

REPÚBLICA DE COLOMBIA



INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

RESOLUCIÓN No. 200 DEL 2010

(04 JUN 2010)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

EL SUBGERENTE DE ESTRUCTURACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (E)

En cumplimiento de la Ley 1ª de 1991 y en especial en cumplimiento de las funciones establecidas en el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003 y en la Resolución 065 del 1º de febrero de 2005 y,

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución 078 del 18 de febrero de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, negó la concesión portuaria presentada por la sociedad **OPP GRANELES S.A.**, "...para ocupar en forma temporal y exclusiva por un período de treinta (30) años, una zona de uso público conformada por terrenos de bajamar y zonas accesorias a estos y la infraestructura portuaria construida sobre dichos terrenos de bajamar, ubicados en el Estero San Antonio, en la Bahía de Buenaventura, municipio de Buenaventura, en el departamento del Valle del Cauca, para construir, administrar y operar una instalación portuaria que se destinará al manejo de carga general".

Que dentro del término legal y mediante oficio radicado en esta entidad bajo el No. 2010-409-007357-2 del 6 de abril de 2010, la sociedad **OPP GRANELES S.A.**, por intermedio de apoderado, presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010.

FUNDAMENTOS LEGALES

Que el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo establece que contra los actos administrativos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

"1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. (...)"

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. (...)"

JT

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

Que el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo establece: "Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad y con indicación del nombre del recurrente.
(...)"

La Corte Constitucional en Sentencia C-319 de 2002, manifestó que los recursos constituyen el medio "para defenderse de los posibles desaciertos de la administración, bien sea irregularidad formal, injusticia o inconveniencia, hipótesis todas previstas en la ley, y que provocan con su uso la denominada "vía gubernativa", a fin de permitir a la Administración la corrección de sus propios actos mediante su modificación, aclaración o revocatoria, y, a los administrados la garantía de sus derechos por aquella, sin tener que acudir a la instancia judicial."

En primer término se analizará si es procedente el agotamiento de la vía gubernativa frente al Oficio objeto de reproche, y una vez determinado esto, se revisarán los reparos que se formulan a la actuación.

CONSIDERACIONES DE ESTE INSTITUTO

Que una vez analizados los requisitos para la interposición del recurso de reposición, se verifica que dicho escrito cumple con los requisitos establecidos en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo y por tanto este Instituto procederá a resolverlo, teniendo en cuenta los argumentos presentados por el recurrente.

Que el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo establece que contra los actos administrativos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

"1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. (...)

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. (...)"

Que el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo establece: "Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad y con indicación del nombre del recurrente.
(...)"

Que una vez evaluado el recurso de reposición presentado por la sociedad OPP GRANELES S.A., se encontró que reúne los requisitos establecidos en la ley, razón por la cual se procederá a resolverlo, analizando los planteamientos expuestos por la citada sociedad.

4.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

El recurso de reposición interpuesto, presenta los siguientes motivos de inconformidad y razonamientos:

Principales argumentos del recurrente:

1. "El artículo Primero de la resolución recurrida niega la solicitud de concesión Portuaria solicitada por mi Poderdante por las razones expuestas en la parte motiva de la misma resolución.
2. "En la página 2 de la resolución 078, objeto del presente recurso, se hace mención al Concepto emitido por el señor Director General Marítimo, radicado en el INCO con el número 2009-409-020435 de septiembre 24 de 2009, sobre dicho concepto manifiesto lo siguiente:

2.1 El Presidente y representante legal de OPP Graneles S.A., en comunicación fechada en noviembre 23 del año 2009, radicada el día 25 del mismo mes y año, ante la Dirección General Marítima, destinada al señor Director General Marítimo, se solicita la modificación del concepto emitido, en virtud de lo que a continuación se transcribe textualmente:

"Señor Contralmirante:

Por medio de la presente comunicación nos permitimos solicitarle, con todo respeto, que se reconsidere el concepto técnico referenciado, en el sentido de darlo como "Si favorable"; teniendo en cuenta las siguientes razones:

1. Se afirma en su concepto Técnico, numeral 4 Consideraciones de DIMAR, lo siguiente:

a. "4.1. Verificación Bienes de uso público: Las coordenadas que confinan las áreas solicitadas en concesión y que fueron suministradas por el peticionario, se graficaron en el SIG de DIMAR (Anexo 2). En él se puede observar que el solicitante identifica un área bien de uso público de **10.665 M2** en terrenos de bajamar y **6.092,9 M2** en área marítima, así como, una "Zona Adyacente" de **18.903,7 M2 catalogada como un predio consolidado susceptible de propiedad privada**. (Negrilla fuera de texto, como se demostrará más adelante ésta frase la escribe la Capitanía de Puerto de Buenaventura en dos conceptos, uno de ellos transcrito dentro de la solicitud de concesión portuaria; y no OPP Graneles S.A.)

"Haciendo uso de la misma herramienta, y al sobreponer la capa de los bienes de uso público costero bajo la jurisdicción de DIMAR (Anexo 2), se observa que cerca del 70% de la zona denominada adyacente, es un terreno de bajamar (12.661 M2) que fue intervenido de manera antrópica mediante un relleno, el cual no cambia su naturaleza de bien de uso público por dicha intervención.

"En ésta misma área (Bien de Uso Público Intervenido), la cual no es solicitada en concesión, por ser considerada por el peticionario como de propiedad privada, (Negrilla fuera de texto, más adelante se hará claridad: OPP Graneles en ningún aparte de la solicitud de Concesión Portuaria, hace esa afirmación, más bien, frase semejante ha sido consignada por la Capitanía de Puerto de Buenaventura en aparte de uno de los conceptos transcrito dentro de la mencionada solicitud) se encuentra cerca del 90% de la infraestructura portuaria allí existente y que hará parte de la operación terrestre el puerto."

b.5 CONCEPTO. Teniendo en cuenta que cerca del 70% de la zona denominada por el peticionario como "Adyacente" (Anexo 2), considerada por el peticionario como **un bien susceptible de propiedad privada**, (Negrilla fuera de texto, repetimos como se demostrará mas adelante ésta frase la escribe la Capitanía del Puerto de Buenaventura en dos conceptos, uno de ellos transcrito dentro de la solicitud de concesión portuaria; y no OPP Graneles S.A.) mientras que esté en un terreno de bajamar (12661 M2) que fue intervenido de manera antrópica mediante un relleno, el cual no cambia su naturaleza por dicha intervención, y que el 90% de la infraestructura portuaria allí existente, la misma que hará parte de la operación terrestre del puerto no fue solicitada en concesión (negrilla fuera de texto, mas adelante demostraremos que Opp Graneles S.A. si solicita, la zona adyacente con la infraestructura en ella construida) se emite concepto técnico de conveniencia **"No favorable"** para el trámite de la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad Portuaria OPP Graneles S.A. ante el INCO.

AT

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

2. La Sociedad Opp Graneles S.A., si solicita en concesión la denominada "Zona Adyacente" con la infraestructura existente y en ninguna parte de la solicitud de concesión se manifiesta que la zona adyacente es susceptible de propiedad privada, de manera contraria y vehemente se afirma que se trata de bienes de uso público, incluyendo la infraestructura existente.
- a. En la pagina 1 de la solicitud de concesión, en el literal c) se menciona como parte del objeto de la solicitud de concesión: "la infraestructura portuaria construida sobre los terrenos de bajamar; para construir, administrar y operar una instalación portuaria que se destinará al manejo de carga general (suelta y en contenedores), graneles secos vegetales y minerales, incluyendo carbón (coque y/o térmico) y para la prestación de servicios portuarios al sector pesquero, en la modalidad de servicio público."
- b. Se solicita en concesión la infraestructura construida sobre esos terrenos de bajamar, como es el caso de la infraestructura que se otorgó en concesión a las sociedades portuarias regionales, de ahí que se haya identificado, de manera independiente, que conforma dicha infraestructura, y sus coordenadas y linderos.
- c. Es así como en la página 4 de la solicitud de concesión se afirma. "La infraestructura portuaria que se solicita para ser ocupada, administrada y explotada comercialmente por medio de un contrato de concesión portuaria se encuentra ubicada sobre los terrenos de bajamar descritos anteriormente, y consisten en: Un muelle y varias edificaciones tipo bodegas, construidas en estructura de concreto sobre pilotes y con una losa flotante en casi todas las construcciones." (Se resalta fuera de texto).
- d. En la página 5 de la solicitud de concesión se inserta el cuadrado de las coordenadas y en la página 4 se informa sobre los linderos de terreno.
- e. Se parte de la orientación dada por DIMAR en el concepto emitido, por el Capitán de Puerto de Buenaventura, No. 11200702431 fechado en septiembre 26 de 2007, destinado al señor representante legal de Alianza Fiduciaria S. A., que a la letra afirma: a... El área que corresponde a los terrenos sobre los cuales se construyeron las instalaciones de la compañía corresponde aproximadamente en un 34% terrenos consolidados bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima, los cuales son susceptibles de propiedad privada (Negrilla fuera de texto. Obsérvese que la afirmación la hace la DIMAR, no OPP Graneles S. A.) y el 67% restante corresponde a zona de bajamar intervenida mediante relleno antropogénico para la construcción de las instalaciones de la compañía, por lo tanto corresponden también a Bienes de uso Público de la Nación..."
- f. Éste concepto de DIMAR fue transcrito dentro de la solicitud de Concesión en las páginas 6 y 7 de la misma.
3. Posteriormente, la Capitanía de Puerto de Buenaventura emite el Concepto No. 11200802990 de agosto 25 de 2008, (Obsérvese que la fecha de la solicitud de Concesión Portuaria presentada por OPP Graneles S. A. es de junio 25 de 2008) destinado al Representante Legal de Alianza Fiduciaria S. A., afirmando lo siguiente: "Con base en la anterior información de un área total de 29340 m2, existe una zona de 5373.21 m2 que se encuentra fuera de la jurisdicción de la Dirección General Marítima por consiguiente es un área consolidada donde la Autoridad Marítima no tiene ninguna injerencia, así mismo existe un espacio de jurisdicción que es de 1203.69 m2 en los cuales **son consolidados susceptibles de ser propiedad privada** (Negrilla fuera de texto. Nuevamente es DIMAR quien lo afirma, no OPP Graneles S.A.) en los cuales se debe solicitar permiso para construir a la DIMAR o autoridad competente acuerdo la vocación o acto a desarrollar; hay presencia de un área de 9690 m2 que ha sido intervenida por el hombre a través de relleno para la construcción de las instalaciones de la compañía, por lo tanto constituyen a terrenos Bines, (sic) de Uso Público de la Nación así como la zona de bajamar de 444 7.66 m2 de bajamar; en total hay un área total de Bien de Uso Público de 14 137.66 m2 cuyo dominio pertenece a la Nación y para poder hacer usufructo del mismo se debe conceder concesión a través de la Dirección General Marítima cuando se trata de proyectos no portuarios, en caso de presentar actividad portuaria debe ser tramitado a través del Instituto Nacional de Concesiones perteneciente al Ministerio de Transporte."
4. Señor Contralmirante, con base en lo expuesto y transcrito, queda claro que la Sociedad OPP Graneles S. A., **si solicitó** en Concesión Portuaria los bienes de uso público, con la infraestructura sobre ella construida, correspondientes a lo que se denomina, en la solicitud presentada ante el INCO por OPP Graneles S. A., "Zona Adyacente".

