en ella a la Nación, finalizado el término inicial de la concesión es decir el 30 de junio de 2003, traducéndose esto en la titularidad de los bienes en cabeza de la Nación, tal como lo ordena la Resolución No. 003615 de 2002 en su artículo cuarto (...) (subrayado por la Sala).

139. Para dar mayor claridad sobre los antecedentes que dieron origen a la expedición de los actos acusados, la Sala presenta el siguiente cuadro-resumen:

ETAPAS	ACTOS ADMINISTRATIVOS	CONTENIDO DE LOS ACTOS
--------	-----------------------	------------------------

<p>I ETAPA: OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN EN VIGENCIA DEL DECRETO LEY 2349 DE 1971 Y DECRETO 3137 DE 1980</p>	<p>RESOLUCIÓN 503 DE 1 DE JULIO DE 1983</p>	<p>Se otorgó la concesión por el término de 20 años a Carbocol que vencían en el 2003 y esa sociedad asumió la obligación de revertir los bienes al terminar la concesión.</p>
<p>II ETAPA: ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1ª DE 1991</p>	<p>RESOLUCIÓN 164 DE 9 DE MARZO DE 1994</p>	<p>Homologación de la concesión con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1ª de 1991, en la cual se fijó el pago de la contraprestación por la utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, por cuantía de \$US 648.348.66, monto que fue modificado mediante Resolución 582 de 1994, en la suma de \$US 503.566 92/100).</p>
	<p>CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA Y TRANSFERENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000</p>	<p>Cesión de derechos de CARBOCOL en favor de la empresa Cerrejón Zona Norte S.A.</p>
	<p>RESOLUCIÓN 3166 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2000</p>	<p>Autorización del Ministerio de Transporte para realizar la cesión de CARBOCOL a CZN S.A.</p>
	<p>RESOLUCIÓN 12501 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001- PROFERIDA POR EL MINISTERIO DE TRANSPORTE DE PRÓRROGA DE LA CONCESIÓN</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El artículo 1º: proroga el plazo de la concesión por el término de 10 años. - El artículo 3º dispone que, efectuada la reversión con la cesión gratuita de las construcciones e inmuebles por destinación se fijará el monto de la contraprestación por uso de infraestructura de conformidad con el avalúo comercial y la metodología vigente en la fecha. En las consideraciones de ese acto se indicó que la prórroga del plazo no afectaba la obligación de la reversión que debía operar el 1 de julio de

	2003.
RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR CZN	<p>El recurso de reposición tenía como finalidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Ampliar la prórroga a 20 años. 2.- Revocar el artículo segundo, pues no resulta procedente prohibir las modificaciones relativas a la construcción del complejo portuario. 3.- Que se establezca que la reversión solo puede efectuarse al finalizar el término de duración de la concesión, la cual sucede al vencimiento del término inicial de la prórroga.
RESOLUCIÓN 3615 DE 18 DE MARZO DE 2002, MEDIANTE EL CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 12501 DE 21 DE DICIEMBRE DE 2001	<ol style="list-style-type: none"> 1.- Se prorroga el plazo de la autorización por períodos de diez (10) años, hasta completar 30 años, siempre y cuando CZN cumpla con todas las obligaciones; 2.- Consignó la obligación de pagar tanto la contraprestación por el uso de playas y terrenos de baja mar como la contraprestación por ocupación y utilización de instalaciones portuarias.
RESOLUCIÓN 008928 DE 12 DE JULIO DE 2002- <u>ACTO DEMANDADO-</u>	Ejecuta la Resolución 3615 de 2002 y ordena pagar por la utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas y por la ocupación y utilización de las instalaciones portuarias existentes ubicadas en la zona de uso público y/o infraestructura.
RESOLUCIÓN 004247 DE 26 DE JUNIO DE 2003 – <u>ACTO DEMANDADO-</u>	Resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 008928 de 2002 y confirma su contenido.

La codependencia del acto ejecutivo y del acto de ejecución en virtud del nacimiento de un vínculo primigenio. Regla jurisprudencial: los actos ejecutorios demandados no son susceptibles de ser controlados de manera autónoma e independiente, si lo que se pretende es la anulación de una obligación originada en un acto administrativo que no fue demandado

140. Para la Sala resulta claro que el contenido de las normas demandadas y la fundamentación fáctica que dio lugar a la expedición de las mismas, son actos de ejecución, pues su finalidad no era otra que ejecutar el artículo tercero de la Resolución No. 003615 del 18 de marzo de 2002, la cual expresamente creó la obligación a cargo del administrado, previa consonancia con el párrafo primero del artículo tercero de la Resolución 01250 del 21 de diciembre de 2001.

141. A continuación, la Sala considera pertinente establecer: *i)* la línea jurisprudencial de la Sección Primera en la que se vislumbra cuándo dichas decisiones pueden ser excepcionalmente susceptibles de control de legalidad, y *ii)* evidenciar que los actos demandados en el presente caso no se encuentran enmarcados dentro de dichas excepciones.

La postura de la Sección Primera sobre el control de legalidad de las decisiones o actos ejecutorios⁸⁶

142. El acto o decisión ejecutoria⁸⁷ tiene por objeto ejecutar una decisión administrativa o judicial y a través de esto no se decide definitivamente una

⁸⁶ Es importante hacer una aclaración en cuanto a la utilización de los vocablos ejecutivo y ejecutorio. El Código Contencioso Administrativo precisa que las decisiones administrativas son ejecutivas. En efecto el artículo 64 del CCA precisa: “*carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados*”. Además de la característica de ejecutivos, los actos administrativos también son ejecutorios. Al respecto, Montaña precisa: “(...) *dos elementos principales del acto administrativo: una manifestación de la voluntad y unos efectos jurídicos que se producen a partir de esta*”, MONTAÑA, Alberto, *Fundamentos de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 197. Un acto ejecutorio es la posibilidad de materializar o poner en obra la voluntad de la administración, después de que adquiere firmeza. En efecto el artículo 89 del CPACA hizo luz al respecto: “*salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad*”. Igualmente Santofimio, precisa: “*la firmeza del acto administrativo constituye el punto límite o de partida de la eficacia real del acto: nos permite visualizar el momento primario a partir del cual se presume la plena configuración de la legalidad de la decisión de la administración y emana la obligación constitucional y legal de hacer cumplir lo dispuesto en la providencia administrativa. A ninguna otra conclusión se puede llegar, si entendemos en su contexto lo dispuesto en el artículo 62 del CCA en concordancia con el artículo 64 del mismo ordenamiento, que regula propiamente las actuaciones administrativas posteriores al momento en que el acto se hace obligatorio definitivamente, actuaciones que podríamos catalogar de ejecutoriedad o eficacia normal del acto administrativo. Precisamente en esta última disposición se instituye en el ordenamiento colombiano la figura de la ejecutoriedad del acto, base indiscutible de los mecanismos típicos de la eficacia del acto tales como los procedimientos, actuaciones y operaciones administrativas (...) Conforme a estos presupuestos normativos, el mundo de la eficacia aparece realmente en una determinada situación fáctica cuando el acto reviste el carácter de ejecutivo, esto es, se encuentra en firme y consecuencia es ejecutorio o de obligatorio cumplimiento*”. SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp.322-323.

actuación, sino que solo se expiden para materializar o cumplir decisiones, como sucedería con una sentencia judicial⁸⁸. Por tanto, los actos ejecutorios si bien son unilaterales, no crean, modifican o extinguen ninguna situación jurídica, porque el efecto jurídico lo contiene el acto administrativo objeto de ejecución⁸⁹. Por tanto, no son pasibles de ser demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa; sin embargo, se ha precisado que los actos ejecutorios pueden ser susceptibles de control de legalidad autónoma e independientemente del acto administrativo de ejecución, si: **i)** desbordan parcial o totalmente el acto administrativo ejecutado⁹⁰; **ii)** lo cumplan parcialmente⁹¹ o suprimen o cambian el acto habilitante objeto de ejecución, y **iii)** crean situaciones jurídicas nuevas⁹² o distintas que vayan en contravía de la decisión que ejecutan⁹³.

