

Doctora

Tatiana Margarita Oñate Acosta

Procuradora Delegada para las Entidades Territoriales y Diálogo Social

Procuraduría General de la Nación

Referencia: Solicitud de vigilancia especial para el procedimiento de emisión de concepto de la Secretaría de Planeación del Distrito de Cartagena en relación con la modificación no sustancial de un contrato de concesión portuaria.

Respetado Doctora Tatiana,

El suscrito, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de Presidente y representante legal de la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A. (SPPB), tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal adjunto (Anexo 12), solicito la vigilancia especial sobre la Secretaria de Planeación Distrital del Distrito de Cartagena en el marco del concepto relacionado con una solicitud de modificación no sustancial del contrato de concesión portuaria 02 de 2011 adelantado por la SPPB ante la ANI, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

A. Fundamento jurídico de la petición.

1. Artículo 6; numerales 1, 3, 5, 6, 7 del artículo 277; inciso 2 del artículo 123 de la Constitución Política de Colombia.
2. Numerales 1, 2, 5, y 9 del artículo 24; Artículo 27 y numeral 1, literal a. del artículo 75 del Decreto 262 de 2000.
3. Artículo 10 de la Ley 388 de 1997.
4. Numeral 7 del artículo 5 del CPACA
5. Artículo 2.2.2.1.2.5.2. del Decreto 1077 de 2015.

B. Resumen de causa de la petición.

1. La Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A. (en adelante la “SPPB”) es la concesionaria de la Concesión Portuaria 02 de 2011 (en adelante la “Concesión”), en relación con

la cual esta sociedad solicitó una modificación contractual no sustancial que tiene radicado ANI 20234090549452 de 18 de mayo de 2023.

2. La solicitud de la SPPB se limita a la reincorporación de un área de 27Has dentro de los terrenos adyacentes de la Cláusula Quinta de la Concesión que antes de la modificación de la Concesión ya se encontraba incluido dentro de la Concesión, y cuyo predio de mayor extensión identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria 060-268771 actualmente está incluido dentro de los mencionados terrenos adyacentes, como se muestra en la imagen a continuación:



3. Lo primero que es necesario mencionar es que actualmente SPPB se encuentra operando su puerto conformado por un terminal de líquidos y un terminal de carga general, en el cual ha desarrollado todo tipo de infraestructura portuaria, sobre la base de la existencia de la Concesión, lo cual además de ser un hecho innegable, supone una determinante para el uso del suelo de la porción del predio cuya reincorporación, se pretende con esta solicitud.
4. El proyecto portuario de la SPPB ya tuvo pronunciamiento positivo por parte del ICANH como se muestra en los anexos 2, 3, 4 y 5.

5. La incorporación del predio pretende en una primera fase el almacenamiento de carga rodante, para lo cual SPPB ya cuenta con la autorización de la ANLA (lo que se evidencia en el Anexo 1), la cual se pronunció sobre esta adición en el marco de un procedimiento de giro ordinario, como se muestra en el Anexo 1, donde la autoridad indicó:

“Al respecto, teniendo en cuenta las observaciones de los literales anteriores, esta Autoridad Nacional determina que el uso del Área 27 para el almacenamiento de carga rodante por parte de la Sociedad, no implicaría impactos ambientales adicionales a los contemplados en el instrumento de manejo y control ambiental del Proyecto, considerando que las actividades contempladas se ubican al interior del área de influencia del Proyecto, en la cual ya fueron evaluados dichos impactos en relación con las actividades de manejo de cargas. Adicionalmente, éste cuenta con las medidas de manejo ambiental para prevenir, mitigar, controlar y compensar tales impactos, las cuales fueron establecidas en la Resolución 1635 del 19 de agosto de 2010 y sus modificaciones.

(...)

De acuerdo con la información aportada, se observa que el Área 27 se encuentra inmersa en el denominado Lote 2 que, de acuerdo a lo indicado por la Sociedad, fue modificada por el Otro sí 001 del 2012. En tal sentido, **es conveniente recordar a la Sociedad que es su deber adelantar los procesos que sean necesarios con la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, con el fin de legalizar el uso del Área 27 para el almacenamiento de carga rodante.** Por lo tanto, la Sociedad deberá presentar a esta Autoridad Nacional los soportes que evidencien que pueden hacer uso de este predio, los cuales serán objeto de seguimiento y control del Proyecto.” (énfasis fuera del texto)

Al respecto, la ANLA evidenció que los impactos relacionados con la adición de las 27Has dentro del proyecto portuario de SPPB no representa impactos ambientales adicionales a los contemplados en la Licencia Ambiental del proyecto portuario original, y le ordenó a la SPPB la modificación de la Concesión con el propósito de incorporar lo que ha sido denominado como Área 27 dentro de la Concesión con la finalidad de legalizar el uso del suelo afecto a la Concesión en su calidad de terreno adyacente de la Concesión.

En el mismo sentido de lo indicado por la ANLA, la legalización del uso de las 27Has solicitadas no está dado por algún tipo de permiso, licencia o concepto de la Alcaldía de Cartagena, sino por el hecho de que la ANI dentro de sus facultades re-incorpore el inmueble a la Concesión, lo cual procede como consecuencia del amparo ambiental

obtenido por la SPPB y la solicitud presentada por la SPPB con el lleno de los requisitos para ese efecto.

