

CONTRATO DE CONCESION - Zonas de uso público. Actividad portuaria o fluvial. Procedimiento para su otorgamiento. Régimen contractual / CONCESION PORTUARIA - Régimen jurídico aplicable según se trate de concesión marítima o fluvial. Régimen legal / PUERTO FLUVIAL - Aplicación del Estatuto de Puertos Marítimos / CONCESION FLUVIAL - Régimen contractual aplicable

1) El artículo 45 de la [ley 1° de 1991](#), Estatuto de Puertos Marítimos, además de aplicarse a éstos, a los cuales se refiere expresamente, hace extensivo el régimen en ella consagrado, a los puertos fluviales sobre los cuales la Empresa Puertos de Colombia tenía propiedad o ejercía funciones públicas. **2)** En el entendido de que la pregunta se refiere al artículo 5° numeral 5.2 de la [ley 1° de 1991](#) que es el concerniente a la concesión portuaria marítima, ésta fue objeto de reglamentación por el Capítulo Segundo de la misma ley. En cuanto se trata de la concesión sobre bienes de uso público para actividades portuarias fluviales, se aplican en su aspecto sustantivo las normas que convengan a la esencia y naturaleza de este tipo de contratos; pero con respecto al procedimiento para su otorgamiento, a falta de legislación especial, se aplican las disposiciones de la [ley 80 de 1993](#). **3)** Las normas sobre concesión portuaria que trae la [ley 1° de 1991](#), rigen para los puertos marítimos y por remisión del artículo 45 de la misma ley, se hacen extensivas a las concesiones de los puertos fluviales sobre los cuales la Empresa Puertos de Colombia tenía propiedad o ejercía funciones públicas. La [ley 80 de 1993](#), Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se aplica al procedimiento de otorgamiento de las demás concesiones fluviales, respetando las estipulaciones sustanciales que corresponden a su esencia y naturaleza, por no existir norma expresa que regule esa materia. **4)** La figura de la licencia la consagra la [ley 1° de 1991](#) para la construcción de embarcaderos en puertos marítimos. Sin embargo, teniendo en cuenta los parámetros señalados por las disposiciones del Código Civil y del Código Contencioso Administrativo, las normas legales que al respecto se expidan válidamente, pueden determinar las zonas de uso público, las actividades, competencias y procedimientos para el otorgamiento de permisos relacionados con actividades portuarias fluviales, sin perjuicio de que el gobierno reglamente la tramitación interna de tales permisos. **5)** La remisión del artículo 72 de la [ley 336 de 1996](#) a la [ley 1° de 1991](#), significa que las concesiones portuarias marítimas se rigen por el procedimiento en ella establecido para tal fin, sin que ello signifique su aplicación a las actividades portuarias fluviales, entre otras razones, porque la disposición hace parte del Capítulo Tercero de la ley, que textualmente se refiere al "Transporte Marítimo".

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 46712 de 11 de octubre de 2005.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 1651

Actor: MINISTRO DE TRANSPORTE

Referencia: CONCESION DE ZONAS DE USO PUBLICO PARA ACTIVIDAD PORTUARIA FLUVIAL. Procedimiento para su otorgamiento. Régimen aplicable a las concesiones fluviales.

El señor Ministro de Transporte, doctor ANDRES URIEL GALLEGO HENAO, formula a la Sala consulta sobre el régimen de contratación que debe aplicarse para el otorgamiento de concesiones sobre bienes de uso público en las riberas de los ríos, en los siguientes términos:

"1.¿Cuál sería la interpretación actual del artículo 45 de la [ley 1a. de 1991](#), habida consideración de que no existe en la actualidad legislación ni normatividad sobre el procedimiento para el otorgamiento de concesiones para

el uso temporal y exclusivo de zonas de uso público, para el desarrollo de la actividad portuaria?

2. ¿En razón de la naturaleza especial de la denominada Concesión según los términos del artículo 5 # 5.1 de la [ley 61 de 1991](#) (sic), que condiciona la concesión a la actividad portuaria sobre playas y riberas de los ríos, se puede afirmar que ésta modalidad de concesión es materia particularmente regulada por la [ley 80 de 1993](#)?

3. ¿Sería correcto afirmar que atendiendo a lo previsto en el artículo 40 de la [ley 80 de 1993](#) las normas pertinentes de la [ley 1a. de 1991](#), pueden aplicarse a las concesiones fluviales por ser la actividad portuaria de su esencia y naturaleza?

4. ¿En ausencia de norma expresa en materia de Concesiones Fluviales se aplicaría la [Ley 80 de 1993](#) o la [ley 1a. de 1991](#)?"

Se señala en la consulta que "revisada toda la normatividad vigente, no existe norma expresa que se refiera al procedimiento para el otorgamiento de concesiones sobre zonas de uso público en las riberas de los ríos para actividades portuarias".