⁸⁷ Uno de los primeros profesores de derecho administrativo francés en estudiar la noción de decisión ejecutoria fue Maurice Hauriou, pues aparece en su obra *Précis de droit administratif* en 1892: “Al poder público se vincula el instrumento más importante de la acción administrativa: la decisión ejecutoria. HAURIUO inventó la fórmula y la sistematizó”, DELVOLLÉ Pierre y MODERNE Franck, “Avant propos” a *Précis de droit administratif et de droit public*, Hauriou Maurice, 12, ed, Paris, citado por OSPINA, Andrés, “La decisión ejecutoria en la doctrina de Maurice Hauriou: la viga de amarre de un edificio administrativo varias veces remodelado”, en *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*, Andry Matilla Correa, Jaime Orlando Santofimio, Héctor Santaella, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 427.

⁸⁸ El carácter ejecutorio que se le reconocía a las decisiones administrativas en el derecho francés era *mutatis mutandis* el mismo que se le reconocía a las decisiones judiciales: “como consecuencia del principio según el cual las decisiones de los ministros en materia contenciosa y dentro de los límites de su competencia, tienen la fuerza y los efectos de una sentencia judicial (...) (2) que las decisiones son ejecutorias de la misma manera que las de los tribunales (...)”, De CORMENIN, Louis Marie, *Droit administratif*, 5ème éd., t. I, Gustave Thorel, París, 1840, p. 183; Chaveau sostiene que “las decisiones administrativas producen los mismos efectos y deben tener la misma ejecución que las decisiones de autoridad judicial”. CHAVEAU, Adolphe, *Code de l’instruction administrative ou lois de la procédure administrative*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence de Cosse, París, 1848, p. 577, citado por OSPINA, Andrés, *ibíd.*, p. 428.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de agosto de 2014, rad. 25000-23-24-000-2006-00988-01, M.P. Guillermo Vargas Ayala.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias del 15 de septiembre de 2015, rad. 2009-00116, 22 de febrero de 2018, rad. 25000-23-41-000-2017-00341-01, 24 de mayo de 2018, rad. 25000-23-41-000-2016-02463-01, 18 de julio de 2019, rad. 25000-23-41-000-2018-00502-01, 12 de diciembre de 2019, rad. 11001-03-24-000-2011-00140-0019, 19 de diciembre de 2019, rad. 11001-03-27-000-2019-00459-00, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; sentencias del 30 de mayo de 2019, rad. 25000-23-41-000-2015-01189-01 y 15 de agosto de 2019, rad. 25000-23-41-000-2017-02019-01 M.P. Oswaldo Giraldo López; sentencia del 29 de agosto de 2019, rad. 08001-23-33-000-2018-00588-01, sentencia del 11 de junio de 2021, rad. 11001-03-24-000-2019-00235-00, auto del 27 de agosto de 2021, rad. 11001-03-24-000-2016-00254-00, M.P. Nubia Margoth Peña Garzón; sentencia del 26 de junio de 2020, rad. 25000-23-24-000-2004-00580-01, M.P. Hernando Sánchez Sánchez.

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00481-00, M.P. Guillermo Vargas Ayala. También se ha mencionado que el acto administrativo que niega la solicitud de revocatoria directa del mismo no tiene control jurisdiccional. V. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 29 de octubre de 2018, rad. 11001-03-24-000-2015-00115-00, M.P. Hernando Sánchez Sánchez (E); sentencia del 23 de octubre de 2014, rad. 25000-23-41-000-2014-00674-01, M.P. Guillermo Vargas Ayala, sentencia del 18 de diciembre de 2019, rad. 11001-03-24-000-2013-00343-00. M.P. Nubia Margot Peña.

⁹² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 20 de octubre de 2017, rad. 25000-23-41-000-2015-00175-01, M.P. María Elizabeth García González.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 7 de febrero de 2008, rad. 2007-01142-01, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sobre el particular ver entre otras las siguientes sentencias: Sección Tercera, sentencia del 9 de agosto de 1991, rad. 5934, M.P. Julio César Uribe Acosta; Sección Segunda, sentencia del 15 de agosto de 1996, rad. 9932, M.P. Javier Díaz Bueno; Sección Primera, sentencia del 4 de septiembre de 1997, rad. 4598, M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

143. Lo anterior ha sido también defendido por la Corte Constitucional, corporación que ha señalado que cuando *“a través de uno de dichos actos se agrega o se modifica algún elemento de lo que se ejecuta, ya no pueden ser tenidos por meros actos de ejecución y han de ser asumidos como actos definitivos, ya que envuelven una manifestación autónoma y concreta de voluntad generadora de efectos jurídicos”*⁹⁴.

144. En ese mismo sentido, el juez constitucional ha precisado que, por regla general, la acción de tutela frente a actos administrativos ejecutorios se torna improcedente, habida cuenta que no crean una situación jurídica disímil a la originada, sino que se limitan a dar cumplimiento a decisiones primigenias⁹⁵.

145. El anterior recuento jurisprudencial denota que existe uniformidad en cuanto a que los actos administrativos ejecutorios, esto es, aquellos que ejecutan una decisión judicial o administrativa, no son susceptibles de control jurisdiccional, salvo que la administración, al proferir el acto ejecutorio, se aparte del acto administrativo ejecutivo o habilitante, a través de agregados, modificaciones o supresión de elementos esenciales del acto primigenio, por lo que resulta indiscutible que el acto ejecutorio mutó su naturaleza y no puede afirmarse, entonces, que el acto sea de simple ejecución y, por lo mismo, puede ser controlado judicialmente.

La postura de otras Secciones del Consejo de Estado sobre el control de legalidad de los actos de ejecución

146. Para la Sección Segunda del Consejo de Estado los actos ejecutorios de una decisión administrativa o jurisdiccional se encuentran excluidos del control judicial, toda vez que a través de ellos no se decide definitivamente una actuación, pues solo son expedidos en orden a materializar o ejecutar esas decisiones. La regla general establece que el acto ejecutorio no es susceptible de control judicial, salvo que la autoridad que lo expidió desborde los lineamientos del acto ejecutivo⁹⁶ y ello implicaría nueva decisión y no mera ejecución⁹⁷.

147. En el caso del control de legalidad de los actos expedidos por la administración en cumplimiento de acción de tutela, se deben examinar los elementos que resulten vinculantes para la producción del acto, es decir: *i*) si creó,

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T – 533 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 20 de junio de 2019, rad. 11001-03-15-000-2019-00350-01(AC), M.P. Nubia Margot Peña.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 20 de septiembre de 2018, rad. 41001-23-33-000-2012-00179-01(0812-17), 7 de febrero de 2019, rad. 1521-2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Subsección A, sentencia del 18 de noviembre de 2020, rad. 25000-23-42-000-2012-01999-01(0485-17), M.P. Gabriel Valbuena Hernández; Subsección B, sentencia del 8 de octubre de 2020, rad. 25000-23-42-000-2013-05392-01(2329-17), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de octubre de 2019, rad. 25000-23-25-000-2010-00689-01(0042-11), M.P. César Palomino Cortés; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, rad. 73001-23-31-000-2008-00510-01(1350-13), auto del 15 de abril de 2010, rad. 52001-23-31-000-2008-00014-01(1051-08), M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

modificó o extinguió una situación no debatida en la acción constitucional⁹⁸; **ii**) si la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez; **iii**) si la decisión de tutela fue de carácter transitoria o definitiva; **iv**) si el asunto ha sido objeto o no de control de legalidad por parte de su juez natural⁹⁹, y **v**) si la autoridad desbordó los estrictos lineamientos de la sentencia, en cuyo caso, el perjudicado quedará habilitado para discutir en juicio aquello en que hubo incumplimiento por parte de la administración¹⁰⁰. Estas precisiones cobran importancia en razón a que si el acto expedido por la administración, en cumplimiento de una decisión judicial, no sólo aborda aspectos distintos a los expresados en la decisión a ejecutar, sino que da lugar a la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas a favor de los particulares, da lugar a que surja un típico acto administrativo susceptible de control judicial¹⁰¹.

