

PRINCIPIO DE PRECARIEDAD – Revocatoria del acto. Consentimiento del particular afectado

En el asunto bajo examen, la verificación que hicieron las autoridades competentes de los recursos entregados en concesión y que llevó a establecer que las contraprestaciones inicialmente establecidas eran inferiores de las que debieron cobrarse, permite a la Sala a concluir que efectivamente estaban dadas las condiciones para revocar en forma unilateral las Resoluciones 164 y 582 de 1994, pues los errores en que incurrió la propia autoridad concedente y que por manera alguna pueden ser atribuidos al concesionario, la llevaron a cobrar unas sumas que a la postre resultaron inferiores a las que en derecho correspondían. En esas circunstancias, la fijación equivocada de las contraprestaciones a partir de los errores propios en que incurrió la Administración al realizar la medición inicial de las dimensiones de los bienes dados en concesión, determinó que se cobraran unas sumas equivocadas por debajo de las que en efecto debieron cobrarse. Dicho de otra manera, las inconsistencias advertidas, determinaron que los cobros efectuados al concesionario a partir de la homologación de la concesión, no se hicieran sobre la totalidad de las facilidades portuarias que le fueron entregadas a CARBOCOL S.A., lo cual significa, ni más ni menos, que el cálculo de la contraprestación dejó de considerar las áreas restantes, ignorando el carácter oneroso que el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991 le señaló a las concesiones portuarias. Observa la Sala que a partir de la fijación errónea de la contraprestación, dejaron de ingresar a las arcas del Estado parte de las sumas que han debido cancelarse por ese concepto, motivo por el cual la revocatoria unilateral de los actos que fijaron ese valor, tenía en este caso una plena justificación en los términos del artículo 69 del CCA, más aún cuando el concesionario no desvirtuó en el proceso las diferencias que se advirtieron respecto de las dimensiones reales de los bienes de uso público que le fueron entregados a título precario. Aparte de lo expuesto, no puede perderse de vista que ciertamente el artículo 73 del C.C.A. consagra la obligación de obtener el consentimiento expreso y escrito del titular como requisito sine qua non para poder decretar la revocatoria del acto administrativo, a menos que éste sea el resultado del silencio administrativo positivo o haya ocurrido por medios ilegales. La doctrina ha señalado al respecto que el principio de precariedad que es propio de los actos administrativos que habilitan a un particular para usar y gozar en exclusiva y en forma temporal un bien catalogado como de uso público, implica que dichos actos pueden ser revocados en cualquier momento por razones de interés general, sin que sea preciso recabar el consentimiento del particular afectado, por tratarse precisamente de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, cuya destinación principal sigue siendo el uso común del que habla el artículo 674 del Código Civil. Razones superiores de orden constitucional, estrechamente asociadas al interés general, explican que en casos como este pueda la Administración ejercer la potestad de revocación unilateral, debido al carácter precario que es consustancial e inherente a este tipo de actos de habilitación. En otros términos, la Sala considera que la revocatoria total o parcial de las normas que de manera equivocada fijaron el monto de la contraprestación, no se encuentra supeditada al consentimiento expreso y escrito del titular, como si se tratara de derechos plenos derivados de otro tipo de actos administrativos. Por esa razón lo dispuesto en el artículo 73 del CCA y los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado invocados por la sociedad apelante en la sustentación del recurso y en el alegato de conclusión, no pueden tener aplicación en el asunto sub examine.

DERECHO DEL CONCESIONARIO – El valor de la contraprestación debe mantenerse incólume si su cálculo se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico

A partir del anterior razonamiento, resulta pertinente señalar que cuando en el artículo 7° inciso tercero de la Ley 1ª de 1991 se dispone que “Una vez establecido el valor de la contraprestación no es susceptible de modificarse”, no sólo se está consagrando una prohibición para la administración sino que al mismo tiempo se está reconociendo un derecho al concesionario en cuya virtud el valor de la contraprestación debe mantenerse incólume después de establecido. En todo caso, esa prohibición y ese derecho están necesariamente supeditados a que el valor de la contraprestación se haya determinado de conformidad con la ley, pues a juicio de esta Corporación, la prohibición en comento no puede tener aplicación cuando el cálculo de la contraprestación se ha hecho *praeter* o *contra legem*, esto es, al margen de la ley o en contravía de lo que en ella se dispone. En ese orden de ideas, si por un error imputable o no a la propia administración se le cobra al concesionario una suma equivocada por ese concepto, dicha circunstancia no puede convertirse en un obstáculo para que se proceda a su reliquidación, pues al fin y al cabo el derecho del concesionario solo es inmutable en la medida en que haya surgido *secundum legem*, es decir, de conformidad con lo establecido por el legislador. En ese orden de ideas, el hecho de no haberse tenido en cuenta las dimensiones reales de los recursos entregados en concesión, mal puede convertirse en un obstáculo para que la propia Administración entre a modificar por sí y ante sí el valor establecido, pues no puede perderse de vista que una de las principales innovaciones que introdujo la Ley 1ª de 1991, fue precisamente la de consagrar el carácter oneroso de las concesiones portuarias. La prohibición consagrada en el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991 ha de interpretarse en el sentido de que los actos que fijan una contraprestación no pueden ser modificados cuando su cálculo se encuentre conforme al ordenamiento jurídico. No así cuando el valor de la contraprestación se ha establecido de manera errónea y en contravía del principio de legalidad, pues ello equivaldría a prolongar en el tiempo el desconocimiento del carácter oneroso que la misma Ley 1ª de 1991 le señala a las concesiones portuarias. Mantener el error y proyectar sus efectos en el tiempo, resultaría además opuesto al interés general y equivaldría a reconocerle al concesionario el derecho a usar y gozar unos bienes de uso público en forma gratuita, haciendo prevalecer esa equivocación sobre los intereses generales, desconociendo de manera palmaria e inadmisiblemente la obligación de cancelar la contraprestación establecida por el Estatuto Portuario y sus decretos reglamentarios.

IRRETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – Principios de confianza legítima y seguridad jurídica

Por otra parte la Sala considera que las objeciones planteadas por la actora con respecto a la aplicación retroactiva de la nueva contraprestación, tienen vocación de prosperidad, pues estima la Sala que los efectos de los actos administrativos demandados no pueden extenderse hacia el pasado por estrictas razones de confianza legítima y seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica, propio de un Estado Social de Derecho como el nuestro, responde a un deseo de orden, de tranquilidad y certidumbre en las relaciones jurídicas y presupone, entre otras cosas, la irretroactividad de las leyes y actos administrativos desfavorables o restrictivos. En ese orden de ideas, como quiera que la fuerza vinculante de una decisión administrativa no puede retrotraerse hacia el pasado, la Sala considera que el hecho de que los actos demandados hayan dispuesto la aplicación de la nueva contraprestación desde el momento en que se produjo la homologación de

la concesión de conformidad con las disposiciones de la Ley 1ª de 1991, contraría ese principio. En cuanto a la violación del principio de confianza legítima, no podría pasarse por alto el hecho de que la firma concesionaria venía cancelando el valor de la contraprestación que le fue señalado por las propias autoridades que profirieron el acto de homologación, con el más absoluto convencimiento de que su monto había sido calculado conforme a derecho. Al haberse gestado de manera razonable y legítima esa situación de confianza a partir de la decisión inicial adoptada por la administración, no puede admitirse entonces que las autoridades, escudadas en su propia equivocación, vengan ahora a exigir el pago retroactivo de las sumas que debieron cobrar desde el día de la homologación, por cuanto ello equivaldría a trasladar a la esfera de responsabilidades de concesionaria las consecuencias de la torpeza en que incurrieron las autoridades portuarias.

FUENTE FORMAL: LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 7 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 19 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 20 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 21 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 22 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 23 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 24 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 25 / DECRETO 2147 DE 1991 – ARTICULO 26 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 69 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 73

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00466-01

Actor: CERREJON ZONA NORTE S. A

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas y se denegaron las pretensiones de la demanda.

1.- COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 237 de la Constitución Política; en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia; en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

2.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

La sociedad **CERREJÓN ZONA NORTE S.A.**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se despachen de manera favorable las siguientes:

2.1.1 Pretensiones

- **Primera pretensión principal:** Que se declare la nulidad de la Resolución 4245 de 26 de junio de 2003, proferida por el Ministerio de Transporte, *“Por la cual se modifican las Resoluciones 0164 y 528 de 1994, expedidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte”*
- **Segunda pretensión principal:** Que se declare la nulidad de la Resolución 346 de 19 de marzo de 2004, proferida por el Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones –INCO-, *“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4245 de 26 de junio de 2003 emitida por el Ministerio de Transporte”*, que confirmó lo decidido en ese acto administrativo.
”
- **Tercera pretensión principal:** Que a título de restablecimiento del derecho se adopten las siguientes decisiones:
 - Que se declare que la demandante no adeuda suma alguna por el uso de playas y terrenos de bajamar entre el período comprendido el 7 de junio de 1994 y el 30 de junio de 2003.

- Que se condene de manera solidaria a la Nación – Ministerio de Transporte y al Instituto Nacional de Concesiones –INCO-, a pagar el valor de la caución que la sociedad actora tuvo obtener para garantizar el pago de las sumas ordenadas por los actos demandados, más los intereses que esas sumas generen liquidados a la máxima tasa legal vigente.

- **Cuarta pretensión principal:** Que se condene a las demandadas a pagar a la demandante las costas y agencias en derecho del presente proceso.

2.1.2 Pretensiones Subsidiarias:

- **Primera pretensión subsidiaria:** Que en subsidio de la primera pretensión principal, se declare la nulidad de los artículos 1° y 3° de la Resolución 4245 de 2003, expedida por el Ministerio de Transporte, en lo que ver con el pago de las sumas allí mencionadas, por no haberse dado cumplimiento a las normas en que debía fundarse ese acto administrativo.
- **Segunda pretensión subsidiaria:** Que en subsidio de la tercera pretensión principal y a título de restablecimiento del derecho, se disponga la reliquidación de la contraprestación por el uso de playas y terrenos de bajamar de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 3° de la Resolución 040 de 1992, expedida por la SGP, teniendo como horizonte de la Concesión Portuaria el período de nueve (9) años, contados desde la ejecutoria de la Resolución 582 de 1994, es decir, por el período comprendido entre 1994 y el 30 de junio de 2003.
- **Tercera pretensión subsidiaria:** Que se condene de manera solidaria a la Nación-Ministerio de Transporte y al INCO a pagar el valor de la caución que la demandante tuvo que obtener para garantizar el pago las sumas a que se refieren las resoluciones impugnadas, incluyendo los intereses correspondientes, liquidados a la máxima tasa legal vigente.

2.1.3. Los hechos que le sirven de fundamento.

En la demanda se señalan como tales los antecedentes que dieron lugar a la expedición de los actos demandados,¹ destacando particularmente lo siguiente;

a.- Que en el año 1982, CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL-, solicitó una autorización a la DIMAR para construir un complejo portuario destinado a la explotación y exportación de carbón en la zona de Bahía Portete (Departamento de La Guajira) y se le dieran en concesión los terrenos de bajamar aledaños al mismo.

b.- Que mediante oficio UINF T. 07.145 de 12 de febrero de 1982, el Departamento Nacional de Planeación, determinó que la proyectada concesión portuaria no se encontraba sujeta a ninguna contraprestación.

c.- Que mediante la Resolución 503 de 1983, la DIMAR concedió la autorización solicitada por el término de 20 años prorrogables, de acuerdo con los planos, estudios y cálculos estructurales previamente diseñados, quedando CARBOCOL con la obligación de revertir a la Nación las construcciones al término de la concesión, la cual fue protocolizada mediante Escritura Pública 749 de la Notaría Veintiséis del Círculo de Bogotá.

d.- Que mediante Resolución 1575 del 11 de octubre de 1998, el Director de la DIMAR declaró que CARBOCOL cumplió con sus obligaciones y que las obras portuarias realizadas se ajustaron a la Resolución 503 de 1983.

e.- Que el artículo 1° del Estatuto de Puertos (Ley 1ª de 1991), dispuso que seguirían vigentes las concesiones otorgadas con anterioridad a su expedición para la utilización terrenos de playa y bajamar.

f.- Que dicha Ley fue reglamentada por las Resoluciones 040 de 26 de junio de 1992, 022 y 719 de 1993 de la Superintendencia General de Puertos, en las cuales se fijaron los parámetros para calcular la contraprestación correspondiente, de conformidad con la metodología aprobada por el CONPES, adoptada mediante Decreto 2147 de 1991.

g.- Que la Resolución 164 de 1994 expedida por la Superintendencia General de Puertos fijo en US\$648.348 el monto de la contraprestación que CARBOCOL

¹ Folios 4 a 17 cuad. ppal.

debía pagar por el uso de playas y terrenos de bajamar en 150 metros de longitud, contra la cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido en el sentido de reducir oficiosamente dicha suma a US\$507.566.92, por haberse tomado una extensión de playa equivocada.

h.- Que el Decreto 20 de 15 de noviembre de 2000, aprobó el programa de enajenación de la participación estatal en el complejo carbonífero el Cerrejón y se dispuso la constitución de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE (ZN), a la cual habrían de transferirse la mayoría de los derechos, bienes y obligaciones de CARBOCOL y el Ministerio de Transporte, por su parte, mediante Resolución 3166 de 2000 autorizó la cesión de la concesión a favor de la nueva sociedad.

i.- Que la Superintendencia del ramo mediante concepto del 5 de agosto de 1999, recomendó verificar la longitud de playa y de los terrenos de bajamar a efectos de ajustar el monto de la contraprestación, lo cual permitió establecer que la longitud de playa era de 232 metros. Al respecto la actora puso de presente que en su momento CARBOCOL no ocultó ninguna información, al especificar en los planos remitidos a la DIMAR en 1983 la ubicación y dimensiones de la infraestructura portuaria.

j.- Que los hallazgos antes mencionados se explican por la forma como se midió la longitud de playa.

2.1.4. Las normas violadas y el concepto de la violación

La actora considera que los actos demandados son violatorios de los artículos 209 de la Constitución Política; 7° de la Ley 1 de 1991; y 35, 73 y 84 del Código Contencioso Administrativo. Además de ello, violan el Plan de Expansión Portuario 1991-1993 adoptado mediante Decreto 2147 de 1991 y las Resoluciones 040 de 1992 y 719 de 1993 de la Superintendencia General de Puertos. Contienen igualmente una falsa motivación y son contrarios a los principios de irretroactividad de la revocatoria directa y confianza legítima. Al explicar el concepto de su violación adujo lo siguiente:²

a.- PRIMER CARGO.- Violación de normas superiores.

² Folios 18 a 31 ibídem

En cuanto a la violación directa del artículo 7° de la Ley 1 de 1991, explica que dicha ley fijó como elemento esencial del contrato de concesión portuaria el pago de una contraprestación económica, y señaló que la metodología para calcularla sería definida en los planes de expansión portuaria, correspondiendo el 80% a la Nación y el 20% al municipio o distrito en donde opere el puerto, y una vez establecida la contraprestación no es susceptible de ser modificada, salvo en el caso previsto en el artículo 17 *ejusdem*, esto es, cuando medie un cambio en las condiciones de la concesión.