AT

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

5. Igualmente señor Contralmirante, queda claro que OPP Graneles S.A. no ha manifestado en ningún aparte de la solicitud de Concesión Portuaria presentada ante el INCO, que los bienes que conforman la denominada "Zona Adyacente" **es considerada como un bien susceptible de propiedad privada**, mas bien, ésta frase, la resaltada con negrilla, como también ha quedado claro, se encuentra dentro del concepto de DIMAR emitido por la Capitanía del Puerto de Buenaventura, transcrito y adjunto, en la mencionada solicitud de Concesión Portuaria. Ésta misma frase es escrita por la Capitanía de Puerto de Buenaventura, en el aparte, anteriormente, transcrito del Concepto emitido en agosto 25 de 2008.

PETICIÓN

Señor Contralmirante, teniendo en cuenta:

1. Que en la solicitud de concesión portuaria presentada por OPP Graneles S.A. ante el INCO, en junio 25 de 2008, radicada bajo el número 2008- 409-01121 7-2, si se solicita, en Concesión Portuaria, los bienes de uso público que se denominan, en dicha solicitud, "Zona Adyacente" con la infraestructura sobre ellos construida; y
2. Que OPP Graneles S.A., no afirma, dentro de la mencionada solicitud, que la zona adyacente es considerada como un bien susceptible de propiedad privada.

Con todo respeto, solicito al señor Contralmirante, Director General Marítimo, modificar el concepto técnico No. 2920094664 MD-DIMARLITORALES-613 "SOCIEDAD PORTUARIA OPP GRANELES S. A." destinado al INCO, de septiembre 23 de 2009, en el sentido de "emitir concepto técnico si favorable para el trámite de la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad OPP Graneles S.A. ante el INCO."

- 2.1.1. Copia de la Comunicación, cuyo contenido ha sido transcrito, fue destinada al señor Gerente General del INCO, mediante carta radicada en esa entidad, bajo el número 2009-409-025400-2 de noviembre 25 del año 2009, con la cual el Representante Legal de OPP Graneles S.A. solicita, al señor Gerente General, para tomar una decisión, respecto de la solicitud de Concesión Portuaria presentada en junio 20 de 2008, tener en cuenta los razonamientos expuestos al señor Director General de la DIMAR. Adjunto imagen escaneada.
- 2.1.2. El señor Director General de la Dirección General Marítima, contralmirante Leonardo Santamaría Gaitán, responde a la petición presentada por mi Poderdante, transcrita arriba, así: "Asunto: Concepto técnico No. 2920094664. Con referencia a su escrito del 23 de noviembre de 2009, por medio de la cual solicita se reconsidere el concepto técnico de la referencia en el sentido de modificarlo por "emitir concepto técnico favorable" con toda atención le informo lo siguiente: El procedimiento para otorgar concesiones portuarias está ordenado en la ley 1ª de 1991 y su Decreto reglamentario No. 838 de 1992, razón por la cual la Dirección General Marítima, realizó su pronunciamiento al Instituto Nacional de Concesiones — INCO mediante oficio No. 29200904664 MD-DIMAR-Litorales-613 del 23 de septiembre de 2009. Es de precisar que de conformidad con la ley 1 de 1991, el pronunciamiento de Conveniencia y Legalidad que emite la Dirección General Marítima dentro de sus competencias relacionadas con las actividades marítimas al Instituto Nacional de Concesiones -INCO- y de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la ley referida, no está obligado a acoger los conceptos o recomendaciones que en éste sentido se emita. Teniendo en cuenta lo anterior, y en concordancia con el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, su solicitud se está remitiendo por competencias al INCO para que proceda a dar el estudio y trámite respectivo. Atentamente." Se anexa imagen escaneada de la comunicación.
- 2.2. De las comunicaciones transcritas queda claro:
 - 2.2.1. Que hubo una errónea lectura de la Solicitud de Concesión, por parte del personal de la Dirección General Marítima, al confundir afirmaciones escritas por sus funcionarios, como expresadas por mi Apoderada en la solicitud de concesión portuaria.
 - 2.2.2. Esa lectura indujo a error a la DIMAR, ya que la misma, la errada lectura, sirvió de fundamento para emitir el concepto negativo.
 - 2.2.3. El señor Director de la DIMAR, en la misiva dirigida al Representante Legal de mi Mandante, concluye que la entidad competente para atender nuestra solicitud debe ser el INCO, a quien no obliga los conceptos emitidos por las autoridades a las que se refiere el artículo 10 de la ley 1ª de 1991, y que en consecuencia es la llamada a

DT

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

estudiar nuestra petición y tomar una decisión sobre la misma y que acatando lo ordenado por el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo trasladó a dicha Entidad la petición de OPP Graneles S. A.

2.2.4. A la fecha el INCO no se ha pronunciado sobre el error cometido por los funcionarios de DIMAR, error que llevó a dicha Dirección a emitir un concepto negativo con falsa motivación. El INCO al llevar a cabo el estudio propuesto por la DIMAR, ha debido confrontar dicho concepto con la solicitud, y no tenerlo en cuenta para tomar la decisión, con el fin de no incurrir, igualmente, en la falsa motivación que fue consignada, en la parte considerativa de la resolución recurrida.

2.2.5. El INCO, teniendo conocimiento de las comunicaciones anteriormente transcritas, omite el cumplimiento de sus funciones y no se pronuncia en la Resolución 078 de febrero 18 de 2010, sobre la petición presentada por mi Apoderada y trasladada por competencia por parte al DIMAR, violando los derechos fundamentales de mi Poderdante, como son el Derecho de Petición y el Derecho al Debido Proceso.

2.3. Insuficiente Motivación. La mencionada Petición presentada ante la DIMAR por mi Apoderada, y trasladada por ésta Dirección al INCO, y adicionalmente radicada una fotocopia de la misma, con la comunicación respectiva por OPP Graneles S.A. en el INCO, no fue respondida por el INCO ni tomada en cuenta para resolver por medio de la Resolución No. 078 de 2010, objeto del presente recurso, generando así la violación de las normas que regulan el Debido Proceso.

2.3.1. El inciso primero del artículo 42 de la ley 1° de 1991 consagra:

"Procedimientos administrativos. En la medida en que esta ley no disponga otra cosa, las autoridades portuarias aplicarán las reglas de procedimiento administrativo que contiene el decreto 1 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), las normas que lo complementen o reformen."

El inciso segundo del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, ordena: "En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite."

2.3.1.1.1. Dentro del Proceso Administrativo que está llevando a cabo el INCO, para resolver la solicitud de Concesión Portuaria presentada por OPP Graneles S.A., se planteó, mediante el uso del Derecho de Petición consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Nacional, la falsa motivación del Concepto emitido por DIMAR, solicitando a la DIMAR que modificara el concepto, con fundamento a los argumentos expresados, y emitiera concepto técnico favorable; y ante el INCO se le pide al Gerente General que se tengan en cuenta los mismos argumentos en el momento de decidir sobre la Solicitud de Concesión Portuaria.

2.3.1.1.1.1. La DIMAR dio traslado, por competencia, al INCO de la Petición formulada, Petición que con anterioridad ya se había radicado ante el INCO.

2.3.1.1.2. Examinada la resolución, objeto del Recurso, se comprueba una ausencia completa, en la parte motiva y resolutive de la misma, de los argumentos planteados por mi Apoderada respecto a la Falsa Motivación del Concepto emitido por la DIMAR, violentando así, el INCO, el artículo 42 de la ley 1° del año 1991 en concordancia con el inciso segundo del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, dando lugar a la Causal de Mala Conducta consagrada en el artículo 7 del citado Código.

2.3.1.1.3. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha manifestado: "En otros términos, lo que la disposición enjuiciada contempla es un mínimo, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegure al particular afectado que tendrá, cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración. En esas condiciones, la motivación es imprescindible para dictar tales actos, lo que significa que si son expedidos sin motivación implican abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber. La norma impugnada debe entenderse en su sentido integral y completo, de manera que para fijar el alcance de las expresiones que se demandan es necesario tener en cuenta el inciso segundo de aquélla, según el cual "en la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite ". Luego no está exonerada la Administración de expresar en su acto la totalidad de (os elementos jurídicos y de hecho en que se funda, en lo relativo al origen de la actuación administrativa, que

11

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

puede consistir, de acuerdo con el Código (art. 4), en el ejercicio del derecho de petición en interés general o particular, en el cumplimiento de una obligación o deber legal, o en la actividad oficiosa de la autoridad." (Sentencia c.371/99, Referencia: Expediente D-2250, Demanda de inconstitucionalidad (parcial) contra los artículos 35 y 76 del código Contencioso Administrativo adoptado mediante Decreto Extraordinario 01 de 1984, Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO)

2.3.2. Por lo anteriormente expuesto se reitera que la motivación de la resolución No. 078 de 2010, objeto de éste recurso de Reposición, es insuficiente y por lo tanto violatoria del mandato legal contenido en el artículo 42 de la ley V de 1991, en concordancia con los artículos 7 y 35 del Código Contencioso Administrativo.