148. Por otra parte, en varias ocasiones la Sección Tercera ha analizado la procedibilidad de la acción contenciosa contra los actos administrativos ejecutorios¹⁰²: **i**) bien derivados de decisiones administrativas, o **ii**) derivados de sentencias u otra providencia judicial que hace tránsito a cosa juzgada, para señalar que no procede la acción judicial para discutir su legalidad, porque no son definitivos. Ahora bien, la tesis que defiende la imposibilidad de demandar los actos de ejecución ha tenido un matiz o excepción, que se registra como recurrente y sistemática en la jurisprudencia de las distintas Secciones de esta Corporación, esto es, coinciden unánimemente en este aspecto: si bien los actos de ejecución no son demandables, lo son, si **i**) contienen decisiones nuevas o puntos nuevos, o **ii**) si el acto de ejecución agrega o decide sobre temas nuevos¹⁰³, es decir, no se limita a ejecutar la decisión contenida en el acto

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 12 de diciembre de 2017, rad. 25000-23-25-000-2011-00252-01(2708-15), M.P. William Hernández Gómez.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de agosto de 2018, rad. 25000-23-42-000-2013-00360-02(0849-14), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de septiembre de 2018, rad. 41001-23-33-000-2012-00179-01(0812-17), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de noviembre de 2013, rad. 05001-23-31-000-2003-00490-01(2277-12), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, rad. 52001-23-31-000-1998-00009-01(17258), M.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 2 de noviembre de 2011, rad. 47001-23-31-000-1998-05685-01(17781), M.P. Danilo Rojas Betancourth.; sentencia del 27 de enero de 2012, rad. 68001-23-15-000-1998-03685-01(20407), M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 2 de marzo de 2015, rad. 25000-23-26-000-2000-00898-01(25594), M.P. Olga Melida Valle de De la Hoz; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 76001-23-31-000-2005-03019-01(35349), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 16 de julio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2020-02682-00(AC), M.P. Martín Bermúdez; sentencia de 22 de julio de 2009, rad. 17.367, M.P. Ruth Stella Correa. Esta providencia cita a su vez las siguientes jurisprudencias: Consejo de Estado, Sección Primera: sentencias de 7 de febrero de 2008, rad. 11001-03-15-000-2007-01142-01(AC); 27 de julio de 2006, rad. 20001-23-31-000-2003-02048-01; 20 de septiembre de 2002, rad. 25000-23-24-000-2000-0321-01(7764); 21 de febrero de 2002, rad. 66001-23-31-000-1998-0378-01(7193); 26 de octubre de 2000, rad. 5967; 14 de septiembre de 2000, rad. 6314; 4 de septiembre de 1997, rad. 4598; 6 de marzo de 1999, rad. 3.939, y auto de 19 de diciembre de 2005, rad. 25000-23-24-000-2004-00944-01; Sección Tercera: sentencia de 9 de agosto de 1991, rad. 5934; auto de 7 de marzo de 2002, rad. 25000-23-26-000-1999-2525-01(18051); auto de 5 de abril de 2001, rad. 17.872.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 1991, rad. 5934, M.P. Julio César Uribe Acosta: *“Todo acto que se limite a generar el cumplimiento de la sentencia es un acto de ejecución. No obstante, si la administración al proferir el acto de ejecución se aparte del alcance del fallo, agregándole o suprimiéndole algo, resulta incuestionable que en el nuevo temperamento*

administrativo, entonces surge la posibilidad de demandar dicho acto ante la jurisdicción.

149. La Sección Tercera ha precisado que la noción de “tema nuevo” hace referencia a que la decisión del acto de ejecución no provenga o se derive, de manera necesaria y directa, del acto que se ejecuta. Es decir, existe unidad temática cuando el acto de ejecución se limita a cumplir, fielmente, lo decidido en el acto definitivo que ejecuta. Por el contrario, si el acto de ejecución se refiere o toca un asunto no decidido por el acto definitivo, es evidente la disanalogía temática.

150. Por otra parte, la Sección Tercera ha precisado que el asunto más difícil de resolver se presenta cuando el acto definitivo se refiere a un tema, es decir, lo resuelve y, luego, el acto de ejecución, lo conserva, pero con alteraciones en su alcance. En tal evento, corresponde al juez analizar, en cada caso, la magnitud y trascendencia de las variaciones, para definir si el punto es nuevo, pese a que no hay ruptura de la unidad temática. Esas variaciones entre el acto ejecutivo y ejecutorio las debe considerar el juez del caso, para concretar si configuran una decisión distinta; teniendo en cuenta que no cualquier inconformidad en el cumplimiento de la decisión supone la introducción de un aspecto diferente. De hecho, para que tenga lugar, debe originarse ruptura de la unidad temática con el acto administrativo que se hace cumplir. Esta es la regla judicial de valoración. Por tanto, se estará ante puntos nuevos cuando el acto que ejecuta define un asunto extraño al acto que dice cumplir, o cuando siendo el mismo lo tergiversa, altera, contradice o agrega aspectos que eliminan o varían el sentido de la decisión primigenia.

151. En similar sentido, la Sección Cuarta ha precisado que son objeto del control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo los actos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica y ponen término a un proceso administrativo. Los actos ejecutorios dan cumplimiento a una decisión judicial o administrativa que crea, modifica o extingue una situación jurídica particular que ha adquirido firmeza, es decir, son aquellos que materializan la decisión adoptada, los que, por regla general, son actos no susceptibles de control de legalidad ante la jurisdicción al no surgir situaciones jurídicas diferentes al acto ejecutado. En otras palabras, se limitan a preparar, impulsar o dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa¹⁰⁴. No obstante, la Sección Cuarta ha reiterado que, si el acto de ejecución omite o excede, parcial o totalmente, el contenido de la decisión administrativa o judicial es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que crea, modifica o extingue una

no puede predicarse que el acto sea de simple ejecución, pues nace un nuevo acto administrativo, y por lo mismo, controvertible judicialmente”.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 29 de noviembre de 2012, rad. 17274, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; sentencia del 18 de julio de 2018, rad. 25000-23-37-000-2012-00222-01(20643), M.P. Milton Chaves García; sentencia del 23 de febrero de 2018, rad. 25000-23-27-000-2012-00008-01(20638), M.P. Julio Roberto Piza.

situación jurídica diferente que no fue contemplada en el acto primigenio¹⁰⁵ y, por ende, constituye un verdadero acto administrativo susceptible del control de legalidad¹⁰⁶.

La necesidad de identificar el acto administrativo primigenio en el *sub judice*. Verificación casuística de la regla jurisprudencial: identificación del acto administrativo en el que nació la contraprestación por uso de la infraestructura y la verificación de ausencia de integración de dicho acto en la demanda

152. Considera la Sala que la providencia apelada se debe confirmar, pero por las razones analizadas en los precedentes jurisprudenciales reseñados -los cuales se reiteran para este análisis-, y en particular por las que se pasa a exponer.

153. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho no procede para atacar las resoluciones demandadas, ya que se trata de actos ejecutorios de las Resoluciones 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, que no fueron demandados en este proceso. A efectos de desarrollar la postura acogida en el fallo, se identificará el momento temporal y el escenario normativo en el que nació la obligación y la exigibilidad de la contraprestación por uso de infraestructura a cargo del demandante.

154. Respecto a la habilitación legal por la cual nació la obligación de contraprestación por uso de infraestructura, el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991 le asignó al Gobierno nacional la función de definir, periódicamente, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben pagar aquellos que se benefician con las concesiones portuarias, al disponer lo siguiente:

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

Esta contraprestación se otorgará a la Nación y a los municipios o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda. Para efecto de la metodología, el Gobierno deberá tener en cuenta la escasez de los bienes públicos utilizables, los riesgos y costos de contaminación, los

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 12 de febrero de 2020, rad. 25000-23-27-000-2012-00356-01(19974), M.P. Milton Chaves García; sentencia del 12 de agosto de 2021, rad. 44001-23-31-000-2012-00077-01 (22089), M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; sentencia del 25 de julio de 2019, rad. 08001-23-31-000-2008-00260-01(21533), M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez; sentencia del 31 de octubre de 2018, rad. 21486, MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez; sentencia del 15 de noviembre de 1996, rad. 7875, MP. Consuelo Sarria Olcos, y sentencia del 30 de marzo de 2006, rad. 15784, MP: Ligia López Díaz.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 3 de agosto de 2016, rad. 25000-23-27-000-2011-00194-01(19952), M.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás; sentencia del 10 de febrero de 2016, rad. 25000-23-27-000-2011-00040 01(21253), M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; auto del 26 de septiembre de 2013, rad. 2013-00296, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

usos alternativos, y las condiciones físicas y jurídicas que deberían cumplirse para poder poner en marcha y funcionamiento el terminal portuario. Una vez establecido el valor de la contraprestación, no es susceptible de modificarse.

Todas las sociedades portuarias pagarán una contraprestación por las concesiones portuarias (subrayado de la Sala).

155. Al tenor de los pasajes destacados, el artículo 17 de la Ley 1º de 1991 autorizó a la Nación para variar la contraprestación exigible al concesionario y el plazo de concesión: “Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga la Nación, así como el plazo”.

156. En tal sentido, la Resolución No. 282 del 27 de marzo de 1996, proferida por la Superintendencia General de Puertos, estableció la obligación para los concesionarios de puertos de pagar **una contraprestación económica por el uso infraestructura de tipo portuario de propiedad de la Nación**. Se destaca de sus considerandos lo siguiente:

PRIMERO: Que la Superintendencia General de Puertos conforme al Capítulo 8º Artículo 39 de la Ley 01 de 1991¹⁰⁷ y la resolución 022 del 14 de enero de 1993, ha venido homologando a los titulares de concesiones autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 01 de 1991, esto es a todas las personas públicas y privadas que antes de su promulgación hubieren recibido autorización bajo cualquier nombre o régimen para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar, acogiéndolas al régimen y mecanismos tarifarios previstos en la citada Ley.

SEGUNDO: Que conforme al Artículo 8º de la Ley 01 de 1991 y al Artículo Sexto de la Resolución 022 del 14 de enero de 1993, vencida la concesión portuaria o la autorización otorgada antes de la promulgación de la Ley 01 de 1991, todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentran instaladas en la zona de uso público, serán revertidas a La Nación en buen estado de operación al término de la concesión o autorización, de los cual se dejará constancia mediante un acta debidamente suscrita, fechada y numerada.

TERCERO: Que, surtida la correspondiente reversión a la Nación de los bienes inmuebles por destinación ubicados en la zona de

¹⁰⁷ “ARTÍCULO 39. Puertos, muelles privados, y otras instalaciones existentes. Las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de esta ley hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediato o inmediato, de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen. Las obligaciones que tenían en favor de la Empresa Puertos de Colombia, seguirán cumpliéndose en provecho de la Nación, a través de los sistemas que determine la Superintendencia General de Puertos, acogiendo al régimen y mecanismo tarifario previsto en la presente Ley. Sin embargo, cualquier modificación en los términos en los que se otorgó la autorización deberá ser aprobada por la Superintendencia General de Puertos. Si el titular de la autorización la estuviere usando para el cargue o descargue de naves mayores, la Superintendencia no aprobará su modificación. Si el titular la estuviere usando para el cargue o descargue de naves menores, la aprobación no se dará sino en el caso de que el solicitante acepte someterse al régimen de embarcaderos de que trata esta Ley” (se subraya).

uso público, la Superintendencia General de Puertos podrá entregarlos mediante el proceso a concesión portuaria.

CUARTO: Que la Superintendencia General de Puertos en virtud del Artículo 27 de la Ley 01 de 1991, establecerá la organización del recaudo de las contraprestaciones que se determinen a las sociedades portuarias y a los embarcaderos.

QUINTO: Que mediante Resolución 649 del 28 de junio de 1994, la Superintendencia General de Puertos creó el Comité para la fijación de la Contraprestación y Tasa de Vigilancia.

SEXTO: Que mediante Acta No. 002 del 22 de marzo de 1996, el Comité para la fijación de la Contraprestación y Tasa de Vigilancia fijó como porcentaje el UNO PUNTO POR CIENTO (1.5%) del valor comercial de los bienes inmuebles por destinación, ubicados en la zona de uso público, entregados en concesión a las sociedades portuarias de servicio privado, el cual deberá hacer parte de la contraprestación que pagará la sociedad portuaria.

SÉPTIMO: Que mediante Acta No. 002 del 22 de marzo de 1996, el Comité para la fijación de la Contraprestación y Tasa de Vigilancia fijó como porcentaje el TRES POR CIENTO (3%) del valor comercial de los bienes inmuebles por destinación, ubicados en la zona de uso público, entregados en concesión a las sociedades portuarias de servicio público, el cual deberá hacer parte de la contraprestación que pagará la sociedad portuaria.

157. Según lo previsto en la Resolución No. 282 del 27 de marzo de 1996, proferida por la Superintendencia General de Puertos, se estableció lo siguiente: *i)* los porcentajes correspondientes a la contraprestación por uso de infraestructura portuaria, así como la integración de tal monto como parte de la contraprestación total que debe pagar el concesionario portuario al Estado, y *ii)* el pago de la contraprestación por infraestructura debía hacerse en la misma forma y oportunidad en la que se realizara el pago de la contraprestación por el uso y goce de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias¹⁰⁸. Lo anterior quedó consignado en la parte resolutive de dicho acto, en los siguientes términos:

ARTÍCULO PRIMERO. Establecer como contraprestación por el uso de la infraestructura propiedad de la Nación, el UNO PUNTO CINCO POR CIENTO (1.5%) del valor de los bienes inmuebles por destinación ubicados en la zona de uso público, para todas las sociedades portuarias de servicio privado.

ARTÍCULO SEGUNDO. Establecer como contraprestación por el uso de la infraestructura propiedad de la Nación, el TRES POR CIENTO (3%) del valor de los bienes inmuebles por destinación ubicados en la zona de uso público, para todas las sociedades portuarias de servicio público.

¹⁰⁸ La Ley 856 de 2003 modificó el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991 cuyo objeto fue regular los destinatarios de la contraprestación por uso de infraestructura.