Considera que al no haberse variado el objeto de la concesión otorgada a CARBOCOL no podía modificarse el monto de la contraprestación, tal como lo reconoció la Superintendencia General de Puertos en comunicación enviada a la Contraloría General de la República el 19 de agosto de 1999, en donde expresó que al no haber cambios en la concesión no era procedente variar el monto de la contraprestación.

Sin embargo, el Ministerio de Transporte varió el monto de la contraprestación, 9 años después de haberse dado la concesión, invocando la potestad que tiene para modificar los actos administrativos contrarios a ley y que ocasionen perjuicios a la Nación, pues el cálculo de la contraprestación inicialmente fijada no corresponde a la realidad de las facilidades portuarias entregadas por la DIMAR. No obstante la Resolución 4245 de 2003, mediante la cual se adoptó esa determinación, apenas insinúa que se descubrió la existencia de dos estructuras portuarias diferenciadas: un muelle de cargue y otro de suministros que incluye una plataforma Roll On / Roll Of, de las cuales tenía conocimiento la Administración desde cuando se otorgó la concesión en 1983.

En lo que atañe a la violación del artículo 73 del C.C.A., señaló que ella se concreta en el hecho de que los actos demandados se hayan expedido sin haber solicitado y obtenido previamente el consentimiento escrito y expreso de la sociedad actora.

b.- SEGUNDO CARGO.- Falsa motivación e infracción de los artículos 209 de la Constitución Política; 35 y 84 del C.C.A.; del Plan de Expansión Portuario 1991-1993 contenido en el Decreto 2147 de 1991 y de las Resoluciones 040 de 1992 y 719 de 1993 de la Superintendencia General de Puertos.

El cargo se plantea bajo la consideración de haberse incurrido en los errores de hecho y de derecho que enseguida se exponen:

Con respecto a la falsa motivación por error de hecho, argumenta la actora que no es cierto que la reliquidación de la contraprestación se haya sustentado en el hallazgo de una nueva infraestructura o en la inexactitud de la información suministrada por CARBOCOL, sino en la aplicación de distintos criterios al medir la longitud de la playa desde las estructuras donde se encuentran ubicados los delfines de atraque y los de amarre, lo cual atenta contra la seguridad jurídica.

Destacó que en el formulario de registro de las instalaciones de muelles privados y públicos presentados por CARBOCOL, aparece consignada la existencia del muelle de suministros y de los delfines de atraque y amarre y se indicó igualmente que aunque la longitud de línea de playa era de 140 metros, la longitud de la línea de atraque era de 340 metros.

En relación con la falsa motivación por error de derecho, expresa que la Resolución 4245 de 2003 aplicó equivocadamente una tabla contenida en la Resolución 719 de 1993 que regula supuestos de hecho diferentes. En otras palabras, al no haberse reglamentado el cálculo de la contraprestación de muelles de suministros en Puerto Bolívar, no puede la autoridad portuaria reliquidar una contraprestación aplicando criterios referidos a otro tipo de infraestructuras.

Según su criterio, debió aplicarse el artículo 3° de la Resolución 040 de 1992, para establecer el verdadero cálculo del valor del recurso con las mismas reglas que fueron aplicadas para determinar los valores del recurso y el monto de la contraprestación en los 38 casos analizados en las tablas expedidas por la Superintendencia General de Puertos, *“...lo cual no es precisamente la determinación de una proporcionalidad aritmética de una longitud de playa, sino que encierra la utilización de diferentes variables que tienen incidencia en los costos de las obras o actividades portuarias para adecuar el o los muelles, el canal de acceso conforme a complejas fórmulas matemáticas que son necesarias para determinar el valor del recurso como se establece en el Documento CONPES y en el Decreto 2137 de 1991, Plan de Expansión Portuario 1991-1993.”*

Concluye afirmando que de existir algún error en el dato de longitud de playa de 140 metros que figura en el formulario, el mismo resulta irrelevante, pues es deber

de la Administración confrontar la información contenida en el formulario con la de los planos que se anexaron al momento de solicitar la homologación de la concesión.

c.- TERCER CARGO.- Violación de los principios de irretroactividad de la revocatoria directa y confianza legítima.

Señala la actora que la revocación de un acto administrativo solo produce efectos hacia el futuro. A pesar de no haberse probado que CARBOCOL indujo en error a la Administración, se están dando efectos retroactivos a la decisión, al cobrarle a la empresa demandante las sumas que según la nueva liquidación se dejaron de percibir desde el año 1994 y, además, al aplicar los datos de la tabla contenida en la Resolución 719 de 1993 calculados para una concesión promedio de 20 años, lo cual hace que la cifra se imponga desde 1983, cuando no estaba obligada a pagar contraprestación alguna, como se expresa en la página 12 de la Resolución 4245 de 2003 demandada.

En cuanto a la violación del principio de confianza legítima, argumenta que la Administración debe obrar de manera coherente y respetar sus propios actos, sin que pueda modificar sus posiciones en forma intempestiva, menos aún cuando ese cambio obedece a la adopción de nuevas interpretaciones por parte de los funcionarios en cuanto a la forma de medir la longitud de playa para el cálculo de la contraprestación, situación que el ordenamiento jurídico quiso evitar al establecer en el artículo 7° de la Ley 1° de 1991 la inmodificabilidad de la contraprestación.

3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Tanto el Ministerio de Transporte como el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO- se opusieron a las pretensiones de la demanda.

El Ministerio señaló que si bien el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991 pretende otorgar certeza a los concesionarios portuarios con respecto al valor de la contraprestación que deben cancelar durante la vigencia de la concesión, la imposibilidad de modificar su valor depende de que la misma haya sido calculada de manera correcta de acuerdo con las disposiciones vigentes, pues mal podría pensarse que no es viable recalcular contraprestaciones resultantes de errores aritméticos cometidos al aplicar

las fórmulas correspondientes, pues tal interpretación ocasionaría un detrimento patrimonial para el Estado.

En ese orden, al calcularse el valor de la contraprestación a partir de valores o factores equivocados, la Administración debe efectuar un nuevo cálculo para establecer su valor real.

Puso de presente además que el artículo 73 del C.C.A. permite la revocación parcial de un acto administrativo cuando ello sea necesario para corregir errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión. Así las cosas, como quiera que la contraprestación inicialmente fijada se calculó tomando una longitud de playa equivocada, resultaba procedente su corrección, sin necesidad de solicitar el consentimiento del titular, máxime cuando la homologación de la concesión otorgada a CARBOCOL quedó incólume.

Por otra parte, desmintió la afirmación según la cual la Resolución 4245 de 2003 se fundamentó en el hallazgo de dos tipos de infraestructuras portuarias, pues ellas eran conocidas por la Administración desde cuando se autorizó la construcción del complejo portuario, por lo que la interpretación de la demandante es errónea. Según explica, el recálculo se hizo por no haberse tenido en cuenta la verdadera longitud de los bienes de uso público utilizados.

Desestimó el cargo referido a la violación del principio de confianza legítima, argumentando que con él se busca proteger situaciones particulares favorables, y en este caso no se cumple dicho requisito, por cuanto la Resolución 164 de 1994 antes de crear una situación favorable al actor, en realidad puso a todos los concesionarios en igualdad de condiciones, frente al cálculo de las contraprestaciones respectivas.

El INCO,³ por su parte, explicó que la inmodificabilidad de la contraprestación portuaria, no era una regla axiomática aplicable a los contratos de concesión portuaria, sino a todos los negocios bilaterales. Añadió a lo anterior que la Administración no está obligada a soportar indefinidamente en contra del erario su propio error o el error inducido por terceros, más aún cuando en el presente asunto la contraprestación se fijó a partir de unos supuestos de hecho y bases de cálculo que no correspondían a la realidad, dado que la línea de playa es de 355 metros y no de 150 metros, como inicialmente se consideró.

³ Folios 2 a 40 Cuaderno 2.

En lo atinente a la pretendida violación del artículo 73 del C.C.A., precisa que las decisiones demandadas se adoptaron porque las Resoluciones 164 y 582 de 1994 eran manifiestamente contrarias a la ley y perjudiciales para la Nación, dado que los recursos entregados en concesión no correspondían a las facilidades portuarias otorgadas, por lo que el derecho subjetivo reconocido en contradicción con la ley no merece protección.

Desmintió el cargo referido al supuesto error de hecho cometido al proferir las Resoluciones 164 y 582 de 1994, pues mientras los recursos realmente entregados eran de 355 metros de línea de playa y 6 metros de profundidad para el muelle carbonero, y 73 metros de playa y 4,50 metros de profundidad para el muelle de suministros, el cálculo inicial se hizo tomando una longitud de playa de 150 metros y una profundidad de 7 metros. Por otra parte, destacó que la actora ni siquiera intentó probar que las dimensiones del recurso público entregado en concesión fuese menor al que aduce la Administración.

Explica que además del muelle especializado en el cargue de carbón, en Puerto Bolívar existen otras dos facilidades portuarias integradas por: el muelle de suministros y el muelle Roll On – Roll Off, que son utilizados como apoyo de las operaciones del puerto y del complejo minero de Cerrejón ZN. El muelle de suministros puede recibir buques hasta de 12 000 DWT (tonelaje de peso muerto, por sus siglas en inglés *Deadweight tonnage*) con carga general suelta y en contenedores, y está equipado con tuberías y sistemas de bombes y almacenamiento que permite el atraque de hasta 25 000 DTW.

Por otra parte, como en las Resoluciones 040 de 1992 y 719 de 1993 no se incluyó una tabla específica para el cálculo de la contraprestación para terminales especializados en el manejo de carga general, se toman como base las tablas 33 o 36 de la misma Resolución, que son idénticas en fijar el valor para el rango de profundidad entre 4.8 metros y 10.1 metros. De conformidad con el artículo 23 del Decreto 2147 de 1991, la longitud de playa es determinante en el cálculo de la contraprestación y como las tablas de las Resoluciones 040 y 719 están calculadas para una línea de playa de 200 metros, debía ajustarse la proporcionalidad para el frente de playa que la demandante ha venido utilizando de 355 metros, correspondientes al muelle para cargue de carbón y 73 metros al muelle de suministros Ro-Ro.

Además de lo expuesto, señaló que el error no es fuente de derechos y lo que en últimas hizo la Administración fue corregir el yerro del cálculo inicial, precisando que los actos administrativos con objeto pecuniario no crean derechos ni consolidan a favor del administrado un error de la Administración.

Expresa que el principio de confianza legítima procura evitar que intempestivamente se modifiquen situaciones toleradas o consentidas en el pasado, sin otorgar el tiempo necesario de reacondicionamiento. Es así como se concedieron diversas oportunidades de participación al administrado, y como sustento de su dicho relaciona y describe algunos de tales eventos. En consecuencia, al no estar instituido el principio de confianza legítima para prolongar situaciones irregulares o contrarias a ley o para impedirle a la Administración modificar sus propios actos cuando la legalidad así lo imponga, y al no haberse adoptado las decisiones cuestionadas en forma intempestiva, no hubo desconocimiento del principio invocado. Concluir lo contrario sería tanto como inaplicar el artículo 69 del C.C.A. o aceptar que a la Administración le está vedado modificar sus propios actos.

Finalmente, propuso como excepciones las de “*procedimiento equivocado*” e “*inepta demanda*”.

4. LA SENTENCIA RECURRIDA

Luego de abordar el estudio y definición de las excepciones propuestas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones⁴:

En primer lugar, luego de referirse en términos generales al régimen de los bienes de uso público y al uso de las playas marítimas, expresó que éstas son inalienables, inembargables e imprescriptibles, lo cual explica la imposibilidad de que tales bienes salgan del dominio del Estado. No obstante lo anterior, pueden ser otorgados en concesión a particulares, sin que pierdan su naturaleza y sin puedan alegarse derechos subjetivos sobre los mismos, conservando el Estado sus poderes de policía administrativa, protección, control y administración. Por lo expuesto, las

⁴ Folios 544 a 580 ibídem.

concesiones pueden ser revocadas o rescindidas en cualquier momento por razones asociadas al interés general.

En el asunto bajo examen, tanto la Administración como el concesionario reconocen que la contraprestación fijada se sustenta en un error que, si bien no fue inducido por el concesionario y que la Administración reconoce como propio, enseña que la contraprestación liquidada es inferior a la debida, considerando las verdaderas dimensiones del bien entregado en concesión. En ese orden, no es dable afirmar que se le haya ocasionado un daño resarcible al concesionario, cuando en realidad ha venido usufructuando los terrenos de playa y bajamar desde el otorgamiento de la concesión y la fecha en la cual se procedió a la reliquidación de la contraprestación, sin que hubiese retornado el valor que realmente le correspondía por tal concesión, en detrimento del interés general al cual están afectados todos los bienes de uso público que le fueron concedidos.

Así las cosas, al rectificarse el error mediante la expedición de los actos demandados, el Estado obró en ejercicio de las funciones de garantía, protección y recuperación de los bienes de uso público. Admitir lo contrario sería tanto como aceptar que la concesión otorgada le ha generado a la actora un derecho inmanente en detrimento del interés general, cuya prevalencia es de rango constitucional. Por lo tanto, mal puede colegirse que al variarse el monto de la contraprestación inicialmente fijada, se incurrió en la violación del artículo 7° de la Ley 1ª de 1991, como si esos bienes estuviesen sujetos a limitaciones de orden privado, razón por la cual tampoco procedía solicitar el consentimiento expreso del concesionario en los términos del artículo 73 del C.C.A.

Lo anterior es más patente cuando se advierte que el concesionario está usufructuando unos bienes por los cuales no está pagando suma alguna, escudándose en un error que no está llamado a generar ningún derecho en su favor. Por lo mismo, es claro para el *a quo* que se generó un daño a la comunidad en general y al erario, al dejarse de cancelar lo que en derecho correspondía por la afectación de bienes de uso público. En ese orden, le competía obligadamente a la Administración corregir el error, tal como lo hizo con la expedición de las resoluciones acusadas, con lo cual se restableció el equilibrio y se impidió la apropiación privada de bienes públicos.

Sobre la falsa motivación por error de hecho, el Tribunal puso de presente que la reliquidación contenida en los actos acusados no se basó en un hecho desconocido sobre la infraestructura existente en la zona concesionada, sino en un error sobre la longitud de la playa.

Sobre el error de derecho derivado de la aplicación de las tablas contenidas en una resolución que no contemplaba el monto de la contraprestación del muelle de suministros de Puerto Bolívar, el Tribunal señaló que el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991 dispuso que “*Todas las sociedades portuarias pagarán una contraprestación por las concesiones portuarias*”, en donde también se estableció que el Gobierno Nacional debía fijar periódicamente la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones. Por lo mismo, no son los reglamentos expedidos por la Administración los que consagran la obligación de pagar la contraprestación, sino la propia Ley 1ª de 1991. En ese orden, los reglamentos se limitan simplemente a fijar la metodología para calcular su monto.