Todos los estudios relacionados con los aspectos ambientales y arqueológicos del desarrollo portuario de la SPPB fueron oportunamente presentados y aprobados por el ICANH y comunicados ante la ANLA, para que fueran incorporados dentro del trámite de licencia ambiental, como se evidencia en los Anexos 6, 7 y 8, lo que demuestra que todos los requisitos relacionados con la prospección arqueológica fueron cumplidos, y no existen requisitos adicionales.

6. La Alcaldía Mayor de Cartagena mediante concepto de fecha 13 de julio de 2009 y con radicado 2009-409-014228-2 (Anexo 11) ya se había pronunciado sobre el proyecto de SPPB, el cual en su momento contemplaba el desarrollo del predio que actualmente se busca incorporar, y en relación con el cual (tal y como lo indicó la ANLA) su uso no tiene impactos adicionales a los que ya fueron analizados y licenciados para el proyecto existente.

Sobre este pronunciamiento, traemos a colación el principio de confianza legítima, que es un principio de la administración pública, derivado del principio constitucional de la buena fe (artículo 83), seguridad jurídica y de los actos propios, y aplica en los casos en los que la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones incluso en contra de sus propios actos.

Sobre este principio, en la sentencia de septiembre 20 de 2001, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (consejero ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque) en los considerandos se indica:

"La buena fe que se deben los contratantes en términos de mantener la confianza y la lealtad que se espera en toda relación negocial no se excepciona cuando las relaciones se establecen con la administración pública, toda vez que ésta tiene un compromiso mayor de comportarse con lealtad en todas sus actuaciones por la supremacía jurídica que ostenta, en su calidad de gestora del interés público, que en nuestro ordenamiento jurídico es un mandato constitucional sin distinguos (art. 83 c.P.) y legal de acuerdo con los arts. 1603 del C. Civil y 28 de la Ley 80 de 1993 (...) Sin embargo, no puede perderse de vista que si bien la administración pública está sometida al principio general de la buena fe al igual que las personas que con ella se relacionan, el principio de legalidad que no excluye la aplicación de aquél, puede delimitarla" (...) Al respecto agrega: «Si la administración pública, en el procedimiento para el perfeccionamiento del acto, incurre en una conducta

confusa, equívoca o maliciosa, no podrá ciertamente, beneficiarse de su conducta en contra del administrado que actuó confiado en ella. Pero tampoco vendrá obligada al mantenimiento de los actos que, como consecuencia de ella, hayan podido nacer contraviniendo el ordenamiento jurídico (...)"

Por su parte, la sentencia C 478 de 1998, la Corte Constitucional señaló:

"Este principio (el de la confianza legítima), que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965 y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada 11 , pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe, el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política. Como vemos, la «confianza legítima» no constituye un límite a la posibilidad de que el legislador derogue una normatividad anterior, pues la persona no goza de un derecho adquirido sino de una situación revocable, esto es, de una mera expectativa. Es cierto que se trata de una suerte de expectativa que goza de una cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba se seguiría manteniendo. Sin embargo, es claro que la protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo cual mal puede invocarse este principio para solicitar la inexequibilidad de una norma que se limitó a suprimir un beneficio de fomento". (subraya fuera del texto)

En ese sentido, el hecho de que SPPB hubiera tenido un concepto inicial de la Alcaldía donde se aprobó el proyecto completo incluyendo las 27 hectáreas que son objeto de la solicitud, y de otra parte que la obtención del amparo ambiental que fue obtenido indica que el mismo debe ser legalizado frente a la ANLA, y finalmente, que las normas vigentes amparan a la SPPB para obtener la vinculación del área solicitada, sin que sean oponibles los instrumentos de planeación del Municipio o Distrito, le dan a SPPB, la confianza legítima de quien en todo momento ha actuado de buena fe, bajo una expectativa legítima de poder desarrollar dichos predios para el

desarrollo de actividades portuarias en el marco de la Concesión. Consecuentemente, un concepto de la Alcaldía de Cartagena en contra de la solicitud de modificación no sustancial de la Concesión supondría una contradicción de su propio acto original.

7. Dentro del procedimiento de modificación no sustancial de la Concesión, la ANI consultó a la Alcaldía de Cartagena para que se pronunciara sobre la petición presentada por SPPB, informándole sobre todos los aspectos relacionados con el desarrollo, como lo ordena la Ley.
8. La Alcaldía Distrital de Cartagena se pronunció en el sentido de indicar que: (i) Posiblemente existe la necesidad de realizar indagaciones arqueológicas¹, y; (ii) que de acuerdo con su criterio el POT no prevé el desarrollo de infraestructura portuaria en el área donde existe y se viene desarrollando el proyecto portuario de SPPB al amparo de la Concesión (ver Anexo 13).
9. En relación con el pronunciamiento en materia arqueológica se debe tener en cuenta que:
 - a. El artículo 2.2.2.3.6.2. del Decreto 1076 de 2015, único reglamentario del sector ambiente señala: *"De la solicitud de licencia ambiental y sus requisitos. (...) el interesado en obtener licencia ambiental deberá radicar ante la autoridad ambiental competente, el estudio de impacto ambiental de que trata el artículo 21 del presente decreto y anexar la siguiente documentación: (...)*
8. Copia de la radicación del documento exigido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), a través del cual se da cumplimiento a lo establecido en la Ley 1185 de 2008 (...)". En ese sentido, obtenida la licencia ambiental para el proyecto, existe una presunción de derecho referente a que los requisitos asociados a los estudios antropológicos de la zona fueron agotados, como ocurre en el presente caso.
 - b. El estudio de arqueología preventiva fue radicado por la SPPB ante las autoridades correspondientes, tal y como consta en la Resolución 1635 de

¹ De conformidad con lo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial de Distrito de Cartagena de Indias adoptado mediante el Decreto 0977 de 2001, EL PLANO DE FORMULACION URBANO 1B DE 5 y los instrumentos que lo desarrollan, la zona donde se propone realizar la ampliación de la empresa denominada "SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO BAHÍA", se encuentra dentro de un área que presenta señalada la ZONA DE PROTECCION DEL PATRIMONIO ARQUEOLOGICO, identificada como "HACIENDA O ESTANCIA DE CIÉNAGA HONDA, CONTIENE: ALBERCA, REPRESA, CANALES".

2010 de la ANLA; la cual señala a la letra *“Que mediante radicado 4120-EI-69895 del 3 junio de 2010, el doctor Cesar Augusto Lorduy Maldonado, en calidad de apoderado de la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A. da alcance a su comunicación con radicado 4120-EI-50092 del 23 de abril de 2010 con la cual se remitió el Estudio de Impacto Ambiental y presenta en los anexos 5, 6 y 7 el radicado 4120-EI-69895 del 3 de junio de 2010 el Informe de Evaluación Arqueológica y los oficios de la Licencia de Intervención Arqueológica y oficio ICANH 1680-10-07-09, del 30 de julio de 2009 en el que se indica que.”... el Proyecto Portuario Multipropósito Puerto Bahía Solicitud de Intervención Arqueológica”, fue evaluado y aprobado por el Grupo de Arqueología del ICANH, siendo remitido a la biblioteca del Instituto donde podrá ser consultado”;*

- c. La autoridad competente para exigir el cumplimiento de un programa de arqueología preventiva es el Instituto Colombiano de Antropología e Historia dentro del proceso de licenciamiento ambiental y no la Alcaldía de Cartagena (Ley 397 de 1997 y la Ley 1185 de 2008);
- d. El área en cuestión no ha sido declarada Zona de Influencia arqueológica ni de interés arqueológico por parte del ICANH, por tanto no le aplica la norma específica citada por la Alcaldía, y;
- e. El área tiene un contexto histórico que es necesario conocer, ya que allí se ha desarrollado, antes de SPPB, un proyecto portuario carbonífero y un proyecto agro-industrial de piscinas camaroneras, con fuerte evidencia de intervención antrópica lo que hace inviable considerar que allí pudiera ser revaluada la posibilidad de hacer un nuevo estudio de naturaleza arqueológica. Tal y como se señala en la Resolución 1635 de 2010 de la ANLA: *“El predio objeto de la solicitud de intervención arqueológica se encuentra localizado en la confluencia del Canal del Dique con la bahía de Cartagena, en la margen izquierda y muestra evidencia de antiguos proyectos portuarios de los años 80 y 90, uno de los cuales fue de Carbón, en la zona litoral-canal y el otro de camaronicultura en la parte centro, causando ambos una intervención bastante fuerte sobre este predio y modificando drásticamente las capas superficiales y del subsuelo en casi la totalidad del área firme, además de haber hecho rellenos y consolidaciones en antiguas barras de manglar”.*

Lo anterior conllevaría a que el supuesto que esgrime de la Alcaldía no es aplicable a este caso, pues este es un procedimiento en el que ya se agotó al momento de la obtención y modificación de la licencia ambiental del proyecto de SPPB y por ende no habría lugar a la creación de un procedimiento adicional que no está consignado en la Ley.

10. En relación con la forma como se articulan los planes, planes básicos o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos frente a los proyectos de utilidad pública como es el caso portuario, a continuación, hacemos una explicación sucinta sobre las razones por las cuales éstos no son oponibles al desarrollo de infraestructura de utilidad pública e interés social como es el caso de los puertos:

- a. La Construcción, administración y operación de puertos fue declarado de utilidad pública por medio del inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1 de 1991² y el artículo 19 de la Ley 1682 de 2013³.
- b. El proyecto portuario de la SPPB cuenta con licencia ambiental para toda su ejecución, incluyendo las actividades que se prevé realizar dentro del área 27, como se acreditó mediante el pronunciamiento de viabilidad ambiental por giro ordinario de la actividad licenciada emitido por ANLA que se adjuntó en la solicitud original, y que se anexa a esta comunicación (Anexo 1).
- c. De acuerdo con las determinantes del uso del suelo, modificadas por el artículo 23 de la ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 2294 de 2023), la cual define las jerarquías para el uso del suelo, se encuentra lo siguiente:

4. Nivel 4. El señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional; fluvial, red férrea, puertos y aeropuertos; infraestructura logística especializada definida por el nivel nacional y regional para resolver intermodalidad, y sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y

² “La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público.”

³ “**Artículo 19.** Definir como un motivo de utilidad pública e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura del transporte a los que se refiere esta ley, así como el desarrollo de las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora, quedando autorizada la expropiación administrativa o judicial de los bienes e inmuebles urbanos y rurales que se requieran para tal fin, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.”

suministro de energía y gas, e internet. En este nivel también se considerarán las directrices de ordenamiento para las áreas de influencia de los referidos usos.

5. Nivel 5. Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 1625 de 2013 y la presente ley.

Como se observa, los proyectos de utilidad pública tienen una jerarquía superior frente a los planes e instrumentos de ordenamiento territorial, lo que implica que los proyectos de utilidad pública e interés social como es el caso de los puertos concesionados por la Agencia Nacional de Infraestructura o las vías o los tendidos eléctricos se superponen a los instrumentos de planeación territorial como son los Planes de Ordenamiento Territorial.

- d. Con este artículo la Ley 388 de 1997 puso de presente que las autoridades encargadas de adoptar y elaborar planes de ordenamiento territorial deben tener en cuenta que, de acuerdo con la Constitución y las leyes, existen normas de superior jerarquía que van a determinar dichos planes, de acuerdo con el interés general. Uno de esos determinantes es, precisamente, el señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a puertos y otros megaproyectos de infraestructura.
- e. En relación con las determinantes citadas del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, el nuevo plan de desarrollo (Ley 2294 de 2023) introdujo la obligación a los municipio, distritos y departamentos (Parágrafo 2, artículo 10) de acoger estas determinantes, en los siguientes términos:

“Parágrafo 2°. Los agentes públicos y privados a cargo de planes y proyectos con desarrollo físico espacial en el territorio estarán obligados a cumplir con las determinantes de ordenamiento territorial y sus prevalencias desde la prefactibilidad de los mismos.

Los departamentos, municipios, distritos y esquemas asociativos territoriales acatarán con carácter de obligatorio cumplimiento las determinantes de

ordenamiento territorial durante las etapas de formulación e implementación de sus instrumentos de ordenamiento territorial.”

Lo anterior implica que la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, le impone al Distrito de Cartagena la obligación de acoger las determinantes del ordenamiento territorial, lo que implica que siendo los proyectos portuarios del Nivel 4 y los componentes de ordenamiento territorial de Nivel 5, éstos tienen una jerarquía superior frente a aquellos, teniendo que ceder en beneficio del desarrollo de la infraestructura de utilidad pública e interés social, como son los puertos.

- f. En línea con lo anterior, el artículo 29 del Decreto 2181 de 2006:

“Actuaciones urbanísticas en suelo de expansión urbana. En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 388 de 1997, el suelo de expansión únicamente podrá ser objeto de urbanización y construcción previa adopción del respectivo plan parcial, en los términos regulados por la ley y este decreto.

No obstante lo anterior, **en cualquier momento podrán realizarse las obras correspondientes a la infraestructura de los sistemas generales o estructurantes del orden municipal o distrital, así como las obras de infraestructura relativas a la red vial nacional, regional y departamental, puertos y** aeropuertos y sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía que deban ejecutar las entidades del nivel central o descentralizado de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.” (Énfasis fuera del texto)

Lo anterior implica que en los casos en que existan proyectos de infraestructura de utilidad pública e interés social, no hace falta incorporar esta infraestructura dentro de los instrumentos de planeación como el POT o los planes parciales, pues hay una excepción explícita en la Ley, donde los proyectos de interés nacional están por encima de estos instrumentos y no requieren de un instrumento adicional de planeación.

Dicho de otra manera, las normas contenidas en los instrumentos de planeación municipal o distrital no le son aplicables a los proyectos de utilidad pública como los puertos, los aeropuertos, las carreteras y otros, pues allí aplican las normas aplicables a las concesiones o APP, y estas constituyen una

excepción al carácter vinculante de los POT, cuyo aval, verificación y supervisión está en cabeza de autoridades del orden nacional como la ANI, la Superintendencia de Transporte, la UPME, la Aeronáutica Civil, u otras según el tipo de infraestructura y no de las curadurías u otras entidades del orden distrital que vigilan las edificaciones comunes o convencionales.

- g. En el caso portuario, el artículo 15 de la Ley 1 de 1991 señala:

“Artículo 15. Efectos de la Concesión. Una vez en firme el contrato administrativo que otorgue una concesión, no será necesario permiso de funcionamiento ni acto adicional alguno de autoridad administrativa del orden nacional, sin perjuicio de aquellos permisos que deba proferir la autoridad local, para adelantar las construcciones propuestas ni para operar el puerto. La Superintendencia General de Puertos vigilará el correcto adelanto de las obras. Las autoridades nacionales, departamentales, municipales o distritales prestarán toda la colaboración que se requiera.”

De acuerdo con lo anterior, una vez un proyecto portuario cuenta con una concesión y la licencia ambiental, solo requiere del permiso de construcción sobre edificaciones comunes en relación con su sismo resistencia.

En el caso de la licencia de construcción, éste es un acto administrativo de carácter particular que otorga el permiso para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rural. Estas licencias, de acuerdo a la Ley 388 de 1997, se otorgan teniendo en cuenta el plan de ordenamiento territorial y el plan parcial respectivo.

Ahora bien, el régimen especial en materia de licencias urbanísticas estableció que no se requiere licencia urbanística, en los casos de urbanización, parcelación, construcción o subdivisión, para la construcción de proyectos de infraestructura portuaria. No obstante lo anterior, la misma norma clasifica las edificaciones entre estructuras especiales y edificaciones ordinarias, estableciendo que para las primeras no se requiere licencia urbanística. Sin embargo, establece que para las edificaciones convencionales de carácter permanente que se desarrollen al interior de un proyecto portuario, como son las oficinas administrativas, sí se necesita licencia de construcción para verificar el cumplimiento de las normas de sismo resistencia y otros reglamentos técnicos.

Lo anterior implica que, aunque SPPB no necesita tener una licencia para la construcción de la infraestructura portuaria, sí la necesita para la construcción de las edificaciones convencionales, lo que trae de suyo que las infraestructuras de utilidad pública (como los puertos, aeropuertos, plantas de generación de energía eléctrica, entre otras) tienen un régimen de excepción en relación con los instrumentos de planeación urbana, tal y como se ha explicado en este escrito.

h. Sobre esta interpretación, el Decreto 1077 de 2015 señala literalmente:

“Artículo 2.2.2.1.2.5.1. Requisito previo para los proyectos, obras o actividades de utilidad pública. Los proyectos, obras o actividades consideradas por el legislador de utilidad pública e interés social cuya ejecución corresponda a la Nación, podrán ser adelantados por esta en todo el territorio nacional, de manera directa o indirecta a través de cualquier modalidad contractual, previa la expedición de la respectiva licencia o del correspondiente instrumento administrativo de manejo y control ambiental por parte de la autoridad ambiental correspondiente, si a ello hubiere lugar.

Artículo 2.2.2.1.2.5.2. Oponibilidad de los planes de ordenamiento territorial. **Los planes, planes básicos o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos en ningún caso serán oponibles a la ejecución de proyectos, obras o actividades a los que se refiere la presente subsección.**

Artículo 2.2.2.1.2.5.3. Información de los proyectos, obras o actividades de utilidad pública. La decisión sobre la ejecución de los proyectos, obras o actividades a que se refiere la presente subsección, deberán ser informados por la autoridad correspondiente al municipio o distrito en cuya jurisdicción se pretenda realizar.”

Los interesados en los proyectos, obras o actividades deberán entregar a los municipios y distritos la información pertinente sobre tales actividades, con el fin de que sean incorporadas en el proceso de formulación, concertación, adopción, revisión y ajuste de los planes, planes básicos o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos.”

Como se observa arriba, los instrumentos de planeación distrital como el POT no son oponibles al desarrollo de la infraestructura portuaria.

Con lo anterior es evidente, pues la norma lo indica de manera explícita que:

(i) los proyectos de utilidad pública se pueden ejecutar en todo el territorio

nacional sujeto a la existencia de un vínculo contractual entre el Estado y un particular, y el amparo ambiental para su ejecución; (ii) Los planes, planes básicos o esquemas de ordenamiento territorial de los municipios y distritos en ningún caso serán oponibles a la ejecución de proyectos portuarios pues estos han sido declarados de utilidad pública por la Ley (inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1 de 1991, y artículo 19 de la Ley 1682 de 2013), y; (iii) las Alcaldía Distritales tienen la competencia para solicitar cualquier información relacionada con los proyectos portuarios pero no tienen la facultad de oponerse a ellos bajo el argumento de que estos estén o no de acuerdo con su plan de ordenamiento territorial.

En el sentido de lo anterior, los planes de ordenamiento territorial no son oponibles al desarrollo de proyectos portuarios, ya que éstos obedecen a una jerarquía superior en materia de uso del suelo, y que son declarados de utilidad pública por la Ley.

- i. Como lo explicamos; las normas incorporadas en los instrumentos de planeación distrital no le son aplicables a los proyectos de utilidad pública como es el caso portuario.

En gracia de discusión ,y para evidenciar un análisis integral de asunto, si se quisiera analizar este caso a la luz de las normas del POT debe tenerse en cuenta que la SPPB realizó la consulta el día 12 de diciembre de 2022 para obtener una certificación del uso del suelo del predio identificado con Cédula Catastral 000400010592000 y Folio de Matrícula Inmobiliaria 060-268771, que es precisamente el predio de mayor extensión que contiene el área de 27 hectáreas que se pretende integrar a la Concesión, al sistema MIDAS de la Alcaldía Distrital de Cartagena (Anexo 8), que es el medio idóneo para obtener las certificaciones sobre el uso del suelo de un predio específico.

Dicha consulta arrojó el siguiente resultado:

De: Jorge Francisco Martínez Halblaub jmartinez@puertobahia.com.co

Asunto: Midas // Cartagena // Consulta 3

Fecha: 12 de diciembre de 2022, 3:22 p.m.

Para: Andres Rengifo Mantilla arengifo@puertobahia.com.co, Edson Leonardo Cárdenas Mendez ecardenas@puertobahia.com.co, Jose Luis Afiuni García jafiuni@puertobahia.com.co

Cc: Olga Rincones orincones@puertobahia.com.co, Gloria Diaz gdiaz@puertobahia.com.co



Muelles, terminales y establecimientos cuya funcion, equipos y servicios atienden exclusivamente embarcaciones militares de todo tamaño

PREDIO: 000400010592000

USOS

PRINCIPAL	ACTIVIDAD TURISTICA, RESIDENCIAL, VIVIENDA TEMPORAL
COMPATIBLE	ACTIVIDAD PORTUARIA 1, AGROINDUSTRIAL, COMERCIAL 1, COMERCIAL 2, INDUSTRIAL 1
COMPLEMENTARIO	ACTIVIDAD PORTUARIA 2, ACTIVIDAD PORTUARIA 3*, INDUSTRIAL 3*, INSTITUCIONAL 1, INSTITUCIONAL 2
RESTRINGIDO	INSTITUCIONAL 3, INSTITUCIONAL 4*
PROHIBIDO	ACTIVIDAD PORTUARIA 4, COMERCIAL 3, COMERCIAL 4

CUADRO DE REGLAMENTACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO SUELO SUBURBANO

Dicha certificación indicó sobre la actividad portuaria 2, lo siguiente:

USO COMPLEMENTARIO

ACTIVIDAD PORTUARIA 2: Comprende muelles, terminales y establecimientos cuya funcion, equipos y servicios, atienden embarcaciones de todos los tamaños dedicadas al transporte de carga excepto hidrocarburos y combustible. Se incluyen en esta actividad los puertos pesqueros, los astilleros y buques escuela

Lo anterior evidencia que el sistema idóneo para certificar el uso del suelo sobre un predio específico certificó (valga la redundancia) que el predio que se pretende incorporar a la concesión para realizar el almacenamiento de carga Ro-Ro mediante este procedimiento de modificación no sustancial **permite el uso para la actividad portuaria 2** lo que implica que puede ser utilizado para el almacenamiento de carga general que no sea carbón ni hidrocarburos.

Sobre la base de esa información, la sociedad SPPB ha realizado inversiones cuantiosas para avanzar con este proyecto, y que ha desembocado en la solicitud de modificación no sustancial presente.

Recientemente, la SPPB realizó de nuevo la consulta, y el sistema arrojó de nuevo el mismo resultado (ver Anexo 9)⁴, como se muestra a continuación:

⁴ Revisar el resultado en: <https://midas.cartagena.gov.co/Results/Consult/000400010592000>



EE.UU.	
PRINCIPAL	ACTIVIDAD TURISTICA, RESIDENCIAL, VIVIENDA TEMPORAL
COMPATIBLE	ACTIVIDAD PORTUARIA 1, AGROINDUSTRIAL, COMERCIAL 1, COMERCIAL 2, INDUSTRIAL 1
COMPLEMENTARIO	ACTIVIDAD PORTUARIA 2, ACTIVIDAD PORTUARIA 3*, INDUSTRIAL 3*, INSTITUCIONAL 1, INSTITUCIONAL 2
RESTRINGIDO	INSTITUCIONAL 3, INSTITUCIONAL 4*
PROHIBIDO	ACTIVIDAD PORTUARIA 4, COMERCIAL 3, COMERCIAL 4

CUADRO DE REGLAMENTACION DE LOS USOS DEL SUELO

De manera atenta sugerimos a la ANI realizar la consulta de la plataforma para que evidencie, con intermediación, como la información actualizada del inmueble evidencia que en el mismo se pueden realizar actividad portuaria 2, por lo que evidentemente el Distrito de Cartagena puede estar en un error en las apreciaciones que incorpora dentro de su respuesta a la solicitud de la ANI.

Frente a las certificaciones aportadas, no se puede perder de vista que este tipo de documentación son actos administrativos de carácter particular y concreto. Sobre esta calidad, el artículo 97 señala:

“Artículo 97.*Revocación de actos de carácter particular y concreto.* Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa. (subraya fuera del texto)

Bajo la lógica errada de que el uso del suelo de acuerdo con el POT afecta el uso del suelo en la cual se pretende desarrollar infraestructura de transporte declarada de utilidad pública por la Ley, la certificación del uso del suelo reconoce el derecho de un particular para el desarrollo de un proyecto

específico allí, y sobre esta base el particular realiza inversiones como estudios técnicos, ambientales y jurídicos conducentes a la materialización del proyecto.

Así, el derecho reconocido por el Distrito de Cartagena por medio del sistema MIDAS no puede ser desconocido de una manera unilateral, y afectando el derecho que tiene la SPPB a continuar con el desarrollo de su proyecto, el cual ha venido desarrollando de acuerdo con los lineamientos establecidos en las Leyes aplicables, y en los pronunciamientos oficiales relacionados por el uso específico del predio. Mucho menos cuando se está ante la consecución de la finalidad pública de un contrato estatal como es el contrato de concesión portuaria.

Esto también contradice el principio de confianza legítima, que como se explicó arriba en este oficio no es otra cosa que: la protección que aplica en los casos en los que la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente el reconocimiento de un derecho en condiciones incluso en contra de sus propios actos afectando la seguridad jurídica.

Así, sea cual sea la lógica para analizar la solicitud de modificación no sustancial a la luz de las competencias del Distrito de Cartagena, la solicitud es viable, y se ajusta a lo dispuesto en las normas legales y certificaciones existentes.

En el sentido de lo expuesto en este oficio de manera atenta le pedimos analizar el Oficio a la luz de las normas aplicable a este tipo de proyectos que fueron explicadas de manera detallada en este oficio, y que sus conclusiones sean debidamente socializados con la Alcaldía Distrital de Cartagena a efectos de obtener la viabilidad de la solicitud de modificación no sustancial, sin perjuicio que dentro de la mencionada viabilidad se establezca que SPPB deba cumplir con sus obligaciones legales para efectos del desarrollo de sus actividades, antes autoridades como la ANLA, el ICANH, u otra.

- j. Finalmente, la problemática derivada del concepto de la Alcaldía del Distrito de Cartagena, fue identificada por el reciente CONPES 4118 de política portuaria, el cual indica a la letra:

“Se ha evidenciado que existe una desarticulación entre los instrumentos de planeación y ordenamiento de los territorios colombianos en los que existen puertos, y la planeación del sistema portuario del país. Esta situación limita la posibilidad de optimizar las inversiones efectuadas para promover la eficiencia del sistema portuario a través de su desarrollo, así como el logro de relaciones funcionales, de cooperación y mutuo beneficio, entre las entidades territoriales.

El resultado es una fragmentación urbana, de infraestructura y de servicios portuarios, que genera cuellos de botella en la operación de los puertos colombianos. Ejemplo de ello son los mayores índices de siniestralidad vial, y frecuentes sobre costos en inversiones para accesos terrestres y marítimos, así como elevados tiempos en el acceso terrestre a los terminales portuarios. Todo ello, limita la capacidad de atención de carga y promueve el desaprovechamiento de la capacidad instalada de los terminales portuarios (Financiera de Desarrollo Nacional [FDN], 2015).

Por otro lado, la desarticulación analizada se ha relacionado con la dificultad de identificar los usos y vocaciones del suelo en el que se encuentran los puertos. De manera general, esto reduce la dinámica de actividades económicas y productivas que potencien el desarrollo socioeconómico de los territorios, así como la ocupación de las personas, de manera consistente con los usos y vocaciones del suelo. Entre tanto, y específicamente para el caso del sistema portuario, la desarticulación limita el desarrollo de servicios logísticos de valor agregado y de complejos industriales en el área de influencia de las terminales portuarias, al tiempo que entorpece la consolidación de economías de escala que posibiliten la cercanía a los puertos. Todo ello, redundando en una limitada promoción de la reindustrialización, la generación de empleo digno y formal, y el desarrollo económico.” (subraya fuera del texto)

En esa línea, el CONPES estableció como objetivo:

“OE1. Articular el sistema portuario con los instrumentos de planificación territorial y las condiciones físicas y ambientales de línea de costa en los litorales colombianos, para cerrar la brecha entre el crecimiento portuario y el desarrollo del territorio y posibilitar el desarrollo armónico de ambos.

(...)

En 2024 y 2025, El Ministerio de Transporte, con el apoyo de la ANI y Cormagdalena, a través del desarrollo de una agenda coordinada con las entidades del sector con responsabilidades en el modo fluvial y marítimo, diseñar e implementará un esquema de incentivos, que permita garantizar inversiones del

sector privado en la infraestructura portuaria, orientadas a la competitividad y eficiencia en la operación portuaria del país. Como parte del análisis, se desarrollarán mesas de trabajo con el sector privado. (subraya fuera del texto)”

En línea con la problemática evidenciada por el CONPES en cuanto a la articulación de los proyectos portuarios con el nivel territorial (municipal o distrital), lo que se evidencia es que es necesaria que dicha coordinación se logre en el marco de la aplicación de las leyes vigentes para lograr generar incentivos a la inversión privada que propendan por mejoras en la eficiencia operativa para las operaciones portuarias del país.

En el presente caso, las normas vigentes le brindan la razón a la SPPB en cuanto a la posibilidad de modificar el contrato para continuar con el desarrollo del puerto de la SPPB en beneficio de la continuidad y la eficiencia en la prestación del servicio público portuario, tal y como lo ordena el inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1 de 1991.

Como se deriva de lo incluido en el CONPES, si a los puertos se les impide realizar inversiones para mejorar las condiciones de sus servicios, el resultado serán puertos con bajos niveles de eficiencia, y sin la capacidad de competir con los puertos ubicados en el país, y especialmente con los puertos ubicados en otros países pero que están afectos a las mismas rutas marítimas que son atendidas en Colombia. Por lo anterior es que el mismo CONPES propende por la articulación del nivel nacional con el nivel territorial, para lograr incentivar la realización de inversiones por parte de las empresas privadas para aumentar la capacidad y la eficiencia de las instalaciones portuarias existentes.

11. La Agencia Nacional de Infraestructura mediante oficio de fecha 8 de agosto de 2023 (ver Anexo 14) luego de manifestarle a la Alcaldía del Distrito de Cartagena – Secretaría de Planeación que los requisitos ambientales y de arqueología se encontraban cumplidos, y que incluso sobre estos se habrían solicitado confirmación de cada una de las entidades, le insirió en la solicitud de “comedidamente se requiere a la Alcaldía Distrital de Cartagena pronunciarse sobre la solicitud de concepto realizada por la ANI relativa a la modificación no sustancial del contrato de concesión No. 002 de 2011, sin perjuicio de la consulta realizada a las entidades indicadas en su oficio AMC-OFI- 0100707-2023.


12. Ante la posibilidad de que el Distrito de Cartagena – Secretaría de Planeación se pronuncie en contravía de la ley aplicable, con infracción de las normas en las que debería fundarse y falsa motivación, en los términos explicados en este oficio, se requiere que la Procuraduría General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales preventivas de la función pública conozca del procedimiento administrativo que está realizando el Distrito de Cartagena – Secretaría de Planeación para garantizar que el mismo se encuentre apegado a las normas aplicables

C. Solicitudes.

Que la Procuradora Delegada para las Entidades Territoriales y Diálogo Social vele por la defensa de los intereses de la sociedad, el ejercicio diligente y eficiente de la función pública de la Alcaldía del Distrito de Cartagena – Secretaría de Planeación, y en el marco de lo anterior **exija** el apego a la constitución, la Ley y los decretos aplicables a la actuación de pronunciamiento de concepto sobre la solicitud de modificación no sustancial del Contrato de Concesión 02 de 2011.

De usted atentamente,

DocuSigned by:


Rodrigo Torras Ocampo
Presidente - Representante Legal
Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A.

Anexos:

- Anexo 1: Pronunciamiento de viabilidad ambiental por giro ordinario de la actividad licenciada emitido por ANLA.
- Anexo 2: Oficio ICANH ICANH.1680-10-07-09 de fecha de 30 de julio de 2009 mediante el cual fue aprobado el proyecto portuario de la SPPB.
- Anexo 3: Oficio del ICANH Evaluación de al autorización de intervención arqueológica No. 2309 mediante el que aprueba el programa de arqueología preventiva para el proyecto de la SPPB.
- Anexo 4: Oficio 3295 de fecha 28 de septiembre de 2011, mediante el que el ICANH autoriza la intervención arqueológica para el el proyecto de la SPPB.

- Anexo 5: Oficio con radicado número 3951-31-08-12 de fecha 13 de septiembre de 2012 mediante el cual se aprobó el informe de intervención arqueológica de SPPB.
- Anexo 6: Oficio con radicado en la ANLA número 4120-E1-47852 mediante el cual la SPPB mediante el cual se le aportó a la ANLA “ICANH - E v a l u a c i ó n y a p r o b a c i ó n de la intervención arqueológica No. 2309 "Programa de arqueología preventiva: prospección arqueológica, estación de transferencia o llenadero de pasacaballos"
- Anexo 7: Resolución 1635 de 19 de agosto de 2010 de la ANLA, mediante la que se otorga la licencia ambiental para el proyecto SPPB.
- Anexo 8: Resolución 950 de 19 de agosto de 2012 "Por la cual se modifica la licencia ambiental otorgada mediante la Resolución 1635 del 19 de agosto de 2010, modificada por la Resolución 2225 del 9 de noviembre de 2010"
- Anexo 9: Certificación del uso del suelo – diciembre 2022
- Anexo 10: Certificación uso del suelo – julio 18 de 2023 (ver a partir de la página 4)
- Anexo 11: Concepto FAVORABLE del Distrito de Cartagena para el desarrollo del proyecto portuario SPPB que incluye el predio objeto de la solicitud.
- Anexo 12: Certificado de existencia y representación legal de la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A
- Anexo 13: Concepto reciente del Distrito de Cartagena – Secretaria de Planeación en relación con la modificación no sustancial del contrato de concesión portuaria 02 de 2011.
- Anexo 14: Oficio de la Agencia Nacional de Infraestructura donde se insiste sobre el pronunciamiento sobre la solicitud de modificación no sustancial del contrato de concesión portuaria 02 de 2011.
- Anexo 15: Solicitud de modificación no sustancial de la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A.

c.c. Dr. William Dau Chamat
Alcalde Distrital de la ciudad de Cartagena
Alcaldía Distrital de Cartagena D.T y C.

Franklin Gabriel Amador Hawkins



Secretario de Planeación
Alcaldía Distrital de Cartagena D.T y C.
alcalde@cartagena.gov.co

Fernando Hoyos Escobar
Gerente Modo Portuario
Agencia Nacional de Infraestructura