ARTÍCULO TERCERO. El pago de la contraprestación por infraestructura deberá hacerse en la misma forma y oportunidad en que se realice el pago de la contraprestación por el uso y goce de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas y a estos.

158. Cuando CZN S.A., solicitó la prórroga de la concesión cedida, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución No. 012501 del 21 de diciembre de 2001, mediante la cual absolvió la petición elevada por el concesionario y ordenó básicamente, en especial, en el párrafo primero del artículo tercero: *i)* prorrogar el plazo de la concesión otorgado en la Resolución 503 del 1 de julio de 1983 por el término de diez (10) años contados a partir del 1º de julio de 2003 para que continúe con la ocupación y uso bajo las mismas condiciones iniciales sobre las playas y los terrenos de bajamar en jurisdicción de Bahía Portete; *ii)* prohibir modificaciones a la construcción del complejo portuario por fuera de los planos, estudios y cálculos estructurales originales presentados con objeto de la expedición de la Resolución 503 del 1º de julio de 1983 expedida por la DIMAR; *iii)* **pagar a cargo del concesionario la contraprestación por la utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos con base en un período de diez (10) años contados a partir del 1º de julio de 2003 la suma acordada en la Resolución de Homologación No. 164 de 1994, y iv) pagar la contraprestación por uso de infraestructura a cargo del concesionario** una vez se efectúe la reversión, esto es, 30 de junio del 2003.

159. La Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por CZN contra la anterior decisión, dispuso lo siguiente: *i)* prorrogar el plazo de la autorización otorgada en la Resolución 503 del 1 de julio de 1983 a la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A. C.Z.N S.A. por período de diez (10) años hasta completar treinta (30) años; *ii)* ordenar que se liquide **la contraprestación económica por uso de infraestructura**, de conformidad con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 1 de 1991 a favor de la Nación y el ente territorial respectivo y a cargo de la sociedad CZN S.A. de acuerdo con la metodología vigente al momento de calcularla; *iii)* **la nueva contraprestación de uso por infraestructura se aplicaría a partir del vencimiento del permiso inicial, desde el 1 de julio de 2003**, efecto para el cual la sociedad CZN S.A. presentaría los datos requeridos por el Ministerio dentro del término de treinta días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución y, en consecuencia, se expediría un acto administrativo que defina el monto, la forma de pago y garantías a construir por parte del autorizado y a favor de la Nación – Ministerio de Transporte por parte del autorizado, y *iv)* **La sociedad C.Z.N S.A., seguiría pagando la contraprestación fijada por la Superintendencia General de Puertos mediante la Resolución No. 164 del 9 de marzo de 1994 hasta el 1 de julio de 2003**, que no es otra que la contraprestación por uso de playas tal como lo reconoce el actor en la demanda (p.5)¹⁰⁹.

¹⁰⁹ “Como consecuencia de la homologación mediante la resolución 164 de 1994, la Superintendencia le fijó a CARBOCOL la obligación de pagar una contraprestación por el uso de

160. Cabe resaltar que en los considerandos de la Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001 se hizo una relevante anotación: *“conforme lo establece la Ley 1º de 1991 la reversión debe efectuarse al final de la concesión, o sea en el año 2003, **independientemente** de que se les conceda o no la prórroga del término, es decir, que son dos circunstancias independientes y como tales deben cumplirse individualmente”*.

161. De conformidad con lo anterior, la reversión y la prórroga del término de la concesión eran dos fenómenos distintos que debían cumplirse independientemente, habida cuenta que la reversión debía operar sin importar que se otorgara o no la prórroga de la concesión, con el objeto de exigir el pago de la contraprestación por uso de infraestructura.

162. Significa lo anterior que no le asiste razón al demandante cuando considera que no se debe cobrar la contraprestación *“toda vez que al haberse aplazado la reversión en virtud de lo establecido en la resolución 003615 de 2002, los bienes inmuebles por destinación que se encuentran en la zona otorgada en concesión a CZN continúan siendo de propiedad de mi representada; en consecuencia, es inevitable concluir que a través de las resoluciones demandadas el Ministerio está imponiendo CZN el pago de una contraprestación por el uso de infraestructura que hasta la fecha y durante los próximos treinta años, le pertenecen y le pertenecerán al demandante”* (fl. 24, c.1).

163. Esta interpretación conduciría a entender que los bienes afectos al uso público y construidos por el concesionario no hacen parte del patrimonio público sino hasta concluir el plazo de la concesión, esto es, 50 años después (1983-2033), razonamiento incorrecto, y distante de las razones que engendraron el origen del instituto de la concesión, con el que se abriría una grieta peligrosa que concibe la idea de que el concesionario es el único propietario de los bienes construidos en el marco del contrato, cuestión que insinúa que el instituto de la concesión se convertiría de facto en una especie de título —o tal vez modo— velado de adquirir la propiedad pública en Colombia. Esta es una interpretación que no se comparte por la Sala y que debe ser proscrita, en la medida que los bienes de la concesión afectos al público pertenecen a la administración desde el mismo momento en que son construidos¹¹⁰.

164. A lo anterior se debe agregar que una réplica aparecerá a la vista y será la afirmación que se manifieste en el sentido de señalar que los bienes retornarán al Estado al finalizar el contrato cuando hayan sido amortizados durante la ejecución; sin embargo, no se debe olvidar que el objeto principal del contrato no es otro que

playas y terrenos de baja mar que ascendió a SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO DÓLAES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. El cálculo de dicha contraprestación se hizo con base en el hecho de que se estaba otorgando en concesión ciento cincuenta y nueve metros de longitud de playa”.

¹¹⁰ V. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés, *Derecho Administrativo de Bienes*, Universidad Externado de Colombia 2015, pp. 609-610.

la construcción y el pago de un bien destinado al uso público, por lo que se debe refutar la idea asociada a que los bienes pertenecen al concesionario durante la ejecución del contrato y solo deben ser considerados como pertenecientes al Estado cuando termine el negocio jurídico¹¹¹.

165. A diferencia de la interpretación que hace el actor en la demanda del artículo 4 de la Resolución 003615 de 2002 —“*la Resolución 03615 (...) dispuso que la reversión de tales bienes solo operará a partir del vencimiento de la concesión, y no antes (...)*”, (fl. 23, c.1), el mencionado artículo de dicha resolución, por el contrario, dejó en claro que los “*beneficiarios de la **autorización otorgada mediante resolución 503 de 1983, la cual se prorroga mediante el presente acto, **deberán revertir al término de la misma** [30 de junio de 2003], en forma gratuita a favor de la Nación, tanto las construcciones como los inmuebles por destinación y demás bienes a que haya lugar**”* (negrillas fuera del texto).

166. La Sala también difiere de las inferencias que hace el actor cuando afirma que la Resolución 003615 de 2002 le concedió dos derechos: el primero, la prórroga de la concesión por treinta (30) años dividida en periodos de 10 años; y el segundo, la reversión de los bienes inmuebles y construcciones ubicados en la zona recibida en concesión hasta la finalización de la prórroga (fl. 30, c.1). En cuanto a este último, la reversión operó el 30 de junio de 2003, fecha cumbre en el desarrollo del *iter* contractual, pues no existió solución de continuidad entre el concesionario que explotaba la infraestructura portuaria al amparo de la condición de “propietario” antes de finalizar la autorización inicial, 30 de junio de 2003, y el que la explota en la actualidad bajo la condición de “tenedor” o usufructuario durante y en virtud de la prórroga de tal autorización. Por tanto, la resolución en comento sí le concedió unos derechos al CZN S.A., pero lo hizo tanto sobre el uso de playas como sobre el uso de infraestructura en su condición de usufructuario, a partir del 1º de julio de 2003, razón por la que la Resolución 008928, resulta coherente y uniforme con lo preceptuado en la Resolución 003615 de 2002 generadora de la obligación y mediante la cual se le impuso a CZN el pago de una contraprestación por uso de infraestructura.