Por último, el Tribunal encuentra inconsistente la demanda, cuando en ella se solicita que de no estimarse violado el principio de legalidad, se de aplicación a las tablas fijadas por la Resolución 040 de 1992, dado que en la Resolución 4245 de 1993 se tomaron las tablas números 33 a 36 de la resolución 719 de 1993, al fijarse en ellas el valor del recurso para un rango de profundidades de 4,8 y 10,1 metros de las zonas portuarias para la exportación de carbón de Bahía Portete, es decir, las que serían aplicables a la concesión otorgada a la demandante.

Por otra parte, el Tribunal señaló que por tratarse de unos bienes de uso público, los concesionarios no pueden invocar derechos de contenido particular en detrimento del interés general, especialmente cuando las dimensiones del recurso concedido no son las correctas.

Adicional a lo anterior, el *a quo* observa que al concesionario se le informó acerca del hallazgo de un posible detrimento patrimonial encontrado por la Contraloría General de la República, por el errado cálculo de la contraprestación fijada. Por lo mismo, antes de adoptarse la Resolución 4245 de 2003, entre los meses de agosto de 2002 y enero de 2003, el Director General de Transporte Marítimo y Puertos dirigió varios oficios al Segundo Suplente del Presidente de CERREJÓN ZONA NORTE, los cuales dan cuenta de que esa empresa tuvo conocimiento oportuno y permanente de las gestiones que adelantaba la Administración para verificar las dimensiones de

los recursos entregados en concesión y evaluar la procedencia de efectuar un recálculo de la contraprestación, con el objeto de dar cumplimiento a los mandatos legales sobre bienes de uso público.

Por lo expuesto, no puede alegarse el desconocimiento del principio de confianza legítima, pues desde 1991 se impuso el deber de pagar contraprestaciones por las concesiones o permisos otorgados para el usufructo de bienes de uso público, fijando en su momento los parámetros, fórmulas y datos para calcularlas y, especialmente, porque las resoluciones corrigieron el error de cálculo partiendo de la situación real de los bienes concesionados, ante la imperiosa necesidad de ajustar el monto de las contraprestaciones al ordenamiento jurídico.

5.- EL RECURSO DE APELACION

La parte actora, inconforme con el fallo proferido por el Tribunal de origen, puntualizó sus objeciones de la siguiente manera:⁵

En primer término, considera que la sentencia apelada no tuvo en cuenta los elementos objetivos de la controversia y dejó de atender el problema jurídico de la misma, pues la Administración no podía alegar su propio error para revocar unilateralmente un acto administrativo creador de situaciones jurídicas particulares y concretas, ocupándose de sentar unas premisas que no han estado en discusión, como la naturaleza de bien público de las playas y la no gratuidad de su uso.

La parte actora manifestó que jamás ha tenido la pretensión de lucrarse gratuita e indebidamente con los bienes de uso público que le fueron concedidos ni de aprovecharse del error de la Administración para pagar unas sumas de dinero inferiores a las que corresponden, pues lo que realmente busca es que la Administración utilice los cauces legales para obtener la revocación del acto administrativo que le confirió derechos particulares y se le respeten las situaciones jurídicas consolidadas.

Los actos demandados se fundamentaron esencialmente en la consideración de que la contraprestación por el uso de playa y terrenos de bajamar había sido fijada

⁵ Folios 592 a 608 ib.

con base en informaciones equivocadas suministradas por CARBOCOL y que indujeron a error a la Administración, por lo cual podía revocar sus propios actos según lo preceptuado en el artículo 73 del C.C.A.

De las pruebas que obran en el expediente se desprende que la expedición de los actos acusados no obedeció a un error de la Administración inducido por el concesionario, sino a un cambio de interpretación por parte de ella, en desarrollo de la cual modificó los criterios que aplicó al determinar el valor del recurso concedido y liquidar la contraprestación.

El cambio de posición de la Administración respecto de la forma de medir el recurso concedido, aparece plasmado en los siguientes documentos:

- **La copia de la Resolución 1575 de 1988 de la Dirección General Marítima y Portuaria**, en la cual se *“declara la conformidad de las instalaciones del Puerto Carbonífero Privado de Puerto Bolívar con los planos y especificaciones aprobadas”* y se admite que dicha entidad constató la existencia y calidades de las instalaciones portuarias construidas, lo que significa que la Administración conocía desde 1988 los planos, especificaciones y detalles de los muelles carboníferos construidos por el concesionario a través de su operador INTERCOR⁶ y del constructor contratado para el efecto, la sociedad MORRISON KNUDSEN COMPANY INC.

La precitada Resolución cobra importancia a la luz de la Resolución 4245 de 2003, en la que se expresa que dada la renuencia de la actora en el sentido de allegar la información topográfica y barimétrica que se presentó ante la DIMAR para obtener la concesión portuaria, se acudió a los planos originales del proyecto elaborado por la firma MORRISON KNUDSEN COMPANY INC., lo cual demuestra que la información que en el 2003 condujo a modificar la contraprestación, es exactamente la misma que se menciona en la Resolución 1575 de 1988, la cual estaba en manos de la Administración desde entonces.

- **La copia del oficio LGI 0294-92 de octubre 27 de 1992 y del “Formulario de Registro de las Instalaciones de Muelles Privados y**

⁶ International Colombian Resources Corporation.

Públicos”, en donde aparece la constancia de que CARBOCOL le entregó a la Superintendencia de Puertos toda la información relacionada con las especificaciones de los muelles de Puerto Bolívar, con base en la cual se liquidó la contraprestación portuaria en el año 1994. En ella el concesionario informó que su muelle carbonífero tenía una longitud de 170 metros con una línea de atraque de 340 metros, para lo cual se utilizaba una longitud de playa de 140 metros, y que a su lado estaban los muelles de suministros y Roll On/Roll Off. En ese mismo formulario se explica que el muelle contaba con 6 piñas de amarre y 3 piñas de atraque, que permitían que en el muelle de 170 metros atracaran buques hasta de 340 metros.

- **La copia del oficio LGI-0080-93 de 26 de marzo de 1993**, mediante el cual INTERCOR le envió a la Superintendencia de Puertos el formato de registro de operador portuario, junto con una serie de documentos, entre los que se destacan los indicados en su numeral 5° denominados *“Especificaciones y Longitud del Muelle de Carbón”*, las que se encuentran descritas en el Manual de Información Portuaria y de Análisis y Protección de Muelles que se dice adjuntar.

De acuerdo con lo anterior, no es cierto que en el año 2004 la Administración haya encontrado que la longitud del recurso era de 335 metros, pues para la fecha en que se expidieron las Resoluciones 164 y 582 de 1994, mediante las cuales se otorgó la concesión, la Administración ya sabía: (i) que la extensión de playa otorgada en concesión era de 140 metros; (ii) que partiendo de dicha playa y entrando en el mar, el concesionario había construido un muelle en forma de “T” con una extensión de 170 metros; (iii) que para asegurar el atraque de buques de superior longitud, el concesionario había construido, alejados del muelle mismo, unas piñas o delfines de atraque, que no eran más que unos mojones para asegurar las embarcaciones, y (iv) que parte de las instalaciones mencionadas eran el muelle anexo de suministros y el embarcadero Roll On Roll Off.

En tales circunstancias, resulta claro que la Administración cambió de posición y decidió que la longitud de la playa no era lo determinante para establecer la contraprestación, sino que debía tenerse en cuenta el total que en el mar tenían los mojones de amarre y de atraque, por lo cual pasó de una contraprestación basada en 150 metros de línea de playa a una basada en 335 metros de línea de atraque.

De otra parte e invocando algunos pronunciamientos de esta Corporación, señala que si bien la Administración puede revocar directamente actos administrativos cuando la expresión de la voluntad del Estado nace viciada por violencia, error o dolo, ella también ha precisado que cuando se habla del error, no se está haciendo referencia a fallas comunes o a equivocaciones de la Administración nacidas de su propia imprevisión o de la falta de análisis o conocimiento de los temas sometidos a su consideración, pues de ser así se llegaría a la antijurídica conclusión de que la Administración podría corregir cualquier falacia originada en su propia desidia o superficialidad. El error al cual se alude es el error grave e irresistible que ha sido inducido en forma engañosa por el interesado, como ocurriría en el evento en que éste suministre informaciones contrarias a la verdad que lleven a la adopción de determinaciones equivocadas. En otros términos, no es posible revocar un acto administrativo particular *“cuando la Administración simplemente ha incurrido en un error de hecho o de derecho, sin que tenga en ello participación el titular del derecho.”*⁷

6.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En los correspondientes escritos⁸ las actora y la demandada alegaron de conclusión manifestando en resumen lo siguiente:

El apoderado del CERREJÓN ZONA NORTE, además de reiterar los argumentos de la apelación, puntualizó el problema jurídico a resolver diciendo que este consiste en establecer si las entidades demandadas estaban facultadas para modificar de manera unilateral e inconsulta, invocando su propio error, el monto de la contraprestación que había sido fijado 9 años antes por concepto del uso de playas y terrenos de bajamar en la zona de Puerto Bolívar, y para revocar sin intervención judicial el acto administrativo que creó una situación particular y concreta en cabeza de la actora. Por otra parte, puso de presente que la discusión planteada no se origina en la intención de prevalerse del error de la administración para abstenerse de pagar torticeramente unas sumas de dinero a las que estuviera obligada, sino en el propósito de preservar su legítimo derecho a que se le apliquen los cauces legales para obtener la revocatoria del acto administrativo

⁷ Sección Segunda, Sentencia 4260 de 6 de mayo de 1992, Consejera ponente Clara Forero de Castro.

⁸ Folios 8 a 16 y 17 a 34 cuaderno 2.

que le otorgó los derechos particulares y concretos ya mencionados en esta providencia. Insistió además en señalar que cuando se fijó el valor de la contraprestación en el año 1994, el cálculo de la misma se hizo teniendo en cuenta solamente la longitud de la playa utilizada para la construcción del muelle y en el año 2004, al proferir los actos demandados, varió su criterio anterior al considerar que también debía tenerse en cuenta la longitud total de los muelles de atraque construidos en terrenos de bajamar, lo cual explica que el cálculo de la nueva contraprestación, basada inicialmente en 150 metros, haya pasado a ser calculada en 335 metros de línea de atraque. Todo ello se explica, según afirma, porque el Decreto 2147 de 1991 y las Resoluciones 040 de 1992 y 719 de 1993, no determinaban con claridad los criterios para efectuar el cálculo de la contraprestación, el cual quedó librado a la discrecionalidad de la administración. Por lo mismo, insiste en la adopción de una decisión favorable a sus pretensiones, fundando su demanda en las normas del Código Contencioso Administrativo y en la jurisprudencia del Consejo de Estado que tratan de la revocatoria directa.

El apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura (antes INCO), luego de reseñar cronológicamente los antecedentes que dieron lugar al otorgamiento de la concesión portuaria otorgada a CARBOCOL, a la cesión que se hizo a favor de la actora y a la homologación que se gestionó dentro del marco de la Ley 1ª de 1991, pasó a referirse al proceso de revisión de la contraprestación económica por el uso de playas y terrenos de bajamar que se inició a instancias de la Contraloría General de la República y a partir de los estudios técnicos que se realizaron para ese propósito, en los cuales se concluyó: que *“Al revisar el expediente y específicamente la información suministrada por la sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL para el Reglamento Técnico de Operaciones en su página 5/52 el Muelle carbonífero presenta una longitud de 172 metros y una profundidad máxima de 19 metros (58 pies). Además la existencia del Muelle de Provisiones y Mercancías con 282 metros de longitud y el Embarcadero Roll On/Roll Off.”*

Como consecuencia de la verificación del recurso de línea de playa y los terrenos en bajamar utilizados por el puerto, el Ministerio de Transporte encontró procedente modificar el valor de la contraprestación inicialmente estipulada a cargo de la concesionaria, señalando que el nuevo valor se haría efectivo en forma retroactiva a partir de la fecha en que se hizo exigible su cancelación.

A juicio de la demandada, el resultado de la verificación es indicativo de que la información proporcionada por CARBOCOL al diligenciar el “*Formulario de Registro de las Instalaciones de Muelles Privados y Públicos*”, no correspondía a las dimensiones reales de las estructuras portuarias como tampoco a las longitudes de playa ni a la línea de atraque suministradas al momento de solicitarse el otorgamiento de la concesión.

Si bien admite que la conducta de la firma solicitante no fue dolosa, considera que al menos sí fue gravemente culposa y contraria al principio de buena fe, al presentar en forma incorrecta los datos solicitados por la autoridad concedente sobre la magnitud del recurso que les fue otorgado en concesión. Por lo mismo y de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1ª de 1991, el Estado tiene la prerrogativa de variar el plazo y el valor de la contraprestación, ante cualquier cambio en las condiciones de la concesión.

Bajo tal hipótesis, no resultaba pertinente la aplicación del principio de inmutabilidad de la contraprestación consagrado en el artículo 7º de la Ley General de Puertos, pues en este caso la autoridad pública concedente puede hacer uso de sus potestades excepcionales para adecuar la contraprestación a las reales condiciones fácticas y jurídicas, aún cuando ello implique el desconocimiento de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto. Entender el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991, en el sentido de que el Estado no puede modificar en casos como este el valor de la contraprestación, es tanto como admitir, partiendo de una premisa falsa, que la autoridad que ha concedido el uso privado de un bien que por su naturaleza es de uso público, se encuentra sujeta a limitaciones propias del derecho privado, como si sobre tales bienes pudiesen alegarse derechos patrimoniales.

En suma, el recalcular de la contraprestación no tuvo como fundamento “*un nuevo criterio de interpretación*” como lo afirma el recurrente, sino el hallazgo de una información técnica que al ser conocida llevaba a modificar los parámetros de evaluación del recurso, obteniéndose una contraprestación muy superior a la inicialmente fijada.

Con apoyo en dichos argumentos, concluyó que la revocación unilateral de las Resoluciones 164 y 582 de 1994 expedidas por la Superintendencia General de Puertos procedió ante la ausencia de un justo título y por el hecho de que

CARBOCOL hubiese presentado en forma incorrecta la declaración de la línea de playa utilizada, a partir de la cual se otorgó la concesión y se calculó la contraprestación.

Invoca además el apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura los apartes de algunas decisiones de esta Corporación, en las que se aduce que en aquellos casos en los cuales resulte manifiesta la utilización de medios ilegales, procede la revocatoria sin necesidad de contar con el consentimiento del implicado, pues en esos casos, el principio de la buena fe opera en beneficio de la administración y las actuaciones fraudulentas rompen la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.

En tales circunstancias, la revocatoria del acto inválido e ilegal produce efectos *ex tunc* y por lo mismo resulta legítimo el recálculo que se hizo de la contraprestación, tal como quedó consignado en los actos administrativos demandados.

De fundamento en los anteriores razonamientos, el apoderado de la Agencia Nacional de Infraestructura solicita que se deniegue la apelación y se confirme la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

7.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, no emitió concepto.

8.- DECISIÓN

Al no advertirse la configuración de ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

8.1.- Los actos demandados

Como se mencionó en páginas anteriores, la actora pretende la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 4245 de 26 de junio de 2003, proferida por el Ministerio de Transporte, *“Por la cual se modifican las Resoluciones Nos. 0164 de fecha marzo 9 de 1994 y 0582 de junio 07 de 1994, expedidas por la Superintendencia General de Puertos”*, y 00346 de 19 de marzo de 2004, *“Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado contra la Resolución 004245 de 2003 emitida por el Ministerio de Transporte”*, expedida por el Instituto Nacional de Concesiones (hoy Instituto Nacional de Infraestructura), en donde se dispuso lo siguiente:

Resolución Número 4245 de 26 de Junio de 2003:

Artículo Primero.- Modificar los artículos segundos de las Resoluciones Nos. 0164 de fecha 09 de marzo de 1994 y 0582 del 07 de junio de 1994, emitidas por la Superintendencia General de Puertos, mediante las cuales se fijó el monto de la contraprestación por la ocupación temporal y exclusiva de unos terrenos de bajamar y playas en jurisdicción de Puerto Bolívar, para construcción de un complejo portuario destinado a la importación (sic) y exportación de carbón, a la Sociedad Carbones de Colombia S.A. – CARBOCOL S.A.-, en el sentido de establecer como nuevo valor de contraprestación la suma de SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHO DÓLARES CON SEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$747.608,06), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, el valor se hará efectivo en forma retroactiva, a partir de la fecha en que se hizo exigible la cancelación de dicha contraprestación.

Artículo Segundo.-: Modificar el Parágrafo 2° del Artículo Segundo de la Resolución 0164 del 09 de marzo de 1994, expedida por la Superintendencia General de Puertos, el cual quedará así:

“Parágrafo 2.- El cálculo de la contraprestación se obtuvo con base en trescientos treinta y cinco metros (335 metros) de línea de playa y seis metros (6,00 metros) de profundidad para el muelle carbonero y setenta y tres metros (73 metros) de línea de playa y cuatro punto cincuenta metros (4.50 metros) de profundidad para el muelle de suministros.”

Artículo Tercero.- De conformidad con la autorización otorgada por este Ministerio mediante Resolución N° 3166 de 2000, la Sociedad CERREJÓN ZONA NORTE S.A. –CZN- en su condición de cesionario, deberá cancelar a la Nación- Ministerio de Transporte por concepto de la contraprestación inicialmente fijada y el nuevo monto señalado en esta Resolución, la suma de NOVECIENTOS DOS MIL CINCUENTA Y CINCO DÓLARES CON QUINCE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$902.055,15), a valor presente, pagaderos dentro de los treinta días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, liquidados a la Tasa Representativa del mercado –TRM- del día del pago.

Parágrafo.- El pago de la suma descrita en el presente artículo, se destinará en un 80% a la Nación y el 20% restante al municipio de Uribia, departamento de La Guajira.

Artículo Cuarto.- Notificar el presente acto administrativo al Representante legal de la Sociedad CERREJÓN ZONA NORTE S.A. –CZN-, o a su apoderado debidamente constituido conforme lo establece el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra este procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación (...)"

Resolución núm. 346 de 19 de marzo de 2004:

Artículo Primero.- Confirmar en todas sus partes la Resolución 004245 de 2003.

Artículo Segundo.- Notifíquese el presente acto administrativo al representante legal de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE –CZN S.A.-, o a su apoderado debidamente constituido conforme lo establece el Código Contencioso Administrativo.

Contra este acto no procede recurso alguno (...).

8.2.- Delimitación del *Thema Decidendi*

De conformidad con los cuestionamientos expuestos en la apelación, el recurrente considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dejó de pronunciarse sobre el problema jurídico central de la controversia, al fundamentar su decisión en la naturaleza jurídica de los bienes dados en concesión y en el carácter oneroso que tienen las concesiones portuarias, soslayando los planteamientos referidos a la revocatoria irregular de los actos acusados y la prohibición de modificar las contraprestaciones establecidas.

En ese orden de ideas, deberá dilucidarse en esta instancia si la Administración podía o no modificar parcialmente y en forma unilateral las Resoluciones 164 y 582 de 1994, en el sentido de fijar el nuevo valor que debía pagar la empresa CERREJÓN ZONA NORTE S.A. como cesionaria de los derechos y obligaciones de CARBOCOL S.A., por concepto de la contraprestación derivada del uso temporal y privativo de las zonas de playa y terrenos de bajamar en el complejo portuario destinado a la explotación y exportación de carbón en la zona de Puerto Bolívar; si la mencionada modificación podía aplicarse o no en forma retroactiva; si al expedirse los actos demandados, se dio o no cumplimiento a las ritualidades establecidas en el C.C.A.; y si es o no cierto que las sociedades concesionarias indujeron o no a las autoridades portuarias a señalar de manera equivocada el

valor de la contraprestación que quedó consignada en las Resoluciones 164 y 582 de 1994.⁹

8.3.- De naturaleza jurídica de las playas y territorios de bajamar y el carácter oneroso de las concesiones portuarias

Las playas y los terrenos de bajamar¹⁰ tienen en el ordenamiento jurídico colombiano el carácter bienes de uso público.¹¹ Por ello su uso y goce corresponde a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 674 del Código Civil)¹² y no pueden ser negociados ni trasferidos a los particulares por hallarse fuera del comercio y tampoco pueden ser sometidos a medidas de embargo o adquiridos por usucapión, pues por expreso mandato constitucional “*son inalienables, imprescriptibles e inembargables.*” (Art. 63)

⁹ Los artículos modificados por los actos demandados habían fijado como valor de la contraprestación por la ocupación temporal y exclusiva de unos terrenos de bajamar y playas en extensión de 150 metros y 7 metros de profundidad la suma de US\$507.566.92. Al advertir la Administración que la concesión realmente estaba ocupando 335 metros de línea de playa y 6,00 metros de profundidad para el muelle carbonero y 73 metros de línea de playa y 4,50 metros de profundidad para el muelle de suministros, fijó como “*nuevo valor*” de la contraprestación la suma de US\$748.608,06.

¹⁰ **Decreto 2324 de 1984, Artículo 167. Definiciones.** Para todos los efectos legales se entenderá por:

[...]

2. **Playa marítima:** Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal.

3. **Bajamar:** La máxima depresión de las aguas o altura mínima.

4. **Terrenos de bajamar:** Los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando esta baja. (Este precepto reitera las definiciones contenidas en el artículo 88 del Decreto 2349 de 1971)

¹¹ En efecto, el artículo 87 del Decreto 2349 de 1971, “*Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones*”, dispuso que “[...] **las playas son bienes de uso público por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo.**” (El resaltado es de la Sala) Lo previsto en este artículo fue reiterado años más tarde en términos similares por el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984.

El artículo 97 numeral 3° del Decreto 2349 de 1971, a su turno, dispuso que “**el permiso no afecta el derecho de dominio de la Nación sobre los terrenos ni limita en ningún caso el derecho de ésta para levantar sus construcciones en cualquier sitio que considere conveniente.**”

La Ley 1ª de 1991¹¹, al reestructurar el sector portuario y bajo cuya vigencia se profirieron los actos administrativos demandados, reiteró que las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a ellos **son de uso público y de propiedad de la Nación.**

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 21 de septiembre de 2006, Radicación número: 41001-23-31-000-2003-01094-01(AP), Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. En este fallo se hacen las siguientes precisiones: Los bienes de uso público propiamente dichos, sometidos a un régimen jurídico especial, son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de ésta en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, etc.; por lo anterior, es claro que el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero a esta clase de bienes.”

Con todo y a pesar de tratarse de bienes de uso público, el ordenamiento jurídico autoriza el establecimiento de determinadas limitaciones, restricciones o condiciones al disfrute de ese tipo de bienes en función del interés general, pues al fin y al cabo el derecho que tienen los miembros de la colectividad no es de carácter absoluto. En ese sentido, las autoridades se encuentran investidas de la potestad de otorgar permisos, licencias o concesiones que involucren ese tipo de bienes, en virtud de los cuales sus beneficiarios quedan habilitados para usarlos de manera exclusiva y excluyente por el término señalado en el acto respectivo, sin que ello implique necesariamente el surgimiento de derechos patrimoniales en su favor, por tratarse de habilitaciones eminentemente transitorias y precarias cuyo otorgamiento no determina en modo alguno que el bien deje de pertenecer al patrimonio público para convertirse en un bien de dominio privado.

Hasta antes de la expedición de la Ley 1ª de 1991,¹³ las concesiones portuarias se otorgaban a título gratuito, pero a partir de la adopción de ese nuevo Estatuto Portuario, el derecho derivado de un permiso o concesión, conlleva necesariamente el pago de una contraprestación, tal como lo establece el artículo 7º que enseguida se transcribe. Con ello se busca compensar la privación a la que se ven sometidos los demás miembros de la colectividad, mientras se encuentre vigente el respectivo título de habilitación. La norma en cita preceptúa textualmente:

Artículo 7º. Monto de la Contraprestación. Periódicamente el Gobierno Nacional **definirá**, por vía general en los planes de expansión portuaria, **la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben dar quienes se beneficien con las concesiones portuarias.**

Esta contraprestación se otorgará a la Nación y a los municipios o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda. (sic) Para efecto de la metodología, el Gobierno deberá tener en cuenta (sic) escasez de los bienes públicos utilizables, los riesgos y costos de contaminación, los usos alternativos, y las condiciones físicas y jurídicas que deberían cumplirse para poder poner en marcha y funcionamiento el terminal portuario.

Una vez establecido el valor de la contraprestación, no es susceptible de modificarse.

Todas las sociedades portuarias pagarán una contraprestación por las concesiones portuarias.

¹³ Bajo el régimen anterior las concesiones portuarias eran otorgadas a título gratuito.

Sin embargo:

7.1. Si la Nación lo acepta, una sociedad portuaria puede pagar en acciones el monto de la contraprestación durante el período inicial de operaciones, y sin que el porcentaje del capital que la Nación adquiera por este sistema llegue a exceder del 20% del capital social.

7.2. Las demás entidades públicas que hagan parte de sociedades portuarias podrán incluir en sus respectivos presupuestos apropiaciones para aumentar su participación en el capital facilitando así el pago la contraprestación. (El resaltado es de la Sala)

El Decreto 2147 de 1991, reglamentario del artículo 2º de la Ley 1ª de 1991, se ocupó de regular en su momento el tema de las contraprestaciones en los siguientes términos:

CAPITULO IV DE LAS CONTRAPRESTACIONES

Artículo 19. Los concesionarios deberán pagar una contraprestación para la explotación de playas y terrenos de bajamar. El valor de la contraprestación se destinará en un 80% a la Nación y en un 20% al Municipio donde estén localizados los puertos y será recaudado por la Superintendencia General de Puertos.

Artículo 20. Los elementos generales que deben tenerse en cuenta para definir la metodología de las contraprestaciones por las concesiones portuarias serán los siguientes:

a) El costo de oportunidad, el cual considera la calidad del recurso portuario dado en concesión, teniendo en cuenta las ventajas físicas que ofrece el sitio. Las ventajas de un sitio como recurso portuario se miden por su profundidad y abrigo;

b) Premio a la eficiencia, con el cual se busca favorecer el mejor uso de las zonas con características aptas para la construcción de puertos;

c) El costo de vigilancia ambiental, que deberá ser incluido dentro del costo de la contraprestación.

Artículo 21. La contraprestación total consistirá en el valor presente de una serie de anualidades durante el tiempo de la concesión. Estas anualidades representan el costo de oportunidad social (V_r) menos el premio por la eficiencia técnica (I_e), más el costo anual por concepto de vigilancia ambiental (S_a).

Artículo 22. El monto total que pagará el concesionario es el valor presente de la anualidad equivalente (C), descontada al 12% por un periodo igual al tiempo de la concesión.

Artículo 23. El cálculo de la contraprestación se definirá mediante la aplicación de la siguiente fórmula, expresada en dólares de los Estados Unidos de América que se convertirán a pesos:

$$C = 0.14 * (Vr - Ie) + Sa$$

Donde:

C: Anualidad equivalente.

Vr: Valor del recurso.

Ie: Inversión en equipo.

Sa: Costo de vigilancia ambiental.

Parágrafo 1°. El valor del recurso (Vr) se calculará con base en una aproximación al valor de las obras básicas necesarias para acondicionar, artificialmente, el lugar que se da en concesión. Este valor está dado por el costo de adecuar el acceso y las áreas de maniobra, y por el costo de las escolleras de protección.

Parágrafo 2°. El valor de la inversión en equipo (Ie) corresponde al valor de las inversiones en equipos de cargue, descargue y manejo que realicen las sociedades que presten servicio público con el fin de mejorar la eficiencia de las operaciones. La Superintendencia dispondrá, en forma general, el tipo de inversiones que será descontada de la contraprestación, según su importancia en términos de renovación tecnológica.

Parágrafo 3°. El costo de vigilancia ambiental (Sa) es aquel en que incurra el Estado para vigilar el cumplimiento de las normas sobre el manejo ambiental de la zona entregada en concesión.

Artículo 24. La Superintendencia establecerá los parámetros que se utilizarán para el cálculo definitivo de la contraprestación de acuerdo con la anterior metodología.

Artículo 25. La Superintendencia podrá reducir el monto de la contraprestación para puertos de servicio público localizados en zonas portuarias generales, sin alterar el 20% correspondiente a la parte destinada a los municipios, en consideración de las inversiones que realicen para mejorar la eficiencia en el manejo de la carga.

Parágrafo. La Superintendencia General de Puertos antes de señalar las contraprestaciones específicas expedirá por medio de resolución, previa aprobación del Conpes, los procedimientos para establecer estas reducciones. La disminución total no podrá ser superior al 50% del pago a que tenga derecho la Nación.

Artículo 26. La Superintendencia General de Puertos expedirá tablas con los datos del valor de la contraprestación, incluyendo la vigilancia ambiental correspondiente a cada zona portuaria habilitada en el Plan de Expansión. La contraprestación que se fije a cualquier concesión se determinará de acuerdo con dichas tablas y las reducciones o variaciones a que haya lugar según se dispone en este Decreto.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia General de Puertos, en ejercicio de las atribuciones que le fueron conferidas por los Artículos 27 de la Ley 1ª de 1991 y 26 del Decreto 2147 del mismo año, profirió la Resolución N° 40 de

1992 “por medio de la cual se fijaron las tablas con los datos del valor de la contraprestación que deben dar quienes se beneficien con la concesión portuaria”, en donde se señaló el valor de las contraprestaciones para las zonas portuarias generales¹⁴ y para las zonas portuarias destinadas a la exportación de carbón¹⁵. Si bien esta Resolución no se refirió concretamente al complejo portuario de Cerrejón Zona Norte, la Resolución 719 de 1993 le hizo extensiva la aplicación de sus disposiciones. En el artículo 4º de la Resolución 040 de 1992, se dispuso lo siguiente:

Artículo 4º.-El monto total que pagará el concesionario, es el valor presente de la anualidad equivalente –C- descontada al doce por ciento (12%) por un periodo igual al tiempo de la concesión.

El cálculo de la contraprestación se definirá mediante la aplicación de la siguiente fórmula, expresada en dólares de los Estados Unidos de América que se convertirán a pesos:

$$C=0.14*(Vr-le)+Sa$$

Donde:

C: Anualidad equivalente.

Vr: Valor del recurso.

le: Inversiones en equipo.

Sa: Vigilancia ambiental.

La Superintendencia General de Puertos podrá reducir el monto de la contraprestación para puertos que presten servicio público, localizados en zonas portuarias generales, sin alterar el veinte por ciento (20%) correspondiente a la parte destinada a los municipios, en consideración a las inversiones para mejorar la eficiencia en el derecho de la Nación.

Artículo 5º.- Para el cálculo de la contraprestación, como parámetros mínimos, se tomarán una longitud de playa de ciento cincuenta (150) metros y una profundidad de tres (3) metros.

Artículo 6º.- La profundidad para el cálculo del valor de la contraprestación, se medirá mar adentro a una distancia de la zona de bajamar, igual a dos (2) veces la eslora del buque, para lo cual el solicitante de la concesión ha predimensionado el puerto.

La Resolución N° 22 del 1993 del 14 de enero de 1993, al reglamentar el régimen y mecanismos de pagos a que quedan sujetos los titulares de concesiones o autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1991, dispuso en sus artículos 1º y 4º lo siguiente:

¹⁴ Cartagena, Santa Marta, Barranquilla, Buenaventura y Tumaco.

¹⁵ Barranquilla, Buenaventura y Ciénaga.

Artículo 1°. Todas las personas públicas y privadas que antes de la promulgación de la Ley 01 de 1991 hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen, para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase, destinadas a facilitar el cargue o descargue, mediato o inmediato, de naves, **seguirán ejerciendo los derechos que poseen sometiéndose a lo dispuesto en la presente resolución.** (el resaltado es de la Sala)

Artículo 4°. Las personas de que trata el Artículo Primero de la presente resolución, **deberán pagar a la Superintendencia General de Puertos, la contraprestación por ocupar y usar las playas y zonas de bajamar,** con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue o descargue de naves, la suma que resulte de aplicar la metodología contenida en el Decreto 2147 de 1991 y las tablas de liquidación de las mismas, contenidas en la Resolución N° 040 de 1992, expedida por esta Superintendencia o las normas que las sustituyan o complementen, a partir de la ejecutoria del acto administrativo de carácter particular que señale el valor de la misma. (el resaltado es de la Sala)

La Resolución 719 del 8 de julio de 1993, como ya se dijo anteriormente, adicionó la Resolución 40 de 1992 y adoptó la siguiente tabla de contraprestaciones para la zona de Bahía Portete, Municipio de Uribia (Guajira):

PROFUNDIDAD	VALOR DEL RECURSO	VALOR Sa	COSTO ANUAL	VALOR PRESENTE
9.1	990.634.00	16.000.00	154.689	1.155.439
10.0	1.338419.00	16.000.00	203.379	1.519.125
10.6	1.637.216.00	16.000.00	245.210	1.831.584
11.6	2.241.009.00	16.000.00	329.741	2.462.984
12.4	2.814.897.00	16.000.00	410.086	3.063.111
12.9	3.287.145.00	16.000.00	476.200	3.556.951
14.3	4.609.838.00	16.000.00	661.377	4.940.121
15.6	5.883.466.00	16.000.00	839.685	6.271.982
16.1	5.524.732.00	16.000.00	789.462	5.896.845
19.0	10.494.236.00	16.000.00	1.485.193	11.093.556
20.2	12.570.130.00	16.000.00	1.775.818	13.264.374
21.4	15.470.661.00	16.000.00	2.181.893	16.297.523

El régimen de contraprestaciones establecido por el Decreto 2147 de 1991 y desarrollado por las Resoluciones 40 de 1992 y 719 de 1993, fue expresamente derogado por el Decreto 2688 de 1993, cuyos artículos 10 y 11¹⁶ remiten a la

¹⁶ **Artículo 10.- Deber de pagar contraprestaciones.** Los concesionarios deberán pagar una contraprestación para la explotación de playas y terrenos de bajamar. El valor de la contraprestación se destinará en la forma dispuesta por la ley, y será recaudado por la Superintendencia General de Puertos.

Artículo 11.- Metodología general al definir contraprestaciones por concesiones portuarias. Al establecer contraprestaciones por concesiones portuarias se aplicará la metodología que

metodología consignada en el anexo C del documento Conpes-DNP-2680-Mintransporte-UINF del 11 de noviembre de 1993. Sin embargo, esa nueva metodología no fue aplicada al expedirse la Resolución 164 de 2004, por cuanto el concesionario había completado el trámite en vigencia del Decreto anterior.

8.4.– El caso concreto

8.4.1.- Análisis de las pruebas

Hechas las anteriores consideraciones y luego de revisar minuciosamente el acervo probatorio, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

- Que mediante Resolución 503 de 1983, la DIMAR autorizó a CARBOCOL S.A. para construir en Bahía Portete, Municipio de Uribia, Zona de Puerto Bolívar (Guajira), un complejo portuario de acuerdo con los planos, estudios y cálculos estructurales presentados con la solicitud; le otorgó una concesión a título gratuito para operar las instalaciones portuarias por el término de 20 años,¹⁷ y aceptó a la firma INTERNATIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION –INTERCOR-, como operadora del puerto.¹⁸
- Que en ese acto administrativo quedó claramente establecido que el proyecto portuario a construir estaría localizado en playas y terrenos de bajamar cuyas coordenadas y linderos aparecen descritos en la parte considerativa de dicha decisión, en donde se contempla la edificación de las siguientes construcciones principales: un muelle carbonífero, un muelle de provisiones y mercancías y un muelle para embarcaciones menores. Adicionalmente, quedó prevista la construcción de las siguientes instalaciones complementarias, requeridas a manera de soporte operacional: una ciudadela habitacional, un aeropuerto, unas bodegas y un sistema de comunicaciones, en cuya edificación debían utilizarse los

aparece en el anexo C del documento Conpes-DNP-2680-Mintransporte-UINF del 11 de noviembre de 1993.

La metodología deberá aplicarse en tal manera que permita definir un valor de la contraprestación para cada año; y que permita incluir los valores respectivos en cada contrato de concesión. Así mismo, a través de la metodología de contraprestación, se deberán evitar las rentas monopólicas.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Folios 53 a 57 del cuaderno principal

materiales especificados en los estudios técnicos y cálculos estructurales levantados para tal fin.

- Que la construcción del puerto se adelantó durante los años 1981 a 1986 y estuvo a cargo de la firma MORRISON KNUDSEN COMPANY INC.¹⁹
- Que mediante Resolución N° 1575 de 1988, la DIMAR declaró que las instalaciones portuarias del puerto carbonífero operado por INTERCOR, *“se han sujetado a los planos y especificaciones de la autorización, al igual que la sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A. “CARBOCOL” como concesionaria del permiso, ha cumplido con las obligaciones impuestas en la citada resolución”*.²⁰
- Que al entrar a regir la Ley 1ª de 1991, la Superintendencia General de Puertos mediante Resolución 164 de 1994,²¹ homologó la pluricitada concesión y procedió a fijar el monto de la contraprestación que debía pagarse de conformidad con la metodología prevista en el Decreto 2147 de 1991 y con los parámetros establecidos en las Resoluciones 40 de 1992, 22 y 719 de 1993 anteriormente mencionadas,²² contraprestación que fue posteriormente recalculada mediante Resolución 582 del 7 de junio de 1994.²³
- Que a pesar de que el Decreto 2147 de 1991 se encontraba derogado al momento de expedirse la Resolución 164 de 1994, la Superintendencia General de Puertos decidió liquidar el valor de la contraprestación bajo sus normas, *“toda vez que la sociedad CARBONES DE COLOMBIA S.A. completó el trámite durante la vigencia del citado decreto.”*
- Que la fijación del monto de la contraprestación se fundamentó en la información suministrada por CARBOCOL S.A. al diligenciar el Formulario de Registro de las Instalaciones de Muelles Privados y Públicos, en donde aparece mencionada una profundidad promedio de 7,0 metros y una longitud de playa de 140 metros.²⁴ No obstante lo anterior y de acuerdo con

¹⁹ Folios 158 y siguientes del cuaderno principal.

²⁰ Folios 73 a 75 del cuaderno N° 2.

²¹ Folios 93 a 102 del cuaderno principal.

²² Folios 58 a 91 y 273 a 295 ibídem.

²³ Folios 104 a 112 ibidem.

²⁴ Folios 116 a 121 del Cuaderno N° 2.

lo previsto en el artículo 5° de la Resolución 040 de 1992, la Superintendencia tomó como base de cálculo una longitud de 150 metros, por ser esa la base mínima de medición.²⁵

- Que mediante Resolución 3166 de 2000, el Ministerio de Transporte autorizó la cesión de la concesión otorgada a CARBOCOL S.A., a favor de la sociedad CERREJÓN ZONA NORTE (ZN).²⁶ El contrato de cesión obrante en el expediente, celebrado el 15 de noviembre de 2000, contiene los términos de la cesión efectuada, así como lo concerniente a la subrogación de derechos y obligaciones.²⁷
- Que mediante Resoluciones 12501 del 21 de diciembre de 2001 y 3615 del 18 de marzo de 2002 expedidas por el Director General de Transporte Marítimo y Puertos del Ministerio de Transporte, se prorrogó la concesión portuaria por el término de 10 años, esto es, hasta el 1° de julio de 2013.²⁸
- Que la Dirección de Planeamiento Portuario de la Dirección General de Puertos mediante concepto N° 19 de 1999, puso de presente la necesidad de verificar el recurso de playa y los terrenos de bajamar entregados en concesión y que sirvieron de base para el cálculo de la contraprestación, de acuerdo con la recomendación formulada por la Contraloría General de la República.²⁹
- Que la comisión técnica encargada de realizar la verificación antes mencionada, estableció que la longitud de playa ocupada por las instalaciones portuarias era superior a la que fue tomada en cuenta al momento de calcular el monto de la contraprestación que debía asumir el concesionario.³⁰
- Que a partir de los resultados que arrojó la aludida verificación, el Ministro de Transporte expidió la Resolución 4245 del 26 de junio de 2003, mediante la cual se dispuso la modificación de los artículos segundos de las Resoluciones 164 y 582 de 1994, en el sentido de establecer las sumas que

²⁵ Folios 93 a 102 del cuaderno principal.

²⁶ Folio 5 del cuaderno N° 2, numeral 3.3.4.

²⁷ Folios 161 a 186 del cuaderno principal.

²⁸ Folios 140 a 156 ibidem.

²⁹ Folios 332 a 335 ibidem.

³⁰ Folios 156 a 193 del cuaderno principal.

debía pagar el concesionario como contraprestación desde el momento de la homologación de la concesión y hasta al vencimiento de esta última, decisión que fue confirmada por la Resolución 346 del 19 de marzo de 2004, proferida por el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-.

Según se expresa en ese acto administrativo, la necesidad de revisar el monto de la contraprestación se fundó en el carácter oneroso que tienen de las concesiones portuarias, tal como lo establece la Ley 1ª de 1991. Aparte de ello el Ministerio del ramo consideró que la contraprestación a pagar debía reflejar los valores reales de los recursos entregados en concesión, a fin de evitar la ocurrencia de desequilibrios económicos en detrimento del interés general. Por otro lado, el Ministerio argumentó lo siguiente:

Al estudiar el expediente, se encontró que efectivamente la metodología para fijar el monto de la contraprestación fue la descrita en el Documento CONPES — Plan de Expansión Portuaria, adoptado mediante Decreto 2147 de 1991 y en la Resolución N° 040 de junio 26 de 1992, expedida por la Superintendencia General de Puertos. La intención de esta norma es fijar un valor del recurso entregado en concesión que corresponde al costo aproximado de la inversión en dólares necesario para habilitar el sitio de muelle, los valores consignados en las tablas se basan en un estudio comparativo de costos ajustados a un modelo realizado para un puesto de atraque de 200 metros de longitud, por ello la importancia de la evaluación de los parámetros de longitud de playa y profundidad del canal de acceso y áreas de maniobra, que deben ser representativas de las condiciones iniciales del recurso entregado en concesión.

Para valorar la calidad del recurso entregado en Concesión y por ende fijar el monto de la contraprestación, se requiere determinar dos parámetros a saber: **Longitud de línea de playa** y **la profundidad**, esta profundidad debe ser la representativa de las zonas de aguas accesorias entregadas en Concesión.

Retomando el concepto técnico emitido por la División Técnica de la Superintendencia General de Puertos DP No. 019-99, como producto de la visita de auditoría a las Instalaciones de Puerto Bolívar, en el cual se establece que la longitud de playa realmente utilizada se puede calcular así: **Muelle Carbonero igual a 172 metros de línea de playa, Muelle de Provisiones y Mercancías igual a 30 metros de línea de playa y, Embarcadero Roll On/ Roll Off igual a 30 metros de línea de playa, para un total de 232 metros de longitud de línea de playa, en dos tramo discontinuos**; se concluye que las dimensiones allí previstas no representan el frente de playa que realmente explota el Concesionario, toda vez que no corresponden a las dimensiones parciales de las estructuras de los muelles (*el resaltado es de la Sala*).

En el caso del muelle carbonero, los 172 metros allí relacionados corresponden a la longitud de la plataforma de operaciones sobre la cual se desplaza el cargador de buques, que no corresponde al espacio ocupado por las obras de infraestructura de muelles, pues no se tienen en cuenta los delfines de atraque ni delfines de amarre a los buques.

De otra parte, revisada la documentación que reposa en el archivo de la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos de este Ministerio, se observa que la eslora del buque de diseño corresponde a 300,00 metros y no a 200,09 metros, por ello el diámetro del área de maniobras adecuado o construido por el Concesionario es de 600,00 metros.

Con base en las consideraciones de orden técnico antes expuestas, se puede evidenciar que en Puerto Bolívar existen dos tipos de estructuras portuarias, un muelle especializado en el cargue de carbón para exportación y muelle de suministros, incluyendo en éste el muelle RO-RO. Esta situación amerita que la contraprestación sea evaluada en forma independiente de cada una de las porciones de playa ocupadas con las estructuras portuarias de acuerdo con el tipo de carga movilizada o uso que le ha dado el Concesionario, así:

1.- MUELLE PARA CARGUE DE CARBON

- **Longitud de playa:** el muelle para el cargue de carbón se integra por tres delfines de atraque y cuatro delfines de amarre estas son las estructuras marítimas necesarias para el atraque y amarre de los buques utilizados para el cargue y transporte del carbón de exportación. La longitud de playa, es decir el frente de playa ocupado por estas estructuras, es la medida sobre la línea de paramento del muelle y proyectando las aristas extremas de las estructuras de amarre. Así se obtiene un frente de playa que ocupa una longitud **L_{p1}= 335,00** metros.

- **Profundidad:** de conformidad con el Artículo Sexto de la Resolución N° 40/92, la profundidad para el cálculo del valor de la contraprestación, se medirá mar adentro a una distancia de (2) dos veces la eslora del buque de diseño. Teniendo en cuenta que el buque de diseño de 180.000 DWT, con eslora de 300 metros, se procede a determinar la profundidad sobre el plano topográfico — batimétrico de predragado N°3166A - 04207 (GENERAL MARINE FACILITIES), realizado por la MORRISON KNUDSEN COMPANY, INC., COMPANY, con revisión y aprobación de octubre 15 de 1981. La información topográfica y batimétrica consignada en este plano refleja las condiciones existentes al momento de la aprobación de la concesión por parte de la DIMAR, es decir antes de que el Concesionario realizara las obras de dragado y la construcción de estructuras portuarias.

La profundidad requerida para el cálculo de contraprestación es **X₁= 6,00 metros:** que corresponde a la profundidad representativa del muelle para cargue de carbón, es la evaluada sobre planos, desde la bajamar de la Punta de Media Luna, pasando perpendicular por el centro del paramento del muelle antes descrito, y a una distancia de 600,00 metros que corresponde a las dos esloras del buque de diseño.

2. MUELLE DE SUMINISTROS Y RO - RO.

Como se describió anteriormente, en Puerto Bolívar existen otras dos facilidades portuarias integradas por el denominado muelle de suministros y el muelle Roll On - Roll Off, los cuales son utilizados para apoyo de las operaciones del puerto y del complejo minero de carbón de El Cerrejón. El muelle de suministros está diseñado para recibir buques hasta de 12.000 DWT con carga general suelta y en contenedores (repuestos, suministros, víveres, equipos etc.). También está especialmente equipado con tuberías y sistemas de bombeo y almacenamiento que permite el atraque de buques tanque hasta de 25.000 DWT, que se encargan del suministro de combustible y lubricantes necesarios para la operación de la mina y del mismo puerto.

El muelle RO-RO es un muelle auxiliar especialmente construido para el descargue de la maquinaria, ferrocarril y demás equipo rodante que se ha requerido para el proyecto de explotación minera en el Cerrejón, actualmente se utiliza para el atraque y amarre de los (4) cuatro remolcadores que requiere el puerto para las maniobras de los buques especializados en cargue del carbón, de los buques tipo tanque y de los de carga general que arriban al puerto.

- **Longitud de playa:** la longitud o frente de playa que se puede evaluar, teniendo en cuenta la misma metodología aplicada en el muelle para el cargue de carbón, es decir, la playa, zonas de bajamar y zonas accesorias ocupadas con las estructuras portuarias construidas, el muelle de suministros que ocupa una longitud o frente de playa que corresponde a $L_p = 33,00$ metros, igual a la dimensión del ancho de la estructura del muelle flotante construido a manera de muelle tipo espigón y el frente de playa ocupado por la plataforma del muelle Roll On/Roll Off, que corresponde a una dimensión $L_p = 40,00$ metros. Por consiguiente la longitud de playa ocupada por estos muelles (suministros y RO-RO) corresponde a la suma de las dos dimensiones, es decir, a una longitud de playa **$L_{p2} = 73,00$ metros** que será la empleada para el cálculo del valor del recurso.

- **Profundidad:** de conformidad con el Artículo Sexto de la Resolución N° 040/92, la profundidad para el cálculo del valor de la contraprestación, se medirá mar adentro a una distancia de (2) dos veces la eslora del buque de diseño. Para este caso no se tiene un buque de diseño con eslora típica, pues el buque para carga general es de 12.000 DWT (eslora aproximada $L = 150$ metros), el buque tipo tanque de 25.000 DWT (eslora aproximada $L = 180$ metros.) y los buque tipo RO-RO de los cuales no aparece ninguna información que nos permita evaluar su eslora. Por lo anterior se opta aplicar el criterio de evaluar la profundidad a 400 metros de la zona de la bajamar de la Punta de Huarupay, distancia que corresponde a dos esloras de 200 metros, equiparándola con la dimensión para la cual fueron evaluadas las tablas consignadas en la Resolución N°040/91. Partiendo de la Punta de Huarupay, siguiendo la proyección aproximada del eje del espigón del muelle de servicios, a los 400 metros, en sentido mar adentro se tiene una profundidad **$X_2 = 4,5$ metros**, representativa de las zonas de la obra de los buques que arriban al muelle de suministros, con la cual se puede aplicar la metodología y evaluar la contra prestación.

- Que la contraprestación fijada mediante las Resoluciones 164 y 528 de 1994, expedidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte, fue modificada ciertamente sin haberse solicitado la autorización expresa y escrita de la firma concesionaria.
- Que la parte actora no desvirtuó en el proceso que las áreas realmente ocupadas por la concesión portuaria fuesen inferiores a las detectadas por la comisión técnica. En ese orden, mientras las Resoluciones 164 y 582 de 1994 fueron expedidas teniendo como fundamento una longitud de playa de 150 metros y una profundidad de 7 metros, la comisión designada para verificar las dimensiones y el valor del recurso entregado en concesión encontró que el muelle carbonífero ocupaba 335 metros de línea de playa y 6 metros de profundidad y que el muelle de suministros ocupaba 73 metros de línea de playa y 4,5 metros de profundidad, medidas que no fueron desmentidas por la parte actora, la cual se limitó a señalar que se habían modificado los criterios de medición.
- Que del examen de los medios de prueba que obran en el expediente se colige que la expedición de las Resoluciones 4245 del 26 de junio de 2003 y 346 del 19 de marzo de 2004, proferidas en su orden por el Ministerio de Transporte y el Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones –INCO-, en ningún momento se tradujo en una interrupción en el uso y disfrute de los bienes concedidos por parte del concesionario. Antes por el contrario, la concesión otorgada fue objeto de prórroga mediante la Resolución 12501 del 21 de diciembre de 2001, lo cual ha hecho posible el disfrute de las áreas ya mencionadas por un término adicional al inicialmente previsto.
- Que no obra en el expediente ninguna evidencia que permita inferir que las firmas CARBOCOL S.A. y CERREJÓN ZONA NORTE S.A. hayan realizado ninguna conducta contraria a la buena fe encaminada a inducir de manera ilegal y torticera la errónea liquidación de la contraprestación que debía pagarse en cumplimiento de las normas que regulan el régimen jurídico de las concesiones portuarias. Tal como se mencionó *ut supra*, la actuación ilícita o fraudulenta debe estar debidamente probada de manera incontrovertible y en este caso no hay pruebas de ello.

8.4.2.- Análisis de los cargos de la apelación

Frente al cuestionamiento formulado por el recurrente con respecto al hecho de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca haya aducido algunas premisas que no eran objeto de discusión, relativas a la naturaleza jurídica de las playas y terrenos de bajamar y al carácter oneroso de la concesión, estima la Sala que si bien la controversia planteada no estaba referida a esos tópicos en particular, sí resultaba totalmente oportuno y pertinente referirse a ellos, con el propósito de contextualizar y delimitar adecuadamente el problema jurídico a resolver. Al fin y al cabo, el puerto carbonífero tantas veces citado no solo fue levantado en predios que tienen ese carácter, sino que la Ley 1ª de 1991 y los Decretos 2147 y 2681 de 1991 establecen el carácter oneroso que es propio de este tipo de concesiones y definen los parámetros para calcular las respectivas contraprestaciones. Por lo mismo, no encuentra la Sala que la sola invocación de tales premisas constituya en sí misma una razón suficiente para desvirtuar la legalidad de la providencia impugnada.

En cuanto a la sindicación de que la sentencia apelada soslayó el problema jurídico central de la controversia, referido a la irregularidad de la revocatoria de los artículos segundos de las Resoluciones 164 y 582, ambas de 1994, deben hacerse las siguientes acotaciones:

En primer término, esta Sala considera que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca sí se refirió al tema de la revocatoria directa, tal como se desprende de los siguientes apartes de la sentencia del 18 de agosto de 2011.

En efecto, a folio 561 del expediente³¹ se afirma:

Aún en el evento de estar bajo concesión los bienes de uso público, el Estado debe seguir ejerciendo sus poderes de policía administrativa, protección, control y administración, pudiendo revocarse o rescindirse tales permisos en cualquier momento por interés general, que siempre prevalece ante los intereses particulares.

A folio 565 de dicha providencia,³² se señala lo siguiente:

³¹ Que corresponde al folio 26 de la Sentencia.

³² Que corresponde al folio 31e la Sentencia.

En conclusión, no le asiste razón al demandante en considerar que se violaba el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991, por considerar que le varió el monto de la contraprestación inicialmente fijada, pese a no mediar modificación alguna de la concesión otorgada, evento único en que considera procedente tal variación, partiendo de una premisa falsa, como es que el Estado en tratándose de bienes de uso público, tiene limitaciones de orden privado como si sobre estos bienes pudiesen alegarse derechos en tal sentido, razón por la cual tampoco le correspondía solicitar su consentimiento expreso, en aplicación del artículo 73 del C.C.A. alegando como conculcado, porque ello sería tanto como admitir derechos adquiridos de naturaleza particular y concreta sobre bienes de interés público en cuyo ejercicio debe prevalecer el interés general y aceptar una limitante para la protección de tales bienes.

Por otra parte, en el numeral 1.5.1 de la providencia impugnada se afirma:

“[...] al concesionario se le informó acerca del hallazgo encontrado por la Contraloría General de la República de un posible detrimento patrimonial por el errado cálculo de la contraprestación fijada. Es así que antes de adoptarse la Resolución 4245 de 2003 obran escritos anteriores a la adopción de los actos administrativos acusados, iniciados con el oficio MT5000-2 022454 del 27 de agosto de 2002 y obra como el último en esas circunstancias, el escrito de 29 de enero de 2003, suscrito por el Director General de Transporte Marítimos (sic) y Puertos, dirigido al Segundo Suplente del Presidente de Carbones Cerrejón, en el cual se expresa que los planos que adjuntaron en escrito radicado el 10 de enero de 2003, no permiten evaluar el recurso entregado, por lo que al hallar el plano de dragado N° 3 de 3 realizado por la firma Morrison Knudsen Company INC, del 15 de octubre de 1981, lo remiten para su complementación y validación. || Los anteriores soportes documentales dan cuenta, que en efecto la parte actora tuvo conocimiento oportuno y permanente sobre las gestiones que la administración adelantaba, para verificar las dimensiones del recurso entregado en concesión y verificar si requería recalcularlo para cumplir con el principio de igualdad con los demás concesionarios, así como el cumplimiento de mandatos legales y preservación de los bienes de uso público. Se agrega que también elevaron recurso de reposición contra la anterior decisión, desatado por la Resolución 346 de 2004.

De los textos transcritos se puede concluir que según el criterio del Tribunal de origen, los actos administrativos que fijan el monto de las contraprestaciones son revocables en cualquier momento por razones de interés general; que para la modificación de la contraprestación en el caso bajo examen no era preciso solicitar el consentimiento expreso y escrito del concesionario, pues ello sería tanto como admitir la existencia de derechos adquiridos sobre bienes de uso público en cuyo ejercicio debe prevalecer el interés general y, finalmente, que en este caso la modificación de la contraprestación no se hizo a espaldas del concesionario, quien tuvo la oportunidad de intervenir en la actuación administrativa que antecedió a la expedición de los actos cuestionados.

En todo caso, con el propósito de atender con mayor grado de desarrollo los argumentos de la apelación, la Sala se ocupará de volver a revisar el cargo referido al presunto desconocimiento de las normas relativas a la revocación de los actos administrativos y a la prohibición de modificar el monto de las contraprestaciones a que se refiere el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991.

Sea lo primero señalar que el Consejo de Estado ha sostenido en repetidas ocasiones que toda modificación unilateral de un acto administrativo de carácter particular y concreto, que conlleve un cambio en las condiciones originariamente establecidas en sus disposiciones o que signifique una variación sustancial de los alcances de las decisiones allí contenidas, entraña en sí misma una revocatoria parcial del acto administrativo.

De igual modo, ha dicho la jurisprudencia que la decisión unilateral de modificar un acto administrativo no puede ser fruto del capricho de la Administración y solo ha de tener lugar cuando resulte manifiesta su oposición a la Constitución o a la Ley; cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él; y cuando con ellos se cause un agravio injustificado a alguna persona, tal como lo establece el artículo 69 del C.C.A.

En el asunto bajo examen, la verificación que hicieron las autoridades competentes de los recursos entregados en concesión y que llevó a establecer que las contraprestaciones inicialmente establecidas eran inferiores de las que debieron cobrarse, permite a la Sala a concluir que efectivamente estaban dadas las condiciones para revocar en forma unilateral las Resoluciones 164 y 582 de 1994, pues los errores en que incurrió la propia autoridad concedente y que por manera alguna pueden ser atribuidos al concesionario, la llevaron a cobrar unas sumas que a la postre resultaron inferiores a las que en derecho correspondían.

En esas circunstancias, la fijación equivocada de las contraprestaciones a partir de los errores propios en que incurrió la Administración³³ al realizar la medición inicial

³³ No puede desconocerse en modo alguno que en año 1983, al momento de solicitar el otorgamiento de la concesión portuaria, CARBOCOL S.A. presentó ante la autoridad competente los planos y especificaciones de las instalaciones portuarias que pretendía construir y que años más tarde, mediante Resolución 1575 de 1988 la Dirección General Marítima y Portuaria declaró que las instalaciones edificadas en el puerto carbonífero se sujetaban a los planos y especificaciones antes mencionados. No puede ignorar tampoco que y el Formulario de Registro de las Instalaciones de Muelles Privados y Públicos. Además de ello, las autoridades competentes han debido verificar las verdaderas dimensiones de los bienes dados en concesión al momento de homologar la concesión otorgada antes de entrar a regir el nuevo Estatuto Portuario.

de las dimensiones de los bienes dados en concesión, determinó que se cobraran unas sumas equivocadas por debajo de las que en efecto debieron cobrarse. Dicho de otra manera, las inconsistencias advertidas, determinaron que los cobros efectuados al concesionario a partir de la homologación de la concesión, no se hicieran sobre la totalidad de las facilidades portuarias que le fueron entregadas a CARBOCOL S.A., lo cual significa, ni más ni menos, que el cálculo de la contraprestación dejó de considerar las áreas restantes, ignorando el carácter oneroso que el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991 le señaló a las concesiones portuarias.

Observa la Sala que a partir de la fijación errónea de la contraprestación, dejaron de ingresar a las arcas del Estado parte de las sumas que han debido cancelarse por ese concepto, motivo por el cual la revocatoria unilateral de los actos que fijaron ese valor, tenía en este caso una plena justificación en los términos del artículo 69 del CCA, más aún cuando el concesionario no desvirtuó en el proceso las diferencias que se advirtieron respecto de las dimensiones reales de los bienes de uso público que le fueron entregados a título precario.

Aparte de lo expuesto, no puede perderse de vista que ciertamente el artículo 73 del C.C.A. consagra la obligación de obtener el consentimiento expreso y escrito del titular como requisito *sine qua non* para poder decretar la revocatoria del acto administrativo, a menos que éste sea el resultado del silencio administrativo positivo o haya ocurrido por medios ilegales.

En todo caso y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los bienes dados en concesión así como el carácter especial de los actos administrativos que otorgaron y homologaron la concesión, debe la Sala precisar si en este caso debía solicitarse o no el consentimiento del concesionario para poder reliquidar el valor de la contraprestación.

