

Bogotá D.C.,

Señor

JHON BYRON ZAPATA ATEHORTÚA

Calle 18 # 82 – 39

Byronzapata1@gmail.com

Medellín - Antioquia

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad Salida No. 2014-705-023059-1
Fecha: 26/11/2014 16:52:46->999
OEM: SUP DE PUERTOS Y TRANSPORTE
Anexos: SIN



ASUNTO: Respuesta requerimiento de información Ley 1ª de 1991, Ley 856 de 2003 y Ley 1115 de 2006

Respetado Sr. Zapata,

En respuesta a su solicitud radicada ante esta Entidad por la Superintendencia de Puertos y Transporte con No. 2014-409-049742-2 de 10 de octubre de 2014, a través de la cual usted eleva una consulta sobre la Ley 1ª de 1991, la Ley 856 de 2003 y la Ley 1115 de 2006, concretamente sobre las contraprestaciones portuarias y el pago de tarifas cobradas por servicios portuarios, se presenta el siguiente pronunciamiento:

A continuación se transcriben las preguntas formuladas por el solicitante:

1. *¿Cuál es la diferencia entre concesión Tradicional y concesiones temporales o no tradicionales en lo referente a la ley 1ª de 1991 y ley 856 de 2003? ¿la jurisprudencia y pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la materia, como deben interpretarse las concesiones no tradicionales y que ingresos le genera a los Municipios o Distritos donde se encuentra ubicado el puerto sea marítimo o fluvial en virtud de esta normativas?*

El numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley 1ª de 1991, por la cual se expide el "Estatuto de Puertos Marítimos" define la concesión portuaria como *"un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos."* (Negrilla fuera de texto)

CM

Avenida Calle 26 Nro. 59-51 Torre 4 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.

PBX: 3791720- www.ani.gov.co, Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.

Se tiene entonces que a través de la concesión portuaria un ente estatal –concedente- otorga a una persona jurídica -el concesionario-, el derecho de usar y ocupar en forma temporal y exclusiva bienes de uso público (zonas de playa y terrenos de bajamar) para que construya, mantenga y opere un puerto, manteniendo la entidad concedente durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario, quien asume la totalidad de los riesgos del éxito o fracaso de su gestión. El concesionario recibe su remuneración por concepto de las tarifas que cobra por los servicios que se prestan en el puerto que éste opera, actuando como 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; mientras que los municipios o distritos donde operen los puertos y la Nación –INVÍAS-, reciben a cambio una suma de dinero denominada contraprestación, obtenida en aplicación de la metodología de cálculo de contraprestación portuaria que resulte aplicable.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1ª de 1991, modificado por la Ley 856 de 2003, la contraprestación que debe pagar los titulares de una concesión portuaria por el uso y goce temporal exclusivo de las zonas de uso público son recibidas por la Nación a través del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS en un 80%, con destino a los ingresos propios de la entidad y el 20% de la contraprestación le corresponderá a los municipios o distritos, dirigidos a la inversión social. Mientras que las contraprestaciones que se pagan por el uso de la infraestructura entregada en concesión, son recibidas por el INVÍAS en su totalidad.

Por otra parte, el Decreto 4735 de 2009 que regula el trámite de las autorizaciones temporales, prevé que para el otorgamiento temporal del uso y goce exclusivo de las zonas de uso público, de las playas, terrenos de bajamar, las zonas accesorias y las construcciones e inmuebles instalados en las zonas de uso público, es necesario haber radicado solicitud formal de concesión portuaria, requisito sin el cual, no es posible acceder a la solicitud de autorización temporal. En este sentido, el artículo 30 del Decreto No. 4735 de 2009, dispone lo siguiente:

“(…)

Artículo 30. Autorizaciones temporales. Otorgamiento. Sólo se otorgarán autorizaciones temporales a quienes teniendo un permiso, homologación o autorización, para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva los bienes de uso público, incluidas las construcciones e inmuebles por destinación que se hallen habitualmente instalados en dicha zona de uso público, se encuentren operando y desarrollando actividades portuarias siempre y cuando hayan radicado previamente ante la entidad competente solicitud formal de concesión portuaria en los términos de los artículos 9° y 13 de la Ley 1ª de 1991 y en las condiciones establecidas en el presente decreto.

En ningún evento podrán otorgarse autorizaciones para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas y las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en zonas de uso público donde no se estén desarrollando actividades portuarias, previamente autorizadas.

Parágrafo. La autorización para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas y las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente allí instalados, no le da otro derecho al autorizado que el de uso y goce durante el término de la misma; por lo tanto dicha autorización no obliga a la entidad competente al otorgamiento de la concesión solicitada. (...)” (Resaltado fuera de texto).

Ahora en cuanto a los ingresos que le genera a los Municipios o Distritos una autorización temporal, estos también corresponden al 20% de la contraprestación que paga el beneficiario de la autorización por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público, según dispone el artículo 7 de la Ley 1ª de 1991, que como antes se señaló fue modificado por la Ley 856 de 2003.

De otra parte, en relación a la interpretación que pueda tenerse de la jurisprudencia existente sobre las concesiones portuarias, la Agencia Nacional de Infraestructura en calidad de otorgante de los contratos de concesión portuaria y de las autorizaciones temporales, solo está sometida a las normas que rigen su actividad, más no a interpretaciones que pueda hacer de las providencias judiciales.

2. ¿Cuáles son las actividades portuarias y fluviales que se consideran concesiones no tradicionales frente a la ley 1ª de 1991 y Ley 856 de 2003?

El artículo 7 de la Ley 1ª de 1991, modificado por la Ley 856 de 2003 prevé que “*periódicamente el Gobierno Nacional definirá, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben pagar quienes obtengan una concesión o licencia portuaria, por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por concepto del uso de la infraestructura allí existente.*” (Subrayado fuera de texto).

Así que como anteriormente se anotó, la autorización temporal se otorga a quien se encuentra tramitando una solicitud de concesión portuaria y tiene un permiso, homologación o autorización para ocupar y utilizar en forma temporal los bienes de uso público instalados en la zona de uso público.

3. Los municipios o distritos donde se ubique el puerto la contraprestación portuaria (marítima o fluvial) definida en el artículo 7 concordante con el artículo 39 de la ley 1 de 1991, se liquida también sobre el total de las actividades portuarias es decir, sobre el 100% de los ingresos generados en el puerto por lo que se denomina concesiones no tradicionales, ¿cuál es la base de

cu

liquidación? ¿quién es el responsable de transferir los recursos al Municipio o Distrito donde opera el puerto?

La metodología para calcular el valor de la contraprestación que tiene como obligación pagar el titular de la concesión portuaria, tanto al municipio o distrito donde opere el puerto y al INVIAS, la define el Gobierno Nacional, tal y como lo dispone el artículo 7 de la Ley 1ª de 1991.

Actualmente se encuentra vigente el Plan de Expansión Portuaria: *"Política Portuaria para un país más moderno"* contenido en el Documento CONPES 3744, que fue aprobado el 15 de abril de 2013 y adoptado por el Decreto No. 1099 de 28 de mayo de 2013, que prevé la nueva metodología para el cálculo de la contraprestación a los nuevos contratos de concesión y a aquellos que modifiquen de manera sustancial las condiciones en que se aprobó la concesión.

Esta nueva metodología también resulta aplicable a los beneficiarios de nuevos permisos portuarios marítimos y fluviales y/o cuando se modifiquen sustancialmente los permisos vigentes, de la siguiente manera:

a) *Formulación de una nueva metodología para establecer contraprestaciones portuarias.*

Se adopta una nueva metodología de cálculo de contraprestación para los terminales marítimos y fluviales, soportada en los principios de transparencia y objetividad de aplicación, tal y como se describe en el Anexo 2 del presente documento. (...)

(...)

Aplicabilidad: *La presente metodología de contraprestación aplicará únicamente a los beneficiarios de nuevos permisos portuarios marítimos y fluviales y/o cuando se modifiquen sustancialmente permisos vigentes según el artículo 17 de la ley 1° de 1991.*

De conformidad con lo aquí dispuesto se aplicará la metodología a los beneficiarios de permisos portuarios de la siguiente manera:

- "A los beneficiarios de los contratos de concesión portuaria, de autorización temporales y de homologaciones, cuyos terminales atiendan naves de transporte marítimo internacional, independiente de su ubicación en el mar o en los ríos.*
- A aquellos beneficiarios de los contratos de concesión portuaria, de autorizaciones temporales y de homologaciones cuyos terminales se ubiquen en mar o en ríos y que no atiendan naves de transporte marítimo internacional, no se les aplicará el componente variable de la metodología. El Ministerio de Transporte pondrá a consideración del CONPES a través de un futuro Plan de Expansión Portuario la incorporación del componente variable a la metodología de las contraprestaciones para este tipo de*

terminales en las consideraciones que crea pertinentes, cuando determine que el estado de navegabilidad de los ríos haya mejorado sustancialmente favoreciendo el transporte y la actividad portuaria fluvial.

- *A aquellos beneficiarios de las licencias (concesiones) de los embarcaderos, sólo les aplicará el componente fijo de la presente metodología propuesta.*

La Resolución No. 5394 de 2 de diciembre de 2013 estableció los parámetros de la metodología para calcular el valor de la contraprestación que trata el CONPES 3744, de la siguiente forma:

“Artículo 1. Parámetros de la fórmula de contraprestación. En el presente acto administrativo, se establecen los parámetros de la metodología para el cálculo del valor de la contraprestación de que trata el Plan de Expansión Portuaria: Política Portuaria para un País más Moderno, contenido el documento Conpes 3744 del 15 de abril de 2013, adoptado mediante el Decreto número 1099 de 2013.

Artículo 2. Valor de referencia VR_i = Valor de Referencia (\$/m²) en el año i. En el caso de concesiones fluviales, la entidad competente deberá seguir la metodología establecida en el Anexo 2 del Documento Conpes 3744 para la obtención del Valor de Referencia VR_i = Valor de Referencia (\$/m²) en el año i, el cual estará sujeto a revisión de la Oficina de Regulación Económica del Ministerio de Transporte, o quien haga sus veces.

Artículo 3. Indexación del Valor de Referencia VR_i = Valor de Referencia (\$/m²) en el año i. El Valor de Referencia marítimo y fluvial se deberá indexar con el PC acumulado entre el 31 de diciembre de 2011 y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la solicitud de la evaluación, de acuerdo con el IPC calculado por el DANE.

Artículo 4. Definición de la tasa TES para el cálculo de la tasa de infraestructura. La tasa TES de que trata el Documento Conpes 3744 de 2013, será certificada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y corresponderá a la del último día hábil de negociación del TES del año inmediatamente anterior a la solicitud de la evaluación financiera de que se trate.”

Artículo 5. Avalúo infraestructura (\$). Para la primera anualidad de la contraprestación, se tomará el valor del avalúo aportado en la solicitud de concesión. Para las siguientes anualidades el cálculo del componente fijo tendrá en cuenta el avalúo presentado con la solicitud ajustado en los términos de la Ley 242 de 1995.

Una vez calculado el componente fijo del avalúo de infraestructura este será convertido a dólares a la Tasa Representativa del Mercado (TRM), del 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, teniendo como fuente el Banco de la República de Colombia.

Artículo 6. Criterios del flujo de Caja Libre y esquemas de pago del factor de ajuste opcional en función de la recuperación de inversión α_i . El Flujo de Caja Libre (FCL), del proyecto corresponde a las actividades que se llevarán a cabo en terrenos de la Nación y, por lo tanto, deberá incluir todas las inversiones en infraestructura portuaria que reviertan a la Nación al término del contrato, entre otros, los ingresos, los

costos y gastos de la construcción, operación y administración del terminal portuario que se generen en esta área.

Para aplicar el Factor de ajuste opcional en función de la recuperación de inversión $\dot{a}i$ constante, positivo y mayor a uno (1) calculado por la entidad concedente, para el periodo de tiempo adicional al Payback-PRC, el solicitante como esquema de pago puede optar por que el $\dot{a}i$ se aplique a la contraprestación de los años adicionales al PRC calculado inicialmente ($PRC \dot{a}i=1$) o que el $\dot{a}i$ se incluya en la fórmula de contraprestación desde el año inicial hasta el año final de la concesión, siempre y cuando se mantenga el valor presente neto de la misma.

Artículo 7. Información de volúmenes de carga. La consolidación de la información de volúmenes de carga movilizada por cada terminal portuario, necesaria para la liquidación de las contraprestaciones portuarias, deberá ser suministrada en forma anual por la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Artículo 8. Cálculo, liquidación y moneda de pago de la contraprestación portuaria. El cálculo de la Contraprestación Portuaria, así como su liquidación, se realizará en dólares americanos (USD). El pago de la misma deberá hacerse en pesos colombianos (COP), según la TRM descrita en el Anexo 2 del Documento Conpes 3744 del 15 de abril de 2013.

Artículo 9. Nuevos permisos portuarios. Entiéndase como beneficiarios de nuevos permisos portuarios, aquellas solicitudes que a la fecha no cuenten con resolución de otorgamiento de la concesión en el marco de lo dispuesto en la Ley 1ª de 1991 y sus decretos reglamentarios. Las solicitudes que se encuentren en trámite y no hayan tenido otorgamiento formal de la concesión, deberán ser adecuadas a lo dispuesto en el Plan de Expansión Portuaria: Política Portuaria para un País más Moderno, contenido el Documento Conpes 3744 del 15 de abril de 2013, adoptado mediante el Decreto número 1099 de 2013 y en la presente resolución."

Ahora en cuanto a quien se encarga de transferir los recursos al municipio o distrito por concepto de la contraprestación portuaria que le corresponde pagar al titular de la concesión portuaria o de la autorización temporal, estos valores son consignados directamente al Municipio o Distrito donde opere el puerto en la porción legalmente establecida.

En cuanto a las autorizaciones temporales, el Conpes 3744 de 2013 lo siguiente:

"A los beneficiarios de los contratos de concesión portuaria, de autorizaciones temporales y de homologaciones, cuyos terminales atiendan naves de transporte marítimo internacional, independientemente de su ubicación en el mar o en los ríos." **En negrita subrayado fuera de texto.**

"A aquellos beneficiarios de los contratos de concesión portuaria, de autorizaciones temporales y de homologaciones cuyos terminales se ubiquen en el mar o en ríos y que no atiendan naves de transporte marítimo internacional, no se les aplicará el componente variable de la metodología. El Ministerio de Transporte pondrá a consideración del CONPES a través de un futuro Plan de Expansión Portuaria la incorporación del componente variable a la metodología de las contraprestaciones para este tipo de

terminales en las condiciones que considere pertinentes, cuando determine que el estado de navegabilidad de los ríos haya mejorado sustancialmente favoreciendo el transporte y la actividad portuaria fluvial." **En negrita subrayado fuera de texto.**

"A aquellos beneficiarios de las licencias (concesiones) de embarcaderos, sólo les aplicará el componente fijo de la presente metodología propuesta.

De conformidad con lo anterior la metodología aplicará a beneficiarios de permisos portuarios de terminales de servicio público y de servicio privado, y tanto a terminales multipropósito como especializados, incluyendo los terminales que únicamente movilizan carbón e hidrocarburos.

Las entidades concedentes deberán promover y facilitar que los beneficiarios de contratos/permisos vigentes adopten la nueva metodología." **En negrita subrayado fuera de texto.**

El factor de ajuste opcional en función de la recuperación de la inversión (α) en su estimación incorpora en el anexo 2 de la Metodología de contraprestación, de la siguiente manera:

"(...) una concesión portuaria deberá estructurar y presentar mediante la solicitud a las entidades concedentes un modelo financiero con un **Flujo de Caja Libre- FCL** en dólares (USD) constantes de conformidad con las características del proyecto e incorporando las contraprestaciones como gastos (...)"

"(...) Para efectos del cálculo de la contraprestación proyectada en el **FCL** se deberá desglosar el componente fijo y el componente variable. (...)" **En negrita y Subrayada fuera de Texto.**

"(...) **VPN se refiere al Valor Presente Neto (VPN) de los flujos de caja libre (FCL)** en dólares constante del proyecto de concesión portuaria para todo el periodo de concesión I, descontado al WACC real asociado al proyecto portuario.

"(...) Para su obtención, se utilizará la metodología de procedimiento general de cálculo del WACC determinada por resolución por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual servirá para la valoración y viabilización financiera del proyecto por parte de las entidades concedentes. Una vez se eleve a Decreto el presente documento se utilizará un WACC del 12% real entre tanto se expida la resolución de Hacienda y las entidades concedentes adoptan la metodología para el cálculo del WACC en la estructuración de proyectos y evaluación de iniciativas privadas (...)"

En conclusión, la base para liquidar la contraprestación portuaria de acuerdo a la metodología vigente CONPES No. 3744 y su anexo No.2, corresponde, entre otros aspectos, a los ingresos portuarios por cada tipo de carga y el área concesionada.



Avenida Calle 26 Nro. 59-51 Torre 4 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.

PBX: 3791720— www.ani.gov.co, Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.

4. *Frente al artículo 7 de la ley 1115 de 2003 (sic) ¿LA DIMAR solo puede apropiar el 80% que le corresponde al gobierno nacional en virtud de lo señalado en los artículos 7 y 39 de la ley 1 de 1991 o artículo 1 de la ley 856 de 2003 y debe LA DIMAR girar el 20% a los Municipios o distritos donde opera el puerto? ¿La ley 1115 de 2006 modificó el artículo 7 y 39 de la ley 1 de 1991? ¿Quién sería el responsable de la transferencia de los recursos?*

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1115 de 27 de diciembre de 2006, "Mediante la cual se establece el sistema y método para la fijación y recaudo de tarifas por concepto de los servicios prestados por la Dirección General Marítima, Dimar.", a la DIMAR le corresponde recaudar las tarifas por la prestación de los servicios descritos en el artículo 2 de aquella Ley, cuyo monto se destina a cubrir los gastos en que incurre esta entidad para el cumplimiento de sus funciones. Así que de acuerdo con esta disposición, los valores recaudados por la DIMAR con ocasión de la prestación de sus servicios no se distribuyen entre la Nación y los municipios.

Mientras que el artículo 7 de la Ley 1ª de 1991, modificado por la Ley 856 de 2003, se refiere a la obligación que tienen los titulares de una concesión portuaria de pagar una **contraprestación** por el uso y goce temporal exclusivo de las zonas de uso público y la infraestructura entregadas en concesión, la forma de calcular el valor a pagar por este concepto y a donde se destinan estos dineros. (Negrilla fuera de texto).

La misma norma dispone, que las contraprestaciones que se pagan por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público son recibidas por la Nación a través del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS en un 80%, con destino a los ingresos propios de la entidad y el 20% de la contraprestación le corresponderá a los municipios o distritos, dirigidos a la inversión social. Mientras que las contraprestaciones que se pagan por el uso de la infraestructura, son recibidas por el INVÍAS en su totalidad.

De lo anterior, se observa que el Gobierno Nacional promulgó la Ley 1115 de 2006, solo a fin de establecer las tarifas que recauda por concepto de los servicios prestados por la DIMAR, sin que con ello modificará los artículos 1º y 39 de la Ley 1ª de 1991.

5. *Es verdad o falso que a los Municipios o Distritos donde exista un puerto, el Municipio o Distrito participa de la Contraprestación Portuaria a título de renta cedida y se liquida sobre el 100% de los ingresos que se genera en cada puerto, tanto por concesiones tradicionales como no tradicionales, ¿al Municipio o Distrito donde se encuentra el puerto marítimo o fluvial y se debe transferir el 20%?*

El valor de contraprestación tanto para contratos de concesión portuaria como para autorizaciones temporales se determina mediante la metodología que para tal fin esté vigente, la

cual debe ser expedida mediante un documento CONPES. En total se ha contado con cuatro metodologías de acuerdo con los siguientes CONPES:

- Conpes-DNP-2550-UIFN-MOPT del 4 de septiembre de 1991 (Línea de playa)
- Conpes-DNP-2680-Mintransporte-UIFN del 11 de noviembre de 1993 (Productividad)
- Conpes-DNP-3679-Mintransporte-Inco del 21 de julio de 2010 (Carboníferos)
- Conpes-DNP-3744-MT-MADS-MHCP-MME-MCIT del 15 de abril de 2013 (Actual)

Como antes se explicó, de conformidad con la Ley 1° de 1991, la contraprestación se compone de dos factores: 1) por Zona de Uso Público y 2) Infraestructura y cada metodología contempla un valor de contraprestación a pagar anualmente la cual se distribuye, en el caso de la ZUP en un 80% a la Nación y un 20% al Distrito o Municipio donde opere el puerto, mientras que la contraprestación por infraestructura le corresponde en un 100 % a la Nación.

6. *¿Las rentas cedidas (contraprestación portuaria) no hace parte del presupuesto nacional que han sido autorizadas por la ley pueden ser embargadas por la entidad territorial cuando estas no han sido transferidas acorde por el Gobierno Nacional? ¿Cómo opera en estos casos el cobro coactivo o cuales son las acciones legales para obtener su pago?*

En razón a que el pago de la contraprestación que realiza el concesionario portuario al municipio o distrito donde funciona el puerto por concepto del uso y goce de las zonas de uso público, se realiza directamente al ente territorial, conforme al artículo 7 de la Ley 1° de 1991, modificado por la Ley 856 de 2003, no hay razón para iniciar un proceso de cobro coactivo en este sentido.

Mientras que el proceso de cobro coactivo con ocasión del incumplimiento del concesionario, que se inicia por falta de pago de la contraprestación a la Nación (INVÍAS), al municipio o distrito respectivo, le corresponde adelantarlos al INVÍAS, a través de su oficina de la Coordinación de Jurisdicción Coactiva. Lo anterior, sin perjuicio de la imposición de multas que la ANI como entidad concedente de acuerdo con lo dispuesto en el texto contractual respectivo pueda efectuar.

Atentamente,



MARGARITA MONTILLA HERRERA
Gerente Asesoría Legal 1 – Gestión Contractual –VJ

Proyectó: Tatiana Torres – Abogada GAL1 - VJ
Rad. Padre: 2014-409-049742-2

Avenida Calle 26 Nro. 59-51 Torre 4 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.

PBX: 3791720– www.ani.gov.co, Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.