En trámite la anterior consulta, el Señor Ministro de Transporte mediante escrito de adición señala que el Gobierno Nacional ha decidido "tercerizar" los servicios portuarios en las diferentes cuencas fluviales, a través del contrato de concesión, por ser bienes de uso público, los cuales deben reportar una contraprestación o pago que beneficie toda la comunidad y así mejorar e incentivar el tráfico de mercancías por nuestros ríos, y formula dos nuevos interrogantes, así:

"1. ¿A la luz de las disposiciones vigentes podría afirmarse que frente al uso de riberas de ríos para fines portuarios existe para otorgarlo sólo la figura de la licencia?

2. *¿Qué alcance tiene en materia procedimental el artículo 72 de la [ley 336 de 1996](#), frente al otorgamiento de concesiones?*

CONSIDERACIONES

Con el fin de absolver la consulta formulada, corresponde a la Sala determinar el procedimiento jurídico aplicable para la utilización de bienes de uso público en las riberas de los ríos destinados a la actividad portuaria, así como la normatividad pertinente en materia de contratación.

Si bien la consulta inquiriere sobre la aplicación de la [ley 1a. de 1991](#), se hace necesario analizar las disposiciones legales expedidas antes y después de su promulgación y que han tenido por objeto regular la administración, explotación de los puertos fluviales, la construcción de obras de infraestructura portuaria y la utilización de los bienes de uso público en los que ellas se encuentran.

1. Marco normativo previo al tema de las concesiones.

La Empresa Puertos de Colombia fue creada con el objeto de organizar y administrar los terminales y puertos nacionales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y **demás puertos marítimos y fluviales** que el Gobierno le incorporara, es decir, ejercía su competencia sobre estas dos clases de puertos. ([ley 154 de 1959](#)).

A través de la ley 34 de 1.971 art. 6º y su decreto reglamentario 438 de 1.972 se creó *La Dirección General de Navegación y Puertos*, dependencia del Ministerio de Obras Públicas –*hoy Ministerio de Transporte*–, con el fin de ejercer, entre otras funciones, las atinentes a la **construcción y supervigilancia de muelles y obras marítimas y fluviales no atribuidas a otras entidades**. Esas mismas disposiciones asignaron a la División de Tráfico Fluvial de dicha Dirección, la función de "*Administrar y explotar los*

puertos fluviales correspondientes”, (Resalta la Sala) esto es, aquellos que no estaban bajo la competencia de otras entidades.

Por [decreto 1173 de 1980](#) –que reorganizó el Ministerio de Obras Públicas y Transporte- se asignó a la Dirección General de Navegación y Puertos la función de “*Dirigir y controlar la elaboración de los planes y programas sobre ... **construcción, conservación y operación de puertos fluviales y sobre las construcción y conservación de las obras marítimas no adscritas a otras entidades.** ”, (Negrillas de la Sala) así como la dirección y administración de los mismos. (art. 20. num. 2 y 4).*

El decreto ley 2324 de 1.984 asignó a la Dirección General Marítima y Portuaria –DIMAR –dependencia del Ministerio de Defensa-, la siguiente competencia:

“21. [Regular]1[1], autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción.

22. [Regular]2[2], autorizar y controlar la construcción y el uso de islas y estructuras artificiales en las áreas de su jurisdicción”.

De las normas anteriores al Estatuto de Puertos Marítimos - ley 1ª de 1.991-, el decreto ley 2324 de 1.984 trabaja el tema de las concesiones, pero para bienes de uso público en áreas marítimas.

El artículo 3o. del mencionado [decreto ley 2324 de 1984](#), definió las actividades marítimas ,en los siguientes términos:

1[1] Expresión declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 63 del 22 de agosto de 1985.

2[2] *Ibidem.*

"Artículo 3o. Actividades marítimas. Para los efectos del presente decreto se consideran actividades marítimas las relacionadas con:

1. *Señalización marítima.*
2. *El control del tráfico marítimo.*
3. *Las naves nacionales o extranjeras y los artefactos navales.*
4. *La navegación marítima por naves y artefactos navales.*
5. *La Marina Mercante y el Transporte Marítimo.*
6. *Las comunicaciones marítimas.*
7. ***La construcción, operación y administración de instalaciones portuarias.***
8. *La utilización, protección y preservación de litorales.*
9. *La investigación científica marina en todas las disciplinas.*
10. *Los sistemas de exploración, explotación y prospección de los recursos naturales del medio marino.*
11. *La búsqueda y extracción o recuperación de antigüedades o tesoros náufragos.*
12. *La recreación y el deporte náutico marinos.*
13. *La búsqueda y salvamento marítimos.*
14. *La conservación, preservación y protección del medio marino.*
15. *La colocación de cualquier tipo de estructura, obras fijas o semifijas en el suelo o en el subsuelo marinos.*
16. *El servicio de pronósticos de mar y de tiempo.*
17. *Los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica,*
18. *La administración y desarrollo de la zona costera.*
19. *Los astilleros y la construcción naval.*

20. *Otros usos y/o aprovechamientos del medio marino". (Negrillas de la Sala).*

La función contemplada en el numeral 7º transcrito fue derogada expresamente por el artículo 47 de la [ley 1a. de 1991](#), por cuanto la referida ley se reservó las funciones relativas al manejo y control de las actividades portuarias, entendidas como tales las que se desarrollan en puertos, embarcaderos e instalaciones portuarias.

El [decreto 077 de 1987](#) dispuso que **las funciones de construcción, operación, dirección y administración de muelles y puertos fluviales** atribuidas a la *Dirección General de Navegación y Puertos* por el artículo 20 numerales 2 y 4 del [decreto 1173 de 1980](#), quedarían en cabeza de los municipios, con exclusión de los puertos y muelles señalados en el artículo 71 del decreto 077 cuya administración, conservación y operación correspondería a la Nación y a la respectiva entidad territorial.

El *Estatuto Nacional de Navegación Fluvial*, [decreto 2689 de 1988](#), **asignó al Ministerio de Obras Públicas y Transporte competencia para administrar y explotar los puertos fluviales en el país**, con excepción de los que estuvieran expresamente atribuidos a otra entidad -(Puertos de Colombia)-, facultad que podía delegar en otras entidades públicas o contratar con personas privadas. Reiteró así mismo la distribución de competencias previstas en los artículos 70 y 71 del [decreto 077 de 1987](#), antes mencionadas. (Dto. 2689/88 arts. 59 y 60). Definió **el puerto fluvial** como "*el lugar situado en la ribera de una vía fluvial navegable, adecuado y acondicionado para el desarrollo de la actividad fluvial*", y distingue el concepto de puerto fluvial público *-destinado a prestar el servicio público en la actividad fluvial-* del de puerto fluvial privado *-autorizado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte para la explotación privada de la actividad fluvial-*. (Dto. 2689/88 arts. 15, 16 y 17).

2. Concesiones Portuarias

La [ley 1a. de 1991](#), por medio de la cual se expidió el ***Estatuto de Puertos Marítimos***, creó la *Superintendencia General de Puertos*, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y dispuso que la Dirección General Marítima y

Portuaria del Ministerio de Defensa Nacional, en adelante se llamaría *Dirección General Marítima*. (art. 25).

Atribuyó competencia a la Superintendencia General de Puertos 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).(Negrillas de la Sala).

El artículo 27 *ibídem* asigna a la Superintendencia General de Puertos, las siguientes funciones:

"Ley 1ª de 1.991 artículo 27.- Funciones de la Superintendencia General de Puertos:

(...)

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

En el Capítulo Segundo fijó el procedimiento para otorgar la concesión portuaria y señaló que solamente las sociedades portuarias podían ser titulares de dichas concesiones.

Al reorganizar el sistema portuario, ordenó la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia –COLPUERTOS y dispuso que el Gobierno Nacional, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, definiera los términos en los cuales se otorgarían concesiones portuarias a las sociedades que se crearan para utilizar los activos de dicha Empresa. (arts. 34 y 38).

Finalmente, en el artículo 45 estableció:

*"Artículo 45. Puertos Fluviales. **Los puertos fluviales sobre los cuales Puertos de Colombia tiene propiedad o ejerce funciones públicas se regirán por ésta ley;** todos los demás aspectos relacionados con puertos fluviales seguirán rigiéndose por las normas vigentes, o las que las complementen o reformen". (Resalta la Sala).*

La remisión de que trata el artículo transcrito encuentra justificación en el hecho de que, de una parte la [ley 1a. de 1991](#) constituye el Estatuto de Puertos Marítimos y no fluviales^{3[3]} y de otra, que al ordenarse la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, encargada de la propiedad, administración, operación y financiamiento del sistema portuario nacional – *tanto marítimo como fluvial*- se autorizó al Gobierno Nacional para que a través de la Superintendencia General de Puertos se definieran en forma inmediata los términos en que se otorgarían las **concesiones portuarias** - *aparentemente sin distinción*- a las sociedades que se crearan para utilizar los activos de la Empresa. Cabe recordar que precisamente la [ley 1a. de 1991](#) otorgó competencia a la Superintendencia General de Puertos en lo relacionado con las actividades portuarias adelantadas en los puertos, embarcaderos y muelles costeros, y en las partes de los ríos donde Puertos de Colombia tenía instalaciones.

El régimen de concesiones portuarias previsto en la [ley 1a. de 1991](#) fue reglamentado mediante el [decreto 838 de 1992](#), el cual reiteró la competencia de la Superintendencia General de Puertos para otorgar **las concesiones portuarias marítimas** y por extensión sobre las playas ribereñas de los ríos en las que Puertos de Colombia tuviere propiedades o ejerciere funciones públicas"

Dispuso el artículo 3º del decreto 838 de 1.992:

^{3[3]} *"El proyecto busca estimular a quienes tienen autorizaciones para ocupar **playas y zonas de bajamar** a organizarse en asociaciones para realizar las obras y prestar los servicios de interés común en las **zonas marinas cercanas a puertos** y embarcaderos: se da así un paso fundamental para asegurar la descentralización de la operación portuaria". SENADO DE LA REPUBLICA, Historia de las Leyes, Legislatura 1991, tomo 1, págs. 79 y 80.*

"Artículo 3o. Inmuebles objeto de la concesión. Las concesiones portuarias recaerán sobre los siguientes bienes ubicados dentro de las zonas portuarias establecidas en el plan de expansión portuaria:

- a) Playas y terrenos de bajamar.
- b) Las zonas marinas accesorias a las playas y zonas de bajamar.
- c) De conformidad con el artículo 45 de la [Ley 1a, de 1991](#), la concesión puede recaer sobre **las playas ribereñas** de los ríos en las que Puertos de Colombia tuviere propiedades o ejerciere funciones públicas" (Resalta la Sala).

La [ley 105 de 1993](#) "por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las entidades Territoriales", al definir la **infraestructura del transporte a cargo de la Nación**, señaló que aquella estaría integrada, entre otros, por "Los ríos, canales de agua navegables, su señalización y **aquellos puertos públicos fluviales de interés Nacional**". (art. 12.2).(Destaca la Sala).

Al referirse a la **integración de la infraestructura de transporte de los departamentos, distritos y municipios**, previó que hacen parte de ella "**los puertos y muelles fluviales** y los aeropuertos, en la medida que sean de su propiedad o que le sean transferidos" -en el caso de los departamentos- y "**las instalaciones portuarias fluviales** y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, de acuerdo con la participación que tengan los municipios en las sociedades portuarias y aeroportuarias, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos" -en los distritos y municipios- (arts.16 y 17). (Negrillas de la Sala).

A la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, organizada por [ley 161 de 1994](#) como ente corporativo especial del orden nacional -con funcionamiento de empresa industrial y comercial del Estado-, se le atribuyó jurisdicción en el territorio de los municipios ribereños del Río Magdalena, **y se le facultó para "conceder permisos, autorizaciones o concesiones para el uso de las márgenes del Río Magdalena y sus conexiones fluviales navegables, en lo que respecta a construcción y uso de instalaciones portuarias"**. (art. 20, parágrafo).(Negrillas de la Sala).

Por medio de la [ley 336 de 1996](#) se adoptó el *Estatuto Nacional del Transporte*, con el objeto de unificar principios y criterios que sirvan de fundamento para regular y reglamentar el transporte público aéreo, marítimo, **fluvial**, férreo y masivo terrestre, así como su operación en el territorio nacional, de conformidad con la [ley 105 de 1993](#) y demás normas que la modifiquen o sustituyan.

En el artículo 72 dispuso:

"ARTICULO 72. El sistema portuario se regirá por las normas que regulan su operación específicamente las contenidas en la [Ley 1a. de 1991](#) y demás normas concordantes".

Es de anotar que la norma transcrita hace parte del Capítulo Tercero "*Transporte Marítimo*", de lo cual se infiere que de conformidad con los principios de técnica legislativa, la remisión que en ella se hace a la [ley 1a. de 1991](#) opera en relación con los puertos marítimos, habida consideración de que la mencionada ley constituye el *Estatuto de Puertos Marítimos* y el transporte fluvial tiene su reglamentación aparte.

La remisión que hace la ley 336 de 1.996 a la ley 1ª de 1.991 en lo que se refiere al sistema portuario marítimo, y la falta de reglamentación de la habilitación y prestación del servicio público de transporte fluvial, hizo que el gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 89 de la [ley 336 , expidiera el decreto 3112 de 1997](#) regulando distintos temas sobre la materia, como los relacionados con la definición de la servidumbre legal de uso público de las riberas de las vías fluviales y su identificación como espacio público (Art. 10), la facultad del Ministerio de Transporte para autorizar toda obra o elemento en las vías fluviales o en el espacio o franja que constituya espacio publico en la ribera de los ríos (Art.11), así como la facultad dada al Ministro de Transporte para expedir resoluciones con reglas sobre asuntos como permisos para construcción de obras ribereñas y otorgamiento de concesiones.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-66 de 1.999 declaró inexecutable el artículo 89 de la ley 336, fundamentalmente bajo el

argumento de que la potestad reglamentaria no se puede limitar en el tiempo, lo que lleva a la Sala a considerar que el [decreto 3112 de 1997](#) y por consiguiente las resoluciones expedidas en desarrollo de las facultades otorgadas por el mismo, perdieron su fundamento normativo, no sólo porque formalmente desaparece del ordenamiento la ley que sirve de sustento al decreto, sino porque materialmente hablando, el ejercicio de la potestad reglamentaria no puede invadir la órbita del legislador y ocuparse de temas de reserva legal como la identificación de categorías de bienes y la regulación de su uso a través del sistema de permisos, así como la regulación del procedimiento para el otorgamiento de concesiones. Posteriormente, en este análisis cronológico de normas relacionadas de alguna manera con la materia, en la reestructuración del Ministerio de Transporte realizada mediante [decreto 101 de 2000](#), se cambió la denominación de la Superintendencia General de Puertos por la de Superintendencia de Puertos y Transporte –Supertransporte, y **se trasladaron al Ministerio de Transporte las funciones por ella adelantadas en materia de concesiones y demás actividades portuarias**, quedando a cargo de la Supertransporte tan sólo las de inspección, vigilancia y control. (arts. 40 y 44, parágrafo 2o.).

Por [decreto 1800 del 26 de junio de 2003](#) se creó el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, establecimiento público adscrito al Ministerio de Transporte, cuyo objeto es "*planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar, los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario*".(Negrillas de la Sala).(arts. 1o. y 2o.).

A la reestructuración del Ministerio de Transporte del año 2000, se sumó la efectuada por [decreto 2053 de 2003](#), que en la materia que nos ocupa, reiteró la facultad al Ministerio para autorizar la construcción y operación de muelles privados y puertos de servicio público dedicados al cargue y descargue de mercancías. (art. 5º).

Asimismo, el Ministro de Transporte, mediante **Resolución 10913 del 17 de diciembre de 2003**, delegó en el Viceministro de esa Cartera **las funciones de aprobar, negar, otorgar, modificar y revocar las concesiones y licencias portuarias**, así como la modificación, adición, suspensión y terminación anticipada de los contratos de concesión portuaria, **en puertos y terminales fluviales** en el Río Magdalena que se encuentren como máximo a treinta kilómetros de su desembocadura al mar, invocando en la parte considerativa argumentos como:

"Que conforme a lo dispuesto en el artículo 331 de la Constitución Política y la [Ley 161 de 1994](#), se creó la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, Cormagdalena, señalándole como objeto de su actividad la recuperación de la navegación y de la actividad portuaria en la arteria fluvial del río Magdalena. Desde su nacimiento en el Macizo Colombiano, hasta su desembocadura en Barranquilla y Cartagena;

*Que según lo establecido en el párrafo primero del artículo 6o. de la [ley 161 de 1994](#): **'Concertación**. La Corporación acordará con las entidades, que a la vigencia de la presente ley estén ejecutando obras, programas o funciones en ámbito de sus actividades, el procedimiento para asumirlas directamente o establecer la delegación correspondiente';*

Que en desarrollo del criterio de 'concertación' de que trata el artículo 6o. de la [ley 161 de 1994](#), el Ministerio de Transporte y Cormagdalena el 6 de agosto de 2002, suscribieron un acta de transferencia de programas, obras y funciones en la que se establecieron los procedimientos y se fijaron los plazos para el traslado de competencia del primero a la segunda;

Que en lo relativo a las concesiones portuarias, en el acta de transferencia de programas, obras y funciones de agosto 6 de 2002, se estableció: 'Entrega de expedientes. Esta actividad se refiere a la entrega por parte del Ministerio de Transporte a Cormagdalena de toda la documentación relacionada con los permisos portuarios, ... Se entiende que a partir de la suscripción de estas actas, Cormagdalena asume la competencia del permiso portuario en particular';

(...)

Que en virtud de la concertación, delegación y como autoridad portuaria, el Ministerio ha continuado con las funciones y por consiguiente con el conocimiento y actividad de despachar los trámites de solicitudes de licencias y de concesiones portuarias y la de los terminales y puertos fluviales que se encuentran otorgados mediante contrato de concesión y de resoluciones de otorgamiento de licencias portuarias, que están ubicados en los últimos treinta kilómetros de

distancia medidos desde la desembocadura del Río Magdalena en Bocas de Ceniza;

(...)

Que a la fecha no se han suscrito las actas de entrega de los expedientes contentivos de las concesiones en firme, así como las solicitudes de licencias y concesión portuaria;

Que es conveniente que el Ministerio de Transporte continúe adelantando los trámites correspondientes a los procesos administrativos antes mencionados;

Ahora, si bien es cierto que la ley 1a. de 1991, constituye el Estatuto de Puertos Marítimos resulta conveniente volver sobre algunas de las definiciones que en ella se hacen:

"Artículo 5o. Definiciones. Para la correcta interpretación y aplicación de esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

*5.1. Actividad portuaria. Se consideran actividades portuarias **la construcción, operación y administración de puertos**, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, **en general, todas aquellas que se efectúan 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"**. (Negrillas de la Sala).*

Esta disposición define la actividad portuaria como una serie de tareas que tienen por núcleo central "**el puerto**", que se define por el numeral 11 del artículo 5o. del estatuto como el "*conjunto de elementos físicos que incluyen obras, canales de acceso, instalaciones y de servicios, que permiten aprovechar un área frente a la costa o **ribera de un río** en condiciones favorables para realizar operaciones de cargue y descargue de toda clase de naves, intercambio de mercancías entre tráfico terrestre, marítimo y/o **fluvial**.*

Dentro del puerto quedan los terminales portuarios, muelles y embarcaderos". (Negrillas de la Sala).

Incluso para efectos más particulares, la ley 1a. define el **puerto fluvial** como "el lugar situado sobre la ribera de una vía fluvial navegable, adecuado y acondicionado para las actividades fluviales" (Negrillas de la Sala). (art. 5.13), definición legal expresada en idénticos términos a la contenida en el Estatuto Nacional de Navegación Fluvial - [decreto 2689 de 1988](#) art. 15 -.

De igual manera la norma identifica como actividad portuaria, "**todas aquellas que se efectúan en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias**". (Destaca la Sala).

Lo expuesto significa que aunque la [ley 1a. de 1991](#) se identifica como "Estatuto de Puertos Marítimos", la regulación legal de la actividad portuaria que en ella se hace es genérica, toda vez que comprende las operaciones que se realizan tanto en las zonas costeras como en las orillas o riberas de los ríos, siempre que concurra el elemento material, esto es, que existan instalaciones portuarias o que estén destinadas a desarrollos portuarios, lo cual permite entender que para el ejercicio de esas actividades portuarias resulta indispensable la utilización temporal y exclusiva de los terrenos o instalaciones destinados a ellas o, en otros términos, de los bienes de propiedad estatal de uso público, utilización que el Estado puede autorizar mediante la figura del contrato de la *concesión*, el permiso o la licencia.

Sin embargo, del marco normativo referenciado se concluye claramente que no existe norma legal ni reglamentaria que regule específicamente la concesión de la actividad portuaria fluvial sobre playas y riberas de los ríos, razón por la cual, ante ausencia de norma expresa, de acuerdo con lo expuesto y con las normas y principios de interpretación normativa, en principio habría que concluir que para su ejercicio se debe acudir al contrato de concesión definido en el artículo 32 de la [ley 80 de 1993](#), así:

"ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

(...)”.

No obstante, es necesario reconocer que en la práctica y en su esencia, las normas de la [ley 1ª de 1991](#) sobre el otorgamiento y contrato de concesión para actividades portuarias marítimas, corresponde de manera más exacta a la naturaleza de la concesión sobre actividades portuarias fluviales, que la normatividad que contiene la ley 80 de 1.993, razón por la cual la Sala considera que manteniendo los elementos sustanciales propios al contrato de concesión portuaria, el Ministerio debe de manera urgente presentar un proyecto de ley orientado a regular los concerniente al otorgamiento de concesiones relacionadas con actividades portuarias fluviales, teniendo en cuenta, además, que en la normatividad vigente se identifica con claridad las autoridades competentes para ello.

En efecto, de las disposiciones descritas se concluye que las autoridades que actualmente tienen competencia para otorgar concesiones para el uso temporal y exclusivo de zonas de uso público, para el desarrollo de la actividad portuaria fluvial, son:

1. El Ministerio de Transporte, en virtud del traslado de funciones que se le hiciera mediante [decreto 101 de 2000](#) –art.44 par. 2o., modificado por el art. 5o. del [decreto 2741 de 2001](#)- de las que en esta materia ejercía la Superintendencia General de Puertos, que para el caso de la consulta son las atinentes a las concesiones de los puertos fluviales sobre los cuales Puertos de Colombia tenía propiedad o ejercía funciones públicas, para cuyo otorgamiento se debe seguir el procedimiento establecido en la [ley 1a. de 1991](#), por remisión expresa del artículo 45 de la misma.

También corresponde al Ministerio de Transporte, por intermedio del Instituto de Concesiones –INCO, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte, en especial las concesiones en el modo portuario, teniendo en cuenta que al tenor de lo dispuesto en los artículos 12.2, 16 y 17 de la [ley 105 de 1993](#), los “*puertos y muelles fluviales*” hacen parte de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, departamentos, distritos y municipios.

Igualmente, por delegación hecha al Viceministro de Transporte mediante Resolución 10913 de 2003, este funcionario está facultado para otorgar, modificar y revocar las **concesiones portuarias en puertos y terminales fluviales** que se encuentren como máximo a treinta kilómetros de su desembocadura al mar.

En el evento de las concesiones que otorgue tanto el INCO como el Viceministerio de Transporte, se aplicará el procedimiento previsto en la [ley 80 de 1993](#), teniendo en cuenta que en ella se establecen las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales a que se refiere el artículo 2o. ibídem, dentro de las cuales figuran los ministerios y los establecimientos públicos –*la naturaleza jurídica del INCO es de establecimiento público*-. En consecuencia la escogencia del contratista se efectuará a través de licitación pública. (art. 24).

2. CORMAGDALENA, en el área de su jurisdicción, y siguiendo el proceso contemplado en la [ley 80 de 1993](#), habida consideración de que según lo preceptuado en el artículo 31 de sus Estatutos^{4[4]} “*La Corporación se somete en materia de contratación, a las mismas normas legales aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado*”, es decir, el Estatuto de

4[4] [Decreto 790 de 1995](#).

General de Contratación de la Administración Pública, según lo prescrito en sus artículos 1o. y 2o. En términos de dicho Estatuto, la escogencia del contratista se hará mediante licitación pública, de conformidad con lo consagrado en el literal m) del numeral 1o. del artículo 24 de la mencionada ley 80 de 1.993, que a la letra dice:

"Artículo 24. Del principio de transparencia. En virtud de este principio:

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos, en los que se podrá contratar directamente:

(...)

m). Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley".

Dentro de los contratos previstos en el artículo 32 de la ley aparece, precisamente, el de concesión.

2. Licencias y permisos

De acuerdo con lo estipulado por la ley 1a. de 1.991, corresponde a la Superintendencia General de Puertos *-hoy al Ministerio de transporte-* :

*"27.14. Otorgar licencias portuarias, por plazos de dos años, prorrogables, para construir y operar **embarcaderos**, si se acredita que ellos convienen al desarrollo económico y social de la región y que no resulta adecuado para el*

petionario el uso de puertos y embarcaderos existentes. ...". (art. 27). (Negrillas de la Sala).

De la exposición de motivos del proyecto que después se convertiría en [ley 1a. de 1991](#), se infiere que fue voluntad del legislador, en el Estatuto de Puertos Marítimos, consagrar la figura de la concesión para los puertos y la de la licencia para los embarcaderos, al señalar:

"Una de las características de los procedimientos a los que se refiere el proyecto consiste en que, a través de ellos, deben agotarse todas las etapas de permisos previos, solicitudes administrativas, etc. que, por regla general, se cumplen cuando se trata de desarrollar una empresa de importancia; en el caso de los puertos, se desea que todos los trámites y permisos se concentren en el procedimiento que describe el proyecto, para que una vez obtenida la concesión portuaria el puerto pueda construirse y operarse con rapidez, sin que otras autoridades o personas puedan alterar el curso de la política portuaria con el expediente de pedir o negar autorizaciones administrativas accesorias ...

(...)

Para construir 'embarcaderos' se exigirá, de acuerdo con el proyecto, una licencia, similar en muchos aspectos a la concesión. Su duración, sin embargo, por regla general, debe ser mucho más corta, con el fin de que la existencia de 'embarcaderos' y de los derechos particulares sobre ellos, no constituya un obstáculo a la construcción de puertos. Por ser más corta la validez de las licencias para embarcaderos el procedimiento para otorgarlas es notablemente más sencillo que el que debe seguirse para otorgar concesiones".5[5]

El embarcadero al tenor de la misma ley *"Es aquella construcción realizada, al menos parcialmente, sobre una playa o sobre las zonas de bajamar, o sobre las adyacentes a aquella o éstas, para facilitar el cargue y descargue, mediato o inmediato, de naves menores". (art. 5.4)., y hace parte un puerto "Dentro del puerto quedan los terminales portuarios, muelles y embarcaderos". (art. 5.11.).*

5[5] SENADO DE LA REPUBLICA, *Historia de las leyes*, Legislatura 1991, tomo 1, págs. 83 y 84.

En el Capítulo III del [decreto 838 de 1992](#) (reglamentario de la ley 1ª de 1.991) se regula todo lo concerniente al trámite de las licencias portuarias para la construcción de embarcaderos, tales como su objeto, proceso para su otorgamiento, término, contraprestaciones y reversión.

En consecuencia y de conformidad con lo preceptuado en la [ley 1a. de 1991](#) y su decreto reglamentario, las licencias portuarias en el ámbito marítimo, se tramitan y expiden sólo para la construcción y operación de embarcaderos.

En lo que se refiere a la parte fluvial, teniendo en cuenta las limitaciones materiales de la potestad reglamentaria, así como la inexecutableidad decretada por la Corte Constitucional del artículo 89 de la ley 336 de 1.996 y sus efectos sobre la juridicidad del decreto 3112 de 1.997 y de las resoluciones expedidas bajo su amparo, la posibilidad de obtener permisos o licencias para el uso de playas y riberas de los ríos, o para la construcción de obras en los mismos lugares o afines, requiere de la correspondiente reglamentación legal.

En efecto, a falta de regulación especial vigente y válida, el uso de esas riberas puede estar sujeta a las regulaciones legales atinentes a la utilización del espacio público, contenidas en el Código Civil y en el Código Contencioso Administrativo.

Dice el Código Civil:

*"ART. 678.- El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en **ríos** y lagos, y generalmente en todos los bienes de la unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes".*

*"ART. 679.- Nadie podrá construir, **sino por permiso especial** de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad de la unión"*

Asimismo dispone el Código Contencioso Administrativo:

"ART. 9.- Toda persona podrá formular peticiones en interés particular. A éstas se aplicará también lo dispuesto en el capítulo anterior"

*"ART. 32.- Los organismos de la rama ejecutiva del poder público, las entidades descentralizadas del orden nacional, las gobernaciones y las alcaldías de los distritos especiales, **deberán reglamentar la tramitación interna** de las peticiones que les corresponda de las peticiones que les corresponda resolver..."*

Ahora bien, previa identificación legal del acto por medio del cual se otorgan los permisos, de la autoridad competente para ello, del procedimiento y de las zonas o bienes objeto de éstos, no hay obstáculo alguno para que el organismo competente de la rama ejecutiva expida la reglamentación sobre la tramitación interna que debe seguirse para la obtención de tales permisos.

SE RESPONDE:

Consulta Inicial

1. El artículo 45 de la [ley 1a. de 1991](#), Estatuto de Puertos Marítimos, además de aplicarse a éstos, a los cuales se refiere expresamente, hace extensivo el régimen en ella consagrado, a los puertos fluviales sobre los cuales la Empresa Puertos de Colombia tenía propiedad o ejercía funciones públicas.

2. En el entendido de que la pregunta se refiera al artículo 5o., numeral 5.2 de la [ley 1a. de 1991](#) que es el concerniente a la concesión portuaria marítima, ésta fue objeto de reglamentación por el Capítulo Segundo de la misma ley. En

cuanto se trata de la concesión sobre bienes de uso público para actividades portuarias fluviales, se aplican en su aspecto sustantivo las normas que convengan a la esencia y naturaleza de este tipo de contratos; pero con respecto al procedimiento para su otorgamiento, a falta de legislación especial, se aplican las disposiciones de la ley 80 de 1.993.

3. y 4. Como se expresó en la respuesta anterior, las normas sobre concesión portuaria que trae la [ley 1a. de 1991](#), rigen para los puertos marítimos y por remisión del artículo 45 de la misma ley, se hacen extensivas a las concesiones de los puertos fluviales sobre los cuales la Empresa Puertos de Colombia tenía propiedad o ejercía funciones públicas. La [ley 80 de 1993](#), Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se aplica al procedimiento de otorgamiento de las demás concesiones fluviales, respetando las estipulaciones sustanciales que corresponden a su esencia y naturaleza, por no existir norma expresa que regule esa materia.

Consulta Adicional

1. La figura de la **licencia** la consagra la ley 1° de 1.991 para la construcción de embarcaderos en puertos marítimos. Sin embargo, teniendo en cuenta los parámetros señalados por las disposiciones del Código Civil y del Código Contencioso Administrativo, las normas legales que al respecto se expidan validamente, pueden determinar las zonas de uso público, las actividades, competencias y procedimientos para el otorgamiento de **permisos** relacionados con actividades portuarias fluviales, sin perjuicio de que el gobierno reglamente la tramitación interna de tales permisos.

2. La remisión del artículo 72 de la [ley 336 de 1996](#) a la [ley 1a. de 1991](#), significa que las concesiones portuarias marítimas se rigen por el procedimiento en ella establecido para tal fin, sin que ello signifique su aplicación a las actividades portuarias fluviales, entre otras razones, porque la disposición hace parte del Capítulo Tercero de la ley, que textualmente se refiere al "Transporte Marítimo".

Transcríbase al señor Ministro de Transporte. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GUSTAVO E. APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE
AUSENTE CON

EXCUSA

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

MARIA AMANDA BELTRAN G.
Secretaria (e)