167. Ahora bien, cierto es que no obra en el expediente ninguna prueba que conduzca al juez a afirmar que hubo un acto jurídico de tradición o entrega de dicha infraestructura para que la Nación accediera a la nuda propiedad sobre el complejo portuario de Puerto Bolívar, pero también lo es que la Nación ejerce el dominio sobre la infraestructura portuaria desde el 1º de julio de 2003, a través del tenedor de la misma, es decir, la sociedad Cerrejón Zona Norte - CZN, aún sin que hubiesen actos que materialicen la entrega de los bienes integrantes del complejo portuario.

168. Estas consideraciones apuntan a sostener que a través de la instrumentalización de una ficción jurídica y en aras de asegurar la continuidad de la explotación del puerto carbonífero, los bienes del complejo portuario de Puerto

¹¹¹ *Ibid.*

Bolívar pertenecen al patrimonio de la Nación a partir del 1º de julio de 2003 con el objeto de que una vez inicie el primer período de prórroga autorizado a CZN S.A. el Estado reciba el ingreso por concepto de uso de infraestructura. Dicho en otras palabras, la reversión se ejecutaría sin necesidad de que la sociedad CZN S.A. evacuara y abandonara físicamente las instalaciones del puerto.

169. Es por ello que el artículo 6º de la Resolución No. 022 del 14 de enero de 1993¹¹², expedida por la Superintendencia General de Puertos, que ordenaba llevar a cabo una diligencia de reversión, no desconocía la circunstancia de que esta se surtía de forma instantánea por el transcurso del tiempo, ya que la misma disposición señalaba que dicha diligencia se concluía con una “constancia” a través de la cual simplemente se realiza el inventario físico de las zonas de uso público, de las construcciones portuarias y de los bienes inmuebles por destinación que deben revertir a la Nación.

170. Conforme con lo anterior, no es preciso, tal como lo asegura el actor, que la Resolución 003615 de 2002 había aceptado que la reversión de los bienes localizados en el área de concesión otorgada a CZN S.A. solo ocurriría a la terminación definitiva de la misma, es decir, en el año 2033 (fl. 11, c.1); ni que el artículo tercero de la mencionada resolución solicitó la liquidación únicamente de la contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar (fl. 9, c.1); todo lo contrario, esta resolución precisó con toda claridad que a partir del 1º de julio de 2003 se debía ejecutar la obligación de contraprestación por uso de infraestructura a costas del demandante, sin perjuicio del pago decenal de la contraprestación de uso de playas fijada por la Superintendencia de Puertos mediante Resolución 194 de 1994.

171. De la lectura de la Resolución No. 503 del 10 de julio 1983, proferida por la DIMAR, se evidencia la conducta uniforme y homogénea de las partes, inicialmente de CARBOCOL S.A., y posteriormente de CZN S.A., de revertir a la Nación las zonas de uso público concedidas y la infraestructura portuaria el día 1º de julio de 2003, con independencia de la facultad discrecional de la administración de prorrogar la concesión, tal como se observó en la parte considerativa de la Resolución No. 012501 del 21 de diciembre de 2001.

172. Estos argumentos nos llevan a separarnos de los razonamientos que hace el actor en la demanda cuando sostuvo que las resoluciones demandadas defraudaron la confianza de la sociedad CZN S.A. por ser contrarias a la resolución 003615. En efecto, el mismo día en que se surtió la reversión también operó la exigibilidad de la contraprestación (1º de julio de 2003), obligación originada en los actos administrativos 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002. Así la cosas, la mencionada resolución quedó

¹¹² “Artículo 6º. Vencida la concesión o autorización otorgada a cualquiera de las personas (...) se adelantará la diligencia de reversión en favor de la Nación, de los bienes inmuebles por destinación situados en zona de uso público, de la cual se dejará constancia mediante Acta debidamente suscrita, fechada y numerada y la cual se elevará a Escritura Pública (...).”

en firme, así como los supuestos de hecho y de derecho previstos, cuyas consecuencias jurídicas crearon una obligación jurídica individual y concreta en cabeza del CZN S.A.

173. La Sala considera que no es posible hacer referencia a algunos párrafos de la Resolución 003615 de 2002 para sostener que para la administración resultaba claro que se había prorrogado la concesión otorgada a CZN S.A. y considera desacertado afirmar que los bienes e infraestructura afectos a la misma no debían revertir sino cuando aquella concluyera definitivamente. El demandante indica al respecto que: *“así lo expresó de manera diáfana el Ministerio cuando en los considerandos de la resolución 003615 de 2002 manifestó que si se accedió a la solicitud de prórroga, **tácitamente se acepta que la obligación de revertir se aplaza hasta el término de la autorización y en consecuencia, el Ministerio accederá a revocar la orden de revertir anticipadamente, trasladando esa obligación al momento en que finalice definitivamente la concesión como legalmente corresponde o se susciten los eventos previstos para tal fin**”* (destacado por el demandante, fl. 23, c.1).

174. En consideraciones anteriores, el Ministerio de Transporte también dejó en claro que una cosa era la prórroga del plazo y otra el término de la autorización para que operara la reversión, las cuales debían deslindarse la una de la otra, en aras de ejecutar la obligación de cobro por infraestructura: *“en armonía con la política trazada por el Consejo de Política Económica y Social CONPES (...) se accederá a la prórroga en los términos establecidos en la citada norma, bajo cuyo imperio se otorgó ese privilegio y decidirá conceder prórrogas sucesivas de diez (10) años, hasta completar treinta (30), siempre y cuando la Sociedad CZN S.A cumpla con todas las obligaciones, lo que tendrá que demostrar cuatro meses antes del vencimiento de cada período de diez (10) años”*. La resolución agrega que *“en cumplimiento del artículo 39 de la Ley 1ª de 1991, el autorizado tendrá que acogerse al régimen y mecanismo tarifario previsto en la ley, se ordenará que se calcule una nueva contraprestación [uso por infraestructura] con fundamento en la metodología actual, ya que como el propio recurrente lo acepta, la contraprestación se debe calcular con la fórmula prevista y vigente para tal fin. Sin perjuicio de respetar hasta el 2003, la calculada mediante la resolución 164, en los términos allí previstos [uso de playas]”*. Finaliza exhortando la resolución 003615 de 2002 *“la sociedad CZN S.A. deberá suministrar los datos que este Ministerio le requiera para que se le calcule una nueva contraprestación con la metodología vigente al momento de la expedición de esta resolución”*.

175. Ahora, la pregunta que surge se circunscribe a determinar cuáles son los bienes de la concesión portuaria de Puerto Bolívar que fueron objeto de reversión al vencimiento del término de autorización inicialmente otorgado por la DIMAR en 1983. En ese orden, resulta necesario distinguir en el contrato de concesión, los bienes que son de propiedad pública y los que pertenecen al concesionario: *i)* los bienes que son de propiedad de una persona pública, sobre los cuales se desarrolló la actividad portuaria, comprendiéndose allí tanto los terrenos baldíos entregados inicialmente por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —

INCORA—, como los terrenos de playa y los terrenos de bajamar sobre los cuales están ubicados los pilotes de los muelles, las zonas de fondeo y los canales navegables; *ii*) las construcciones erigidas sobre las zonas de uso público concedidas, los cuales se hallan afectos a la actividad pública portuaria, y *iii*) los demás bienes inmuebles por adhesión (instalaciones eléctricas, de servicios, etc.). En el primer caso, la reversión consistió en una devolución del uso, pues los bienes nunca han salido del patrimonio público, el concesionario entrega los bienes que fueron otorgados a título de mera tenencia (zonas de uso público). En el segundo caso, se trató de revertir al Estado en el 2003 los bienes que pertenecían a la administración desde el mismo momento en que fueron construidos a expensas de la concesión y, por lo mismo, según las motivaciones de los actos administrativos ya fueron amortizados —tema que no es objeto del presente debate— durante la ejecución del contrato y que fueron dispuestos por él mismo para la ejecución de la concesión (infraestructura portuaria y demás).

176. Teniendo en consideración que se acordó la prórroga del plazo de la concesión a CZN S.A. y la ocurrencia de la reversión el 1º de julio de 2003, se tiene que el concesionario deberá entregar una vez finalizada la prórroga contractual en 2033 los bienes objeto de la concesión, así: las zonas de uso público y la infraestructura portuaria y los demás inmuebles por adhesión construidos durante la autorización inicial, como bienes que desde la mencionada fecha están conferidos a título de mera tenencia, esto es, tanto las construcciones levantadas en el complejo portuario como las zonas de uso público.

177. A la luz de este razonamiento, es claro, entonces, que los bienes que han sido entregados, lo son a título de mera tenencia a raíz de la prórroga de la autorización inicial; por ende, la Nación tiene el pleno dominio y la potestad exclusiva para imponer contraprestaciones económicas por su uso y explotación, máxime que por mandato constitucional está prohibido la constitución de atribuciones patrimoniales a título gratuito con bienes o recursos del Estado. Este hecho queda evidentemente probado cuando el actor afirmó que era de su conocimiento que desde 1996 se había creado la contraprestación por uso de infraestructura: *“de la lectura de la mencionada Resolución 282 resulta claro que esta contraprestación tuvo desde su origen un propósito similar al de la contraprestación por el uso de activos de Puertos de Colombia, que no era otro que el de establecer una remuneración a cargo del concesionario por el uso de infraestructura portuaria de propiedad de la Nación”*. También precisó el acto que *“resulta claro (...) que esta nueva contraprestación es esencialmente diferente de la que se ha de pagar por el uso de playas y terrenos de bajamar”* (fl. 18, c. 1).

178. En efecto, tal como se narró anteriormente, la Sala no comprende las razones por las cuales el actor afirmó que la *“reversión es una obligación sometida a plazo, esto es, a la ocurrencia de un hecho futuro y cierto como es el relativo a la finalización de la concesión”* (fl. 30, c.1); tampoco es posible inferir válidamente que los titulares de las autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la citada Ley 1ª puedan gozar de la supervivencia de la gratuidad frente a un beneficio portuario por 50 años (1983-2033), bajo el argumento de considerar que

como el plazo de la concesión se amplió, ocurre lo mismo con la reversión y, por ende, no es viable el cobro de la contraprestación por uso de infraestructura, ya que ello equivaldría a establecer una transferencia gratuita —sin contraprestación— de bienes públicos a particulares, con lo cual se mengua el patrimonio estatal y se aumenta, sin justificación, el patrimonio particular.

179. En tal sentido, resulta cuando menos entendible que con la homologación cambió el relacionamiento del vínculo jurídico, habida cuenta que este, a partir de la Ley 1ª de 1991 y del acto de homologación, se edificó sobre el principio de “onerosidad” y “contraprestaciones recíprocas”. Por tanto, si con la homologación se originaron los presupuestos normativos sobre “reversión”, en virtud del principio de “onerosidad”, debió, como en efecto lo hizo la administración, originarse el cobro de la contraprestación por el uso y disfrute de la infraestructura portuaria.

180. En este último caso, la relación jurídica mutó por el vencimiento del plazo de la concesión otorgada inicialmente, lo cual originó la ejecución de una condición suspensiva que hizo efectivo el derecho de propiedad de la Nación nacido en la Resolución 003615 de 2005 sobre la infraestructura dispuesta por el concesionario, la cual debía revertir al finalizar el plazo inicial de la referida concesión. También mutó porque la adquisición plena de este derecho de propiedad sobre la infraestructura portuaria originó en cabeza del Estado la potestad legal de exigir por su uso de la infraestructura la contraprestación económica debidamente calculada de acuerdo a la metodología normativa vigente al momento de prorrogarse la concesión.

181. Teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una concesión del servicio público de puertos, el concesionario, a partir del 1º julio de 2003, debe adecuarse, en la ejecución de sus deberes como tenedor de la infraestructura portuaria de la concesión de Puerto Bolívar, a lo previsto por la ley y en el ordenamiento jurídico en cuanto a la obligación de pagar la contraprestación por uso de infraestructura, que como mandato imperativo consagró la ley a partir de la reversión de los bienes mencionados en la fecha anteriormente aludida.

182. En síntesis, la ejecución de la obligación de cobrar una contraprestación por uso de infraestructura de acuerdo con la metodología vigente, que cambió la relación jurídica en la concesión de Puerto Bolívar, surgió por la reversión del complejo portuario a favor de la Nación, después del vencimiento del plazo de 20 años al cual estaba condicionada inicialmente la concesión; esta contraprestación nació claramente en las Resoluciones No. 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, expedidas por la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos del Ministerio de Transporte con independencia de si la obligación diferida comenzaría a cobrarse a partir del 1º de julio de 2003¹¹³; la

¹¹³ “*Mientras el plazo está pendiente, la obligación existe ya; solo que, como lo expresa el inciso 1º del artículo 1551 del Código Civil, su cumplimiento se ha diferido hasta cierta época*”. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Temis, 8ª edición, Bogotá, p. 220 (se subraya).

materialización de la misma contraprestación a través de su cálculo durante el plazo de la autorización prorrogada a partir del 1º de julio de 2003, se realizó a través de las Resoluciones No. 08928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003, emanadas del Ministerio de Transporte.

183. Conclusión: la formulación de una proposición jurídica incompleta, el actor demandó las resoluciones ejecutorias 08928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003, pero no integró los actos administrativos en donde quedó almacenada la obligación a ejecutar

184. La Sala encuentra que los actos ejecutorios demandados no contienen decisiones nuevas o modificatorias que justifiquen un análisis a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que se limitaron a liquidar la contraprestación por uso de infraestructura, que nació, como lo evidenciamos en el anterior acápite, en los actos administrativos 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, los cuales no fueron aquí demandados.

185. La Resolución 012501 del 21 de diciembre de 2001, en el párrafo primero del artículo tercero, consignó que: *i)* una vez se efectuó la reversión el 30 de junio de 2003; *ii)* se fijaría el monto de la contraprestación por el uso de la infraestructura. A su vez, la Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por CZN S.A. contra la anterior decisión, dispuso: *i)* prorrogar el plazo de la autorización por período de diez años hasta completar treinta (30) años; *ii)* ordenar que se liquide la contraprestación económica por uso de infraestructura, la cual aplicaría a partir del vencimiento del permiso inicial, desde el 1 de julio de 2003, y *iii)* que la sociedad C.Z.N S.A., seguiría pagando la contraprestación fijada por la Superintendencia General de Puertos mediante la Resolución No. 164 del 9 de marzo de 1994 hasta el 1 de julio de 2003.

186. La Sala señala que a través de las Resoluciones 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002 el Ministerio de Transporte ordenó que se liquidará la contraprestación por uso de infraestructura, por vencimiento del término inicial, al cabo de la cual debía operar la reversión. Con fundamento en el nacimiento de un derecho a favor de la administración, se exhortó a la sociedad CZN S.A. a pagar: *i)* la contraprestación por utilización temporal y exclusiva de playas, y *ii)* la contraprestación por la ocupación y utilización de las instalaciones portuarias existentes, ubicadas en la zona de uso público y/o infraestructura.