La doctrina ha señalado al respecto³⁴ que el principio de precariedad que es propio de los actos administrativos que habilitan a un particular para usar y gozar en exclusiva y en forma temporal un bien catalogado como de uso público, implica que dichos actos pueden ser revocados en cualquier momento por razones de interés general, sin que sea preciso recabar el consentimiento del particular

³⁴ Según el Artículo 230 inciso 2° de la Constitución Política, la doctrina es un criterio auxiliar de la actividad judicial.

afectado,³⁵ por tratarse precisamente de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, cuya destinación principal sigue siendo el uso común del que habla el artículo 674 del Código Civil. Razones superiores de orden constitucional, estrechamente asociadas al interés general, explican que en casos como este pueda la Administración ejercer la potestad de revocación unilateral, debido al carácter precario que es consustancial e inherente a este tipo de actos de habilitación.³⁶ En otros términos, la Sala considera que la revocatoria total o parcial de las normas que de manera equivocada fijaron el monto de la contraprestación, no se encuentra supeditada al consentimiento expreso y escrito del titular, como si se tratara de derechos plenos derivados de otro tipo de actos administrativos. Por esa razón lo dispuesto en el artículo 73 del CCA y los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado invocados por la sociedad apelante en la sustentación del recurso y en el alegato de conclusión, no pueden tener aplicación en el asunto *sub examine*.

No huelga aclarar en todo caso, que una cosa es la imposibilidad de que surjan y se consoliden derechos patrimoniales de carácter particular sobre los bienes de uso público dados en concesión y otra cosa muy distinta es que con ocasión del otorgamiento de un acto de habilitación de tal naturaleza, germinen ciertos derechos precarios en cabeza de los concesionarios, mediante los cuales se les habilita para ostentar la tenencia y el aprovechamiento transitorios de esos bienes en los términos y condiciones señalados en el acto concesional.

³⁵ Cfr. PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN ANDRÉS, *Teoría de los bienes de uso público*, Publicaciones Externado de Colombia, 2010, p. 193; GRECCO, CARLOS ET AL, *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 23; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 339; FERNÁNDEZ ACEVEDO. RAFAEL, *Sobre la figura del precario administrativo (con especial referencia a su aplicación al dominio público)*, en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 126, abril-junio de 2005, pp. 263 y ss.; DESENTADO ROCA. EVA, *El precario administrativo, un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, Madrid, Arazandi, 2006.; BERTHÉLEMY. HENRY *Traité élémentaire de droit administratif*, París, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1933, pp. 488 a 503.

³⁶ En la página 170 de la obra titulada *La defraudación de la confianza legítima, aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, publicada por la Universidad Externado de Colombia en el año 2008, se hace el siguiente comentario: “Para ilustrar los eventos en los cuales se presenta este tipo de situaciones, piénsese por ejemplo en aquellas decisiones administrativas relacionadas con el aprovechamiento y la explotación de los recursos naturales, la tenencia y el porte de armas, la explotación de industrias contaminantes, los permisos migratorios, las licencias que permiten la ocupación transitoria del espacio publico, etc., los cuales, por razones asociadas al interés general y la conveniencia publica pueden ser otorgados por un breve término y revocados en cualquier tiempo. || No tendría ningún sentido que en estos casos el Estado quedara atado a sus propios actos anteriores, cuando la necesidad de preservar el medio ambiente, la salud pública, la seguridad nacional, la soberanía y otros bienes e intereses de carácter público, aconseja dejar a salvo la oportunidad de dar por terminado en cualquier tiempo el uso y aprovechamiento permitido, autorizado o concedido.”

A partir del anterior razonamiento, resulta pertinente señalar que cuando en el artículo 7° inciso tercero de la Ley 1ª de 1991 se dispone que “*Una vez establecido el valor de la contraprestación no es susceptible de modificarse*”, no sólo se está consagrando una prohibición para la administración sino que al mismo tiempo se está reconociendo un derecho al concesionario en cuya virtud el valor de la contraprestación debe mantenerse incólume después de establecido. En todo caso, esa prohibición y ese derecho están necesariamente supeditados a que el valor de la contraprestación se haya determinado de conformidad con la ley, pues a juicio de esta Corporación, la prohibición en comento no puede tener aplicación cuando el cálculo de la contraprestación se ha hecho *praeter* o *contra legem*, esto es, al margen de la ley o en contravía de lo que en ella se dispone. En ese orden de ideas, si por un error imputable o no a la propia administración se le cobra al concesionario una suma equivocada por ese concepto, dicha circunstancia no puede convertirse en un obstáculo para que se proceda a su reliquidación, pues al fin y al cabo el derecho del concesionario solo es inmutable en la medida en que haya surgido *secundum legem*, es decir, de conformidad con lo establecido por el legislador.

En ese orden de ideas, el hecho de no haberse tenido en cuenta las dimensiones reales de los recursos entregados en concesión, mal puede convertirse en un obstáculo para que la propia Administración entre a modificar por sí y ante sí el valor establecido, pues no puede perderse de vista que una de las principales innovaciones que introdujo la Ley 1ª de 1991, fue precisamente la de consagrar el carácter oneroso de las concesiones portuarias.

La prohibición consagrada en el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991 ha de interpretarse en el sentido de que los actos que fijan una contraprestación no pueden ser modificados cuando su cálculo se encuentre conforme al ordenamiento jurídico. No así cuando el valor de la contraprestación se ha establecido de manera errónea y en contravía del principio de legalidad, pues ello equivaldría a prolongar en el tiempo el desconocimiento del carácter oneroso que la misma Ley 1ª de 1991 le señala a las concesiones portuarias. Mantener el error y proyectar sus efectos en el tiempo, resultaría además opuesto al interés general y equivaldría a reconocerle al concesionario el derecho a usar y gozar unos bienes de uso público en forma gratuita, haciendo prevalecer esa equivocación sobre los intereses generales, desconociendo de manera palmaria e inadmisiblemente la

obligación de cancelar la contraprestación establecida por el Estatuto Portuario y sus decretos reglamentarios.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala estima que los actos administrativos que fueron objeto de modificación, contenían ciertamente una manifiesta oposición a la Constitución y a la Ley, en tanto y en cuanto permitieron la ocupación en exclusiva de una porción de las zonas de playa y terrenos de bajamar sin mediar la exigencia de ninguna contraprestación respecto de esas áreas que han venido siendo efectivamente utilizadas y que a pesar de ello no fueron inicialmente consideradas en el cálculo de la contraprestación.

Esto no quiere decir sin embargo que una determinación de tal alcance pueda adoptarse sin el sustento de una motivación seria y jurídicamente atendible, pues pretender lo contrario resultaría violatorio de los principios de transparencia y publicidad de la función administrativa y contrario a la interdicción que tienen las autoridades de incurrir en actos arbitrarios.

En el caso que nos ocupa, los actos administrativos demandados contienen una fundamentación razonable y suficiente de los motivos por las cuales se imponía la modificación de la contraprestación y por ello no es dable predicar que la decisión cuestionada sea contraria al ordenamiento jurídico.

En lo que atañe a la supuesta violación al debido proceso, la Corte Constitucional ha sostenido que aun en el evento de que la administración se encuentre exonerada del deber de obtener el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, la Administración debe adelantar en todo caso el procedimiento administrativo de que trata el artículo 74 del C.C.A.³⁷

³⁷ La Corte Constitucional en Sentencia T-215 de 23 de marzo de 2006, Magistrado Ponente MARCO GERARDO MONROY CABRA, señaló que: "(i) En relación con los actos administrativos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, es necesario obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular para poder proceder a su revocatoria directa. (ii) La anterior regla general conoce dos excepciones a las que se refiere el inciso 2° del artículo 73 del C.C.A: una, la del acto que resulta de la aplicación del silencio administrativo positivo, y otra que se configura cuando es manifiesto que el acto administrativo fue obtenido ilícitamente. (iii) En los dos supuestos anteriores, la Administración tiene la facultad de revocar su propio acto aún sin consentimiento del beneficiario, siempre que se agote como mínimo el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo y que la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas, como de los medios utilizados para lograr la expedición del acto administrativo, esté plenamente probada en el procedimiento administrativo que contemplan las referidas disposiciones."

El artículo en comento, sin hacer excepciones, dispone textualmente lo que sigue:

“Artículo 74. Procedimiento para la revocatoria de actos de carácter particular y concreto Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes de este Código. (...)”.

El artículo 28 al cual remite el artículo transcrito, establece:

“Artículo 28.- Deber de Comunicar. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35. “

Estos artículos disponen:

“Artículo 14.- Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.”

“Artículo 34.- Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.”

“Artículo 35.- Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que deberá ser motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere el titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.”

En relación con este punto, la Sala comparte las consideraciones expuestas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el fallo apelado, cuando en ellas se señala que la actuación administrativa no fue adelantada a espaldas de la firma

concesionaria, pues tal como quedó registrado *ut supra*, en su momento fue informada acerca del hallazgo encontrado por la Contraloría General de la República de un posible error en el cálculo equivocado de la contraprestación fijada, de lo cual hay suficiente evidencia en el expediente.

En efecto, en el oficio número 02767 del 16 de junio de 1999, suscrito por el Presidente de CARBOCOL y dirigido al Director de Planeamiento Portuario de la Superintendencia Nacional de Puertos, expresa lo siguiente:

En atención a su comunicación recibida en días pasados, en la cual solicítale envío de información acerca de la operación en la zona de Uribia, adjunto le estoy enviando dicha información. (...) || En el escrito se manifiesta que la necesidad de la información solicitada se debe a que van a fijar la nueva contraprestación (...) ³⁸

En el Memorando 31.3 dirigido por el Profesional Especializado de la División de Estudios que realizó la visita a las instalaciones de CARBOCOL en Puerto Bolívar, Guajira, dirigido al Superintendente Nacional de Puertos, en el cual se le rinde a este último un informe de la Comisión, al relacionar en forma detallada las labores realizadas durante los días 11 a 13 de agosto de 1999, se relacionan las siguientes actividades:

Reunión en Puerto Bolívar con los funcionarios de INTERCOR, Ingeniero Ricardo Gaviria, Superintendente del Puerto y el Ingeniero Juan Mauricio Gómez, para informarle sobre el objetivo de la Comisión y el plan de trabajo para su cumplimiento.

[...]

Visita al área de almacenamiento de carbón procedente de la mina y el proceso de cargue de las bodega (sic) del buque de inspección al MUELLE CARBONERO en compañía del Ingeniero Juan Mauricio Gómez para establecer la longitud real de la infraestructura construida y la línea de plata utilizada in situ. ³⁹

En el oficio 7186 de 21 de diciembre 1999, dirigida por el Presidente de CARBOCOL al Superintendente General de Puertos, en donde hace algunos comentarios relacionados con *“el informe sobre algunas inconsistencias encontradas en el valor que CARBONES DE COLOMBIA S.A. –CARBOCOL S.A.*

³⁸ Folio 113 del cuaderno principal.

³⁹ Folios 117 a 120 del cuaderno principal.

cancela por concepto de contraprestación como titular de una concesión portuaria
[...] ⁴⁰

Además de ello, similares evidencias se encuentran en el oficio MT5000-2 022454 del 27 de agosto de 2002⁴¹ y en el escrito número 2083 de 29 de enero de 2003, suscrito por el Director General de Transporte Marítimo y Puertos,⁴² citados por el Tribunal de origen en las consideraciones providencia apelada.

Por otra parte la Sala considera que las objeciones planteadas por la actora con respecto a la aplicación retroactiva de la nueva contraprestación, tienen vocación de prosperidad, pues estima la Sala que los efectos de los actos administrativos demandados no pueden extenderse hacia el pasado por estrictas razones de confianza legítima y seguridad jurídica.

El principio de seguridad jurídica, propio de un Estado Social de Derecho como el nuestro, responde a un deseo de orden, de tranquilidad y certidumbre en las relaciones jurídicas y presupone, entre otras cosas, la irretroactividad de las leyes y actos administrativos desfavorables o restrictivos. En ese orden de ideas, como quiera que la fuerza vinculante de una decisión administrativa no puede retrotraerse hacia el pasado, la Sala considera que el hecho de que los actos demandados hayan dispuesto la aplicación de la nueva contraprestación desde el momento en que se produjo la homologación de la concesión de conformidad con las disposiciones de la Ley 1ª de 1991, contraría ese principio.

En cuanto a la violación del principio de confianza legítima, no podría pasarse por alto el hecho de que la firma concesionaria venía cancelando el valor de la contraprestación que le fue señalado por las propias autoridades que profirieron el acto de homologación, con el más absoluto convencimiento de que su monto había sido calculado conforme a derecho. Al haberse gestado de manera razonable y legítima esa situación de confianza a partir de la decisión inicial adoptada por la administración, no puede admitirse entonces que las autoridades, escudadas en su propia equivocación, vengan ahora a exigir el pago retroactivo de

⁴⁰ Folios 133 y 134 *ibídem*.

⁴¹ Folio 213 del cuaderno de antecedentes. En este escrito el Director General de Transporte Marítimo y Portuario le informa al Segundo Suplente del Presidente de CARBOCOL, de las censuras formuladas por la Contraloría General al monto de la contraprestación y lo invita a una reunión a celebrarse el 29 de agosto de 2002, con el propósito de encontrar una solución concertada.

⁴² Folio 316 del cuaderno que contiene la contestación de la demanda.

las sumas que debieron cobrar desde el día de la homologación, por cuanto ello equivaldría a trasladar a la esfera de responsabilidades de concesionaria las consecuencias de la torpeza en que incurrieron las autoridades portuarias. No huelga resaltar que en el expediente no obra ningún medio de prueba que permita señalar que la actora haya inducido la adopción de una decisión errónea que pudiese favorecerla. Antes por el contrario, salta a la vista que desde el año de 1983 las autoridades competentes tuvieron la oportunidad de conocer los planos de las infraestructuras portuarias, de conocer tanto la composición de sus instalaciones y de verificar *in situ* las dimensiones de los recursos requeridos para la construcción y operación del complejo portuario.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia salvo en lo que concierne a los alcances temporales de esa decisión, en el sentido de señalar que las autoridades competentes no pueden cobrarle a la firma CERREJÓN ZONA NORTE S.A. el nuevo valor de la contraprestación desde el momento en que se dispuso la homologación de la concesión, sino a partir de la fecha en que quedaron en firme los actos acusados. Por lo mismo, ordenará la reliquidación de la contraprestación debida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- REVOCAR LA SENTENCIA del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar se dispone:

1.1.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del artículo 1° de la Resolución 4245 de 26 de junio de 2003, proferida por el Ministerio de Transporte, *“Por la cual se modifican las Resoluciones 0164 y 528 de 1994, expedidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte”*, en cuanto dispuso el cobro retroactivo de la nueva contraprestación. Por lo mismo, la cancelación del nuevo valor, solo puede ser exigido desde la

ejecutoria del acto demandado, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

1.2.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del artículo 3° de la Resolución 4245 de 26 de junio de 2003, en cuanto señaló el valor de la suma que debe cancelar la empresa concesionaria por concepto de las diferencias resultantes entre la nueva y la anterior contraprestación.

SEGUNDO.- A manera de restablecimiento del derecho, **ORDÉNAR** al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO- (hoy INSTITUTO NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA) que proceda a **RELIQUIDAR** el monto de la contraprestación que debe cancelar la firma CERREJÓN ZONA NORTE S.A., por concepto de la concesión portuaria mencionada en esta providencia, de acuerdo con los siguientes parámetros:

2.1. Deberá dar estricta aplicación al régimen de contraprestaciones establecido por el Decreto 2147 de 1991 y desarrollado por las Resoluciones 40 de 1992 y 719 de 1993 expedidas por la Superintendencia General de Puertos y tenerse en cuenta que el muelle carbonífero ocupa 335 metros de línea de playa y 6 metros de profundidad y que el muelle de suministros ocupa 73 metros de línea de playa y 4,5 metros de profundidad.

2.2.- Dicha reliquidación deberá efectuarse a partir de la ejecutoria de la Resolución 4245 del 26 de junio de 2003 expedida por el Ministerio de Transporte y hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia.

2.3.- De la suma resultante deberán deducirse los pagos efectuados por la empresa concesionaria por concepto de contraprestaciones durante el período anteriormente mencionado.

2.4.- Al efectuar la reliquidación de la contraprestación, deberán traerse a valor presente tanto los valores que fueron

efectivamente cancelados como los valores a cancelar por parte de la sociedad actora.

TERCERO.- DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- RECONOCER personería al Abogado **OSCAR IBAÑEZ PARRA** como apoderado del Instituto Nacional de Infraestructura, de conformidad con la Resolución núm. 523 de 28 de septiembre de 2012.⁴³

En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZÁLEZ**

Presidente

voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

Salva

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MORENO

MARCO ANTONIO VELILLA

Salva voto

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Conjuez

⁴³ Folios 39 a 40 cuad. 2.

BIENES DE INTERES PUBLICO – Sobre ellos no se admite la existencia de derechos adquiridos

La corrección de la equivocación en que inicialmente incurrió la Administración sobre el valor de la contraprestación a pagar por parte de la actora, que es a lo que se contraen los actos acusados, entraña el ejercicio del deber de recuperación de los bienes públicos, que pertenecen a la comunidad. Por ello bien podía variarse el monto de la contraprestación inicialmente fijada, sin que se requiriera el consentimiento de aquella, dado que no puede admitirse la existencia de derechos adquiridos sobre bienes de interés público, en cuyo ejercicio debe prevalecer el interés general.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO DE MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00466-01

Actor: CERREJON ZONA NORTE S.A

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con el debido respeto me aparté de la decisión que revocó la sentencia de 18 de agosto de 2011, proferida por la Sección Primera -Subsección "A"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que había denegado las súplicas de la demanda y, en su lugar, se accedió parcialmente a las pretensiones de la misma, por cuanto comparto plenamente los argumentos del a quo.

En efecto, la corrección de la equivocación en que inicialmente incurrió la Administración sobre el valor de la contraprestación a pagar por parte de la actora, que es a lo que se

contraen los actos acusados, entraña el ejercicio del deber de recuperación de los bienes públicos, que pertenecen a la comunidad. Por ello bien podía variarse el monto de la contraprestación inicialmente fijada, sin que se requiriera el consentimiento de aquella, dado que no puede admitirse la existencia de derechos adquiridos sobre bienes de interés público, en cuyo ejercicio debe prevalecer el interés general.

Fecha ut supra,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera

CONFIANZA LEGITIMA – No se puede tener por defraudada por cobro retroactivo efectuado por la Administración, si quien debe pagarla no declaró la totalidad de la información con base en la cual se hizo inicialmente el cobro

No es admisible suponer que la firma concesionaria no tuviere conocimiento de las verdaderas dimensiones de la infraestructura necesaria para la operación portuaria al momento de diligenciar el formulario de registro de las instalaciones de muelles privados y públicos; y, por el otro, resulta inaceptable que tanto el Estado como el interés general resulten respondiendo por el desequilibrio económico generado en un error de cálculo proveniente de la imprecisión en que incurrió el particular al señalar las bases sobre las cuales se liquidaría la contraprestación, y la negligencia de la autoridad portuaria en relación con la verificación de las mismas desde un comienzo. Así, en lo que respecta a la supuesta convicción de hallarse bajo una situación gestada y cuantificada en derecho, como supuesto para proteger la confianza legítima de la actora, cabe advertir que esta tuvo a bien indicar en el formulario referenciado una longitud de playa de 150 metros y una profundidad de 7 metros correspondientes únicamente a la construcción del muelle; cuando era claro para la firma concesionaria que se había destinado un metraje adicional para el establecimiento de muelles de atraque en los territorios de bajamar, obviamente utilizados también en la operación portuaria. De ahí, que la dimensión real de la estructura destinada al puerto fuere de 335 metros incluyendo la línea de atraque. Obsérvese que ese metraje de más omitido en la declaración del formulario, versa, naturalmente, sobre un terreno de bajamar despojado de toda posibilidad de destinación al uso público, como le correspondería, al tener como propósito el servir de muelle para el atraque de buques. De ahí, que al afectarse tal área a dicha actividad, debía, indefectiblemente, declararse como parte integrante de la estructura portuaria. En este punto, no sobra anotar que entre el año 1983, en que fue otorgada la concesión, y el año 1991, no había lugar a cobro alguno por concepto del uso y goce de los bienes de uso público comprometidos en la operación portuaria, por lo que la autoridad administrativa tuvo a bien abstenerse de revisar durante ese

lapso de tiempo las verdaderas dimensiones del complejo portuario, y el concesionario tampoco informó sobre eventuales variaciones en la infraestructura del mismo, dada precisamente su gratuidad. Empero, a partir de la Constitución de 1991, y de la Ley 1º de 1991, era menester que la firma concesionaria reportara la longitud real de la estructura portuaria a fin de calcular la contraprestación ordenada por la ley con fundamento en los territorios de uso público efectivamente destinados a la concesión. Así las cosas, es evidente que sí hubo por parte de la actora una inducción a error a la autoridad portuaria al no incluir el metraje adicional de terrenos de bajamar, que daba lugar a que el cálculo de la contraprestación se efectuara sobre 350 metros y no respecto de los 150 inicialmente declarados por aquella, en concordancia con las dimensiones afectadas desde el año 1983. Ahora, tal imprecisión fue corregida en los actos acusados, evidenciándose, entonces, que hubo un período de prácticamente 10 años en que la firma usó en provecho de su operación portuaria unos bienes de uso público sin pagar contraprestación alguna, contraviniendo así lo ordenado por el artículo 7 de la Ley 1º de 1991. Lo anotado, permite reiterar que en el presente caso no se configura el presupuesto de protección de la confianza legítima consistente en que el particular hubiere tenido la certeza de que el monto de la obligación se había cuantificado en derecho, pues fue este quien, según se señaló, omitió la declaración de un tramo de bajamar efectivamente destinado a la operación portuaria. De este modo, la omisión de la firma concesionaria en proporcionar las bases reales de cuantificación de la contraprestación, junto con la desidia estatal para verificar por su propia iniciativa la magnitud de los bienes de uso público destinados a la concesión, no han de servir como pretexto para comprometer el interés general en lo que hace al cobro de una contraprestación que, en últimas, compensa el despojo al que se ve sometida la colectividad en el aprovechamiento y conservación de las playas y mares como recursos naturales perecederos y espacios de disfrute comunitario.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO DE MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00466-01

Actor: CERREJON ZONA NORTE S.A

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Con el acostumbrado respeto por la Sala, expongo a continuación las razones por las cuales me aparté de la decisión mayoritaria respecto de la declaración de nulidad parcial de las Resoluciones 4245 de 26 de junio de 2003, proferida por el Ministerio de Transporte, *“por la cual se modifican las Resoluciones 0164 y 528 de 1994, expedidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte”*, y la 346 de 19 de marzo de 2004, proferida por el Subgerente de gestión contractual del Instituto Nacional de Concesiones INCO *“por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4245 de 26 de junio de 2003 emitida por el Ministerio de Transporte”*, que confirmó lo decidido en ese acto administrativo.

La Sala, emitió su decisión de nulidad parcial de los anteriores actos por considerar que la liquidación de la contraprestación a pagar por parte de la empresa Cerrejón Zona Norte S.A., como cesionaria de los derechos y obligaciones de Carbocol S.A., por concepto de la contraprestación derivada del uso temporal y privativo de las zonas de playa y terrenos de bajamar, no debía ser cobrada retroactivamente, esto es, desde el momento en que se dispuso la homologación de la misma mediante la Resolución 164 de 1994. En tal sentido, la decisión de la que me aparto ordena que el cobro del nuevo valor se genere a partir de la fecha en que los actos acusados quedaron en firme.

Es de precisar, que la liquidación de la contraprestación que arrojó el nuevo valor consagrado en los actos acusados se consideró por la Sala ajustado a la legalidad, dado que los demás cargos de nulidad, distintos del factor temporal antes anotado, no prosperaron. Así, frente a la decisión mayoritaria, por la cual se desestimaron los planteamientos formulados en la apelación, he de señalar que la comparto en su totalidad, excepto, reitero, en lo que concierne al alcance temporal de los efectos de la decisión, consignados en la sentencia.

Pues bien, se estimó en la sentencia que el cobro de la contraprestación reajustada no debía ser cobrado desde la homologación de la concesión en el año 1994, por cuanto ello quebranta principios inherentes a un Estado Social de Derecho, como son la seguridad jurídica y la confianza legítima. Ahora, tal decisión se fundamenta esencialmente en que la firma concesionaria venía cancelando el valor de la contraprestación señalado por la propia autoridad en el acto de homologación con el absoluto convencimiento de que su monto había sido calculado conforme a derecho, por lo que no puede admitirse que la administración, escudada en su propia equivocación, exija el pago retroactivo de las sumas que debieron pagarse desde el momento de la homologación. Agrega, que no obra en el expediente prueba alguna que permita señalar que la actora hubiere inducido la adopción de una decisión errónea que pudiese favorecerla, sino que antes bien, desde el año 1983 las autoridades competentes tuvieron la oportunidad de conocer y verificar las dimensiones del complejo portuario.

De los anteriores planteamientos discrepo abiertamente, pues, por un lado, no es admisible suponer que la firma concesionaria no tuviere conocimiento de las verdaderas dimensiones de la infraestructura necesaria para la operación portuaria al momento de diligenciar el formulario de registro de las instalaciones de muelles privados y públicos; y, por el otro, resulta inaceptable que tanto el Estado como el interés general resulten respondiendo por el desequilibrio económico generado en un error de cálculo proveniente de la imprecisión en que incurrió el particular al señalar las bases sobre las cuales se liquidaría la contraprestación, y la negligencia de la autoridad portuaria en relación con la verificación de las mismas desde un comienzo.

Así, en lo que respecta a la supuesta convicción de hallarse bajo una situación gestada y cuantificada en derecho, como supuesto para proteger la confianza legítima de la actora, cabe advertir que esta tuvo a bien indicar en el formulario referenciado una longitud de playa de 150 metros y una profundidad de 7 metros correspondientes únicamente a la construcción del muelle; cuando era claro para la firma concesionaria que se había destinado un metraje adicional para el establecimiento de muelles de atraque en los territorios de bajamar, obviamente utilizados también en la operación portuaria. De ahí, que la dimensión real de la estructura destinada al puerto fuere de 335 metros incluyendo la línea de atraque.

Obsérvese que ese metraje de más omitido en la declaración del formulario, versa, naturalmente, sobre un terreno de bajamar despojado de toda posibilidad de destinación al uso público, como le correspondería, al tener como propósito el servir de muelle para el atraque de buques. De ahí, que al afectarse tal área a dicha actividad, debía, indefectiblemente, declararse como parte integrante de la estructura portuaria.

En este punto, no sobra anotar que entre el año 1983, en que fue otorgada la concesión, y el año 1991, no había lugar a cobro alguno por concepto del uso y goce de los bienes de uso público comprometidos en la operación portuaria, por lo que la autoridad administrativa tuvo a bien abstenerse de revisar durante ese lapso de tiempo las verdaderas dimensiones del complejo portuario, y el concesionario tampoco informó sobre eventuales variaciones en la infraestructura del mismo, dada precisamente su gratuidad. Empero, a partir de la Constitución de 1991, y de la Ley 1º de 1991, era menester que la firma concesionaria reportare la longitud real de la estructura portuaria a fin de calcular la contraprestación

ordenada por la ley con fundamento en los territorios de uso público efectivamente destinados a la concesión.

Así las cosas, es evidente que sí hubo por parte de la actora una inducción a error a la autoridad portuaria al no incluir el metraje adicional de terrenos de bajamar, que daba lugar a que el cálculo de la contraprestación se efectuare sobre 350 metros y no respecto de los 150 inicialmente declarados por aquella, en concordancia con las dimensiones afectadas desde el año 1983.

Ahora, tal imprecisión fue corregida en los actos acusados, evidenciándose, entonces, que hubo un período de prácticamente 10 años⁴⁴ en que la firma usó en provecho de su operación portuaria unos bienes de uso público sin pagar contraprestación alguna, contraviniendo así lo ordenado por el artículo 7 de la Ley 1º de 1991.

Lo anotado, permite reiterar que en el presente caso no se configura el presupuesto de protección de la confianza legítima consistente en que el particular hubiere tenido la certeza de que el monto de la obligación se había cuantificado en derecho, pues fue este quien, según se señaló, omitió la declaración de un tramo de bajamar efectivamente destinado a la operación portuaria.

De otro lado, no se observa que el razonamiento expuesto por la sentencia de la que me aparto, ofrezca el suficiente convencimiento para admitir que el Estado y la comunidad resulten asumiendo el sobre costo de una contraprestación por el uso y

⁴⁴ Desde la homologación de la concesión en el año 1994 hasta la firmeza de la Resolución 346 de 19 de marzo de 2004.

goce de bienes de uso público que dejó de cobrarse desde el año 1994 hasta el 2004. Nótese que el desequilibrio generado en el monto del valor cuestionado no puede de ningún modo sacrificar el interés general, puesto que tal desproporción no se generó en un contrato comercial entre particulares sino que involucra al Estado y a un conglomerado social que, en razón de la concesión, se halla privado de la utilización de bienes públicos y de recursos naturales que por derecho le corresponden.

De este modo, la omisión de la firma concesionaria en proporcionar las bases reales de cuantificación de la contraprestación, junto con la desidia estatal para verificar por su propia iniciativa la magnitud de los bienes de uso público destinados a la concesión, no han de servir como pretexto para comprometer el interés general en lo que hace al cobro de una contraprestación que, en últimas, compensa el despojo al que se ve sometida la colectividad en el aprovechamiento y conservación de las playas y mares como recursos naturales perecederos y espacios de disfrute comunitario.

Por todo lo anterior, estimo que se debió confirmar la sentencia recurrida en apelación al haber denegado esta, con acierto, las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no sobra llamar la atención en lo lamentable que resulta el constatar que el seguimiento y atención de las políticas públicas en materia de bienes de uso público dados en concesión sean acatadas en virtud de la intervención de los organismos de control, como fue en el presente caso, la Contraloría General de la República, en lugar de corresponder a una labor eficiente en la materia por parte del Ejecutivo, como en efecto, le compete hacerlo. Tal realidad, permite advertir

una precaria gestión pública por parte de las autoridades competentes a cargo de la salvaguarda de los bienes de uso común, incluidos, desde luego, los recursos naturales, que redundaría en una desproporcionada afectación de los mismos a favor de los intereses privados.

Fecha ut supra

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Consejero