2.4. Falsa Motivación por Error de Hecho. El INCO ha transcrito, dentro de la parte motiva de la resolución recurrida, páginas 2 y 3, el Concepto No. 2920094664 de la DIMAR, radicado en el INCO con el número 2009-409-020435 del 24 de septiembre de 2009, transcribiendo al final de la página 3, la siguiente conclusión: "Teniendo en cuenta que el 70% de la zona denominada por el peticionario como "Adyacente" (Anexo2) considerada por él mismo como un bien susceptible de propiedad privada, mientras que este es un terreno de bajamar (12.661 M2) que fue intervenido de manera antrópica mediante relleno, el cual no cambia su naturaleza por dicha intervención, y que el 90% de la infraestructura allí existente, la misma que hará parte de la operación terrestre del puerto, no fue solicitada en concesión, se emite concepto técnico de conveniencia "no favorable", para el trámite de la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad Portuaria OPP Graneles S.A., ante el 1 NCC."

2.4.1. Error de Hecho. La simple confrontación del concepto de DIMAR, cuyo aparte se ha transcrito, con la solicitud de concesión, prueba la inexistencia de lo afirmado por la DIMAR, como bien se le hizo saber al Director General Marítimo en la petición que arriba, en el numeral 2.1. de éste memorial, se ha transcrito.

2.4.1.1. La afirmación de la DIMAR, con la cual fundamenta su concepto técnico de conveniencia no favorable, niega la realidad de lo solicitado por OPP Graneles S.A., en otras palabras, de lo que está escrito en la solicitud de concesión portuaria, cayendo en un error de hecho, por afirmar algo inexistente, generando así una falsa motivación de su concepto.

2.4.1.2. Sobre la Falsa Motivación por Error de Hecho, la jurisprudencia, de manera reiterada se ha pronunciado, entre otras, en las siguientes sentencias: Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de Octubre 9 de 2003, expediente 16718, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 17 de febrero de 2000, expediente 5501, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola; Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de octubre de 1999, expediente 3443, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de septiembre de 2001, expediente número 17.952, así:

"El fundamento de la excepción propuesta es la falsa motivación de los actos administrativos controvertidos que originan el presente proceso. Por tanto, es del caso precisar en qué consiste la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido.

"La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo, se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación "(2)

"De otro lado, en lo que atañe a la carga probatoria de la citada causal de anulación, la Corporación ha expresado lo siguiente:

"La falsa motivación, quien la aduce tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos"(3).

"De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales transcritos, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

17

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

"a) La falsa motivación, como vicio de ilegalidad del acto administrativo, puede estructurarse cuando en las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico. En el primer caso, se genera el error de hecho y, en el segundo, el error de derecho.

"b) Quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (onus pro bandi) de demostrado, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnados.

"En este orden de ideas, una vez establecidos los argumentos que sustentan la excepción formulada por la parte ejecutada, al igual que el contenido de los actos administrativos acusados de ser nulos, la Sala procederá a abordar el estudio de los cargos propuestos.

"1) Como ha quedado explicado, la falsa motivación como vicio del acto administrativo trae como consecuencia la anulación del acto, ya sea en sus consideraciones de hecho o de derecho y, además, cuando quien solicite, prueba la existencia de dicho vicio."

2.4.2. Realizada la confrontación resulta, de forma objetiva, la afirmación de un hecho inexistente por parte de la DIMAR en el citado concepto. Teniendo en cuenta que en la página 5 de la resolución, objeto del presente recurso, se acoge el Concepto de la DIMAR, queda entonces, incorporada en la parte motiva de la Resolución la afirmación de un hecho inexistente por parte del INCO, generando así la falsa motivación, de la resolución No. 078 de 2010.

3. Falsa Motivación por Error en Derecho. Se afirma en la página 5 de la Resolución No. 078 de 2010:

"Aún cuando en el documento CONPES 3611 del 14 de septiembre de 2009, está contemplada la realización del dragado del Estero de San Antonio, no se tiene certeza del momento en el cual se realizarán las obras de dragado.

"Desde ningún punto de vista es admisible entonces, que el desarrollo y la proyección de un puerto quede condicionado a que se adelanten por parte del Estado labores de dragado; y de manera concreta no puede la sociedad OPP Graneles S.A., condicionar las facilidades de navegación, en el interior del estero de San Antonio a una condición futura e incierta.

A éste aspecto es importante agregar además que todos los riesgos inherentes a la construcción, operación y administración de los puertos recae directamente sobre los inversionistas privados."

3.1. Con las afirmaciones transcritas, contenidas en la parte motiva de la resolución objeto del Recurso de Reposición, se hace una interpretación errónea de las normas que regulan el Plan de Expansión Portuaria, al minimizar su carácter de obligatorias y por lo tanto de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios públicos, en especial por parte de los funcionarios del INCO, encargados de la estructuración de los proyectos estatales relacionados con el desarrollo portuario del País.

3.1.1. Artículo 2 de la ley 1 de 1991: "Planes de Expansión Portuaria. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte presentará al CONPES para su aprobación, cada dos años, los planes de expansión portuaria que se referirán a: **2.3. Las inversiones públicas que deben hacerse en actividades portuarias y las privadas que deben estimularse. Los planes sin embargo no se referirán, en lo posible, a empresas específicas. 2.5. Las inversiones públicas que se hagan, las concesiones que se otorguen, las contraprestaciones que se establezcan, y las tarifas que se autoricen, se ceñirán a tales planes.**"

17

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

- 3.1.2. Último inciso del artículo 2 de la ley 1 de 1991: "Los planes de expansión portuaria se expedirán por medio de Decretos Reglamentados de los planes y programas de desarrollo económico y social de los de obras públicas que apruebe el Congreso, y de esta ley. En ausencia de los planes que debe expedir el Congreso, se harán por Decreto Reglamentario de esta ley."
- 3.1.3. Con base en las normas transcritas se afirma que además de ser de obligatorio cumplimiento los planes de expansión portuaria, el otorgamiento de las concesiones portuarias por parte del INCO, se debe ceñir a los mismos, como también las inversiones públicas que se lleven a cabo en actividades portuarias, como es el caso que nos ocupa, respecto del dragado del Estero de San Antonio.
- 3.1.4. Con el decreto No. 4734 de 2009 el Gobierno Nacional expide el Plan de Expansión Portuaria 2009 — 2011, contenido en el Documento CONPES No. 3611, aprobado en la sesión de septiembre 14 de 2009.
- 3.1.4.1. En la página 20 del Plan de Expansión Portuaria se expresa:
"Necesidad de inversiones públicas en actividad portuaria. Como se mencionó anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Portuario, la responsabilidad del Gobierno Nacional en cuanto a inversiones en infraestructura portuaria se debe concentrar en la construcción, conservación y mantenimiento de los canales de acceso a los puertos."
- 3.1.4.2. En los Objetivos Específicos del Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, en el ordinal "iv", se expresa: "Propiciar inversiones públicas eficientes en actividades portuarias...Así mismo, el Gobierno **considera importante llevar a cabo la ampliación y mantenimiento de los canales de acceso marítimo a los terminales portuarios de servicio público, priorizando los dragados de mantenimiento y profundización de los canales de acceso** a las zonas portuarias de Barranquilla, Cartagena, Buenaventura, Tumaco y San Andrés y Providencia. A través del presente Documento Conpes se establecen los proyectos en obras de infraestructura que se desarrollarán en las diferentes zonas portuarias del país, de acuerdo con la priorización establecida por el Inviás, Cormagdalena y Ministerio de Transporte, los cuales se precisan más adelante. Estas inversiones se han definido de acuerdo con la proyección de ingresos que recibirá el Inviás y Cormagdalena por concepto de contra prestaciones portuarias. No obstante, estas inversiones pueden ser complementadas con recursos provenientes de otras fuentes de financiación."
- 3.1.4.3. En el acápite de Objetivos Específicos del Plan de Expansión Portuaria 2009 — 2011, se contempla en el ordinal "y" el Financiamiento del los dragados, así: "De acuerdo con la priorización adelantada por el Ministerio de Transporte, el Inviás y Cormagdalena, enmarcada en los lineamientos establecidos en el numeral iv. Propiciar inversiones públicas eficientes en actividades portuarias, se consideran prioritarios los proyectos presentados a continuación. Zona Portuaria del Pacífico Medio de Buena ventura, DRAGADO ESTERO DE SAN ANTONIO por un valor de nueve mil doscientos diez y seis millones de pesos."
- 3.1.5. Siendo como es que la Ley 1 de 1991 consagra en el inciso del artículo 2, anteriormente transcrito, que el otorgamiento de las concesiones por parte del INCO se debe ceñir al Plan de Expansión Portuaria Vigente, y que el Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, expedido por el decreto 4734 de 2009, contempla como inversión pública, para dicho periodo, el Dragado del Estero de San Antonio en Buenaventura; y que a su vez los funcionarios públicos están obligados a cumplir lo que se le ordena por la ley y sus reglamentos, las afirmaciones del señor Subgerente de Estructuración y Adjudicación del INCO, en la parte considerativa transcrita, resultan una errónea interpretación y aplicación de las normas citadas y del Plan de Expansión Portuaria, dando origen a una Falsa Motivación, por Error de Derecho, de la resolución recurrida.
- 3.1.5.1. La Segunda Etapa del Proyecto Portuario que desarrollará OPP Graneles 5. A. se ejecutará con la certeza que el Dragado del Estero de San Antonio será una realidad en el inmediato futuro, debido a que mi Poderdante SI CREE que los Planes de Expansión Portuaria son el marco, el faro que guía tanto las inversiones privadas como las públicas en actividades portuarias, y no como lo deja entrever el señor Subgerente, un embeleco, o una Planificación irrealizable o como en sus palabras exactas lo afirma: "Una Condición futura e incierta." Afirmación que conlleva el incumplimiento de la ley

4.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

1 de 1991 y por lo tanto de sus obligaciones como empleado público, al dejar de un lado el carácter obligatorio del Decreto 4734 de 2009.

- 3.1.5.2. El error de Derecho, causado por la equivocada interpretación que se le ha dado a las normas transcritas, ha generado una falsa motivación como es la de afirmar que no se tiene certeza del momento en el cual se realizarán las obras de dragado, generando dudas y partiendo del incumplimiento, por parte del INVIAS y del Ministerio de Transporte, del Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, que contempla como prioritaria, en dicho periodo, la inversión y ejecución del Dragado del Estero de San Antonio en Buenaventura. El INCO, en la resolución 078 de 2010, parte de la mala fe de la Administración Pública, en cuanto que los Planes de Expansión Portuaria se expiden por Decreto para no ser cumplidos, a pesar de que en el Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, se asegura la financiación del Dragado del Estero de San Antonio, para el periodo mencionado.
- 3.1.5.3. No así para mi Apoderada, que parte siempre del cumplimiento del principio de la Buena Fe que debe regir las relaciones del Estado con los ciudadanos, de ahí que el desarrollo y la proyección del puerto, en la segunda etapa, esté confiado al cumplimiento, por parte del INVIAS, de los Planificados por el Gobierno Nacional, para el Dragado de del Estero de San Antonio en el Plan de Expansión Portuaria, y esto es así porque para OPP Graneles S.A., el Dragado del Estero de San Antonio en Buenaventura, contemplado por el Plan de Expansión Portuaria como inversión Prioritaria, no es una condición futura e incierta, sino, más bien, una actividad portuaria a realizar y realizable por el Estado colombiano, dentro del propósito de darle a Colombia Puertos Marítimos Articulados, enfocados a la competitividad del País, siendo éste el Objetivo del Plan de Expansión Portuaria. La facilitación de la navegabilidad, por el dragado, del Estero de San Antonio en Buenaventura, es un hecho, que para mi Mandante se ha de cumplir si dilación alguna por parte del INVIAS, porque la sociedad que represento, cree en las instituciones colombianas, y tiene la certeza que la planificación portuaria es seria, y la historia le da la razón sobre el cumplimiento de la misma, por parte de la Autoridades Competentes, debido a que es una obligación legal, la de ceñirse a dicho Planes de Expansión Portuaria, cuando se trata del otorgamiento de concesiones, conforme al transcrito penúltimo inciso del artículo 2 de la ley 1 de 1991, de ahí que no haya dudado en asumir el riesgo de la inversión anunciada, con base en el cumplimiento de dicha obligación por parte del INVIAS.
- 3.2. También se presenta un ERROR DE DERECHO en la interpretación que del numeral 5.2. del artículo 5 de la ley 1 de 1991, se hace en la Resolución No. 078 de 2010.
- 3.2.1. El citado numeral consagra: "5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria, es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, 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".
- 3.2.1.1. Como bien se puede apreciar de la simple lectura del numeral transcrito, la imposición citada en la parte considerativa de la resolución recurrida, que a la letra dice: "todos los riesgos inherentes a la construcción, operación y administración de los puertos recae directamente sobre los inversionistas privados" no se ha consagra en la ley 1 de 1991, se trata de una estipulación contractual que se ha venido introduciendo en los contrato de concesión portuaria, por acuerdo de las partes, dentro de la Autonomía de la Voluntad, que no se puede tomar como constitutiva de una Concesión Portuaria para negar la solicitud de concesión.
- 3.2.12. No obstante, en el supuesto que esto fuera así, es mi Apoderada quien asume el riesgo al someter su inversión, y por tanto su retorno, a la confianza que le asiste frente al cumplimiento por parte del INVIAS de sus obligaciones legales y constitucionales.
- 3.2.1.3. Mi Poderdante, dentro de la solicitud, no se ha negado a asumir los riesgos inherentes a la construcción, operación y administración del puerto que pretende desarrollar y ejecutar. Más bien en las proyecciones financieras se asume las cargas financieras y

JA.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

económicas que se generen por la ejecución del proyecto, entre los cuales está la proyección de carga, en la Segunda Etapa.

- 3.2.2. El Error en Derecho se materializa con la equivocada percepción que tiene el INCO, en la resolución recurrida, de considerar como un hecho inmodificable el incumplimiento por parte del INVIAS de sus obligaciones legales y reglamentarias, consagradas en la ley 105 de 1993, en la ley 336 de 1996, en la ley 556 de 2003 y en el decreto 4734 de 2009; y que el riesgo que dicho incumplimiento generaría lo debe asumir OPP Graneles S. A., solicitante de la Concesión Portuaria. Tamaño error de interpretación La Administración Pública alegando a su favor su propia irresponsabilidad Alegando a su favor su propia culpa.
4. En el primer considerando de la página 5 de la resolución No. 078 de 2010, objeto del presente recurso, se transcribe el artículo 11 de la ley 1 de 1991, de la siguiente forma: "ARTICULO 11º, Negativa de la concesión. En el evento de que la petición original y las alternativas resulten contrarias a la ley, al plan de expansión portuaria, o que tengan un impacto ambiental adverso o puedan causar un daño ecológico, u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados, (subrayada fuera de texto) así lo manifestará la Superintendencia General de Puertos, en acto motivado en forma precisa que se notificará a quienes hubieren intervenido en la actuación."
- 4.1. En el Considerando siguiente se expresa: "Por las razones expuestas anteriormente la solicitud de concesión portuaria presentada por la sociedad OPP GRANELES S. A., está incurso en una de las causales de negativa enunciados en el artículo 11 de la ley 1 de 1991."
- 4.2. En el último Considerando de la resolución recurrida, se manifiesta: "Que en este orden de ideas, el Instituto Nacional de Concesiones —INCO—. Procederá en la parte resolutive del presente acto administrativo a negar la concesión solicitada por la sociedad OPP GRANELES S. A."
- 4.3. De los anteriores considerandos se puede colegir que se niega la solicitud, conforme a los subrayado en la transcripción del artículo 11 de la ley 1 de 1991, por "...u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados".
- 4.3.1. Como bien se expuso y se probó en los numerales 1, 2 y 3 del presente memorial, la Resolución Recurrida adolece de FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE HECHO Y DERECHO, por lo tanto las razones expuestas en la parte motiva de la resolución no son válidas para alegar, por parte del INCO, razones de inconveniencia irremediable, con el fin de negar la solicitud de concesión portuaria. Mas bien, para evitar la violación de los derechos de mi Poderdante, se deberá revocar la resolución No. 078 de 2010, y expedir en su lugar la correspondiente a la Aprobación de la Solicitud, con base a lo reglado por el Artículo 12 de la ley 1 de 1991 y su decreto reglamentario No. 4735 de 2009, en cumplimiento de lo ordenado por el penúltimo inciso del artículo 2 de la ley 1 de 1991 y el decreto reglamentario 4734 de 2009.
- 4.3.2. Adicionalmente se insiste en que la resolución objeto del presente recurso, es ilegal porque viola el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, en la medida en que no se ha referido a todos los aspectos que se han presentado dentro del trámite administrativo desarrollado a causa de la solicitud de concesión portuaria presentada por mi Mandante; pues no se resolvió una Petición, violando así el Derecho de Petición y de Defensa de mi Poderdante, por violación al debido proceso, derechos fundamentales consagrados en los artículos 23 y 29 de la Constitución Nacional. Generando así, adicionalmente, una Motivación Insuficiente de la Resolución 078 de 2010.

"PETICIÓN

"Señor Subgerente de Estructuración y Adjudicación del INCO, han quedado desvirtuados, con las razones de hecho y derecho expuestas en el presente memorial, todos y cada uno de los FALSOS MOTIVOS de inconveniencia irremediable expresados en la parte motiva de la resolución No. 078 de febrero 18 de 2010, objeto del presente recurso de Reposición, debido a los ERRORES DE HECHO Y DERECHO, probados; como también demostrada su Motivación Insuficiente, y por tanto su ilegalidad; por lo que de manera respetuosa le solicito REPONER LA RESOLUCIÓN No. 078 DE FEBRERO 18 DE 2010 y en su lugar expedir la correspondiente a la APROBACIÓN DE LA SOLICITUD DE CONCESIÓN PORTUARIA PRESENTADA POR OPP GRANELES S. A., conforme a lo ordenado por el artículo 12 de la ley 1 de 1991, el decreto reglamentario No. 4735 de 2009 y por el penúltimo inciso del artículo la e o 2 de la ley 1 de 1991 y el decreto reglamentario No. 4734 de 2009.

"PRUEBAS

11

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

Señor Subgerente de Estructuración y Adjudicación, con el debido respeto me permito solicitarle se ordenen y se tengan como pruebas las siguientes:

- La Solicitud de Concesión Portuaria presentada por mi Mandante.
- El Concepto Técnico No. 2920094664 emitido por la DIMAR, que se encuentra dentro del expediente de la solicitud de concesión.
- La confrontación del contenido de la Solicitud de Concesión Portuaria presentada por mi Mandante con el Concepto emitido por la DIMAR, con el fin de corroborar, para el INCO, lo probado por el suscrito.
- Las siguientes comunicaciones que se encuentran en el Archivo del INCO:
- Comunicación suscrita por el Presidente y Representante Legal de OPP Graneles 5. A., destinada al señor Gerente General del INCO, radicada en el INCO, con el número 2009-409-025400-2 de noviembre 25 de 2009.
- Comunicación suscrita por el Presidente y Representante Legal de OPP Graneles 5. A., destinada al señor Director General de la Dimar, adjunta a la comunicación radicada en el INCO, con el número 2009-409- 025400-2 de noviembre 25 de 2009.

"La comunicación suscrita por el Director General de la DIMAR, No. 29200906272 fechada en diciembre 16 de 2009, destinada al Presidente y Representante Legal de QPP Graneles S. A."

El Decreto 01 de 1984, en su título I, capítulo I, establece los principios generales que deben regir en las actuaciones administrativas, y señala que el objeto de tales postulados es "el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley" (Art. 2º), determinando los principios orientadores de: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción (Art. 3º), que servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de reglas de procedimiento".

En virtud de lo establecido en el Artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, para los aspectos no contemplados en dicho Código debe aplicarse el Código de Procedimiento Civil, lo cual indica que respecto al régimen probatorio se tienen en cuenta las disposiciones generales contenidas en el Artículo 174 y siguientes del mencionado Estatuto.

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 57 del Código Contencioso Administrativo, son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil, por lo tanto a la luz de lo establecido en el Artículo 175 de dicho Estatuto, las pruebas documentales obrantes dentro del Expediente abierto por el INCO a nombre de la sociedad OPP GRANELES S.A., son útiles para la formación del convencimiento de la autoridad con competencia para decidir.

Desde el punto de vista general los recursos en la vía gubernativa, entre ellos el de reposición, constituyen un medio jurídico mediante el cual, se controvierte por la parte interesada y reconocida en el proceso los actos administrativos que ponen fin a las actuaciones administrativas, para que la Administración analice y corrija los errores en que haya podido incurrir, si lo considera legal y oportuno, en orden a modificar, aclarar o revocar el acto existente, para lo cual, se deben acatar rigurosamente los requisitos establecidos en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

El Artículo 56 del Código Contencioso Administrativo establece: "Los recursos de reposición y apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio."

ST

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

El artículo 57 se refiere a la admisibilidad de los medios de prueba y el artículo 58 se refiere al término cuando sea del caso practicarlas.

Sobre la interpretación del artículo 56 del C.C.A. , el Consejo de Estado., Sección Tercera. Sentencia 13919 del 29 de mayo de 2003., M. P. Ricardo Hoyos Duque, estableció:

"(...)

"La doctrina considera que si bien es cierto para resolver el recurso de reposición la ley no previó periodo probatorio alguno, ello no significa que no puedan tenerse en cuenta las pruebas que el recurrente presente y adjunte con el escrito de sustentación, ya que tomar una decisión de plano no significa que en su motivación esté ausente la valoración de las pruebas. Además, nada obsta que el funcionario competente para decidirlo, para garantizar la transparencia de su actuación, la imparcialidad y el derecho de defensa, decrete de oficio las pruebas que se le han solicitado en el recurso de reposición, o las que él considere pertinentes, en especial aquellos documentos relacionados con la misma actuación o con otras que tengan el mismo efecto y que, por lo tanto, deberían formar parte del mismo expediente".

"De otra parte considera la Sala, que si por regla general las decisiones de los representantes legales de las entidades públicas no tienen recurso de apelación (CCA, Art. 50-2), lo que hace que el recurso de reposición sea el único precedente contra dichas decisiones, tiene mayor relevancia que el mismo funcionario que tomó la decisión al resolver el único recurso posible de interponerse en sede administrativa, dé cabida a la práctica de pruebas en la medida que sean pertinentes, conducentes y necesarias, teniendo en cuenta que son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (CCA., Art. 57).

"Por último deberá armonizarse los principios que rigen el debido proceso y el derecho de defensa, elevados a rango constitucional, con las normas que rigen las actuaciones administrativas. De ahí que el Artículo 56 del Código Contencioso Administrativo deba ante todo armonizarse con las demás disposiciones del ordenamiento procesal administrativo que regulan el trámite de las actuaciones administrativas, como quiera que si en estas se pueden "pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado" (CCA. Art. 34), debe existir la misma razón para practicarlas en la etapa de impugnación de las decisiones administrativas, cualquiera que sea la naturaleza del recurso que resulte precedente, como una garantía más del debido proceso y del derecho de defensa. (...)"

Por otro lado cabe citar de nuevo al doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra "Derecho Procesal Administrativo" 4ª. Edición, Señal Editora, página 165:

"Aunque el texto es bastante claro, se han presentado algunas dudas frente al de reposición, en especial en torno a si puede el que lo solicita pedir la práctica de pruebas.

"Creemos que la interpretación armónica de los textos sea ésta: La decisión de plano de los recursos mencionados constituye la regla general. Pero mientras el de reposición estará sujeto a esta regla, sin excepciones, el de apelación podrá dar lugar a un término para la práctica de pruebas, cuando el recurrente lo solicite así al interponerlo o el funcionario considere que debe decretarlas de oficio.

"No quiere decir lo precedente que en la reposición no puedan tenerse en cuenta pruebas. Sí, lo que pasa es que su trámite no permitirá período probatorio para su práctica. En este recurso el peticionario podrá con su escrito de sustentación presentar o adjuntar pruebas (documentales o documentadas, se entiende) para justificar su petición. En otros términos, la ley le prohíbe sólo la proposición de pruebas para su práctica. Se armoniza así el Art. 56 con el 52, numeral 3, el que al indicar los requisitos para la interposición de los recursos exige la relación de las pruebas que se pretende hacer valer.

¹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Medellín, Ed. Señal Editora. 1999. 4ª Edición. Pág. 178.

21

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

"En cambio, el apelante podrá al interponer su recurso presentar o adjuntar pruebas (caso en el cual, la decisión será de plano); o podrá proponer algunos medios probatorios para su práctica, evento que requerirá, como es obvio, de un lapso para su diligenciamiento.

"Aunque el texto no sea muy explícito, estimamos que frente al recurso de reposición también pueda el funcionario competente para decidirlo decretar pruebas de oficio, en especial aquellos documentos relacionados con la misma actuación o con otras que tengan el mismo efecto y que, por lo tanto, deberían formar parte del mismo expediente. Se entiende esto armonizando ese artículo 56 con los artículos 29 y 34 del C.C.A., como es obvio, tales documentos podrán estar en actuaciones seguidas ante el mismo funcionario o ante otras autoridades administrativas".

Acogiendo la jurisprudencia y la doctrina señaladas, no se abrirá a etapa probatoria, pero sí se decretarán y valorarán las pruebas aportadas en debida forma con el recurso, dirigidas a demostrar el dicho del recurrente.

Que esta Subgerencia ordenó revisar el planteamiento técnico que da lugar a la negativa de la concesión y en concepto técnico No. 20103030026283 del 2 de junio de 2010, indicó lo siguiente:

"(...)

1. "En cuanto al denominado lote descrito en la solicitud de concesión con un área de 18.280,681 m2 donde se encuentran las bodegas, cuartos fríos, oficinas, portería y demás infraestructura terrestre se hacen las siguientes precisiones y aclaraciones:

- "La solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad OPP Graneles S.A., para esta zona es confusa, como se aprecia en la pagina 4 en el siguiente texto que se transcribe:

"UBICACIÓN Y LINDEROS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA QUE SE SOLICITA EN CONCESION.

"La infraestructura portuaria que se solicita para ser ocupada, administrada y explotada comercialmente por medio de un contrato de concesión portuaria se encuentra ubicada sobre los **terrenos de bajamar descritos anteriormente...**"

"En la solicitud de concesión portuaria los terrenos de bajamar descritos anteriormente de acuerdo con la información aportada por el peticionario corresponden al área de bajamar con un área de 11.288 donde está construido el muelle.

"No obstante lo anterior, la Sociedad OPP Graneles S.A., en la audiencia pública que quedó registrada en video, se aprecia que la zona denominada lote donde se encuentran las bodegas, cuartos fríos, oficinas, portería y demás instalaciones si fue solicitada en concesión portuaria.

- "Al revisar el concepto emitido por la DIMAR radicado numero 2009-409-020435-2 el 24/09/2009 y la solicitud de concesión portuaria presentada por la Sociedad OPP Graneles S.A., se encontró que la citada Sociedad en la solicitud de concesión portuaria no afirmó que los bienes correspondientes al lote sean susceptibles de propiedad privada como lo expresa la DIMAR en el concepto técnico.
- "Sobre el denominado lote, hay que tener en cuenta que la compañía Alianza Fiduciaria manifiesta su calidad de vocero y administrador del fideicomiso 35350807 COPESCOL, propietario fiduciario del inmueble ubicado en el kilómetro 7

JA

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

del ferrocarril del Pacífico en el sitio denominado El Piñal, en jurisdicción del Municipio de Buenaventura, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 372-0001.742.

- "Se recomienda realizar las acciones pertinentes para determinar cuál es la Entidad facultada para hacer la reversión de los bienes de uso público solicitados por la sociedad OPP Graneles S.A., y posteriormente solicitar el envío de la respectiva acta donde conste la reversión de dichos bienes.

"Conclusiones y recomendaciones"

"Al revisar integralmente la solicitud de concesión portuaria de la sociedad OPP Graneles S.A., se observa que el denominado lote donde se encuentran las oficinas, bodegas, cuartos fríos, portería y demás instalaciones se concluye que si fue solicitado en concesión portuaria.

"Igualmente se concluye que la Sociedad OPP Graneles S.A., no afirmó que los bienes correspondientes al lote sean susceptibles de propiedad privada.

"Se recomienda realizar las acciones pertinentes para determinar cuál es la Entidad facultada para hacer la reversión de los bienes de uso público solicitados por la sociedad OPP Graneles S.A., y posteriormente solicitar el envío de la respectiva acta donde conste la reversión de dichos bienes.

"Se recomienda solicitar al peticionario acreditar la disponibilidad del denominado lote donde se encuentran las oficinas, bodegas, cuartos fríos, portería y demás instalaciones, teniendo en cuenta que la compañía Alianza Fiduciaria manifiesta su calidad de vocero y administrador del fideicomiso 35350807 COPECOL, propietario fiduciario del inmueble ubicado en el kilómetro 7 del ferrocarril del Pacífico en el sitio denominado El Piñal, en jurisdicción del Municipio de Buenaventura, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 372-0001.742.

2. "Con respecto al dragado del estero San Antonio, se hacen las siguientes precisiones:

- "No se acepta el condicionamiento propuesto por la Sociedad OPP Graneles S.A. en el que anuncia que la segunda etapa está condicionada a la profundización del estero San Antonio por cuenta de la Nación.
- "Por efectos de sedimentación que se presentan en el estero San Antonio por sus características estuarinas, donde se presentan los fenómenos fluvio-marítimos pertenecientes a las acciones del mar, los ríos y esteros, esta zona requiere dragados de mantenimiento periódicos, situación que debe ser tenida en cuenta por la Sociedad OPP Graneles S.A., cuando estructure su proyecto técnica y financieramente.
- "Si bien es cierto que el Documento Conpes 3611 del 14 de septiembre de 2009 "Plan de expansión portuaria 2009-2011: Puertos para la competitividad y el desarrollo sostenible" adoptado mediante Decreto 4734 del 2 de diciembre de 2009, contempló dentro de los proyectos prioritarios en zonas portuarias de Colombia, el Dragado del estero de San Antonio con un valor estimado de \$ 9.216 millones de pesos de 2009, éstos recursos estarían previstos por dicho Documento Conpes para el **periodo 2009-2011**.
- "Se recomienda informar a la Sociedad OPP Graneles S.A., que en razón a que el estero San Antonio requerirá a futuro dragados periódicos de mantenimiento (posteriores al priorizado en el Documento Conpes 3611 de 2009), la Sociedad

ST.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

OPP Graneles S.A., deberá considerar dentro de sus estudios financieros y técnicos la viabilidad del proyecto bajo esta circunstancia, de tal suerte que garantice la navegabilidad segura y continua de de la embarcación de diseño que atracarán y zarparán de las instalaciones portuarias del muelle conocido como Copescol.

"Por lo anterior se recomienda al Subgerente de Estructuración y Adjudicación revocar la resolución 078 de del 18 de febrero de 2010 y continuar con el trámite de la concesión portuaria teniendo en cuenta las recomendaciones del presente concepto técnico."

De lo anterior y una vez analizado el concepto en comento, se colige que la sociedad OPP GRANELES S.A., si solicitó en concesión los terrenos donde se encuentra la infraestructura portuaria consistente en un muelle y varias edificaciones tipo bodegas, cuartos fríos y portería entre otros.

Igualmente se concluye, que si bien es cierto que el Documento Conpes 3611 del 14 de septiembre de 2009 que trata el tema de "Plan de expansión portuaria 2009-2011: Puertos para la competitividad y el desarrollo sostenible" adoptado mediante Decreto 4734 del 2 de diciembre de 2009, contempló dentro de los proyectos prioritarios en zonas portuarias de Colombia, el Dragado del estero de San Antonio con un valor estimado de \$ 9.216 millones de pesos de 2009, también éstos recursos estarían previstos por dicho Documento Conpes únicamente para el periodo comprendido entre 2009-2011.

Frente a los argumentos expuestos en el recurso de reposición es importante precisar lo siguiente:

No compartimos la posición del recurrente, al afirmar que hubo una errada lectura de la solicitud de concesión; la solicitud es tal y como aparece en el oficio radicado ante este Instituto bajo el No. 2008-409-011217-2 del 25 de junio de 2008, solicitud que se transcribe de manera textual así:

*"FERNANDO GARCÉS LLOREDA....(...) en mi condición de Representante Legal de la sociedad **OPP GRANELES S.A.... (...)**"se otorgue a favor de la **sociedad portuaria que se constituya para ese efecto**, una concesión portuaria para ocupar en forma temporal y exclusiva por un período de 30 años, una zona de uso público conformada por terrenos de bajamar y sus zonas accesorias y la infraestructura portuaria construida sobre dichos terrenos de bajamar, ubicados en el Estero San Antonio" en la Bahía de Buenaventura, jurisdicción del municipio de Buenaventura, departamento del Valle del Cauca, y comprende: **a) Los terrenos de bajamar** ubicados sobre la línea de costa que se extiende sobre el Estero "San Antonio", **b) El espejo de agua adyacente a los terrenos de bajamar**, necesario para las maniobras de arribo y zarpe de las motonaves que utilizarán las instalaciones portuarias y **c) la infraestructura portuaria construida sobre los terrenos de bajamar;...**"(negritas y subrayas fuera de texto).*

Se puede leer o interpretar algo diferente de lo plasmado en la solicitud de concesión portuaria?

Ahora bien, más adelante es decir en la página 3 del escrito de solicitud de concesión portuaria, aparece el siguiente título:

dt.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

"UBICACIÓN, LINDEROS Y EXTENSIÓN DE LAS ZONAS DE USO PÚBLICO QUE SE PIDEN EN CONCESIÓN"

"Los terrenos de bajamar que se pretenden ocupar por medio de la concesión portuaria que se solicita, se encuentran ubicados en el estero "El San Antonio" en la Bahía de Buenaventura, jurisdicción del municipio de Buenaventura, departamento del Valle del Cauca, y comprende: a) Los terrenos de bajamar ubicados sobre la línea de costa que se extiende sobre el Estero de San Antonio b) El espejo de agua adyacente a los terrenos de bajamar, necesario para las maniobras de arribo y zarpe de las motonaves que utilizarán las instalaciones portuarias.

"Las coordenadas planas de las zonas de uso público solicitadas en concesión, conformadas por terrenos de bajamar y zona de maniobras están referidas a la red cartográfica nacional con origen Bogotá, y se describen a continuación:

"(...)"

"UBICACIÓN Y LINDEROS DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA QUE SE SOLICITA EN CONCESIÓN"

"La infraestructura portuaria que se solicita para ser ocupada, administrada y explotada comercialmente por medio de un contrato de concesión portuaria se encuentra ubicada sobre los terrenos de bajamar descritos anteriormente..."

Por lo tanto concluimos que no hay ninguna errada lectura, sino más bien nos atrevemos a afirmar que la solicitud de concesión portuaria fue presentada de una manera confusa induciendo a este Instituto a un error y de contera creemos que a la Dirección Marítima -DIMAR-.

Pero es importante hacer ver al recurrente que nuestra función se ciñe de manera estricta a los postulados y normas que nos rigen, tales como permitir 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.

La Resolución 078 de 2010, fue proferida en virtud de las funciones asignadas por la ley al Instituto Nacional de Concesiones, además, cuenta con los elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia, a saber: el órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma, así mismo, no contradice disposiciones superiores, y armoniza con los valores materiales defendidos por el ordenamiento constitucional. De otro lado, las normas en que se fundamenta, hacen parte del ordenamiento jurídico, razón por la cual está llamada a producir efectos jurídicos; se respeta la garantía del derecho al debido proceso administrativo consagrada de manera expresa en el artículo 29 constitucional.

Desde el momento en que se radicó la solicitud de concesión portuaria en esta entidad, se ha seguido el procedimiento establecido en la ley 1ª de 1991 y las

11

**"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución
No. 078 del 18 de febrero de 2010"**

normas vigentes en materia de concesiones portuarias, constituye la evidencia de tal afirmación la Resolución 422 del 14 de agosto de 2009, por la cual se fijó la fecha y la hora para llevar a cabo la Audiencia Pública para divulgar los términos y condiciones de la propuesta de concesión portuaria presentada por la sociedad OPP GRANELES S.A., y se ofició como lo ordena la ley 1ª de 1991 en su artículo 10º a las demás autoridades para que emitieran el concepto respectivo.

Es decir los actos administrativos proferidos por esta entidad gozan de una presunción de legalidad.

Concluimos entonces, que hubo una errada lectura de la concesión portuaria por parte de la DIMAR, error que lleva al INCO a emitir un concepto negativo, en este sentido, admitimos que si hubo una errada interpretación, pero más bien por la confusión que presenta la solicitud de concesión portuaria radicada por la sociedad recurrente.

En cuanto a la categórica y reiterativa posición del recurrente al afirmar que "La mencionada Petición presentada ante la DIMAR por mi Apoderada, y trasladada por ésta Dirección al INCO, y adicionalmente radicada una fotocopia de la misma, con la comunicación respectiva por OPP Graneles S. A. en el INCO, no fue respondida por el INCO ni tenida en cuenta para resolver por medio de la Resolución No. 078 de 2010, objeto del presente recurso, generando así la violación de las normas que regulan el Debido Proceso." (subrayas fuera de texto)

Este Instituto le asiste la razón, porque una vez revisado nuevamente el expediente nos encontramos con que no se evaluó técnicamente el oficio No. 2009-409-025400-2 del 25 de noviembre de 2009, a través del cual el Presidente la sociedad OPP GRANELES S.A., allegó la copia de la solicitud de modificación del concepto técnico ante la Dirección General Marítima.

Sobre la Falsa Motivación por error de hecho y la sentencia que nos trae a colación el recurrente del 13 de septiembre de 2001, expediente número 17.952 así:

*"La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación, **es decir que ella tiene ocurrencia cuando el acto se fundamenta en razones simuladas, engañosas o contrarias a la realidad.**"*

La verdad es que en este punto no le asistimos la razón, porque el acto proferido por este Instituto, no se fundamenta en ninguna razón simulada ni engañosa; la decisión que toma este Instituto tiene como fundamento la solicitud presentada por el recurrente la que insistimos una vez más es confusa e induce a errores no voluntarios por parte de la Administración.

Decir que hubo falsa motivación es afirmar que los documentos contenidos en el expediente tales como la solicitud de la concesión misma, el concepto emanado de la DIMAR y otros tantos escritos son engañosos o contrarios a la realidad.

El funcionario del INCO evalúa los documentos que le son entregados por el peticionario y por las autoridades y con fundamento en los mismos expide un concepto técnico, jurídico o financiero y por último un acto administrativo a través

17

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

del cual la administración manifiesta su voluntad pero basada en los documentos que obran en el expediente, no son razones simuladas ni engañosas.

Tampoco se vislumbra arbitrariedad alguna por parte del INCO en la aplicación de las normas ni en la interpretación del derecho, al contrario, el procedimiento administrativo se ha sujetado al principio de legalidad, no sólo en la interpretación normativa, sino en el análisis de las circunstancias fácticas sobre las cuales se han tomado las decisiones; preservando el orden jurídico y protegiendo los derechos fundamentales.

Los actos administrativos proferidos por esta entidad administrativa, hacen parte de la jerarquía normativa y su incumplimiento constituye contravención a las normas sobre concesiones para el desarrollo de actividades portuarias.

Con respecto al punto 3 de recurso de reposición y en el cual se menciona que:

3. **"Falsa Motivación por error en derecho.** Se afirma en la página 5 de la Resolución No. 078 de 2010.

"Aún cuando en el documento CONPES 3611 del 14 de septiembre de 2009, está contemplada la realización del dragado del Estero de San Antonio, no se tiene certeza del momento en el cual se realizarán las obras de dragado.

"Desde ningún punto de vista es admisible entonces, que el desarrollo y la proyección de un puerto quede condicionado a que se adelanten por parte del Estado labores de dragado; y de manera concreta no puede la sociedad OPP Graneles S.A., condicionar las facilidades de navegación en el interior del estero de San Antonio a una condición futura e incierta.

"A éste aspecto es importante agregar además que todos los riesgos inherentes a la construcción, operación y administración de los puertos recae directamente sobre los inversionistas privados."

- 3.1. Con las afirmaciones transcritas, contenidas en la parte motiva de la resolución objeto del Recurso de Reposición, se hace una interpretación errónea de las normas que regulan el Plan de Expansión Portuaria, al minimizar su carácter de obligatorias y por lo tanto de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios públicos, en especial por parte de los funcionarios del INCO, encargados de la estructuración de los proyectos estatales relacionados con el desarrollo portuario del País.

- 3.1.1. Artículo 2 de la ley 1 de 1991: "Planes de Expansión Portuaria. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte presentará al CONPES para su aprobación, cada dos años, los planes de expansión portuaria que se referirán a: **2.3. Las inversiones públicas que deben hacerse en actividades portuarias y las privadas que deben estimularse. Los planes sin embargo no se referirán, en lo posible, a empresas específicas. 2.5. Las inversiones públicas que se hagan, las concesiones que se otorguen, las contraprestaciones que se establezcan, y las tarifas que se autoricen, se ceñirán a tales planes.**"

- 3.1.2. Último inciso del artículo 2 de la ley 1 de 1991: "Los planes de expansión portuaria se expedirán por medio de Decretos Reglamentados de los planes y programas de desarrollo económico y social de los de obras públicas que apruebe el Congreso, y de esta ley En ausencia de los planes que debe expedir el Congreso, se harán por Decreto Reglamentario de esta ley."

- 3.1.3. Con base en las normas transcritas se afirma que además de ser de obligatorio cumplimiento los planes de expansión portuaria, el otorgamiento de las concesiones portuarias por parte del INCO, se debe ceñir a los mismos, como también las inversiones públicas que se lleven a cabo en actividades portuarias, como es el caso que nos ocupa, respecto del dragado del Estero de San Antonio.

11

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

- 3.1.4. Con el decreto No. 4734 de 2009 el Gobierno Nacional expide el Plan de Expansión Portuaria 2009 — 2011, contenido en el Documento CONPES No. 3611, aprobado en la sesión de septiembre 14 de 2009.
- 3.1.4.1. En la página 20 del Plan de Expansión Portuaria se expresa:
"Necesidad de inversiones públicas en actividad portuaria. Como se mencionó anteriormente, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto Portuario, la responsabilidad del Gobierno Nacional en cuanto a inversiones en infraestructura portuaria se debe concentrar en la construcción, conservación y mantenimiento de los canales de acceso a los puertos."
- 3.1.4.2. En los Objetivos Específicos del Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, en el ordinal "iv", se expresa: "Propiciar inversiones públicas eficientes en actividades portuarias.. Así mismo, el Gobierno **considera importante llevar a cabo la ampliación y mantenimiento de los canales de acceso marítimo a los terminales portuarios de servicio público, priorizando los dragados de mantenimiento y profundización de los canales de acceso** a las zonas portuarias de Barranquilla, Cartagena, **Buenaventura**, Tumaco y San Andrés y Providencia. A través del presente Documento Conpes se establecen los proyectos en obras de infraestructura que se desarrollarán en las diferentes zonas portuarias del país, de acuerdo con la priorización establecida por el Inviás, Cormagdalena y Ministerio de Transporte, los cuales se precisan más adelante. Estas inversiones se han definido de acuerdo con la proyección de ingresos que recibirá el Inviás y Cormagdalena por concepto de contra prestaciones portuarias. No obstante, estas inversiones pueden ser complementadas con recursos provenientes de otras fuentes de financiación."
- 3.1.4.3. En el acápite de Objetivos Específicos del Plan de Expansión Portuaria 2009 — 2011, se contempla en el ordinal "y" el Financiamiento del los dragados, así: "De acuerdo con la priorización adelantada por el Ministerio de Transporte, el Inviás y Cormagdalena, enmarcada en los lineamientos establecidos en el numeral iv. Propiciar inversiones públicas eficientes en actividades portuarias, se consideran prioritarios los proyectos presentados a continuación. Zona Portuaria del Pacífico Medio de Buena ventura, DRAGADO ESTERO DE SAN ANTONIO por un valor de nueve mil doscientos diez y seis millones de pesos."
- 3.1.5. Siendo como es que la Ley 1 de 1991 consagra en el inciso del artículo 2, anteriormente transcrito, que el otorgamiento de las concesiones por parte del INCO se debe ceñir al Plan de Expansión Portuaria Vigente, y que el Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, expedido por el decreto 4734 de 2009, contempla como inversión pública, para dicho periodo, el Dragado del Estero de San Antonio en Buenaventura; y que a su vez los funcionarios públicos están obligados a cumplir lo que se le ordena por la ley y sus reglamentos, las afirmaciones del señor Subgerente de Estructuración y Adjudicación del INCO, en la parte considerativa transcrita, resultan una errónea interpretación y aplicación de las normas citadas y del Plan de Expansión Portuaria, dando origen a una Falsa Motivación, por Error de Derecho, de la resolución recurrida.
- 3.1.5.1. La Segunda Etapa del Proyecto Portuario que desarrollará OPP Graneles S.A. se ejecutará con la certeza que el Dragado del Estero de San Antonio será una realidad en el inmediato futuro, debido a que mi Poderdante SI CREE que los Planes de Expansión Portuaria son el marco, el faro que guía tanto las inversiones privadas como las públicas en actividades portuarias, y no como lo deja entrever el señor Subgerente, un embeleco, o una Planificación irrealizable o como en sus palabras exactas lo afirma: "Una Condición futura e incierta." Afirmación que conlleva el incumplimiento de la ley 1 de 1991 y por lo tanto de sus obligaciones como empleado público, al dejar de un lado el carácter obligatorio del Decreto 4734 de 2009.
- 3.1.5.2. El error de Derecho, causado por la equivocada interpretación que se le ha dado a las normas transcritas, ha generado una falsa motivación como es la de afirmar que no se tiene certeza del momento en el cual se realizarán las obras de dragado, generando dudas y partiendo del incumplimiento, por parte del INVIAS y del Ministerio de Transporte, del Plan de Expansión Portuaria 2009-2011, que contempla como prioritaria, en dicho periodo, la inversión y ejecución del Dragado del Estero de San Antonio en Buenaventura. El INCO, en la resolución 078 de 2010, parte de la mala fe de la Administración Pública, en cuanto que los Planes de Expansión Portuaria se expiden por Decreto para no ser cumplidos, a pesar de que en el Plan de Expansión Portuaria

JP

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

2009-2011, se asegura la financiación del Dragado del Estero de San Antonio, para el periodo mencionado.

3.1.5.3. No así para mi Apoderada, que parte siempre del cumplimiento del principio de la Buena Fe que debe regir las relaciones del Estado con los ciudadanos, de ahí que el desarrollo y la proyección del puerto, en la segunda etapa, esté confiado al cumplimiento, por parte del INVIAS, de los Planificados por el Gobierno Nacional, para el Dragado del Estero de San Antonio en el Plan de Expansión Portuaria, y esto es así porque para OPP Graneles S.A., el Dragado del Estero de San Antonio en Buenaventura, contemplado por el Plan de Expansión Portuaria como inversión Prioritaria, no es una condición futura e incierta, sino, más bien, una actividad portuaria a realizar y realizable por el Estado colombiano, dentro del propósito de darle a Colombia Puertos Marítimos Articulados, enfocados a la competitividad del País, siendo éste el Objetivo del Plan de Expansión Portuaria. La facilitación de la navegabilidad, por el dragado, del Estero de San Antonio en Buenaventura, es un hecho, que para mi Mandante se ha de cumplir si dilación alguna por parte del INVIAS, porque la sociedad que represento, cree en las instituciones colombianas, y tiene la certeza que la planificación portuaria es seria, y la historia le da la razón sobre el cumplimiento de la misma, por parte de la Autoridades Competentes, debido a que es una obligación legal, la de ceñirse a dicho Planes de Expansión Portuaria, cuando se trata del otorgamiento de concesiones, conforme al transcrito penúltimo inciso del artículo 2 de la ley 1 de 1991, de ahí que no haya dudado en asumir el riesgo de la inversión anunciada, con base en el cumplimiento de dicha obligación por parte del INVIAS."

El recurrente confunde a este Instituto, indicando que con las afirmaciones contenidas en la parte motiva de la resolución objeto del recurso se hace una interpretación errónea de las normas que regulan el Plan de Expansión Portuaria, al minimizar su carácter de obligatorias y por lo tanto de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios públicos; no es cierto tal afirmación; lo que efectivamente expresó este organismo es que una sociedad portuaria no puede sujetar la ejecución de un proyecto portuario al dragado que debe realizar la Nación; desde que se presentó el proyecto en la Audiencia Pública, tanto el representante legal como el apoderado de la sociedad OPP GRANELES afirman que "...hasta tanto no haya un compromiso del Gobierno para saber si está decidido a dragar a ciertas profundidades..." y más adelante indica "...nuestro proyecto si tiene fundamento en la obligación que tienen la Nación de dragar las vías de acceso.."

A esto es importante agregar, que los Planes de expansión portuaria, tal y como lo afirma el recurrente de conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la ley 1 de 1991 se presentan al CONPES para su aprobación, **cada dos años**, mal haría este Instituto en garantizar que se realizarán los dragados por los años posteriores al 2011, siendo únicamente real que el dragado del Estero San Antonio será el contemplado para la vigencia 2009-2011, de conformidad con lo estipulado por el Decreto 4734 de 2009.

Es cierto que la Nación a través del Instituto Nacional de Vías en cumplimiento del Decreto 4739 de 2009, efectuará el dragado del Estero San Antonio, para la vigencia 2009-2011, pero de ahí hacia adelante no se puede tener la certeza de que el dragado se realizará, porque el mismo dragado está igualmente condicionado a que la Nación reciba la contraprestación por concepto de zonas de uso público e infraestructura, contraprestación que será destinada de manera especial a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos.

29

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

Además de lo anterior, las obras de dragado priorizadas para su realización por el CONPES 3611 en el evento en que llegaren a ejecutarse **no garantizan que la profundidad obtenida se mantendrá durante los años siguientes al dragado** y en especial durante todo el plazo de la concesión.

Es decir la profundidad del canal de acceso al Estero San Antonio no está garantizada en el horizonte que sigue al año en el cual se realizará el dragado. Esta profundidad es un condicionamiento para el calado de las embarcaciones que pueden navegar por el canal de acceso al estero San Antonio.

Con esto queremos reafirmar que si bien es cierto hay un compromiso adquirido por el Estado Colombiano a través del Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- para efectuar el dragado del Estero San Antonio este comprende por ahora únicamente los años 2009-2010 de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4734 del 2 de diciembre de 2009, además de esto debe tenerse en cuenta por parte de la sociedad OPP GRANELES S.A., que la profundidad del canal condiciona el calado de los buques que pueden navegar en el Canal de acceso a dicho Estero.

Ahora bien, revisada la solicitud de concesión portuaria la sociedad OPP GRANELES manifiesta que *"La obra requiere una inversión de \$3.300 millones, de los cuales \$2.500 millones los aporta el Ministerio y los demás, así como la draga río Cesar le corresponden al municipio"* más adelante señala: ***"...en un futuro cuando se concreten nuevos aportes se podrá profundizar a cinco metros en marea alta para barcos atuneros de gran calado, dijo Henry Días secretario de Infraestructura del Puerto."*** (negrillas fuera de texto).

Con esto se prueba aun más lo que se ha venido transmitiendo a través de los argumentos de este Instituto, la incertidumbre del momento en que se realizarán las obras de dragado.

En cuanto a los planteamientos referidos a que la resolución 078 de 2010 indicó que: *"todos los riesgos inherentes a la construcción, operación y administración de los puertos recae directamente sobre los inversionistas privados"*.

En este aspecto es importante señalar que el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión, de la siguiente manera:

"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."

Como se puede apreciar, esta definición es muy amplia y comprende las modalidades de concesión que han sido tipificadas como contrato por la misma ley 80 de 1993, o por otras disposiciones legales, por ejemplo, concesión minera, concesión petrolera etc.

JP

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

La Corte Constitucional en sentencia C-068 de 2009 y el Consejo de Estado han extraído en sus pronunciamientos los elementos o características de la figura, así: (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) **el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo**; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

De esta manera, puede considerarse que la concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona - generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total. En muchas ocasiones, la concesión trae aparejada la construcción de obras de infraestructura que de otra manera correspondería al Estado, como por ejemplo la construcción de carreteras, aeropuertos, infraestructura de telecomunicaciones, o puertos -como en el caso que se estudia- existiendo en muchos casos la cláusula de reversión para que dicha infraestructura entre a formar parte del patrimonio público una vez terminado el plazo de la concesión.

Define la Corte Constitucional en sentencia C068-2009, el contrato de concesión portuaria así:

"(...)

"El contrato de concesión portuaria.

"La concesión es uno de los sistemas más típicos de participación de la empresa privada en la gestión portuaria. Mediante la concesión, el contratista privado o concesionario tiene la responsabilidad total respecto de los servicios concesionados, incluyendo las operaciones para la prestación de los mismos, el mantenimiento de las instalaciones correspondientes, así como las inversiones de capital necesarias para la realización de las instalaciones o para su expansión.

"Los bienes inmuebles fijos aportados o construidos por el contratista a lo largo del periodo concesional, revierten, una vez terminado dicho periodo, a la administración portuaria. Por ello, uno de los elementos esenciales de la concesión es el plazo fijado para la misma, que debe de ser suficientemente amplio para permitir la amortización de la inversión realizada en la construcción de dichos bienes; cuando el plazo concesional no permita la amortización total de la inversión, suelen establecerse

17

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

condiciones que permitan al concesionario obtener un valor de rescate de dichos bienes al final del periodo concesional.

"Mediante el sistema de concesiones, el concesionario se compromete a explotar el servicio concesionado a su riesgo y ventura, y por tanto, a cobrar directamente del usuario las tarifas por el servicio prestado. Estas tarifas deben de tener una cierta regulación en las cláusulas concesionales, e igualmente en las citadas cláusulas deben establecerse los cánones y tasas que el concesionario debe pagar a la administración portuaria. En toda concesión debe existir un equilibrio económico entre las tarifas cobradas por el concesionario al usuario, y los cánones que el concesionario debe pagar a la administración.

"(...)"

"En la Ley 1ª de 1991 el legislador dispuso los lineamientos específicos para las concesiones portuarias. En el artículo 5º la definió así:

"La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a 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." (art. 5.2.ídem)

"En el Capítulo Segundo se fijó el procedimiento para otorgar la concesión portuaria y dispuso que sólo las sociedades portuarias podrían ser titulares de concesiones portuarias. En lo pertinente, dispuso: (i) todas las sociedades portuarias, oficiales, particulares o mixtas, requieren de una concesión para ocupar y usar en sus actividades las playas y las zonas de bajamar y zonas accesorias de aquéllas o éstas (art. 6º); (ii) 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 (art. 7º); 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.

La anterior exposición, para afirmar que ya existe un reconocimiento jurisprudencial de que el concesionario se compromete a explotar el servicio concesionado a su riesgo y ventura. No asevera este Instituto como lo quiere señalar el recurrente que la sociedad OPP GRANELES S.A., se ha negado a asumir los riesgos inherentes a la construcción, operación y administración del puerto que se pretende desarrollar, sino recalcar que no puede supeditar la ejecución de un puerto al dragado que deba realizarse por el tiempo que dure la concesión portuaria.

A esto es importante agregar, que la Constitución de 1991 dispuso en el artículo 333 que *«la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común»*. Y en su inciso final señaló: *«la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación»*. Así, de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no puede inferirse que las restricciones y limitaciones impuestas a las libertades económicas, en procura del bien común, las hagan nugatorias.

Por el contrario, en cumplimiento de los artículos 365 y 366 de la Carta Política, es obligación del Estado asegurar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, entre ellos, el de **transporte marítimo**; transporte que se traduce en

19

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 078 del 18 de febrero de 2010"

seguridad marítima por tanto no es posible que se condicione la ejecución de un puerto al dragado que según el recurrente debe efectuarle la nación por el tiempo que dure el proyecto.

Queda entonces claro, que el hecho de que una sociedad, presente una solicitud de concesión portuaria no le genera derechos frente a la administración, hasta tanto no se profiera el acto administrativo de otorgamiento de la misma, el cual se expide siempre y cuando el peticionario cumpla con todos los requisitos exigidos en la ley y sus decretos reglamentarios, por lo tanto, el solicitante asume y acepta los riesgos del otorgamiento o la negativa de la solicitud.

Para terminar y a fin de garantizar el principio de legalidad, el derecho al debido proceso administrativo consagrada de manera expresa en el artículo 29 constitucional, consistente en el respeto a las formas previamente definidas, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad, valores constitucionales objeto del derecho administrativo, este Instituto procederá a revocar en la parte resolutive de la presente decisión la Resolución 078 del 18 de febrero de 2010.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Admitir como pruebas para decidir el recurso de reposición interpuesto por la sociedad OPP GRANELES S.A., las obrantes dentro del Expediente abierto en el INCO y de manera específica, las siguientes:

1. La Solicitud de Concesión Portuaria presentada por la sociedad OPP GRANELES S.A.
2. El Concepto Técnico No. 2920094664 emitido por la DIMAR, que se encuentra dentro del expediente de la solicitud de concesión.
3. La confrontación del contenido de la Solicitud de Concesión Portuaria presentada por mi Mandante con el Concepto emitido por la DIMAR.
4. Las siguientes comunicaciones que se encuentran en el archivo del INCO:
 - Comunicación suscrita por el Presidente y Representante Legal de OPP Graneles S. A., destinada al señor Gerente General del INCO, radicada en el INCO, con el número 2009-409-025400-2 de noviembre 25 de 2009.
 - Comunicación suscrita por el Presidente y Representante Legal de OPP Graneles S.A., destinada al señor Director General de la Dimar, adjunta a la comunicación radicada en el INCO, con el número 2009-409-025400-2 de noviembre 25 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Revocar la Resolución 078 del 18 de febrero de 2010, por medio de la cual se resuelve una solicitud de concesión portuaria presentada por la sociedad OPP GRANELES S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

ARTÍCULO TERCERO.- Ordenar continuar con el trámite administrativo de solicitud de concesión portuaria presentado por la sociedad OPP GRANELES S.A., mediante

**"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución
No. 078 del 18 de febrero de 2010"**

comunicación radicada con el No. 2008-409-011217-2 del 25 de junio de 2008, ante el Instituto Nacional de concesiones -INCO-, de acuerdo con las disposiciones establecidas en la Ley 1ª de 1991 y sus decretos reglamentarios.

ARTÍCULO CUARTO.- Por la Subgerencia Administrativa y Financiera, de este Instituto, notifíquese el contenido de la presente resolución al representante legal o a su apoderado debidamente constituido de la Sociedad OPP GRANELES S.A.

ARTÍCULO QUINTO.- Por la Subgerencia Administrativa y Financiera, de este Instituto, comunicar la presente resolución a los Ministerios de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Transporte, de Comercio, Industria y Turismo, al Director de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -CVC-, AL Alcalde municipal de Buenaventura, al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa -DIMAR-, al Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- y al Superintendente de Puertos y Transporte.

ARTÍCULO SEXTO.- Contra la presente resolución, no procede recurso alguno, por haberse agotado la vía gubernativa de conformidad a lo preceptuado en los artículos 62 y 63 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Dado en Bogotá, D.C. 04 JUN 2010



DIONISIO RAFAEL BARRIOS OSORIO
Subgerente de Estructuración y Adjudicación (e)

Reviso: Consuelo Mejía Gallo - Coordinadora de Puertos
Proyectó: camarangobotero/Asesor Externo



21