187. La obligación nacida en la Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002 se cumplió, posteriormente, a través de la Resolución 008928 del 12 de julio de 2002 *“por la cual se da cumplimiento al artículo 3º de la Resolución No. 003615 del 18 de marzo de 2002”*, y se consignó en sus considerandos: *i)* que el artículo tercero de la Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002 ordenó liquidar la contraprestación por uso de infraestructura; *ii)* que la CZN S.A. mediante documentación radicada en el Ministerio de Transporte bajo el No. 018414 del 18 de abril de 2002, dirigida al Director General Marítimo y Puertos, y en

cumplimiento del artículo tercero de la Resolución No. 003615 del 18 de marzo de 2002, presentó la información requerida para calcular la contraprestación económica según el avalúo de los muelles elaborado por la firma especializada Interglobal Inmobiliaria; *iii)* que con el producto de la operación desde el año 1983, y en particular desde la fecha de la resolución de la homologación, es decir, desde el 9 de marzo de 1994, el concesionario recuperó la inversión portuaria, por tanto a partir del 1º de julio de 2003 se pagaría por concepto de contraprestación por infraestructura, y *iv)* que en el concepto técnico financiero No. 6 de abril de 2002, el cual hizo parte inherente del acto administrativo 008928 de 2002, se determinó que los valores que la sociedad CZN S.A. debería pagar por concepto de contraprestación por zona de uso público y contraprestación por infraestructura corresponde a: - contraprestación por zona de uso público (nueve millones setecientos catorce mil seiscientos quince con cincuenta y tres dólares, US \$ 9.714.615,33); y - contraprestación por uso de infraestructura (tres millones seiscientos cuarenta y dos mil novecientos seis con diecisiete dólares, US\$3.642.906,17).

188. La Sala concuerda con lo precisado con la primera instancia cuando indicó que en la Resolución 003615 de 2001 se ordenó la liquidación de la contraprestación económica, la cual incluye la contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por la infraestructura desde el vencimiento del término inicial de la autorización, esto es, 1º de julio de 2003, en desarrollo de lo cual el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 008928 de 2002 con la cual se fijaron los valores que debían pagarse por estos conceptos.

189. El objeto de las resoluciones demandadas fue la liquidación por contraprestación por zona de uso público y por uso de infraestructura. La discusión e inconformidad del actor frente a esa decisión, no radica en el monto de la contraprestación por uso de la infraestructura, pues el demandante no se refirió a este aspecto, sino a controvertir la obligación por contraprestación por uso de infraestructura. En otras palabras, todo se reduce a que el actor reclama que la contraprestación por uso de infraestructura no debe ser cobrada desde el 2003 sino a partir del año 2033.

190. Cabe resaltar que no se encuentra suficiente asidero en lo precisado por el actor cuando sostiene que existió entre el acto ejecutivo, Resolución 003615 de 2002, y el acto ejecutorio, Resolución 004247 de 2003, una ruptura irreparable: *“mientras en la resolución 003615 de 2002, el Ministerio afirmó de manera contundente que la 'obligación de revertir se aplaza hasta el término de la autorización' y por lo tanto la decisión de 'revocar la orden de revertir anticipadamente', en la resolución 004247 afirmó que 'una vez revertidos los bienes empezará a correr la prórroga de los primeros diez años de concesión’*. En otras palabras, precisó que *“si el Ministerio revocó la decisión de aplazar la reversión hasta el año 2033, quiere decir que, modificó la resolución 003615 de 2002 sin obtener el consentimiento de CZN S.A.”*.

191. No obstante, como se aprecia, lo decidido en las dos resoluciones demandadas no constituyó un tema nuevo o modificadorio, sino simplemente la concreción de lo que estaba plasmado en las Resoluciones 012501 del 21 de diciembre de 2001 y 003615 del 18 de marzo de 2002, es decir, la obligación de pagar la contraprestación por uso de infraestructura. De la lectura integral de los actos precitados, la Sala encuentra que la Resolución 003615 del 18 de marzo de 2002 causó el nacimiento de un derecho a favor del Estado y de una obligación a cargo del concesionario; y el acto ejecutorio, Resolución No. 08928 del 12 de julio de 2002. Emanada del Ministerio de Transporte, materializó lo ordenado por el primero, tanto de la obligación de pagar por una contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar como por la ocupación y utilización de instalaciones portuarias.

192. La Sala encuentra que el actor, al momento de ejercer la acción subjetiva de anulación prevista en el artículo 85 del CCA, no demandó el acto administrativo que originó la obligación sin que tampoco se configuren los supuestos para afirmar la procedencia excepcional del control de legalidad frente a actos administrativos de ejecución.

193. Además, tampoco es posible aplicar el principio *iura novita curia*, ni el art. 228 de la Constitución Política —en su faceta de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental— para incluir de oficio pretensiones que no fueron formuladas ni que se avienen de la interpretación integral de la demanda, en atención a que no fue demandado el acto administrativo en donde nació la obligación de contraprestación por uso de infraestructura.

194. Otro aspecto relevante es que el actor no controvertió la contraprestación por uso infraestructura en sede administrativa cuando se profirió la Resolución No. 012501 del 21 de diciembre de 2001, pues solo ello se hizo cuando se expidió el acto ejecutorio, Resolución 008928 del 12 de julio de 2002.

195. En resumen, la parte demandante no expuso, en el recurso de reposición impetrado en contra de la Resolución No. 012501 del 21 de diciembre de 2001, el argumento de disenso del cobro de la contraprestación por uso de infraestructura, centrandó únicamente su debate en la prórroga de la concesión; y en que la reversión no ocurriría en junio de 2003 sino que se efectuaría al terminar la concesión, es decir, cuando se extinga definitivamente la concesión.

196. De manera que es claro que con la demanda se busca que no se cobre la obligación de liquidación de la contraprestación por uso de infraestructura entre 2003 y 2033, y también lo es que las pretensiones estuvieron mal formuladas, pues de los actos administrativos demandados y de los hechos de la demanda se desprende: *i)* que la Resolución 003615 de 2002 no fue demandada, y *ii)* que ante el cobro de esta contraprestación, la accionante debió demandar oportuna y concomitantemente el acto ejecutivo y el acto ejecutorio, pero no lo hizo.

197. Por tanto, la omisión de lo expuesto vicia sustancialmente el alcance de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta, que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del juez frente al litigio propuesto, tornando procedente denegar las pretensiones frente a las resoluciones demandadas.

198. Así las cosas, considera la Sala que las Resoluciones 08928 del 12 de julio de 2002 y 004247 del 26 de junio de 2003, expedidas por la autoridad administrativa demandada, tienen la naturaleza jurídica de actos ejecutorios no susceptibles de control judicial, en tanto que se limitaron a ejecutar las órdenes contenidas en la Resolución ejecutiva 003615 de 2002, y según lo analizado por la Sala anteriormente, los actos demandados no se encuentran dentro de las excepciones previstas por las reglas trazadas por el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

199. En cuanto a las costas del proceso, la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a imponerlas cuando alguna de las partes actúa temerariamente -art. 55- y, habida cuenta de que ninguna lo hizo de esa forma, no habrá lugar a aplicarlas.

200. Por todo lo expuesto, y con fundamento en las razones precitadas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 2 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, una vez cobre ejecutoria esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(firmado electrónicamente)
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Presidente

(firmado electrónicamente)
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

(firmado electrónicamente)
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

(firmado electrónicamente)
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado