



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 13001233100020000029901 (41168)

Actor: NACIÓN-MINISTERIO DE TRANSPORTE

**Demandado: SOCIEDAD PORTUARIA DE CARTAGENA S.A. Y
SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS¹**

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Tema: Modificaciones al contrato de concesión portuaria a través de acto administrativo, alcances y límites.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión n.º 3, mediante la cual, además de declarar no probadas las excepciones propuestas, se negaron las pretensiones de la demanda y de la reconvención presentadas dentro del proceso de la referencia.

I. SÍNTESIS DEL CASO

En la marco de la demanda y su reconvención, se cuestiona la legalidad de la Resolución n.º 720 del 8 de junio de 1998, por medio de la cual la Superintendencia General de Puertos otorgó permiso a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A., en adelante SPRC, para la modificación de los términos de la concesión portuaria n.º 007 del 8 de julio de 1993. La parte actora también solicita que se declare la nulidad absoluta del contrato de modificación n.º 005 del 19 de junio de 1998, como quiera que materializó la demandada Resolución n.º 720.

¹ Esta denominación cambió por la de Superintendencia de Puertos y Transporte, de acuerdo con el párrafo del artículo 40 del Decreto 101 de 2000. Con la entrada en vigencia del Decreto 2409 de 2018, nuevamente se modificó por la de Superintendencia de Transporte (artículo 1). En todo caso, en atención al cambio nominal y formal, se trata de la misma Superintendencia aquí demandada.



Finalmente, ambas partes solicitan el reconocimiento de los perjuicios económicos que estiman consecuenciales.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1. Mediante demanda presentada el 15 de agosto de 2000 (fl. 34, c. ppal 1ª instancia), en contra de la SPRC, la Nación-Ministerio de Transporte presentó las siguientes pretensiones (fls. 8 y 9, c. ppal, 1ª instancia)²:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución n.º 0720 del 8 de junio de 1998, “Por la cual se otorga permiso a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A. para la modificación de los términos de la concesión portuaria establecidos en el Contrato de Concesión n.º 007 del 08/07/93, proferida por el Superintendente General de Puertos.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare la nulidad absoluta del contrato de Modificación n.º 005 del 19 de junio de 1998 al contrato principal de concesión Portuaria n.º 007 del 8 de julio de 1993, celebrado entre “La Nación-Superintendencia General de Puertos” y la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A.

3. Que, como consecuencia de las declaraciones precedentes, se declare que la Sociedad Portuaria de Cartagena S.A. deberá pagar a la Nación, por concepto de los activos recibidos en concesión, la suma en pesos colombianos equivalente a ONCE MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 11'204.369), liquidados a la tasa representativa del mercado del día en que se efectúe el pago, o la suma que resulte probada dentro del proceso.

4. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. En los hechos, la actora señaló que el 8 de julio de 1993, la Nación-Superintendencia General de Puertos y la SPRC celebraron el contrato de concesión portuaria n.º 007, a través del cual se le dio el derecho a la última en mención de ocupar y utilizar de manera exclusiva las playas, los terrenos de bajamar, bienes y demás zonas accesorias situados en el Distrito Turístico y Cultura de Cartagena de Indias, con el fin de que operara el Puerto de Cartagena. En la cláusula octava del contrato de concesión portuaria se acordó que el plazo sería por 20 años, prorrogable de común acuerdo por períodos de 20 años máximo, cada vez.

² La demanda se aclaró sobre la jurisdicción, en atención a la cláusula compromisoria del contrato de concesión n.º 007 de 1993, en el sentido de afirmar que es esta la jurisdicción la que conoce de manera privativa de nulidades de actos administrativos, como ocurre en esta oportunidad. Igualmente, precisó las fechas de conciliación prejudicial para efectos de la oportunidad de la acción y en los fundamentos de derecho y concepto de la violación incorporó incluyó la resolución n.º 113 de 1992 de la Superintendencia General de Puertos y que fijaba las condiciones para el otorgamiento de concesiones portuarias (fls. 247 a 249, c. ppal 2, 1ª instancia).



2.1. El 6 de octubre de 1997, *“apenas cuatro años después de haberse perfeccionado el contrato”* (fl. 11, c. ppal, 1ª instancia, hecho n.º 6 de la demanda), la concesionaria solicitó a la concedente la prórroga de la concesión, en atención al incremento significativo de las inversiones. La concedente se abstuvo de prorrogar el contrato, por considerarlo improcedente, pero recomendó solicitar una modificación, recomendación que atendió la concesionaria.

2.3. El 8 de junio de 1998, a través de la Resolución n.º 720, la Superintendencia General de Puertos autorizó las modificaciones solicitadas y el 19 de junio siguiente, en cumplimiento de lo ordenado en la referida resolución, las partes de concesión portuaria n.º 007 de 1998 firmaron la modificación n.º 005, aquí cuestionada.

3. Como concepto de la violación, la parte actora señaló que con la Resolución n.º 720 de 1998 se desconocieron las normas que debieron fundarla y se violó el derecho de audiencia y defensa.

3.1. *Falta de competencia del Superintendente para ampliar la concesión por más de 20 años.* Sostuvo que de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 1 de 1991, el plazo inicial y máximo de una concesión es de 20 años, prorrogable por períodos iguales y sucesivos; sin embargo, el plazo inicial puede ser mayor de los 20 años, siempre que el Gobierno Nacional así lo disponga y fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen sus inversiones.

3.1.1. La parte actora interpretó que cuando el artículo 8, arriba citado, refiere al Gobierno Nacional, lo hace en los términos del artículo 115 Superior que exige para el efecto la intervención del Presidente de la República y el ministro o el director de departamento correspondiente, sin que existiera norma expresa que le asignara esa competencia al Superintendente General de Puertos. En esa medida, estimó configurada la falta de competencia de este último funcionario.

3.1.2. Por último, precisó que si bien el Decreto 345 de 1992 autorizó al Superintendente General de Puertos para otorgar concesiones mayores a 20 años, lo hizo sólo para la construcción y operación de puertos destinados a la exportación de carbón y con un máximo de 30 años; no obstante, la resolución demandada otorgó un plazo inicial por 40 años sin autorización del Gobierno Nacional ni del Ministro del ramo para el efecto.

3.2. *Violación de normas sobre competencia.* Sobre las normas desconocidas, citó el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, según el cual, a su juicio, se imponía el respeto



de los artículos 9 a 12 de la Ley 1 de 1991, que establecen los procedimientos de competencia para el otorgamiento de concesiones portuarias. En esa medida, estimó violada la competencia de los participantes en la selección de la concesión, como quiera que se variaron de manera sustancial las condiciones de participación, hasta el punto que se les limitó su concurrencia efectiva en el mercado, que está garantizada por el artículo 333 Superior.

3.2.1. También refirió desconocido el artículo 22 de la Ley 1 de 1991 que prohíbe la indebida competencia entre las sociedades portuarias. En efecto, con la resolución demandada se desconocieron las condiciones de equilibrio financiero de las sociedades que administran otros puertos. Además, se anuló la posibilidad de quienes participaron en el proceso de asignación de la concesión de ofrecer mejores condiciones en su momento.

3.3. *Derecho de audiencia y defensa de terceros interesados.* Igualmente, se desconoció el numeral 9.8 del artículo 9 de la Ley 1 de 1991, que impone el deber de publicación de los documentos de la petición de concesión, con unos intervalos de días mínimos, con el fin de que quienes pudieran resultar afectados se manifestaran respecto de la modificación de la concesión, en los términos de los artículos 10 y 12 de la citada ley, los que también estimó violados. Aquí puso de relieve que sólo se notificó la Resolución n.º 720 de 1998 a las SPRC.

3.4. *Omisión de la consulta obligatoria al Consejo Asesor.* Sostuvo que el artículo 19 del Decreto 2681 de 1991 impone la consulta del Consejo Asesor, cuando se cambien las condiciones de la concesión, como ocurrió en esta oportunidad; sin embargo, aunque en la Resolución n.º 720 de 1998 se afirmó que se obtuvo concepto favorable del referido Comité, lo cierto es que, revisadas las actas, se tiene que el Consejo solicitó al Superintendente llevar un proyecto de borrador de la resolución de autorización de las modificaciones, sin que esto último ocurriera, razón por la cual no se cumplió con el concepto exigido.

3.5. *Falsa motivación.* Señaló que la Resolución n.º 720 de 1998 refirió unos planes de expansión portuaria (considerando 9 numerales 1.2. y 2), pero los artículos 2.5 y 24 de la Ley 1 de 1991, exigen que estos planes sean expedidos por decretos del Gobierno Nacional. En esos términos, si bien en el documento CONPES n.º 2839 del 28 de febrero de 1996 se establecía el plan de expansión portuaria para los años 1996 y 1997, lo cierto es que no fueron aprobados por el Gobierno. Por ejemplo, el plan de expansión portuaria de los años 1998 y 1999, contenido en el CONPES n.º 2992, solo fue aprobado a través del Decreto 1775 del 27 de agosto



de 1998, es decir, un mes después de proferida la resolución demandada. En conclusión, no existía plan de expansión portuaria.

3.6. Nulidad absoluta del modificadorio n.º 005 de 1998: celebrado contra expresa prohibición y la nulidad de los actos que lo fundamentan. Reiteró que de conformidad con el artículo 115 Superior y el artículo 8 de la Ley 1 de 1991, la competencia para ampliar el plazo de la concesión, en la forma que lo hizo el Superintendente, era el Gobierno Nacional, razón por la cual el modificadorio se celebró contra expresa prohibición y, por consiguiente, se impone anularlo como lo ordena el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. De igual manera, sostuvo que ante la anulación de la Resolución n.º 720 de 1998, que fundó la suscripción del modificadorio, se imponía su nulidad, en los términos del numeral 4 del artículo 44 de la última ley en cita.

3.7. Finalmente, solicitó el derecho a la contraprestación plena o al restablecimiento del equilibrio económico y la improcedencia de restituciones mutuas, en el evento de la prosperidad de las pretensiones de anulación.

2. Trámite de primera instancia

4. Admitida la demanda, el Tribunal *a quo* ordenó notificar personalmente, no sólo a la SPRC, sino también a la Superintendencia General de Puertos (fl. 264, c. ppal 2, 1ª instancia).

5. La Superintendencia General de Puertos se limitó a solicitar que la tuvieran como coadyuvante de la parte actora (fls. 271, c. ppal 2, 1ª instancia), solicitud que el Tribunal *a quo* denegó, como quiera que se trataba de la parte demandada (fls. 282 a 282, c. ppal 2, 1ª instancia).

6. La SPRC, al contestar la demanda (fls. 29 a 96, c. reconvención 1), además de oponerse a las pretensiones, precisó que no existió una mayor incorporación de áreas, sino una adecuación de orillas, debido a los trabajos de dragado, los cuales contaron con su licencia ambiental respectiva y la autorización de la Supertransporte. Las zonas de bajamar adecuadas debían ser asignadas a la concesión, toda vez que se encontraban dentro de la zona concedida.

6.1. En cuanto a la modificación del plazo de la concesión, afirmó que la ampliación contemplada en el artículo 8 de la Ley 1 de 1991 aplica cuando se va a otorgar la concesión y su finalidad es estimular a las sociedades portuarias para que, en condiciones razonables de operación, recuperen el valor de sus inversiones,



mientras que las del artículo 17, a su juicio, permiten obtener la variación de las condiciones iniciales de una concesión ya otorgada por circunstancias de orden técnico, operativo o financiero. En esa medida, sostuvo que la autorización del gobierno nacional se limita al momento del otorgamiento y no así para cuando se modifica en razón del citado artículo 17.

6.2. Precisó que los trámites de los artículos 9 a 12 de la Ley 1 de 1991 son propios de la etapa de otorgamiento de la concesión, pero no así de la modificación de un contrato existente; además, estimó cumplidos los propósitos de competencia de la referida ley, como quiera que la Supertransporte, en el margen de discrecionalidad legal, consideró que la modificación cuestionada no afectaba a terceros ni a los participantes de la asignación de la concesión. Igualmente, la modificación estuvo mediada por el incremento de las inversiones, ocho veces superiores a las iniciales.

6.3. Sostuvo que la competencia para la modificación cuestionada recaía en la Supertransporte, en los términos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991, que daba la posibilidad de modificar no sólo la contraprestación, sino también el plazo.

6.4. Precisó que el inciso 2º del artículo 19 del Decreto 2681 de 1991 dispone que el Consejo Asesor es un cuerpo consultivo, cuyas opiniones y dictámenes no son obligatorios. Estimó que se consultó al referido Consejo, que era lo exigido por el decreto citado y no su concepto favorable. Con todo, después de referir a las actas de reunión, concluyó que se aprobó la modificación, como quiera que el Consejo solicitó que se le diera a conocer el proyecto final de la resolución antes de su expedición, para después plasmarlo en un modificatorio. Aunque aceptó que esto último no se cumplió (fl. 52, c. reconvención 1), estimó que no era violatorio de normas superiores, toda vez que lo exigido es la solicitud de consulta y su pronunciamiento, lo que sí ocurrió. Más adelante, puso en duda el envío del proyecto de resolución (fl. 70, c. reconvención 1), pero a renglón seguido sostuvo que se trataba de una mera formalidad que no altera la decisión final.

6.5. Estimó que las sugerencias de la Superintendencia para solicitar la modificación de la concesión y no su prórroga, no constituyen ninguna irregularidad, sino simples orientaciones al usuario. Con todo, estaban dados los requisitos que para variar la concesión exige el artículo 17 de la Ley 1 de 1991; tampoco hay demandas de una sociedad o de tercero encaminada a cuestionar la concesión ni la modificación es estudio. Agregó que las concesionarias de otros puertos, bien pueden solicitar modificaciones similares, como lo hizo Muelles del Bosque, claro está, sujetas al cumplimiento de las exigencias técnicas, económicas y legales. Descartó comportamientos de competencia desleal, cuya protección está



garantizada a través de medios legales correspondientes y es preciso analizar esa competencia no sólo local, sino también internacional.

6.6. Afirmó que la ampliación del plazo no era exagerada, ilegal ni generó beneficios desbordados a la SPRC, toda vez que se limitó al retorno de las inversiones realizadas y al cumplimiento del modelo propuesto y sustentado para la ampliación del plazo y convalidado después por la Contraloría General de la República; igualmente, afirmó que la falta de notificación frente a terceros o a las autoridades de la modificación cuestionada, no es causal de nulidad, sino de oponibilidad, como lo tiene establecido esta Corporación.

6.7. Sostuvo que la aprobación de los planes de expansión no era un requisito legal para la modificación, toda vez que esta se justificó en la mayor inversión de la concesionaria; se opuso de igual manera frente a las pretensiones de restablecimiento, para lo cual precisó que en caso de nulidad absoluta del contrato deberían reconocerse las restituciones mutuas correspondientes. También estimó infundadas las demás pretensiones económicas.

6.8. Propuso como excepciones, (i) *la insuficiencia de poder*, como quiera que sólo se otorgó para cuestionar la modificación y adición n.º 005 del 19 de junio de 1998, pero no así para la nulidad de la Resolución n.º 720 del 8 de junio de 1998, y (ii) *la falta de legitimación en la causa por activa*, como quiera que es inconstitucional el párrafo 2º del artículo 44 del Decreto 101 de 2000, que le transfirió las funciones de la Superintendencia General de Puertos, en materia de concesiones portuarias, al Ministerio de Transporte. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, que fundamentó la expedición del citado decreto, ya había sido declarado inexecutable, parcialmente, para cuando se presentó la demanda. En consecuencia, el artículo citado del Decreto 101, a su juicio, es contrario a la Constitución Política y da lugar a declarar la falta de legitimación de la Nación-Ministerio de Transporte.

7. La demanda de reconvención. La SPRC demandó en reconvención a la Nación-Ministerio de Transporte-Superintendencia de Puertos y Transporte (fls. 1 a 22, c. reconvención 1), para obtener las siguientes pretensiones (fls. 158 a 160, c. reconvención 1³):

Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato de modificación n.º 005 de 19 de julio de 1998, se acojan las siguientes pretensiones:

³ El texto corresponde a la corrección y adición presentada por la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena (fls. 157 a 162, c. reconvención 1), admitida el 20 de febrero de 2002 (fl. 297, c. reconvención 1).



PRIMERA: Se condene a la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE TRANSPORTE-SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS, hoy denominada esta última SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE (Decreto 101 de febrero de 2000), a pagar los daños causados a la sociedad PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA (SPRC) por el acto unilateral –Resolución n.º 0720 de 8 de junio de 1998 –que por sentencia se estimare ilegal, sobre las siguientes bases:

(i) Por daño emergente, la suma a que equivalga en moneda legal colombiana la cantidad de dólares de los Estados Unidos de América que en exceso de once millones ciento setenta y cuatro seiscientos dos con sesenta y dos centavos (US\$11.174.602,62) haya invertido la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A. en la ejecución del Plan de Inversiones Obligatorias determinado por el contrato de modificación número 005 de 19 de junio de 1998. Los respectivos valores en dólares de los estados Unidos de América serán actualizados, teniendo en cuenta el índice anual de inflación en ese país y tomando como punto de partida la fecha en que se hubiere cumplido la inversión por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A. para la conversión de dólares estadounidenses (sic) a moneda colombiana se deberá emplear la tasa representativa del mercado de la fecha de desembolso por parte de la Nación. La cantidad de once millones ciento setenta y cuatro mil seiscientos dos dólares de los Estados Unidos de América con sesenta y dos centavos (US\$11.174.602,62) corresponde al monto de inversiones obligatorias determinadas por el contrato número 007 de 8 de julio de 1993, suscrito entre la misma SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A. y LA NACIÓN-SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS, o sea las que la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A. habría cumplido de todas maneras, se hubiese dado o no el contrato de modificación número 005 de 19 de junio de 1998.

(ii) Por concepto de daños emergente, el valor actualizado a que equivalgan en moneda legal colombiana las cantidades pagadas por la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A. a entidades financieras por concepto de intereses generados por créditos contraídos para obtener los recursos suficientes para cumplir las exigencias del Plan de Inversiones Obligatorias determinado por el contrato de modificación n.º 005 de 19 de junio de 1998, en exceso de once millones ciento setenta y cuatro mil seiscientos dos dólares de los Estados Unidos de América con sesenta y dos centavos (US\$11.174.602,62), más las invertidas en preparación del proyectos de esas nuevas inversiones y en todas las actividades que desembocaron en la firma del predicho contrato de modificación.

(iii) Por concepto de lucro cesante, la suma correspondiente a los intereses que habría producido la cantidad equivalente en pesos a la suma de dólares de los Estados Unidos de América que en exceso de once millones cientos setenta y cuatro mil seiscientos dos con sesenta y dos centavos (US\$11.174.602,62) haya invertido la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A. en la ejecución del Plan de Inversiones Obligatorias determinado por el contrato de modificación número 005 de 19 de junio de 1998. Esos intereses se deberán computar desde la fecha en que se haya realizado la respectiva inversión en exceso de la cantidad mencionada hasta el momento del pago por parte de la NACIÓN COLOMBIANA a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA y a la tasa correspondiente al interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria para cada período.

(iv) Por concepto de lucro cesante, en cuanto costo de oportunidad perdida por la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A., la suma correspondiente al valor presente a la fecha de desembolso por parte de la NACIÓN COLOMBIANA, calculado a una tasa del 12% efectiva anual en dólares americanos, de la utilidad que dejará de percibir la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A., a partir del año 2013 y hasta 2033, como consecuencia de la nulidad pedida del contrato de modificación n.º 005 de 19 de junio de 1998, utilidades que habrían sido efecto de los esfuerzos e inversiones obligatorias que le impuso el contrato antes indicado.



8. Los hechos que fundamentan las anteriores pretensiones son similares a los expuestos por la Nación-Ministerio de Transporte (fls. 2 a 8, c. reconvención 1). En particular, la SPRC hizo énfasis en que la modificación se motivó por la necesidad de realizar nuevas y cuantiosas inversiones, debido a la *“infravaloración de las inversiones realizadas, los costos de operación (nómina, mejoramiento de servicios públicos, se no previó compra de equipos para manejo eficiente de contenedores y barcos de nueva generación ni se previó la posibilidad de nuevos servicios como el transbordo internacional), así como se impuso la necesidad de realizar inversiones para lograr mejores índices de competitividad, mantener el mercado ganado y fortalecer su posición en el mercado del Caribe”* (fl. 5, c. reconvención 1). Igualmente, advirtió disminuciones del 55% en la demanda de los servicios, como el almacenaje, que constituye el 40% de la operación.

9. Admitida la reconvención (fl. 121, c. reconvención 1), junto con su corrección y adición (fls. 207, c. reconvención 1), la Nación-Ministerio de Transporte (fls. 163 a 205, 208 a 212, c. reconvención 1) contestó que existía falta de interés actual, como quiera que la reconvención se fundamentó en una posible nulidad absoluta del modificadorio cuestionado, es decir, es una cuestión eventual. Con fundamento en lo anterior estimó que el juez carecía de jurisdicción.

9.1. También propuso la existencia de cláusula compromisoria, de conformidad con lo pactado en la cláusula decimonovena del contrato n.º 007 de 1993. Preciso que la controversia planteada en la reconvención es meramente económica, razón por la cual no excluye la planteada por la Nación, como quiera que esta involucra la demanda de un acto administrativo, cuestión excluida del conocimiento de los árbitros, tal como lo ha precisado la jurisprudencia nacional.

9.2. Sostuvo que era improcedente el pago de indemnizar o pagar las mejoras o inversiones del concesionario, toda vez que la nulidad no afectaría el contrato principal, sino la modificación cuestionada. Además, las inversiones han sido recuperadas por el mayor tiempo otorgado y, en esa medida, son bienes que deberán revertirse al final de la concesión de manera gratuita, siempre que sirvan a la ejecución normal del puerto.

10. Mediante auto del 1 de abril de 2003, el *a quo* abrió el proceso a pruebas (fls. 287 y 288, c. ppal 2, 1ª instancia).

11. Una vez se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 635, c. ppal 3, 1ª instancia), la Nación-Ministerio de Transporte, además de hacer un recuento de sus fundamentos, así como de la defensa de la SPRC y de su demanda de



reconvención, reiteró, con fundamento en las pruebas válidamente decretadas y practicadas, las posiciones de sus diferentes intervenciones procesales (fls. 636 a 686, c. ppal 3, 1ª instancia).

12. En el mismo sentido, discurrió la SPRC, con especial énfasis en las pruebas periciales practicadas (fls. 687 a 772, c. ppal 3, 1ª instancia).

13. El Ministerio Público (fls. 773 a 871, c. ppal 3, 1ª instancia) estimó que debían desestimarse los cargos, como quiera que las inversiones u obras adicionales emprendidas por la concesionaria lo fueron dentro de las áreas de concesión a ella entregadas. Esas mayores inversiones no afectaron a terceros y, por el contrario, mejoraron la prestación del servicio público portuario. Estimó que el artículo 8 de la Ley 1 de 1991 impone la autorización del Gobierno Nacional para el otorgamiento de la concesión por un periodo superior a 20 años, pero no para la ejecución contractual, en la medida que aquí son las partes y lo establecido en el artículo 17 de la citada ley las que definen la procedibilidad de la modificación del plazo. Esos escenarios, a su juicio, serían precisados y distinguidos por normas posteriores como el Decreto 1370 de 2007.

13.1. Señaló que los requisitos del artículo 17 citado se reducen a la no causación de un daño injustificado a terceros ni los propósitos de competencia que inspiraron el otorgamiento de la concesión. Estimó que no hay pruebas para predicar la violación de las citadas exigencias; por el contrario, después de cinco años de ejecución lo que se avizoraba eran las cuantiosas inversiones de la concesionaria, las que obligaban a replantear las condiciones originales de la concesión. Además, afirmó que no se conoce ninguna acción de un tercero afectado por violación a las reglas de competencia, además de la absoluta falta de pruebas en tal sentido y, en todo caso, las demás concesionarias estaban en la posibilidad de pedir lo que aquí se cuestiona.

13.2. Sostuvo que el artículo 19 del Decreto 2681 de 1991 tan sólo imponía llevar a considerar, entre otros, los asuntos relacionados con las modificaciones a la concesión, pero de ninguna manera impone como obligatorio el concepto del Consejo Asesor para ese tipo de actos. Estimó que interpretar en contrario significaría trasladar la competencia de la Supertransporte a dicho Consejo.

13.3. A su juicio, la notificación a terceros afectados no era una exigencia sustancial de la resolución y del modificadorio demandado, sino de su oponibilidad, sin que esto dé lugar a su anulación; de otro lado, aunque estimó desafortunada la remisión de la resolución demandada a los planes de expansión, sostuvo que estos no son un requisito para la modificación de las concesiones.



13.4. Finalmente, refirió a las pruebas periciales, de las cuales destacó que confirmaron que los actos cuestionados se ajustaron en todo a las exigencias del artículo 17 de la Ley 1 de 1991 y demás normas reglamentarias.

3. La sentencia de primera instancia

14. El 10 de febrero de 2011, al dictar sentencia (fls. 939 a 962, c. ppal, 2ª instancia), el Tribunal *a quo* desestimó las excepciones de insuficiencia de poder y la falta de legitimación de la Nación-Ministerio de Transporte. La primera, como quiera que aunque en el poder no se indicó que se demandaba la nulidad de la Resolución n.º 720 de 1998, tal defecto era formal y debió dar lugar a la inadmisión de la demanda, en los términos del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil. Si bien ese trámite no se surtió, tampoco da lugar a inhibirse para fallar de fondo, por cuanto se desconocería el acceso efectivo a la administración de justicia por tratarse de una cuestión formal; la segunda, en atención a la falta de personería de la Supertransporte, razón por la cual sólo podría actuar a través del Ministerio de Transporte, al cual está adscrita.

14.1. Consideró que se cumplió con el requisito del artículo 19 del Decreto 2681 de 1991, esto es, el sometimiento de la modificación al Consejo Asesor, tal como dan cuenta las actas respectivas. Preciso que la norma sólo exigía una consulta obligatoria y no un concepto favorable.

14.2. Afirmó que se cumplieron las exigencias del artículo 17 de la Ley 1 de 1991, puesto que no se infirió daños injustificados a terceros ni se vulneraron las normas de competencia. Para el efecto, se valió de las conclusiones de los distintos peritos, los cuales descartaron ese tipo de vulneraciones. De igual forma, precisó que el referido artículo confirmaba la competencia de la Superintendencia para modificar en los términos que lo hizo; consideró que las publicaciones de los artículos 9 a 12 de la citada ley sólo se aplicaban para el otorgamiento de la concesión y no para la modificación en sede de ejecución, para lo cual era suficiente con lo ya referido y cumplido.

14.3. Sostuvo que los planes de expansión existían antes de los actos acusados, por lo que la falta de expedición de los decretos reglamentarios que aprobaron los nuevos, no constituían un requisito para las modificaciones producidas durante la ejecución de la concesión.

4. Recurso de apelación



15. La Nación-Ministerio de Transporte insistió en la nulidad de la Resolución n.º 720 de 1998 (fls. 974 a 985, c. ppal, 2ª instancia). En vista de que aquí se reiteraron los cargos de la demanda, la Sala se limitará a enunciarlos y después en el análisis de fondo profundizará sobre cada fundamento del recurso, con el fin de evitar repeticiones innecesarias, así:

15.1. La nulidad por el desconocimiento de las normas de publicidad de los artículos 9 a 12 de la Ley 1 de 1991.

15.2. La falta del concepto del Consejo Asesor, en los términos del artículo 19 del Decreto 2681 de 1991.

15.3. La falta de competencia del Superintendente para modificar el plazo original en más de 20 años.

15.4. La violación de las normas de competencia al establecerse condiciones más favorables para la SPRC.

15.5. La imposibilidad de los terceros de participar en el trámite modificadorio.

15.6. La falsa motivación, porque en la resolución demandada se mencionan unos CONPES sobre planes de expansión que no estaban aprobados y, además, se dijo que se obtuvo el concepto favorable del Consejo Asesor, cuando esto no ocurrió.

15.7. La nulidad consecuente del modificadorio n.º 005 de 1998 por la nulidad de la Resolución n.º 720 de 1998.

15.8. El derecho a la contraprestación plena o al restablecimiento del equilibrio económico y la improcedencia de restituciones mutuas, en el evento de la prosperidad de las pretensiones de anulación.

16. La SPRC apeló para que se condenara en costas a la parte actora, como quiera que el *a quo* no resolvió sobre el particular. En consecuencia, solicitó acceder a esta condena, en los términos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo (fls. 987 a 991, c. ppal, 2ª instancia).

17. La Corporación Investigativa de la Gestión Pública, Veeduría Ciudadana Nacional, presentó recurso de apelación para que se revocara la decisión de



primera instancia, sin que al concederse los recursos, el *a quo* se pronunciara sobre el mismo (fls. 993 y 994, c. ppal, 2ª instancia); sin embargo, por solicitud de la SPRC, el Tribunal declaró improcedente el recurso, como quiera que la referida Corporación no era parte del proceso (fl. 1000, c. ppal, 2ª instancia).

5. Trámite en segunda instancia

18. Después de admitido el recurso (fl. 1013, c. ppal, 2ª instancia), se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 1026, c. ppal, 2ª instancia), oportunidad en el que las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones (fls. 1027 a 1066, c. ppal, 2ª instancia).

19. El Ministerio Público conceptuó en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que la resolución y el modificadorio demandado fueron expedidos por el funcionario competente, no sólo para modificar la concesión, sino también para hacerlo por el término que se materializó; en su concepto, se consultó al Consejo, que era lo exigido; igualmente, señaló que los planes de expansión no eran un requisito legal para la modificación y, para finalizar, tampoco estimó probados los daños a terceros ni a los principios de competencia, antes por el contrario, sostuvo que los dictámenes contenían conclusiones en otra dirección (fls. 1071 a 1089, c. ppal, 2ª instancia).

III. CONSIDERACIONES

6. Una precisión inicial

20. Teniendo en cuenta que en el presente asunto hay una demanda principal y una demanda de reconvención, que se encuentra atada a la prosperidad de la primera, como quiera que se limita al reconocimiento de los perjuicios generados por la nulidad absoluta del modificadorio n.º 005 de 1998, la Sala considera necesario primero abordar las cuestiones relativas a la primera demanda y, si es del caso, en atención a la suerte de estas pretensiones, emprenderá el estudio de la demanda de reconvención. De suerte que el análisis que sigue se limita a la demanda inicial, toda vez que se confirmará la decisión del *a quo* de negar las pretensiones de esta demanda.

7. Jurisdicción y competencia



21. Atendiendo a la naturaleza pública de las partes, es claro que esta controversia es de conocimiento de esta jurisdicción.

22. Esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia, en atención a su cuantía⁴, en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

8. La legitimación en la causa

23. Las partes se encuentran legitimadas, en tanto son sujetos de la relación contractual, en la que se cuestiona un contrato modificadorio.

24. Respecto de la legitimación por pasiva de la Superintendencia General de Puertos, debe precisarse que si bien la demanda no la incluyó como parte demandada, el *a quo*, al momento de admitir, sí lo hizo (fl. 264, c. ppal, 1ª instancia). Esta decisión fue confirmada al negar la coadyuvancia de la referida Superintendencia, como quiera que fue *“la entidad que profirió el acto cuya declaratoria de nulidad se pretende en el presente proceso”* (fl.282 a 284, c. ppal, 1ª instancia).

25. De entrada debe precisarse que la persona jurídica que obra como parte en el presente litigio es la Nación y, por ende, la legitimada. En esa medida, lo que resta por determinar es quién la representa para efectos de la presente controversia. Para el efecto, es preciso señalar que desde el 7 de febrero de 2000, el parágrafo 2º del artículo 44 del Decreto 101⁵ disponía que las funciones que realizaba la Superintendencia General de Puertos, en materia de concesiones portuarias, salvo aquellas de inspección, control y vigilancia, se trasladaban al Ministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos, acorde con lo contemplado en el citado decreto.

26. En ese orden, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 5 de agosto de 2000 (fl. 34, c. ppal, 1ª instancia), es claro que para ese momento la representación de la Nación, respecto del tema de concesiones portuarias, en los términos arriba expuestos, recaía en el Ministerio de Transporte. En la actualidad, según se dejó

⁴ La cuantía del proceso asciende a la suma de \$24.432.695.216.16, según la estimación razonada de la cuantía hecha en la demanda (fl. 33, c. ppal, 1ª instancia).

⁵ Según su artículo 49 el referido decreto regía desde su publicación, lo que se cumplió en el Diario oficial n.º 43.882 del 7 de febrero de 2000.



sentado en auto del 10 de septiembre de 2014 de esta Corporación, recae sobre la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI (fl. 1142, c. ppal, 2a instancia).

27. Ahora, la SPRC estimó que el parágrafo 2º del artículo 44 del Decreto 101 de 2000 decayó por la inconstitucionalidad del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, que fue uno de los fundamentos para su expedición. Al respecto, vale precisar que el artículo 54 citado, que regula los principios para reformar la estructura de los órganos públicos nacionales, fue declarado inexecutable de forma parcial, además de otros condicionamientos.

28. En efecto, se declararon inexecutables los literales b); c); d); g), h) e i), toda vez que se *“defirió en el Ejecutivo la competencia de regulación normativa de aspectos inherentes a la determinación de la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, tales como los relacionados con el tipo de estructuras a adoptarse -concentradas- y sus características -flexibles y simples-; los criterios para la organización de las dependencias básicas; la identificación de las dependencias principales, los órganos de asesoría y coordinación y de las relaciones de autoridad y jerarquía entre las que así lo exijan; asimismo lo habilitó para supeditar las estructuras a la finalidad, objeto y funciones previstas en la Ley 489; y, a limitar los cambios en funciones específicas, únicamente a su adecuación a las nuevas estructuras”*⁶.

29. *Prima facie* se observa que las razones para declarar la inexecutable no tocan el traslado de funciones entre órganos. En tal sentido, esta misma Corporación, en un asunto donde se cuestionaba la legalidad del citado decreto, por la supuesta violación a la prohibición contenida en el literal k) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, conforme al cual no *“se podrán crear dependencias internas cuyas funciones estén atribuidas a otras entidades públicas de cualquier orden”*, precisó⁷:

Sobre el particular, observa la Sala que el acto acusado corresponde a la lógica de la facultad que se desarrolla, buscando entonces mantener la coherencia y articulación entre las funciones de las entidades del sector transporte, y por supuesto, evitando la duplicidad de funciones y por consiguiente el desgaste administrativo, presupuestal que ello genera.

Dentro de la perspectiva expuesta, las funciones redistribuidas entre el Ministerio de Transportes y la Superintendencia adscrita, responden a un criterio de racionalidad y eficiencia en la prestación del servicio, que no vulnera la prohibición en cita, pues las funciones trasladadas al Ministerio fueron suprimidas de la Superintendencia.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 6163, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero.



En el sentido expuesto, a través del Decreto 101 de 2 de febrero de 2.000, podía el Presidente de la República modificar la estructura orgánica del Ministerio de Transporte, distribuir funciones dentro de las dependencias internas, suprimir o fusionar dependencias pertenecientes al sector reestructurado, todo ello con miras a la prevalencia de la eficiencia y racionalidad en la gestión correspondiente a la entidad objeto de la reestructuración, tal como lo prevé el artículo 54 de la Ley 489 de 1.998.

30. Es claro, conforme a lo expuesto, que el traslado de funciones, contenido en el Decreto 101 de 2000 y que aquí interesa, no vulneró las normas superiores. Igualmente, sobre la competencia del Presidente para dictar el referido Decreto 101, así como su alcance, se dijo⁸:

De lo anterior se colige que carecen de asidero los cargos elevados por el actor con referencia al alcance del acto acusado, como a la competencia del Gobierno Nacional para su expedición. Ello, por cuanto de la lectura de las disposiciones atacadas resulta claro que el Gobierno no excedió el alcance de la facultad derivada de la norma superior pues en el ejercicio de dicha competencia atendió a los principios, parámetros y límites que para su acción estableció el legislador en las leyes 105 de 1.993 y 489 de 1.998, la primera de ellas, referida específicamente al sector transporte.

Sobre el particular cabe señalar que la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional ha dejado por sentado que la supremacía del principio de la separación de las ramas del poder público, impone que las facultades que la Constitución de 1991 confirió al Presidente de la República en los numerales 15 y 16 del artículo 189, no tienen el carácter de discrecionales sino que, por el contrario, están sujetas a un cuadro normativo, riguroso que le corresponde trazar, por virtud de lo dispuesto por la Carta Política en esas mismas normas, al legislador ordinario.

Así, comparte la Sala el criterio expuesto por el Agente Especial de la Procuraduría en el asunto bajo examen, conforme al cual, el contenido material del acto acusado, esto es, la redistribución de competencias entre dos entidades pertenecientes al sector de transporte se sujetó al marco legal previsto para dicho efecto por el legislador.

De esta manera se concluye la ausencia de prosperidad de los cargos de violación del artículo 189 numeral 16 de la Carta, desarrollado por la Ley 489 de 1.998, como del quebrantamiento de la prohibición establecida en el literal k) del artículo 54 de dicha ley y, en consecuencia, no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto demandado.

31. En suma, el párrafo del artículo 44 del Decreto 101 de 2000, para cuando se presentó la demanda, trasladó las funciones al Ministerio de Transporte y es el que, para efectos de este proceso, representa los intereses de la Nación.

32. Finalmente, la Sala se abstendrá de resolver sobre la excepción de ausencia de poder, como quiera que las partes en sus apelaciones no cuestionaron sobre el particular, razón por la cual habrá que estarse a lo resuelto por el Tribunal a quo.

9. Ejercicio oportuno de la acción

⁸ *Ibíd.*



33. La acción fue presentada oportunamente, si se tiene en cuenta la concatenación de los actos jurídicos demandados⁹, esto es la Resolución n.º 720 de 1998 y el modificatorio n. 005 del mismo año, tal como da cuenta el parágrafo del artículo 7 de la primera resolución citada al exigir que la *“modificación al contrato de concesión portuaria n.º 007 del 08/07/93, deberá suscribirse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente resolución”*, así como las pretensiones formuladas en la demanda, en donde la nulidad absoluta del contrato se hace pender de la del acto administrativo cuestionado.

34. En consecuencia, la consumación de la actuación demandada se dio con la suscripción del modificatorio n.º 005 de 1998, esto es, el 19 de junio de 1998 (fl. 236, c. ppal, 1ª instancia), fecha desde la que se computará la caducidad de la acción para el *sub lite*. Así, se da cumplimiento de paso a la decisión de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad condicionada del literal e) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo *“bajo el entendido de que si se produce modificación o adición del contrato inicialmente celebrado, la caducidad se contará, en cuanto a ellas, a partir de la fecha de las mismas”*. En esa medida, la demanda presentada el 15 de agosto de 1998, sin siquiera considerar el trámite conciliatorio prejudicial, lo fue dentro del lustro señalado en el artículo citado para los contratos cuya vigencia se extienden más allá de dos años, como ocurre en esta oportunidad.

10. Plan de solución del caso

35. Para resolver de fondo el asunto, la Sala iniciará por referir los antecedentes de la modificación cuestionada, con el fin de identificar los aspectos más relevantes de esta actuación y, después, se emprenderá el análisis de cada cargo, con sus respectivos problemas jurídicos de fondo.

11. De los antecedentes y trámite para la modificación n.º 005 de 1998

36. El 1 de marzo de 1993, la SPRC radicó solicitud de concesión portuaria ante el Ministerio de Transporte, que luego remitió a la Superintendencia General de Puertos, la cual, después de agotado el procedimiento indicado en la Ley 1 de 1991 y demás normas reglamentarias, la otorgó mediante la Resolución n.º 397 del 7 de

⁹ Respecto de la concatenación, la Subsección A ha sostenido: *“La relación estrecha que existe entre el acto administrativo de caducidad contractual y el acto de liquidación unilateral que se expide como consecuencia del primero, permite explicar que sólo cuando el acto administrativo de liquidación unilateral se expida y adquiera firmeza se habrá determinado el quantum de las sumas que, a su favor, la Administración exige y, por lo tanto, mediante el acto de liquidación se concreta el efecto financiero directo de la caducidad impuesta”*. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 31.755, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada por la Subsección B, en sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 32.532, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.



mayo de 1993 (fl. 40, c. ppal, 1ª instancia. Visto en las consideraciones consignadas en el contrato de concesión n.º 007 del 8 de julio de 1993).

37. El 8 de julio de 1993, la Nación-Superintendencia General de Puertos (en adelante concedente) y la SPRC (en adelante concesionario) celebraron el contrato de concesión portuaria n.º 007, a través del cual se le dio el derecho a la última en mención de ocupar y utilizar de manera exclusiva las playas, los terrenos de bajamar, bienes y demás zonas accesorias situados en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con el fin de que operara el Puerto de Cartagena (fls. 39 a 89, c. ppal, 1ª instancia)¹⁰.

37.1. Las partes reprodujeron las exigencias del artículo 17 de la Ley 1 de 1991, con el fin de variar las condiciones iniciales de la concesión (cláusula 6).

37.2. El plazo quedó pactado en 20 años, prorrogables, previa solicitud de la concesionaria y aprobación de la concedente, con una antelación de seis meses calendario a la finalización de la concesión, por un término igual al original, cada vez y simultáneamente (cláusula 8).

37.3. El valor fiscal del contrato se fijó en la suma de US\$8.946.250 y la contraprestación por la utilización temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a estas, en US\$3.451.050 y por los activos de la Empresa de Puertos de Colombia la suma de US\$5.495.200 (cláusula décima primera).

38. El 6 de octubre de 1997, mediante comunicación radicada bajo el n.º 973687, la concesionaria solicitó a la concedente la prórroga del plazo original por 20 años más, así como la revisión de las contraprestaciones, teniendo en cuenta la estructuración de un plan de inversiones de 81 millones de dólares, ocho veces superior al compromiso inicial, y de 51 millones de dólares para el programa de turismo. En total las inversiones serían de 139 millones de dólares, las cuales se

¹⁰ Antes del modificatorio n.º 005, aquí en cuestión, el contrato fue objeto de los siguientes modificatorios: (i) otrosí n.º 1 del 2 de agosto de 1993, que modificó las cláusulas 7ª, numeral 7.1., 13ª y 28ª, numeral 28.1, relativas a la garantía de realización de impacto ambiental, plan de manejo ambiental y requisitos de validez y perfeccionamiento, respectivamente; (ii) otrosí n.º 2 del 27 de agosto de 1993, por medio del cual se modificaron las cláusulas 11ª, numerales 11.2.2. y 11.3, y 12ª, numeral 12.20, sobre la forma de pagar algunos ítems de la contraprestación a cargo de la concesionaria y para que la concedente entregara la totalidad de las instalaciones y el concesionario se obligara a su mantenimiento; (iii) otrosí n.º 3 del 9 de septiembre de 1993, que modificó la cláusula 7ª, numeral 7.1., en lo referente al término de vigencia de la garantía para temas ambientales, y (iv) otrosí n.º 4 del 11 de octubre de 1993 que modificó las cláusulas 7ª, para estipular la constitución y aprobación de las garantías, y la 11ª en lo relativo al pago por los activos de la Empresa de Puertos de Colombia entregados al concesionario, en donde, entre otros, se estipuló que “*A partir del quinto año, la contraprestación por los activos de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación podrá real plena dependiente del resultado del análisis financiero de la auditoría externa*”(fls. 80 a 93, c. ppal, 1ª instancia)



hacían necesarias para garantizar la competitividad del puerto (fl. 94, c. ppal, 1ª instancia).

39. El 18 de diciembre de 1997, el 15 de enero y el 11 de febrero de 1998 se reunió al Consejo Asesor y frente a la posibilidad de modificación o prórroga recomendó la realización de más estudios y conceptos jurídicos sobre su viabilidad (fls. 113 a 139, c. ppal, 1ª instancia, actas n.ºs 18, 19 y 20).

40. El 15 de abril de 1998, a través de la comunicación radicada con el n.º 8466, el Superintendente General de Puertos respondió que la prórroga era inconveniente, pero expresó que *“me permito sugerirle”* pedir el uso de la facultad del artículo 17 de la Ley 1 de 1999, con el fin de modificar el contrato de concesión (fl. 95, c. ppal, 1ª instancia).

41. El 21 de abril y el 8 de mayo de 1998, mediante documentos radicados con los n.ºs 6335 y 6607, solicitó la modificación de la concesión, en plazo y condiciones económicas, para lo cual se valió de similares razones a las expresadas para la prórroga y, además, aportó los estudios correspondientes, según el citado documento (fls. 96 a 107, c. ppal, 1ª instancia).

42. El 28 de abril de 1998, en el acta n.º 21 de la reunión del Consejo Asesor se volvió a estudiar el cambio solicitado por la SPRC. En esta oportunidad, el Superintendente General de Puertos recordó que la solicitud se había estudiado en cuatro oportunidades anteriores con el Ministro de Comercio Exterior y Planeación Nacional. Además, explicó las bondades de aceptar la modificación. La reunión concluyó con su aplazamiento y el compromiso del Ministro de Transporte de nombrar dos funcionarios para que se reuniera con el grupo de trabajo respectivo (fls. 140 a 150, c. ppal, 1ª instancia).

43. El 4 de junio de 1998, en el acta n.º 22 de la reunión del referido Consejo, el Superintendente al responder una pregunta de uno de los delegados de Planeación Nacional, manifestó que el 90% de las inversiones propuestas por la SPRC no requerían de licencia y que la ampliación del muelle, que era la única que la requería, ya la tenía. La reunión finalizó con el acuerdo de que la Superintendencia hiciera un borrador de la resolución para el otorgamiento de las modificaciones solicitadas, el cual se daría a conocer antes de su expedición a los miembros del Consejo Asesor y, posteriormente, plasmarla en un contrato adicional (fls 151 a 163, c. ppal, 1ª instancia).



44. El 8 de junio de 1998, a través de la Resolución n.º 720, la Superintendencia General de Puertos autorizó un área de 451 metros lineales de playa más de los originalmente concedidos (artículo 1º); otorgó permiso a la concesionaria para modificar los términos de la concesión (artículo 2); obligó a la SPRC a ejecutar un plan de inversión de US\$88.041.479,73 (artículo 3); adicionó el plazo de la concesión en veinte años más (artículo 4), y modificó el valor de la contraprestación (artículo 5) (fls. 203 a 218, c. ppal, 1ª instancia).

45. El 19 de junio de 1998, en cumplimiento de lo ordenado en el parágrafo del artículo 7 de la resolución n.º 720, las partes de la concesión portuaria n.º 007 de 1998 firmaron la modificación n.º 005, en la cual se reprodujeron las modificaciones ordenadas en la referida resolución y se adicionó la modalidad de servicio de turismo (cláusula tercera) (fls. 203 a 236, c. ppal, 1ª instancia).

11. El análisis de los cargos de nulidad propuestos

46. La Sala emprenderá el estudio de los cargos en el siguiente orden:

11.1. La falta de competencia del Superintendente para modificar el plazo original en más de 20 años

47. Aquí la apelante insiste en que, en los términos del artículo 8 de la Ley 1 de 1991, es el Gobierno Nacional quien puede ampliar el término inicial de las concesiones portuarias por más de 20 años, reitera que cuando el artículo en cita refiere al Gobierno Nacional lo hace en los términos del artículo 115 Superior y no como lo entendió la demandada al estimar que era la Superintendencia General de Puertos, con fundamento en el artículo 17 de la referida ley que permitía modificaciones en la ejecución contractual y no en el artículo 8, como quiera que, a juicio de la demandada, este se limitaba a la etapa de otorgamiento de la concesión.

48. Para resolver este cargo, el Tribunal *a quo* se limitó a señalar que los peritajes no advertían competencia desleal con las demás sociedades portuarias y que en los términos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991¹¹, la Superintendencia podía modificar el contrato, como en efecto lo hizo, toda vez que cumplió con las exigencias del referido artículo para tal fin.

49. Para resolver este cargo, la Sala considera necesario hacer una interpretación armónica y sistemática, y no aislada, de las normas pertinentes de la Ley 1 de 1991.

¹¹ Artículo modificado por el artículo 102 de la Ley 1955 de 2019.



En efecto, una relectura en esos términos del artículo 8 y de sus normas reglamentarias, permite concluir que su alcance es limitado, en tanto se restringe a las modificaciones del plazo en la etapa de otorgamiento de la concesión, como lo sostuvo la entidad demandada y no se extiende a las modificaciones del plazo de la etapa de ejecución contractual, regidas por el artículo 17 original. En esa medida, la exigencia de autorización del Gobierno Nacional no se hace extensiva para el caso *sub judice*, como pasa a explicarse.

50. El artículo 8 de la Ley 1 de 1991, que regula el plazo y la reversión de la concesión, señala que el plazo será de 20 años, prorrogables¹². El mismo artículo también señala que el plazo podrá ser mayor, de manera excepcional, siempre que *“a juicio del Gobierno”* fuere necesario, para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar el servicio público en sus puertos¹³. Esta misma norma estaba reproducida en el Decreto reglamentario 838 de 1992¹⁴, que reguló el régimen de concesiones y licencias portuarias.

51. Se advierte así que el artículo 8 no distingue el momento en que es posible la ampliación del plazo, esto es, si es para el otorgamiento o para la ejecución de la concesión. Podría pensarse que ante la falta de distinción legal se impondría para el intérprete su aplicación indistinta; sin embargo, más adelante el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 regulaba los cambios que podía solicitar una sociedad portuaria en *“las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria”*. Este último aparte permite concluir que este artículo sí tenía un espacio temporal delimitado: las modificaciones ocurridas después del otorgamiento de la concesión.

52. En ese orden, de admitirse la interpretación de la apelante, se tendrían dos artículos que regularían la variación de la concesión en etapa de ejecución, el 8 y 17. Esto podría resultar admisible, sino fuera porque ambos artículos asignan esa

¹² Esto último bajo los condicionamientos de la Corte Constitucional contenidos en la sentencia C-068 de 2009.

¹³ El artículo 8 tiene el siguiente tenor literal: *“El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por períodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos. // Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquella”*.

¹⁴ En efecto, el artículo 28 prescribía: *“Modificación de los términos de la concesión. Si una Sociedad Portuaria desea cambiar las condiciones en las cuales se aprobó una concesión portuaria deberá obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos. Esta entidad, previa comprobación de que con ello no se limita en forma indebida la competencia, ni se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, expedirá la resolución que otorgue el permiso. // Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo”*. Este decreto fue derogado por el Decreto 4735 de 2009.



competencia a dos autoridades diferentes, al Gobierno Nacional y a la Superintendencia General de Puertos. Lo anterior supone un problema adicional, por cuanto la variación *directa* de la relación contractual sólo es posible a través de la actuación de sus partes. En los contratos estatales esta variación puede hacerse, bien por mutuo acuerdo, ora por la actuación unilateral de la entidad estatal contratante; aquí vale recordar que el Gobierno Nacional no era el competente para el otorgamiento de la concesión ni parte de la misma.

53. De suerte que cuando el artículo 8 se refiere al “*Gobierno*”, lo hace como la autoridad competente para autorizar un plazo inicial superior a 20 años para las concesiones portuarias, en general. Además, esta expresión, contrario a lo expuesto por la demandada, que estimó que lo era la Superintendencia, pero sin estipulación expresa que así lo dispusiera, que en tratándose de competencia es una exigencia imperativa, debe integrarse con la norma superior fundante, que para el momento de la expedición de la Ley 1 de 1991¹⁵ era el artículo 59 de la Constitución de 1886¹⁶ y que con algunas variaciones reprodujo el artículo 115 de la Constitución de 1991, según las cuales el Gobierno lo constituyen el Presidente de la República y cada ministro del ramo.

54. Ese entendimiento lo confirma el Decreto 345 de 1992, que fue dictado por el Gobierno Nacional, en particular, por el Presidente de la República y el Ministro de Obras Públicas y Transporte, en los términos del artículo 115 Superior, vigente para su expedición, con el fin de reglamentar el artículo 8 de la Ley 1 de 1991, en el sentido de autorizar a la Superintendencia General de Puertos para otorgar concesiones por plazos mayores a 20 años, prorrogables, para “*la construcción y operación de puertos destinados a la exportación del carbón*”, sin que en ningún caso el plazo inicial pudiera ser superior a 30 años (artículo 1).

55. Como se observa, el Decreto 345 materializó la autorización del Gobierno Nacional, exigida por el artículo 8 de la Ley 1 de 1991. Aquí lo importante es que el decreto reglamentario autorizó la ampliación del plazo por más de 20 años, en lo que tiene que ver con concesiones para la construcción y operación de puertos destinados a la exportación del carbón, tan sólo para el momento del otorgamiento de la concesión, pero no así para después de esta, como ocurrió en el caso en estudio. Igualmente, la autorización recayó sobre la Superintendencia General de

¹⁵ Publicada en el Diario Oficial n.º 39626 del 11 de enero de 1991.

¹⁶ Disponía ese artículo: “*El Presidente de la República es el Jefe del Poder Ejecutivo, y lo ejerce con la indispensable cooperación de los Ministros. // El Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno*”.



Puertos, como quiera que era la competente para otorgar las concesiones portuarias, en los términos de la Ley 1 de 1991.

56. En suma, es claro que el artículo 8, al menos en su desarrollo reglamentario, tenía un espacio temporal definido, que correspondía a las modificaciones del plazo inicial para el otorgamiento de la concesión, que es donde se requiere del visto bueno del Gobierno Nacional. De esa forma se articula e integra con el contenido del artículo 17, el que se limitaba a las modificaciones, entre otras, del plazo, pero para la etapa de ejecución, donde la competencia radicaba en la Superintendencia General de Puertos por expresa disposición legal, que no del Gobierno, claro está, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el citado artículo 17.

57. En normas reglamentarias posteriores, el alcance arriba expuesto frente al artículo 8 fue confirmado. Efectivamente, el Decreto 1370 de 2007, que reglamentó los artículos 8 y 17 de la Ley 1 de 1991, distinguió la autorización a las autoridades competentes para la fijación de un plazo mayor de 20 años para el otorgamiento de la concesión (artículo 1¹⁷), de aquellas solicitudes de las sociedades portuarias dentro de la ejecución contractual para modificar la concesión (artículo 2¹⁸), hasta el punto que sólo para estas últimas exigió la publicación de los términos de la modificación propuesta, con el fin de enterar a terceros interesados o perjudicados (artículo 3¹⁹).

58. El Decreto 4735 de 2009, que derogó el Decreto 1370, tan sólo se refirió a la modificación del contrato en la etapa de ejecución y se limitó a establecer el

¹⁷ Este artículo disponía: “Artículo 1°. Las entidades competentes previa aprobación del consejo directivo o su órgano equivalente en cada caso, una vez verifiquen el estudio técnico y financiero que se realice para este efecto, podrán otorgar concesiones portuarias por plazos mayores a veinte (20) años, para los puertos de iniciativa privada que presten servicio al público y que se comprometan a la inversión en nuevas instalaciones, equipamiento e infraestructura portuarias que faciliten el crecimiento del comercio exterior colombiano. En ningún caso el plazo inicial podrá ser superior a treinta (30) años”.

¹⁸ El tenor literal de este artículo era el siguiente: “Artículo 2°. Cuando en desarrollo de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991 una Sociedad Portuaria solicite modificación en las condiciones del contrato de concesión, para comprometerse a realizar nuevas inversiones en instalaciones, equipamiento e infraestructura portuarias que generen impacto directo en la competitividad del comercio exterior colombiano; las entidades competentes, previa aprobación de su consejo directivo o su órgano equivalente en cada caso, podrán modificar el plazo de la concesión hasta por el plazo que sea necesario para que en condiciones razonables de operación las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas”.

¹⁹ Este artículo prescribía: “Para los efectos previstos tanto en el artículo anterior, como en general, en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991; previo a la solicitud formal de modificación, la sociedad portuaria deberá publicar en un diario de circulación nacional un (1) aviso donde indique el objeto general de la modificación, las áreas a intervenir, el valor de las inversiones a realizar, las instalaciones portuarias nuevas a realizar y el plazo solicitado. // Dentro de los dos meses siguientes a esta publicación, cualquier persona que tenga interés legítimo podrá oponerse a la solicitud de modificación. Parágrafo. Las entidades competentes una vez reciban la solicitud de modificación, deberán publicarlas en el Portal Único de Contratación y en las páginas web de la entidad”.



procedimiento para el efecto (artículo 24²⁰). Después, el Decreto 474 de 2015, que derogó al último decreto en cita y actualmente vigente, hace la distinción expresa entre las modificaciones precontractuales (artículo 13²¹) y las modificaciones contractuales (artículo 21²²). Frente a las últimas se reproduce el procedimiento fijado en el artículo 24 del derogado Decreto 4735 de 2009.

59. Como se observa, la evolución reglamentaria confirma el entendimiento aquí expuesto frente al artículo 8 de la Ley 1 de 1991, esto es, que esta norma regula las modificaciones precontractuales y exige para el efecto la autorización del Gobierno Nacional, que, como quedó visto, se formaliza a través de los decretos reglamentarios respectivos, con el fin de autorizar a la autoridad competente para tal fin; por su parte, el artículo 17 de la referida ley, que fue con el que se actuó en el *sub lite*, permite las modificaciones contractuales, previa autorización de la Superintendencia General de Puertos.

60. Esa distinción se puede explicar si se tiene en cuenta que las modificaciones precontractuales pasan por unas decisiones de carácter político y de conveniencia que son propias del Gobierno Nacional, mientras que en las modificaciones

²⁰ Este artículo señala: “*Modificación de los contratos de concesión. El procedimiento para la modificación de los contratos de concesión será el siguiente: // 24.1 Quien solicite la modificación del contrato de concesión deberá publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación, y el valor aproximado de las nuevas inversiones a realizar. // En el evento de que la modificación incluya la solicitud sobre zonas de uso público adicionales se describirán estas de conformidad con lo dispuesto en los numerales 9.1.1.1 y 9.2.3 del presente decreto. // 24.2 Dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga interés legítimo, podrá oponerse a la solicitud de modificación. // 24.3 Transcurridos dos (2) meses del vencimiento de la fecha para formular oposiciones, la entidad convocará a Audiencia Pública a quienes por ley deban citarse para divulgar los términos y condiciones de la modificación. // 24.4 La entidad competente aprobará o negará la solicitud de modificación previa decisión de su Consejo Directivo o su Órgano equivalente*”.

²¹ Esta norma prescribe: “*Modificación en la etapa precontractual. Cuando el solicitante manifieste su interés de modificar la propuesta de concesión portuaria después de la expedición del acto administrativo de fijación de condiciones, el concedente verificará si se trata de una modificación que afecte lo establecido en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 9° de la Ley 1ª de 1991. En dicho evento, el solicitante deberá dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la misma ley. Si corresponde a un cambio que no afecte los numerales 2, 3 y 4 del artículo 9° de la Ley 1ª de 1991, la entidad concedente continuará con el trámite y se manifestará sobre ello en el acto administrativo de otorgamiento de la concesión. Parágrafo. Si del análisis integral efectuado se establece que se trata de cambios en los factores determinantes de la concesión, entre ellos, menor valor de las inversiones o disminución de la contraprestación, se iniciará un nuevo trámite de concesión portuaria*”.

²² Este artículo señala: “*Modificación de los contratos de concesión. El procedimiento para la modificación de los contratos de concesión será el siguiente: // 21.1 Quien solicite la modificación del contrato de concesión deberá publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación y el valor aproximado de las nuevas inversiones a realizar. // En el evento que la modificación incluya la solicitud sobre zonas de uso público adicionales se describirán estas de conformidad con lo dispuesto en los numerales 6.1.1.1 y 6.2.3 del presente decreto. // 21.2 Dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga interés legítimo podrá oponerse a la solicitud de modificación. // 21.3 Vencido el término para formular oposiciones, la entidad convocará a Audiencia Pública a quienes por ley deban citarse para divulgar los términos y condiciones de la modificación. // 21.4 La entidad competente aprobará o negará la solicitud de modificación previa decisión de su Consejo Directivo o su Órgano equivalente*”.



contractuales son las partes y las circunstancias de la ejecución las que determinan este tipo instrumentos para la viabilización de la relación contractual, claro está, con el cumplimiento de las exigencias legales.

61. Por último, vale referir que el artículo 101 de la Ley 1955 de 2019 autorizó para la modalidad de “*puerto Greenfield*”²³ un plazo inicial de la concesión de hasta 40 años, razón por la cual este tipo de plazos no son ajenos para el ordenamiento jurídico interno colombiano.

62. Por lo hasta aquí expuesto, el cargo en estudio está llamado a desestimarse, toda vez que la autorización del Gobierno Nacional de la que trata el artículo 8 de la Ley 1 de 1991, aplica para aquellas modificaciones precontractuales y no para las contractuales, que fue la empleada en el *sub lite*.

11.2. La nulidad por el desconocimiento de las normas de publicidad de los artículos 9 a 12 de la Ley 1 de 1991

63. Para empezar precisa señalar que en la apelación, además de la publicidad que se echa de menos, se alegó la imposibilidad de los terceros de participar en el trámite modificadorio, tal como, a juicio de la actora, lo permitía el cumplimiento de los artículos 9 a 12 de la Ley 1 de 1991.

64. En la apelación se insiste en que para que la Superintendencia pudiera constatar que la modificación contractual no causaba perjuicios a terceros o constituyera competencia desleal debía darse aplicación a los artículos 9 a 12 de la pluricitada Ley 1 y a la sentencia C-068 de 2009. Estimó que, contrario a la afirmado por el *a quo*, el cumplimiento de los requisitos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991, no relevaba del cumplimiento de los artículos 9 a 12, tampoco el artículo 38 del Decreto 838 de 1992 o la cláusula sexta del contrato de concesión n.º 007 de 1993, en tanto se limitaban a repetir las exigencias del artículo 17 citado. Estimó que el desconocimiento de los artículos referidos, constituyó una violación del procedimiento sustancial, como quiera que impidió a los terceros su actuación efectiva en el trámite de la modificación.

65. Igualmente, la apelante sostuvo que, como lo refirió en la demanda, “*la prórroga*” se dio cuando apenas habían transcurrido cinco años de la concesión, con lo que

²³ Definido por el referido artículo 101 como “*el nuevo emplazamiento portuario construido en aguas profundas, es decir con profundidades naturales iguales o mayores a 17 metros en marea cero, que requieren el desarrollo de toda la infraestructura complementaria de accesos marítimos y terrestres o fluviales, así como la conectividad con otros modos de transporte y de comunicaciones con el resto del país y el mundo*”.



no sólo se desconocieron los artículos de procedimiento citados, sino el mismo artículo 17, toda vez que la prórroga permitida por el artículo 8 de la Ley 1 debía hacerse cerca del final de la concesión y no al comienzo, puesto que sólo así era posible para la administración determinar la conveniencia de la misma y si se afectaban derechos de terceros.

66. Sobre el particular la demandada se limitó a señalar que los artículos 9 a 12 de la Ley 1 son exigibles para el otorgamiento de la concesión portuaria, pero no así para las modificaciones contractuales autorizadas por el artículo 17 de la referida ley. Igualmente, precisó que el fenómeno que señala este último artículo difiere de la prórroga, razón por la cual no son extensibles sus exigencias, en tanto tales instrumentos obedecen a justificaciones diferentes.

67. Por su parte, el a quo consideró cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, en tanto se presentó la solicitud de modificación por parte de la SPRC, se consultó al Consejo Asesor y se aprobó la solicitud por la autoridad competente, sin que estén demostrados perjuicios a terceros o a las sociedades portuarias, tal como se desprende de las pruebas técnicas obrantes en el proceso.

68. Para resolver, la Sala encuentra que las publicaciones a las que se refieren los artículos 9, 10, 11 y 12 de la Ley 1 de 1991 son propios de la etapa de otorgamiento de la concesión, no así para la modificación contractual que regula el artículo 17 de la Ley 1 de 1991.

69. Efectivamente, el artículo 9²⁴ impone la publicación de los documentos que ese mismo artículo exige en los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, documentos que son parte

²⁴ Dicho artículo dispone: *"Petición de concesión. Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos. // La solicitud debe llenar los siguientes requisitos: // 9.1. Acreditar la existencia y representación legal del peticionario, si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos. // 9.2. Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio. // 9.3. Describir en forma general el proyecto, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación, y los volúmenes y clase de carga a que se destinará. // 9.4. Informar si se prestarán o no servicios al público en general. // 9.5. Presentar estudios preliminares sobre el impacto ambiental del puerto que se desea construir y comprometerse a realizar estudios detallados si se le aprueba la concesión, y a adoptar las medidas de preservación que se le impongan. // 9.6. Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciará y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión. // 9.7. Indicar el plazo para el que se desea la concesión. // 9.8. Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos"* (se destacan).



integral de la petición original de concesión. Lo mismo ocurre con el artículo 10²⁵ que da la oportunidad para la intervención de terceros y de las autoridades, pero siempre bajo el marco de la solicitud de concesión inicial u original. Por su parte, el artículo 11²⁶ regula la negativa de la solicitud de la concesión original o de sus alternativas y exige a la Superintendencia General de Puertos o quien haga sus veces manifestarlo en acto motivado, en forma precisa, que se notificará a quienes hubieren intervenido en la actuación. Esta última referida, nuevamente, a la que se da para el otorgamiento de la concesión. Finalmente, el artículo 12²⁷ también regula sobre la resolución aprobación u otorgamiento de la concesión y la obligación de comunicación a todos los que hubieren participado en la actuación.

²⁵ Este artículo prescribe: ***“Intervención de terceros y de las autoridades. Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud, o presentar una petición alternativa, cumpliendo los mismos requisitos previstos para la solicitud original. // Transcurridos los dos meses en los cuales se pueden formular oposiciones o presentar propuestas alternativas, se abrirán públicamente los sobres que contengan los datos confidenciales, y se citará siempre, para que expresen su opinión sobre la conveniencia y legalidad de las solicitudes, al Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. // Las autoridades mencionadas en el inciso anterior tendrán un plazo de veinte días, contados a partir de la fecha en que la Superintendencia General de Puertos, les envíe la citación, para emitir sus conceptos; si al cabo de ese plazo la Superintendencia General de Puertos no los hubiere recibido, continuará el procedimiento sin los que falten, y se promoverá investigación disciplinaria contra quien no haya emitido su concepto. La Superintendencia General de Puertos no está obligada a acoger los conceptos o recomendaciones que emitan las autoridades a las que se refiere este inciso”*** (se destaca).

²⁶ Este artículo regula: ***“Negativa de la concesión. En el evento de que 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, así lo manifestará la Superintendencia General de Puertos, en acto motivado en forma precisa que se notificará a quienes hubieren intervenido en la actuación”*** (se destaca).

²⁷ Este artículo regula sobre la: ***“Aprobación de la concesión. Dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial el Superintendente General de Puertos expedirá una resolución en la que indicará los términos en los que se otorgará la concesión. Tales términos incluirán los plazos, las contraprestaciones, las garantías, y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental y de operación a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión. La resolución que aprueba la concesión se comunicará al peticionario, a las autoridades a que se refiere el artículo anterior, y a todos los intervinientes. // Dentro de los diez días siguientes a la expedición de la resolución, cualquiera de las autoridades a las que se refiere el artículo 11 podrá oponerse a ella, por motivos legales o de conveniencia, en escrito razonado dirigido al Superintendente General de Puertos. Este consultará a las otras autoridades, y dentro de los treinta días siguientes a la presentación del escrito de oposición hará una evaluación de ella, y la presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social para que decida. La decisión del Consejo se expresará por medio de resolución sobre si debe continuarse o no el trámite y, en caso afirmativo, sobre cuáles serán los términos de la concesión que se ofrezca. // Si la decisión del Consejo Nacional de Política Económica y Social hubiere sido la de continuar el trámite, el Superintendente General de Puertos ofrecerá, entonces, al proponente que presente la propuesta, que mejor se ajuste a la conveniencia del proyecto, la posibilidad de acogerse a los términos de la concesión. Si éste no manifiesta su aceptación dentro de los diez días siguientes a la comunicación de los términos, se presumirá su rechazo y los ofrecerá a los demás, sucesivamente, teniendo en cuenta la conveniencia de las propuestas, por el mismo número de días, contados a partir del siguiente a aquél en que se conozca o se presuma el rechazo del solicitante anterior, hasta que uno los acepte, o hasta que todos lo hayan rechazado. En este último evento, finalizará el procedimiento administrativo que podrá iniciarse de nuevo en cualquier tiempo, cumpliendo los requisitos previstos en los artículos 9º y 10º”***.



70. Como se observa, es claro que las publicaciones, comunicaciones y notificaciones que echa de menos la parte actora, al menos para la expedición del acto demandado, eran obligatorias para la etapa de otorgamiento de la concesión portuaria, pero no así para las modificaciones contractuales. Este tipo de exigencias son poco frecuentes para el ordenamiento jurídico colombiano²⁸, si se tiene en cuenta que tampoco son obligatorias para los contratos estatales regulados por la Ley 80 de 1993, en donde brilla por su ausencia la intervención de terceros frente a las modificaciones contractuales.

71. Sin embargo, vale advertir que este tipo de exigencias, por lo menos en materia de concesiones portuarias, sólo se implementaron con la entrada en vigencia de los Decretos reglamentarios 1370 de 2007 (artículos 2 a 5), derogado por el Decreto 4735 de 2009 (artículo 24), derogado a su vez por el Decreto 474 de 2015 (artículo 21), que fijaron un procedimiento para la modificación contractual y la necesidad de enterar a los terceros interesados o perjudicados, así como a las autoridades competentes, sin que las mismas puedan considerarse omitidas en la presente actuación, como quiera que ni siquiera existían para la fecha de expedición de la Resolución n.º 720 de 1998.

72. Lo anterior no significa que puedan vulnerarse los derechos de terceros o las funciones de otras autoridades, por cuanto su respeto es una exigencia que trae el artículo 17 original de la Ley 1 de 1991 para la procedencia de la modificación contractual. En consecuencia, su protección estará sujeta al marco de la acción judicial, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución que aprueba dicha modificación, en consideración al incumplimiento de las exigencias del referido artículo, es decir, que se vulneraron derechos de terceros o de otras autoridades.

73. De otro lado, tampoco le asiste razón al apelante cuando equipara la prórroga a la modificación contractual aquí en estudio. En primer lugar, es claro que la solicitud de prórroga de la SPRC fue desestimada por la Supertransporte, por lo que se acudió a la modificación regulada por el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, que

²⁸ En el derecho comparado, la Unión Europea tan sólo en el año de 2014 expidió una regulación más rígida sobre las modificaciones de los contratos públicos. En efecto, el 15 de enero y el 11 de febrero de 2014, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, respectivamente, aprobaron el paquete legislativo compuesto por tres directivas: 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE. Este desarrollo normativo estuvo precedido de importantes pronunciamientos judiciales. De todas las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, hay cinco que constituyen el cuerpo fundamental en materia de modificaciones contractuales: sentencias (i) del 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta Spa, C-496/99/P; (ii) del 19 de junio de 2008 Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06; (iii) del 13 de abril de 2010, Wall, asunto C-91-08; (iv) del 22 de abril de 2010, Comisión contra Reino de España, C-423/07, y (v) de 8 de mayo de 2014, Idrodinamica Spurgo Velox srl, C-161/13.



fue lo que finalmente se materializó a través de la Resolución n.º 720 de 1998 y el modificatorio n.º 5.

74. La prórroga a la que se refiere el apelante era procedente por tiempos de 20 años sucesivos, cada una (artículo 8 de la 1 de 1991). Vale advertir que la posibilidad de hacer prórrogas sucesivas desapareció con la sentencia C-068 de 2009, que no resulta aplicable al presente asunto, como quiera que se produjo con posterioridad a los hechos que aquí se analizan y con efectos hacia el futuro, en los términos del artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Igualmente, en el contrato quedó estipulado que se haría con una antelación de por lo menos seis meses calendario a la finalización de la concesión (cláusula octava); por su parte, la modificación del artículo 17 suponía cambios no sólo en el plazo, sino también en la contraprestación.

75. En consecuencia, se tratan de figuras diferentes, con efectos y exigencias también distintas. Además, no puede pensarse que el hecho de modificar la concesión al poco tiempo devese una vulneración *per se* de los intereses públicos o de los de los terceros o de otras autoridades, como quiera que se trata de una actuación atada directamente con las circunstancias propias de la ejecución contractual, que será la que dé las pautas para determinar su procedencia. Además, la ley impone el respeto de los intereses públicos y privados, con la posibilidad siempre de cuestionar su presunción de legalidad judicialmente, claro está, con la carga de demostrar el incumplimiento de tales exigencias.

76. Además, el artículo 84 Superior señala que cuando un derecho o una actividad ha sido reglamentada de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. En los términos expuestos, el cargo en estudio está llamado a ser desestimado.

11.3. La falta del concepto del Consejo Asesor, en los términos del artículo 19 del Decreto 2681 de 1991

77. El artículo 19 del Decreto 2681 de 1991 disponía que el Superintendente General de Puertos, como se denominaba en esa época, tendría un Consejo Asesor integrado por el Ministro de Obras Públicas y Transporte o su delegado, el Ministro de Comercio Exterior o su delegado, el Jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado y un profesional de comprobada experiencia en temas portuarios²⁹.

²⁹ Derogado por el Decreto 1016 de 2000, derogado a su vez por el Decreto 2409 de 2018. El texto del artículo 19 era el siguiente: “Consejo Asesor. El Superintendente General de Puertos tendrá un Consejo Asesor integrado por: // a) El Ministro de Obras Públicas y Transporte o su delegado, el cual presidirá el Consejo; // b) El Ministro de Comercio Exterior o su delegado; // c) El Jefe del



78. Igualmente, el citado artículo establecía que el Consejo Asesor sería un cuerpo consultivo y sus opiniones y sus dictámenes no obligarían al Superintendente General de Puertos; sin embargo, el Superintendente podía convocarlo cada vez que lo creyera conveniente, pero sería obligatorio consultarlo, entre otros eventos, cuando se proyectara el cambio de las condiciones de una concesión portuaria (numeral 1 del artículo 19).

79. Como se observa, la norma en cita obligaba la consulta al Consejo Asesor, que no su concepto favorable o decisivo, como ocurre actualmente para las modificaciones contractuales a las concesiones portuarias, en los términos del artículo 21 del Decreto 474 de 2015, en donde se impone la decisión del Consejo Directivo o su equivalente, exigencia que también traían sus antecesores, el Decreto 4735 de 2009 (artículo 24) y el Decreto 1370 de 2005 (artículo 5).

80. En ese marco de entendimiento, lo probado aquí es que se consultó al Consejo Asesor y contrario a lo sostenido por la parte actora y en línea con la parte demandada y el *a quo*, la norma no obligaba la obtención de una opinión o un dictamen conclusivo de la cuestión.

81. Efectivamente, el asunto de la solicitud de prórroga, después de modificación, se llevó al referido órgano consultivo para el 18 de diciembre de 1997, el 15 de enero y el 11 de febrero de 1998, reuniones en las que se recomendaron más estudios para la aprobación del tema (fls. 113 a 139, c. ppal, 1ª instancia, actas n.ºs 18, 19 y 20, actas n.º 18, 19 y 20). El 28 de abril siguiente, se volvió a reunir el Consejo y la reunión concluyó con su aplazamiento y el compromiso del Ministro de Transporte de nombrar dos funcionarios para tomar la decisión (fls. 140 a 150, c. ppal, 1ª instancia, acta 21). Recomendaciones que la resolución demandada da cuenta que fueron

Departamento Nacional de Planeación o su delegado; // d) Un profesional de comprobada experiencia en temas portuarios, quien estará sujeto a las mismas inhabilidades e incompatibilidades a las que está sujeto el Superintendente General de Puertos. // El Consejo Asesor será un cuerpo consultivo y sus opiniones y dictámenes no obligarán al Superintendente General de Puertos. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo consulte en los siguientes casos: // 1. Para aprobar o negar una concesión portuaria o cuando se proyecte el cambio de las condiciones de la misma. // 2. Autorizar o negar actos o contratos para la organización de nuevos muelles privados en puertos de servicio público. // 3. Para la oferta oficiosa de una concesión portuaria. // 4. Para modificar o declarar la caducidad de concesiones y licencias. // 5. Cuando las necesidades del sector portuario lo exijan. // 6. Adoptar las modificaciones de la planta de personal de la Superintendencia General de Puertos, salvo cuando se trate de la creación de las Oficinas Regionales. // Parágrafo 1 Corresponde al Consejo Asesor dictar su propio reglamento. // Parágrafo 2 Cuando no se obtenga quórum en una sesión citada en la forma y con la oportunidad que disponga el reglamento, el Superintendente General de Puertos podrá proceder sin el concepto previo de que trata este artículo. // El Secretario General de la Superintendencia actuará como secretario en este Consejo Asesor”.



atendidas³⁰, afirmaciones que no fueron cuestionadas en la demanda y, por lo tanto, mantienen su presunción de legalidad.

82. Finalmente, el 4 de junio de 1998, el Consejo acordó que la Superintendencia haría un borrador de la resolución, el que se le daría a conocer a dicho Consejo antes de su expedición (fls 151 a 163, c. ppal, 1ª instancia, acta n.º 22). Después, lo probado es la expedición de la Resolución 720 y la suscripción del modificadorio n.º 5, el 8 y el 19 de junio de 1998, respectivamente.

83. En esos términos, para la Sala se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2681 de 1992, como quiera que se consultó al Consejo Asesor. Ahora, lo que ocurrió es que las reuniones de ese órgano consultivo se llevaron a cabo como si tratara del órgano de decisión final, pues todo indica que se buscaba su aprobación y no su opinión o dictamen, cuando de acuerdo con el artículo en comento quien tomaba la decisión era el Superintendente, tanto así que las opiniones y dictámenes del Consejo no lo vinculaban, aunque sí era necesario escucharlo, como efectivamente ocurrió e, inclusive, sus recomendaciones fueron atendidas.

84. De conformidad con lo expuesto, el cargo en estudio está llamado a desestimarse.

11.4. La falsa motivación por la mención a unos CONPES sobre Planes de Expansión que no estaban aprobados

85. La parte actora insiste que en la Resolución n.º 720 de 1998 se hizo mención de los documentos CONPES n.ºs 2839 y 2992, que contienen los Planes de Expansión Portuaria de 1996-1997 y 1998-1999, para fundamentar la modificación de la concesión, sin tener en cuenta que dichos planes de expansión no existían jurídicamente, por cuanto no fueron aprobados a través del decreto reglamentario respectivo, tal como lo exigen los artículos 2.5 y 24 de la Ley 1 de 1991.

³⁰ Efectivamente, en el considerando noveno se consignó: “Que la Superintendencia General de Puerto, analizando la solicitud presentada por la SPRC frente al contenido de los artículos 17 y 38 de la Ley 1 de 1991 y al artículo 28 del Decreto 838 de 1992; a lo pactado en la cláusula sexta del contrato de concesión portuaria n.º 007 del 08/07/93; al documentos sobre los lineamientos elaborado por el grupo de trabajo recomendado por el Consejo Asesor, presentado a consideración de este en dos oportunidades, y acogido en fecha 04/06/98, y teniendo cuenta los conceptos favorables n.º 9404 de 14/05/98 proferido por la Oficina Jurídica, n.º 9406 de 14/05/98 emitido por la Dirección Técnica, n.º 9948 del 03/06/98 y memorando de fecha 05/06/98 de la Dirección de Planeamiento Portuario, mediante el cual emite concepto final favorable teniendo en cuenta los ajustes al mencionado documento sobre lineamientos generales recomendados por el Consejo Asesor del día 04/06/98” (fl. 206, c. ppal, 1ª instancia).



86. Por su parte, el *a quo* señaló que *“la falta de expedición de los decretos no desvirtúa la existencia de los mencionados planes de expansión, los cuales existían con anterioridad a la expedición del acto acusado y, por tanto, desvirtúan la falsa motivación”* (fl. 954, c. ppal, 2ª instancia).

87. La parte demandada estimó que la aprobación de los planes de expansión no era un requisito legal para la autorización de la modificación, como quiera que el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 no lo exigía así.

88. Para empezar se tiene que efectivamente la Resolución n.º 720 de 1998 hizo referencia a los documentos CONPES n.ºs 2839 y 2992, así (fls. 206 y 207, c. ppal, 1ª instancia):

NOVENO.- Que la Superintendencia General de Puerto, analizando la solicitud presentada por la SPRC frente al contenido de los artículos 17 y 38 de la Ley 1 de 1991 y al artículo 28 del Decreto 838 de 1992; a lo pactado en la cláusula sexta del contrato de concesión portuaria n.º 007 del 08/07/93; al documentos sobre los lineamientos elaborado por el grupo de trabajo recomendado por el Consejo Asesor, presentado a consideración de este en dos oportunidades, y acogido en fecha 04/06/98, y teniendo cuenta los conceptos favorables n.º 9404 de 14/05/98 proferido por la Oficina Jurídica, n.º 9406 de 14/05/98 emitido por la Dirección Técnica, n.º 9948 del 03/06/98 y memorando de fecha 05/06/98 de la Dirección de Planeamiento Portuario, mediante el cual emite concepto final favorable teniendo en cuenta los ajustes al mencionado documento sobre lineamientos generales recomendados por el Consejo Asesor del día 04/06/98, establece lo siguiente: (...)

1.2. El Plan de Expansión Portuaria aprobado por el CONPES para los años 1996-1997 [este es el CONPES 2839 del 28 de febrero de 1996], recomendó la presentación, por parte de las Sociedades Portuarias Regionales, de planes de inversión para un periodo de seis años. De igual forma, el documento CONPES 2992-Plan de Expansión Portuaria 1998-1999 establece la necesidad de determinar con las sociedades portuarias regionales planes de inversión actualizados especialmente en la infraestructura básica portuaria de servicios turísticos y de facilidades portuarias para embarcaciones de turismo, como los adelanta la SPRC, aprobados en comunicación de este despacho del 18 de abril de 1997. (...)

2. El mencionado documento CONPES 2992 –Plan de Expansión Portuaria 1998-1999 reconoce que se ha presentado una reducción tarifaria del 52% respecto a 1993. Similarmente, reconoce que se ha mejorado la productividad operativa portuaria en cuanto al tiempo de permanencia de un buque en puerto, presentando una reducción de 85% pasando de 72 horas en 1993, a las 14 horas en 1996.

89. Además de la mención en el acto demandado, se tiene que los CONPES n.º 2839 y 2992 no estaban aprobados por decreto reglamentario, tal como lo imponen



el inciso 3º del numeral 5 del artículo 2³¹ y el artículo 24³² de la Ley 1 de 1991. En efecto, el plan de expansión para 1993-1995, contenido en el documento CONPES n.º 2680, fue aprobado a través del Decreto 2688 de 1993, decreto que a su vez fue derogado por el Decreto 1775 del 27 de agosto de 1998, después de expedida la Resolución 720 de 1998, y que adoptó el plan de expansión para 1998-1999 del CONPES n.º 2992.

90. Como se observa, no hay un decreto que apruebe el plan de expansión para 1996-1997 contenido en el documento CONPES 2839, mientras que el CONPES n.º 2992 fue aprobado con posterioridad a la expedición de la resolución demandada. Información que fue confirmada por el Departamento Nacional de Planeación (fl. 402, c. ppal 3, 1ª instancia); sin embargo, ese defecto no tiene la virtualidad de desvirtuar la legalidad de resolución demandada, por cuanto la aprobación por decreto resultaba necesaria para que los documentos CONPES fueran obligatorios, tal como se desprende del texto de los Decretos 2688 de 1993 (parte considerativa³³) y 1775 de 1998 (artículo 2³⁴); sin embargo, el acto demandado tan sólo citó unas simples recomendaciones y algunos datos contenidos en tales documentos, para lo cual no es necesario que sean obligatorios, sin que tampoco se hubiera incurrido en falsa motivación, como se verá enseguida.

91. En efecto, el CONPES n.º 2839 se citó para referir que ese documento había recomendado planes de inversión para seis años, lo cual efectivamente hace el referido documento, así³⁵:

De otra parte, las SPR deberán elaborar y presentar ante la SGP un Plan de Inversiones a seis años que esté enmarcado dentro de un programa de modernización a corto, mediano, y largo plazo. Para esto, la SGP establecerá

³¹ Este artículo dispone: “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: (...) 5. (...) Los planes de expansión portuaria se expedirán por medio de decretos reglamentarios 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”.

³² Este artículo al regular las autoridades de los puertos dispone: “Consejo Nacional de Política Económica y Social y adopción de Planes de Expansión Portuaria. Corresponde al Gobierno Nacional, por recomendación del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, y previo estudio del Departamento Nacional de Planeación, adoptar por medio de decretos los “Planes de Expansión Portuaria”. El mismo procedimiento se seguirá para reformar tales planes”.

³³ Así se consignó: “Que el Plan, cuyo contenido y alcance define el artículo 2º de la ley 1 de 1991, debe expedirse por medio de decreto reglamentario, y que, para ello, el “Plan de Expansión Portuaria” que aparece en el documento aludido **se hará obligatorio** de la manera prevista en los artículos siguientes” (se destaca).

³⁴ En su parte pertinente prescribe: “y se hace de **obligatorio cumplimiento** de la manera prevista en el citado documento Conpes” (se destaca).

³⁵ En: https://www.supertransporte.gov.co/documentos/2018/Enero/Puertos_26/CONPES-2839-1996-97.pdf. Visto el 22 de septiembre de 2021.



los parámetros que deberán tenerse en cuenta para la elaboración de dichos planes de inversión. Estos parámetros deben cubrir, entre otros, aspectos como: proyección de demanda, capacidad del puerto, tipo de carga y necesidades de ampliación de oferta; y deberán comunicarse a las SPR a más tardar en julio de 1996.

92. De esa forma, es claro que la falsa motivación no tiene sustento, por cuanto si bien el CONPES n.º 2839 no era obligatorio, se trataba de un documento de referencia que fue citado fielmente, hasta el punto de que en la Resolución n.º 720 de 1998 se lo refiere con el vocablo “*recomendó*” (fl. 206, c. ppal, 1ª instancia), con lo cual se reconoce la falta de carácter vinculante y obligatorio.

93. Frente al documento CONPES 2992, la resolución demandada lo citó para destacar la necesidad de determinar con las sociedades portuarias regionales los planes de inversión actualizados, especialmente, en la infraestructura básica portuaria de servicios turísticos y facilidades portuarias para embarcaciones de turismo, lo cual resulta acorde con lo consignado en ese documento, así³⁶:

H. FACILIDADES PORTUARIAS PARA EMBARCACIONES DE TURISMO El Ministerio de Transporte y la SGP, en coordinación con el Ministerio de Desarrollo Económico, tendrán las siguientes responsabilidades:

- Exigir a los concesionarios de muelles turísticos los reglamentos de operación y de procedimientos correspondientes.*
- Integrar los planes de ordenamiento físico, portuario y ambiental de los litorales con los planes portuarios turísticos, a efectos de definir las nuevas zonas y sitios para el desarrollo de la infraestructura portuaria turística.*
- Fomentar la implementación de programas de capacitación para el sector portuario turístico*

94. En esos términos, la Sala tampoco encuentra probada una falsa motivación.

95. Finalmente, también se cita el documento CONPES n.º 2992 para referir que se ha presentado una reducción tarifaria del 52% respecto al año 1993 y la reducción de tiempos de permanencia de un buque, lo que también corresponde al contenido del referido documento, como puede corroborarse³⁷:

A. EFICIENCIA

En el año 1996 se registraron mejoras en la productividad operativa portuaria. Por ejemplo, el tiempo de permanencia del buque en puerto presentó una reducción de 85%, pasando de 10 días en 1993 a 1.5 días en 1996. En el caso del número de horas laborales hubo un incremento de 50%, pasando de 16 horas/día a 24 horas/día. De otra parte, la reducción tarifaria fue de 52% con

³⁶En: https://www.supertransporte.gov.co/documentos/2018/Enero/Puertos_26/CONPES-2992-1998-99.pdf. Visto el 22 de septiembre de 2021.

³⁷ *Ibíd.*



respecto a 1993. Similares mejoras se presentaron en otros indicadores (Tabla No 5).

96. Tampoco se alegó que las recomendaciones o datos de los documentos CONPES referidos fueran errados o equivocados, ni tampoco se probó en tal sentido.

97. Finalmente, ni el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, ni el artículo 28 del Decreto 838 de 1992, reglamentario del citado artículo, ni el artículo 19 del Decreto 2681 de 1991, exigían la aprobación de los planes de expansión para efectos de la modificación de la concesión, sino (i) la petición de parte, (ii) la consulta al Consejo Asesor, (iii) la no violación de los derechos de los participantes de la etapa precontractual y de las sociedades portuarias y (iv) la autorización de la Supertransporte, que fueron cumplidos, al menos, en el marco de los cargos de nulidad propuestos.

11.5. La violación de las normas de competencia frente a las demás sociedades portuarias

98. En la apelación se estima que se configuró un fenómeno de competencia desleal, como quiera que las sociedades portuarias no pudieron participar en el proceso de la modificación de la concesión y, en consecuencia, *“no poder participar en la discusión del contenido y extensión de la prórroga, les imp[er]d[er]ía competir adecuadamente con la SPRC y les genera[ba] un perjuicio”*. Igualmente, estimó que la apresurada *“prórroga”* de la concesión, tan sólo cinco años después de iniciada, constituyó una violación a la libre competencia, como quiera que se constituyó en una prórroga automática e injustificada de la concesión.

99. La parte demandada y el *a quo* coincidieron en que las pruebas periciales daban cuenta del respeto de las reglas de competencia entre las sociedades portuarias.

100. Para empezar, la Sala reitera sus consideraciones en relación con la obligación de citar a las sociedades portuarias al trámite de modificación de la concesión (numerales 67 a 71 *supra*). Igualmente, también se insiste en las distinciones expuestas sobre la prórroga y la modificación de las concesiones portuarias (numerales 72 a 75). Con todo, para resolver de fondo el presente cargo, la Sala observa que las pruebas periciales³⁸ tampoco dan cuenta de una competencia desleal o la violación a las reglas de competencia, en línea con lo expuesto por el *a quo* y la demandada.

³⁸ Vale señalar que ninguno de los dictámenes que se refieren a continuación fueron objetados por error grave.



101. La Ley 256 de 1996, vigente para la época de la modificación cuestionada, impone a los participantes en el mercado el respeto en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial y cualifica como acto de competencia desleal, aquel que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado (artículo 7).

102. Igualmente, dicha ley define como actos de competencia desleal los atinentes a los actos de desviación de la clientela (artículo 8), los actos de desorganización (artículo 9), los actos de confusión (artículo 10), los actos de engaño (artículo 11), los actos de descredito (artículo 12), los actos de comparación (artículo 13), los actos de imitación (artículo 14), la explotación de la reputación ajena (artículo 15), la violación de secretos (artículo 16), la inducción a la ruptura contractual (artículo 17), la violación de normas (artículo 18) y los pactos desleales de exclusividad (artículo 19).

103. Ahora, si bien dicha ley establece otras acciones para el control de este tipo de conductas (artículos 20 a 23), lo cierto es que el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 imponía el deber de no incurrir en conductas de competencia desleal, al exigir que la modificación contractual no causará perjuicios injustificados a terceros, en línea con lo dispuesto en el artículo 1 de la última ley en cita, artículo que es la norma base de interpretación de todo ese articulado. En ese orden, se impone verificar si, en los términos propuestos en la demanda y la apelación (numeral 97 *supra*), se configuró un supuesto de competencia desleal en el presente asunto.

104. Los peritos Gilma Guaneme Pinilla, economista, y Jaime Bateman Durán, ingeniero civil (cnds. 6 y 7), designados para determinar si la modificación de la concesión de la SPRC comportó afectaciones en la competencia con las sociedades Contecar y Muelles El Bosque, señaló que las tres sociedades no resultaban comparables ni homologables, como quiera que la SPRC está concentrada en carga contenerizada, mientras que Contecar en cargas generales y Muelles El Bosque en graneles sólidos (fls. 27 y 28, c. 7). Conclusión reiterada en la aclaración solicitada (fls. 10 a 12, c. 8).

105. Igualmente, los referidos peritos fueron enfáticos en señalar que “[a]clarados los factores que definen el desempeño portuario, puede afirmarse que definitivamente los plazos de concesión de las sociedades portuarias no hacen parte de ellos. El plazo puede considerarse una herramienta que puede usar el



Estado para promover inversiones en puertos, **pero de ninguna manera define la condición de competitividad de un terminal en particular**” (fl. 22, c. 6) (se destaca). Finalmente, destacaron el “*avance sin precedentes en los servicios portuarios en el país, debido en gran parte a la aplicación de nueva y cuantiosas inversiones*” (fl. 23, c. 6).

106. Igualmente, los demás dictámenes confirman la viabilidad de la modificación desde el punto financiero y la realización de las inversiones comprometidas en ella.

107. En efecto, en el dictamen solicitado por la parte actora para sustentar sus pretensiones de restablecimiento del derecho y determinar el desequilibrio con otras sociedades portuarias, el perito economista Jorge González Rodríguez³⁹ sintetizó sus conclusiones, así (fls. 513 y 514, c. ppal 3, 1ª instancia):

PROYECCIONES DE CARGA

Las bases usadas para proyectar crecimientos de carga al momento de la solicitud de la modificación n.º 005, así como las proyecciones consignadas en el contrato mismo, son aceptables dado el comportamiento de las variables macroeconómicas citadas, particularmente el PIB de la época.

MODELO FINANCIERO

Desde el punto de vista metodológico, respecto de la modelación desarrollada por la SPRC como sustento de su solicitud, puede afirmarse lo siguiente:

- 1) El modelo fue construido basado en normas financieras y contables aceptadas.*
- 2) Goza de un nivel de detalle que le permite proyectar, con suficiente nivel de certeza, el desempeño financiero futuro de la SPRC.*
- 3) Las consideraciones y valores dados a las variables que lo rigen a futuro resultan razonables para el momento en que fue desarrollado.*
- 4) Los resultados obtenidos constituyeron una fuente confiable para orientar una decisión en torno a la solicitud de prórroga o revisión posterior de condiciones al contrato de concesión de la SPRC, como constaba en la solicitud que motivó la Modificación n.º 005 de 1998.*

La validez de los modelos usados permite concluir la inexistencia de desequilibrio financiero y financiero del contrato de concesión portuario en favor de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena, en detrimento de los intereses de la Nación.

De no haberse modificado el contrato inicial que llegaba en tiempo hasta el 2013, la SPRC como concesionario no habría tenido medios para ejecutar las inversiones previstas en la modificación n.º 005, toda vez que las proyecciones señalaban que se requería de mayor tiempo al inicialmente concesionado para lograr una TIR superior al 12%, la mínima aceptable según la normativa legal vigente del sector portuario en Colombia.

PROYECCIÓN DE UTILIDADES AÑOS 2014 A 2033

³⁹ La parte actora también solicitó aclaración y complementación de este dictamen, sin embargo fueron negadas por extemporáneas (fls. 559 a 561, c. ppal 3, 1ª instancia), sin que esa decisión fuera cuestionada en primera instancia.



A partir del año 2013, las utilidades anuales proyectadas para el ejercicio de la SPRC, en su porción concesionada como Sociedad Portuaria, ascienden a US\$8.498.436 (...).

BENEFICIOS PARA LA COMUNIDAD DERIVADOS DE LAS INVERSIONES DE SPRC

Las metodologías usadas para proyectar beneficios a la comunidad usadas en el estudio aportado por la SPRC, son válidas y conducentes a demostrar que las inversiones aplicadas en el terminal de la SPRC tuvieron por efecto importantes beneficios para el Estado por los pagos de contraprestaciones, impuestos y adquisiciones de inversiones que habrán de revertir, sino por los efectos que estas inversiones tienen sobre el servicio que se presta a la comunidad del comercio exterior.

En atención a los resultados favorables encontrados en 1) los modelos financieros usados para sustentar la solicitud de revisión del contrato, 2) los beneficios que percibe el Estado por contraprestaciones, impuestos, tasa de vigilancia y futura reversión de inversiones, y 3) los beneficios que generan los servicios prestados por la SPRC a la economía nacional, se concluye que no existe desequilibrio financiero en contra de los intereses patrimoniales de la Nación con la celebración y ejecución del contrato de concesión n.º 007 de 1998 y su posterior modificación n.º 005 de 1998.

108. De lo expuesto se observa que el modelo financiero para sustentar la solicitud de modificación de la SPRC era confiable y descartaba la existencia de desequilibrio económico a favor de la SPRC, en detrimento de los intereses de la Nación. Igualmente, la modificación comportó importantes beneficios para la comunidad.

109. Por su parte, el perito Eduardo Vásquez Villegas, ingeniero naval⁴⁰, designado para los mismos efectos del anterior dictamen, pero desde su experticia, en un extenso trabajo, concluyó en similares términos a los arriba expuestos (fls. 429 a 430, c. ppal 3, 1ª instancia).

110. Efectivamente, el perito refirió que la SPRC recibió el puerto de forma “deficiente” (fl. 77, anexo 1-25, Tomo I), al tiempo que describió las condiciones en que encontró el puerto como “muy buenas” (fl. 78, anexo 1-25, Tomo I). Informó que las inversiones de la SPRC, según sus reportes a las entidades de control, para el año de 2005 fueron por el orden de US\$75.285.955 (fl. 79, anexo 1-25, Tomo I). También señaló que la SPRC ha realizado inversiones adicionales por fuera de los compromisos contractuales por valor de \$US\$16.622.217 (fl. 80, anexo 1-25, Tomo I). Por último, llamó la atención sobre los beneficios generados por la SPRC con la modernización portuaria, para lo cual, además de los datos aportados con el

⁴⁰ Frente a este dictamen, la parte actora también presentó solicitud de aclaración y complementación, pero fueron desestimadas por falta de pago de los gastos que implicaban (fls. 591 a 593, c. ppal 3, 1ª instancia), decisión recurrida pero confirmada por el a quo (fls. 607 y 608, c. ppal 3, 1ª instancia).



peritaje, refirió a un estudio de la Universidad Externado sobre el particular (fl. 77, anexo 1-25, Tomo I).

111. El perito contador Juan Carlos Frías Morales⁴¹, dentro de la prueba pericial solicitada por la parte demandada para determinar el monto de las inversiones de la SPRC, el costo de las mismas para esta sociedad y los perjuicios por una posible nulidad de la modificación en estudio, concluyó que la contabilidad llevada por la SPRC cumple con las normas aceptadas en Colombia y fueron aplicadas de manera uniforme. Igualmente, frente a los compromisos de inversión de la SPRC, que de conformidad con la modificación en estudio ascendían a la suma de US\$88.041.479,73, el perito, para diciembre de 1997, determinó que las inversiones ascendían a la suma de US\$41.406.830, mientras que para diciembre de 2006, *“pudo confirmar validez de registro contable producto de este peritazgo”* y, en consecuencia, afirmó que *“se habían adelantado inversiones por un total de US\$82.404560 dólares de EEUU”* (fl. 531, c. ppal 3, 1ª instancia).

112. De esa forma se da cuenta de que las inversiones comprometidas fueron realmente ejecutadas y, por consiguiente, la modificación estuvo precedida de fundamentos que la justificaban. En los términos expuestos, se impone desestimar el cargo en estudio.

113. Finalmente, teniendo en cuenta que los cargos de la demanda y de la apelación sobre la nulidad del modificatorio n.º 005 de 1998 y el restablecimiento del derecho, dependían de la nulidad de la Resolución n.º 720 de 1998, la Sala se releva de estudiarlas de fondo, como quiera que la referida nulidad no está llamada a prosperar. Por la misma razón, también se abstiene de pronunciarse sobre las pretensiones de la demandada de reconvención.

12. Condena en costas

114. Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, norma especial y de aplicación preferente para este tipo de asuntos, con lo cual se resuelve de paso la apelación presentada por la SPRC, cuyos argumentos fueron expuestos en el numeral 16 de esta providencia, relacionados con la falta de pronunciamiento del *a quo* y su procedencia en los términos del Código de Procedimiento Civil.

⁴¹ La parte actora solicitó aclaración y complementación de este dictamen, pero fueron negadas por extemporáneas (fls. 559 a 561, c. ppal 3, 1ª instancia), sin que esa decisión fuera cuestionada en primera instancia.



Radicación número: 13001233100020000029901 (41168)
Actora: Nación-Ministerio de Transporte
Demandado: Sociedad Portuaria Regional de Cartagena y otro
Referencia: Apelación Sentencia-Acción contractual

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 10 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión n.º 3, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF