

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 08001-23-31-000-2001-02667-01(37001)

Actor: SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OTROS

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA – Marco legal – Transiciones normativas desde 1991 - Entidades competentes – / VALOR FISCAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA – Características – implicaciones cuando la cuantía del contrato es indeterminable, total o parcialmente / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – Competencia – límites – procedencia para reformular el valor de la contraprestación portuaria / DERECHO DE DEFENSA – Debió garantizarse en toda la actuación administrativa previa a la expedición de los actos demandados.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Puertos y Transporte contra la sentencia proferida el 22 de octubre de 2008 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que resolvió acoger las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El 12 de julio de 1993, la entonces Superintendencia General de Puertos celebró con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. el contrato de concesión N° 008, por el cual se le otorgó a la compañía, entre otras cosas, el derecho a utilizar los bienes y activos de la extinta empresa Puertos de Colombia –Colpuertos-, a cambio de lo cual la concesionaria debía pagar una contraprestación de US\$2'610.590, la cual podría ser cumplida mediante cuotas anuales, en proporción al área utilizada y a los niveles de carga previamente estimados. Mediante otrosí N° 004 del 29 de septiembre de 1993, las partes reiteraron que el valor de la contraprestación era de

US\$2'610.590, pero modificaron el valor de las cuotas anuales y establecieron que, a partir del quinto año, dicha contraprestación sería plena, dependiendo del análisis financiero efectuado por la auditoría externa contratada para ese fin y la evaluación realizada por la Superintendencia.

El 24 de febrero de 2000, la Superintendencia General de Puertos expidió la Resolución N° 0077, por la cual señaló que el valor total de la indicada contraprestación sería de US\$8'635.371,65, calculados a valor presente, y que las cuotas anuales serían de US\$1'163.240,43 por los siguientes 14 años de la concesión. Estas decisiones fueron confirmadas por el Ministerio de Transporte, en sede de reposición, mediante la Resolución N° 00310 del 25 de enero de 2001.

Según la demanda, el valor inicial de la contraprestación era inmodificable, de modo que los eventuales reajustes no podían sobrepasarlo. Sin embargo, las autoridades demandadas incrementaron esa cuantía en forma ostensible y arbitraria, obrando además sin competencia, puesto que no atendieron lo dispuesto en el Decreto 101 de 2000, que ordenó la reestructuración de ambas entidades.

I.- ANTECEDENTES

1. Demanda

Mediante demanda presentada el 18 de diciembre de 2001 (fls. 1 al 27, c. 1), a través de apoderado judicial (folios 28 y 29, c.1), la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. interpuso acción de controversias contractuales en contra de la Nación – Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones:

1.1. Que es nula la Resolución N° 0077 de febrero 24 de 2000, emanada de la Superintendencia General de Puertos¹.

1.2. Que es nula la Resolución N° 000310 de enero 25 de 2001, emanada del Ministerio de Transporte.

1.3. Que como consecuencia de la nulidad de las resoluciones antes mencionadas, se declare que el valor de la contraprestación por las instalaciones de la extinta Empresa Puertos de Colombia, incluida dentro del contrato de concesión suscrito entre la Nación – Ministerio de Transporte – Superintendencia de Puertos y Transporte (sic), es la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA DÓLARES DE

¹ Transformada en Superintendencia de Puertos y Transporte en virtud del Decreto 101 del 2 de febrero de 2000.

LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$2.610.590.00) a valor presente neto.

1.4. Que se declare como fecha de iniciación de la concesión, el día 13 de diciembre de 1993 (...).

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la sociedad demandante señaló que en virtud del contrato N° 008 del “29 de septiembre de 1993”², la Superintendencia General de Puertos le otorgó una concesión portuaria que le permitiría ocupar y utilizar de manera temporal y exclusiva, por un período de 20 años, las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias descritas en el mismo contrato, así como utilizar los muelles, patios, bodegas y demás activos de la extinta Empresa de Puertos y Transporte, especificados en las cláusulas; todo ello con la finalidad de que la concesionaria pudiera explotar económicamente el negocio portuario y cobrara las tarifas correspondientes, a cambio de una contraprestación causada exclusivamente a favor de la Nación.

Refirió que el valor del contrato N° 008 fue pactado en la suma de US\$7'792.720, de los cuales US\$5'182.130 serían pagados al Estado por la ocupación y uso de las playas, zonas y terrenos antes mencionados, según lo señalado en la cláusula 11.1.

Indicó que, de conformidad con la cláusula 11.2 del contrato, el monto restante de US\$2'610.590 correspondería a la contraprestación que la sociedad debía pagar por los activos que se le entregaran en concesión, antes pertenecientes a la suprimida Empresa de Puertos y Transportes -Colpuertos-. Según su dicho, ese monto fue estimado a valor presente de acuerdo con la tabla de costos del Terminal Marítimo de Barranquilla y se pagaría en pesos colombianos con cuotas de \$226'473.000 en el primer año y \$243'861.000 en el segundo, calculadas proporcionalmente al área estimada a utilizar y a las proyecciones de carga presentadas ante la entidad contratante. A partir del tercer año, el valor de la contraprestación por uso de los activos se reajustaría mediante acto administrativo, de acuerdo con la inflación reportada en el respectivo período.

Señaló la parte actora que, para la fijación de las indicadas cifras, se siguieron los criterios establecidos en las Resoluciones 040 del 26 de junio de 1992 y 033 del 21 de enero de 1993, expedidas por la Superintendencia General de Puertos.

² La demanda refirió el 29 de septiembre de 1993 como fecha de celebración del contrato, pero este se suscribió el 12 de julio de 1993, como se evidenciará en el análisis de los hechos probados.

Manifestó que la cláusula 11.2 fue modificada mediante los “*contratos adicionales*” 002 y 004 de 1993, en virtud de los cuales, la sociedad concesionaria pagaría anualmente una suma de US\$268.809 durante los cuatro primeros años de vigencia del contrato, mientras que, a partir de la quinta anualidad, la contraprestación podría ser plena, según los resultados del análisis financiero que realizara la “*auditoría externa contratada para el efecto*” y la evaluación que efectuara la Superintendencia.

Según la demandante, el propósito de la cláusula 11.2 fue el de establecer, como valor de la concesión relativa al uso de los activos de Colpuertos, la suma fija de US\$2'610.590 estimada al valor presente en la fecha de celebración del contrato. Por tanto, el único cambio que se introdujo con los “*contratos adicionales*” 002 y 004 fue la forma de pago de ese monto, pues quedó establecido que la cuota anual durante los primeros cuatro años sería equivalente a US\$268.809, mientras que en las restantes anualidades la suma tendría variaciones que, en todo caso, no debían alterar el valor total de la contraprestación.

Se refirió en la demanda que la exigencia de soportar tales variaciones en el análisis financiero de la auditoría externa y en la evaluación de la entonces Superintendencia General de Puertos tenía como finalidad evitar que el precio del contrato llegara a ser establecido de manera unilateral y obedecía a que la infraestructura dada en concesión estaba sobredimensionada frente a las posibilidades reales que en ese momento ofrecía el puerto de Barranquilla.

Afirmó la demandante que el Decreto 101 del 7 de febrero de 2000 reestructuró el Ministerio de Transporte y le asignó a la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos algunas funciones que venía desempeñando la Superintendencia, entre estas, asesorar al Ministro en el otorgamiento de concesiones portuarias y en sus modificaciones, revocaciones y/o declaratorias de caducidad.

Agregó que el aludido decreto había establecido que el Gobierno Nacional adoptara la nueva planta de personal del Ministerio dentro de los 60 días siguientes a su entrada en vigencia y que, durante dicho plazo, las funciones asignadas a esa cartera serían ejercidas por sus actuales funcionarios. Esto significaba –en sentir de la actora- que la Superintendencia de Puertos y Transporte –así denominada en el acto de reestructuración- perdía desde ese momento las atribuciones trasladadas al Ministerio del ramo.

Manifestó que el 24 de febrero de 2000, el Superintendente de Puertos y Transporte expidió la Resolución 077, por la cual fijó la contraprestación plena por los activos de la extinta Empresa de Puertos y Transporte, en la suma de US\$8'635.371,65, pagaderos a valor presente o por anualidades de US\$1'163.240,43, precios vigentes a partir del séptimo año de la concesión, vale decir, desde el 8 de noviembre de 1999.

Adujo la actora que, a la luz de lo anterior, mientras el contrato de concesión establecía una única suma como valor presente, total y definitivo de la contraprestación, pagadera en diferentes cuotas anuales, la modificación unilateral establecida por la Superintendencia en la resolución acusada fijó valores presentes distintos, causados en diferentes tiempos de la concesión. Así, el monto de US\$8'635.371,65, establecido en el acto acusado, no era el resultado de las cuotas anuales allí estimadas en US\$1'163.240,43, ya que la sumatoria de estas por el término faltante del contrato, arrojaba un total de US\$15'122.125,59.

Señaló que el Superintendente General de Puertos había incrementado de manera unilateral el precio de la concesión, sin contar siquiera con los estudios exigidos para el reajuste pactado, ya que no se contrató auditoría externa que efectuara el análisis financiero ni se adelantó la evaluación prevista por las partes en el "*contrato adicional*" 004 de 1993.

Afirmó que el acto administrativo fue confirmado por el Ministerio de Transporte, en sede del recurso de reposición, pero que la decisión así adoptada por el Ministerio había desnaturalizado ese mecanismo de impugnación, puesto que este debía ser resuelto por el mismo funcionario que profirió el acto inicial, independientemente de que contara o no con la competencia para haberlo dictado en su oportunidad. Agregó que el Decreto 101 de 2000 no le otorgaba al Ministerio de Transporte la competencia para resolver recursos de reposición contra actos expedidos por la Superintendencia de Puertos y Transporte en ejercicio de las competencias que le fueron reasignadas al órgano gubernamental, pues estas debieron ser ejercidas desde un comienzo por el propio Ministerio, a través de los servidores competentes.

- El 13 de junio de 2002 la parte actora adicionó la demanda (folios 115 al 120) exponiendo nuevos hechos. Al respecto, señaló que el 28 de mayo de 2002 el Director General de Transporte Marítimo y Puertos le remitió a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla un proyecto definitivo de modificación del contrato de concesión. Dado que a ese documento se le otorgó, precisamente, carácter definitivo

antes de que fuera conocido por la demandante, resultaba claro que a esta nunca se le permitió intervenir en la modificación de las cláusulas contractuales.

1.1. Cargos de nulidad

La parte demandante refirió como normas infringidas por los actos administrativos acusados, los artículos 29 y 122 de la Constitución Política; las Leyes 1 de 1981, 19 de 1982 y 80 de 1993; el Decreto 222 de 1983, el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo y el Decreto 101 de 2000.

Señaló que las Resoluciones 0077 de 24 de febrero de 2000 y 000310 de 25 enero de 2001 infringían tales disposiciones normativas por haber sido expedidas sin competencia, con desconocimiento del derecho de defensa e incumpliendo los requisitos del contrato estatal, además de contener modificaciones unilaterales que no se ceñían a los presupuestos legales.

2. Trámite de primera instancia

2.1. Mediante auto del 24 de abril de 2002, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda (folios 111 al 114, c.1). A su vez, la adición del libelo fue admitida por esa autoridad en proveído del 22 de agosto de 2002 (folios 151 al 154, c.1).

2.2. Tanto el Ministerio de Transporte como la Superintendencia de Puertos y Transporte se notificaron por conducta concluyente, al designar apoderado e intervenir en el proceso sin previa notificación personal (folios 177 al 178 y 185 al 205, c.1).

2.3. En la misma providencia emitida el 22 de agosto de 2002, el juez de primera instancia negó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados, formulada por la parte actora. La decisión fue confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto del 5 de noviembre de 2003 (folios 168 al 174).

2.4. El 5 de septiembre de 2006, el Tribunal Administrativo del Atlántico dispuso vincular al Instituto Nacional de Vías –Invías- y a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena –Cormagdalena- como litisconsortes necesarios de la parte pasiva (folios 347 al 349, c.1). Consideró que el Invías debía integrar la litis en el extremo demandado por haber tenido a su cargo la entrega de la infraestructura de transporte que estuviera siendo explotada en virtud de las concesiones y *“atender los bienes, contratos, derechos y obligaciones”* que el Ministerio de Transporte le transfiriera en esa materia. Asimismo, señaló que

Cormagdalena era litisconsorte necesario por pasiva por ser la entidad que recibió, a título de cesión, todos los derechos que el Ministerio de Transporte tenía respecto del contrato de concesión N° 008 de 1993, objeto de esta controversia.

Las mencionadas entidades también comparecieron al proceso sin previa notificación personal.

2.5. El Ministerio de Transporte manifestó, en su defensa, que las decisiones adoptadas en los actos acusados, atinentes al valor de la concesión, sí cumplieron con los requisitos de evaluación y análisis financiero que se habían previsto en los contratos adicionales. Los estudios correspondientes fueron adelantados por personal capacitado de la Dirección de Planteamiento Portuario, lo cual guardó consonancia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que prohibía la celebración de contratos de prestación de servicios para la realización de labores que pudieran ser desarrolladas por la entidad estatal.

Afirmó que, contrario a lo sostenido por la parte demandante, para la fecha de expedición de la Resolución N° 0077 -24 de febrero de 2000- la Superintendencia de Puertos y Transporte aún conservaba la competencia para aprobar, modificar o declarar la caducidad de los contratos de concesiones, toda vez que, de conformidad con el Decreto 101 de 2000, mientras no se llevara a cabo la reestructuración de la planta de personal del Ministerio de Transporte –para lo cual la norma estableció un plazo de 60 días- , este no podía asumir las competencias que hasta ese momento recaían sobre otras entidades. Asimismo, sostuvo que para la fecha en que el Ministerio de Transporte resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0077 de 2000, ya se encontraba reestructurada su planta de personal, de suerte que también obró de conformidad con las competencias vigentes, en particular las asignadas en el Decreto 101 de 2000.

Al referirse al valor de la concesión otorgada sobre los activos de la extinta Empresa de Puertos de Colombia, señaló no era cierto que esa cifra fuera de carácter inmodificable puesto que los montos de esa contraprestación eran siempre fijados y reajustados por la Superintendencia General de Puertos, mediante actos administrativos tales como las Resoluciones 113 de 1992 y, 033, 396, 713 y 882 de 1993, así como la Resolución N° 1084 de 1993, que fue la que estableció el análisis financiero de la auditoría externa y la evaluación de la Superintendencia, como criterios para tasar el valor de la contraprestación.

Indicó que fue bajo esa línea competencial como la Superintendencia dictó la Resolución N° 077 del 24 de febrero de 2000, por la cual fijó la suma de \$US8'635.371,65 como valor de la contraprestación plena vigente desde ese momento. El otrosí N° 002 adicional al contrato de concesión N° 008 de 2003 había establecido que, a partir del quinto año, la contraprestación podría ser plena dependiendo de los estudios mencionados, de suerte que al suscribir tal cláusula, la sociedad demandante aceptaba la posibilidad de que esa modalidad de retribución entrara a regir al cabo de cinco años.

Sostuvo que los valores establecidos durante el año 1993 se calcularon con base en unas proyecciones realizadas en esa época sobre la capacidad de utilización de la terminal a la fecha de firma del contrato y que, al pactarse que después del quinto año la contraprestación pudiera ser plena dependiendo del análisis financiero efectuado por auditoría, lo que se pretendía no era imponer dicho estudio como condición para modificar el valor de la concesión, sino como criterio para estimar el precio respectivo, pues ese examen contendría la verificación de las cuentas anuales de la empresa y la constatación de que estos se ajustaban a los presupuestos legales, aspecto que usualmente era evaluado por una auditoría externa, pero que también estaba contenido en los estados contables de la Sociedad Portuaria, los cuales debían presumirse ciertos y fueron los que examinó y empleó la Superintendencia para adoptar la decisión ahora enjuiciada.

Con fundamento en los anteriores planteamientos, el Ministerio de Transporte propuso las excepciones de *“legalidad de los actos acusados”* y *“buena fe estatal”*.

Finalmente, refirió la excepción de *“caducidad de la acción”*, respecto de la cual solo señaló que *“las acciones no fueron ejercidas en tiempo”* (folios 192 al 205, c.1).

2.6. El Instituto Nacional de Vías –Invías-, vinculado como litisconsorte necesario de la parte demandada, propuso la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* respecto de esa entidad, en virtud de lo cual señaló que, si bien le correspondía efectuar el cobro de las contraprestaciones otorgadas por el uso y goce temporal de zonas de uso público y recaudar la cartera portuaria de la Nación, lo cierto era que carecía de toda competencia relativa a la ejecución de los contratos de concesión, de manera que la presente controversia podía resolverse mediante sentencia de mérito sin necesidad de que compareciera el Invías a esta causa judicial. En ese mismo sentido, no se desconocía que la entidad debía recibir en su haber la infraestructura portuaria al finalizar los contratos de concesión que sobre ella existieran, pero ello no le otorgaba

injerencia alguna en dichas concesiones mientras se mantuvieran en ejecución (folios 350 al 360, c.1).

2.7. Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena –Cormagdalena- manifestó que la cuestión atinente a la competencia de la Superintendencia General de Puertos para proferir la Resolución N° 077 de 2000 se ejerció dentro de un período de transición que generaba situaciones de carácter excepcional, aunque en todo caso, el Ministerio de Transporte ratificó la actuación de la entidad de inspección y vigilancia al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el aludido acto administrativo.

Por otro lado, respecto de las sumas fijadas como valor de la contraprestación de la concesión portuaria, adujo que debía tenerse en cuenta que, aun cuando se hubiera contratado una auditoría externa para el análisis financiero pertinente, se llegaría a la misma conclusión en cuanto a que estaban dadas las condiciones contractuales para que la sociedad concesionaria comenzara a reconocerle a la Nación una contraprestación plena (folios 379 al 382).

2.8. La Superintendencia de Puertos y Transporte confirió poder judicial para el presente proceso el 27 de mayo de 2003, una vez notificado por estado el auto admisorio de la demanda y antes de que venciera el respectivo término inicial de fijación en lista –que expiró el 13 de abril de 2004- (folios 179 al 181, c.1). Sin embargo, contestó la demanda de manera extemporánea, el 3 de noviembre de 2006 (folios 414 al 447).

2.9. El 29 de abril de 2005 se dio apertura a la etapa probatoria (folio 209, c.1); las pruebas solicitadas por el Invías y por Cormagdalena fueron decretadas el 21 de febrero de 2007 (folios 449 al 451) y, mediante auto proferido el 14 de marzo de 2008, se corrió traslado de la actuación a las partes para que alegaran de conclusión (folio 478).

2.10. En esa oportunidad procesal, la parte actora recalcó que el Decreto 101 de 2000 entró en vigencia antes de que se expidieran los actos administrativos demandados, razón por la cual era claro que la Superintendencia de Puertos y Transporte obró sin competencia alguna, al ejercer una función que ya había sido trasladada al Ministerio del ramo.

De igual manera, insistió en que la Administración no había adelantado los estudios necesarios para reajustar el valor de la contraprestación pactada a favor del Estado y modificó unilateralmente el contrato sin que le asistiera ese derecho, pues las cláusulas establecían que la contraprestación no era susceptible de variaciones, excepto por “*lo previsto en la Ley 1ª, en el Decreto 2147 de 1991 y en el contrato*”, normas estas que, si bien le asignaban a la Superintendencia las funciones relativas a los contratos de concesión, fueron reformadas por el Decreto 101 de 2000, que resultó infringido por esa entidad (folios 522 al 529, c1).

2.11. El Ministerio de Transporte manifestó que, por disposición del Decreto 2056 de 2003, el Invías sería la entidad encargada de la infraestructura de transporte y el desarrollo de los contratos de concesión, incluidos los derechos y obligaciones emanados de estos, razón por la cual la Nación no estaba llamada a responder por la eventual condena que se llegara a imponer en el presente caso (folios 479 al 481).

2.12. A su turno, la Superintendencia de Puertos y Transporte sostuvo que, para el 24 de febrero de 2000 –fecha de expedición de la Resolución N° 077-, aún conservaba la competencia para pronunciarse sobre los contratos de concesión portuaria, puesto que en ese momento no se había adelantado la reestructuración del Ministerio de Transporte, ordenada en el Decreto 101 de 2000.

Según la entidad, el derecho de defensa quedó plenamente garantizado en sede administrativa, puesto que la actualización del precio a cargo de la demandante sí estuvo precedida de un análisis financiero que, al haberse soportado en la información contable de la propia sociedad concesionaria, no necesitaba más referencia ni motivación alguna, como tampoco se requería correr traslado de tales soportes a la empresa, dado que habían sido elaborados y entregados por esta.

Afirmó que la Resolución N° 0077 de 2000 indicaba expresamente que el monto de US\$8'635.375 era el valor actualizado y convertido en dólares, de la suma anual de \$939'084.000, equivalente, a su vez, al valor de la contraprestación por infraestructura o por activos, previstos en el contrato de concesión y en la tabla de costos anexa a este.

Tras explicar las bases y fuentes jurídicas y financieras sobre las que se fijó el valor de la concesión en 1993 y en el año 2000, manifestó que el mecanismo de estimación del precio que se previó inicialmente para la concesión del uso de los activos de Colpuertos fue de carácter transitorio para todas las concesiones vigentes en esa época, pero fue luego cambiado al de la “*contraprestación plena*”, a fin de evitar que la modalidad inicial

generara desequilibrios en las finanzas del Estado. Ahora, el único parámetro establecido para actualizar el valor de la contraprestación plena debía ser el desempeño financiero de la firma concesionaria, lo cual excluía como factor a considerar, el porcentaje de utilización de las instalaciones, que era la variable utilizada hasta entonces.

Manifestó que el incentivo otorgado por el Estado durante los años 90 para estimular el nivel de utilización de las instalaciones portuarias tenía necesariamente un carácter provisional, mientras se verificaba la concurrencia de todas las condiciones económicas y financieras para el cobro de la contraprestación plena. Con fundamento en este planteamiento, concluyó que el contrato adicional N° 004 de 1993 preveía que a partir del quinto año la contraprestación pudiera exigirse bajo la modalidad inicial o como contraprestación plena, caso en el cual su estimación debía sustentarse en el análisis de la capacidad financiera de la sociedad portuaria beneficiada con la concesión (folios 486 al 507).

2.13. El Invías reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda (folios 508 al 512).

2.14. Cormagdalena y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. La sentencia impugnada

3.1. El Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia el 22 de octubre de 2008 (folios 122 al 150, cuaderno de segunda instancia), oportunidad en la cual declaró:

Primero: Decrétase la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- *Resolución N° 0077 de 24 de febrero de 2000, expedida por el Superintendente General de Puertos, 'por la cual se fija la contraprestación plena por los activos de la Empresa de Puertos de Colombia a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla.*
- *Resolución N° 000310 de 25 de enero de 2001, proferida por el Viceministro de Transporte Encargado de las Funciones del Despacho del Ministro, mediante la cual se resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución N° 0077 de 24 de febrero de 2002, expedida por el Superintendente General de Puertos.*

Segundo: Como consecuencia de las nulidades decretadas en el ordinal anterior, declárase que el valor total de la contraprestación a cargo de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. por los activos de la empresa Puertos de Colombia es la suma de DOS MILLONES

SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$2'610.590) a valor presente (...).

Tercero: Si se resuelve fijar el valor de la contraprestación por los activos de la empresa Puertos de Colombia en liquidación de forma plena, como lo contempla la cláusula segunda del otrosí 004 de 29 de septiembre de 1993 (...), entonces tal fijación, además de tener en cuenta la cantidad de US\$2'610.590, de acuerdo con la tabla de costos del Terminal y el valor que anualmente se hubiere venido pagando por el concesionario por concepto de la contraprestación, deberá producirse con absoluto apego al procedimiento que para tal fin quedó establecido en dicha cláusula modificatoria, es decir, 'dependiendo del resultado del análisis financiero de la auditoría externa contratada para tal efecto y de la evaluación que hará la Superintendencia General de Puertos', o en su defecto, la entidad u organismo estatal que por Ley le corresponda hacerlo en la fecha de su realización.

Cuarto: Sin costas.

Quinto: Reconócese (sic) personería al doctor Rubén Darío Hernández Cáceres como apoderado judicial de la Corporación Regional Autónoma del Río Grande de la Magdalena (...).

El juez de primera instancia consideró que la reformulación del valor de la contraprestación, establecida por la entonces Superintendencia General de Puertos en la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000, había desconocido sin justificación alguna lo previsto en el otrosí N° 004 adicional al contrato de concesión N° 008 de 1993, así como lo establecido en las leyes vigentes y en las resoluciones expedidas por la misma Superintendencia, que constituían el marco legal de la concesión.

Señaló que el valor de US\$2'610.590, fijado en el contrato inicial, fue el estimativo previsto en la Resolución N° 713 del 1 de julio de 1993, en la cual se efectuó esa valoración con base en la tabla de costos del Terminal Marítimo de Barranquilla, instrumento éste que constituía una proyección del uso de la infraestructura para un período de 20 años, de los cuales, los dos primeros serían pagados con abonos de \$226'473.000 y \$243'861.000, mientras que las restantes anualidades se reajustarían de acuerdo con la inflación.

Según el Tribunal, las Resoluciones 882 del 17 de agosto de 1993 y 1084 del 29 de septiembre de 1993 modificaron la forma de cálculo del reajuste y establecieron que, durante los cuatro primeros años de la concesión sobre los activos, se pagaría anualmente la suma de US\$268.809, mientras que a partir del quinto año la contraprestación sería plena, dependiendo, entre otras cosas, del análisis financiero efectuado en la auditoría externa contratada para el efecto.

Estimó que, aunque esas reglas se fijaron en el otrosí N° 004 del 29 de septiembre de 1993, el valor allí previsto fue alterado de manera considerable en la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000, al no corresponder con el valor presente de US\$2.610'590 que ya se había previsto como referente definitivo desde 1993 para un período de 20 años. De ello coligió que las cantidades anuales señaladas en el acto administrativo no habían sido calculadas en función de ese precio inicial de la concesión, sino en función de la suma de US\$8'635.371, fijada como nuevo valor presente del contrato sin previa concertación con la sociedad portuaria y sin haber satisfecho previamente los requisitos relativos al análisis financiero realizado por un auditor externo y a la evaluación de la entidad.

Por otro lado, según la sentencia de primera instancia, la Superintendencia carecía de competencia para proferir la resolución acusada puesto que, si bien el Decreto 101 de 2000 otorgó un término de dos meses para adelantar la reestructuración del Ministerio de Transporte, no era menos cierto que desde la fecha de expedición del Decreto desaparecían para la Superintendencia las funciones reasignadas al estamento gubernamental, razón por la cual el Ministerio ha debido impedir que se le despojara de sus nuevas atribuciones y esperar a su reestructuración para disponer lo pertinente sobre el contrato de concesión, o bien, radicar tales tareas a una de las dependencias que aún se encontrara funcionando en el Ministerio, en la época de los hechos. Correlativamente, la Superintendencia de Puertos y Transporte no debió abrogarse facultades que ya le habían sido retiradas por normas vigentes.

El Tribunal Administrativo del Atlántico no se pronunció sobre la falta de legitimación en la causa alegada por el Invías, como tampoco sobre las eventuales cargas de estas entidades frente a lo decidido en el fallo.

3.2. La sentencia de primera instancia recibió un salvamento de voto por parte del magistrado Luis Eduardo Cerra Jiménez, quien consideró que la Superintendencia de Puertos y Transporte sí tenía competencia para proferir la decisión enjuiciada, dado que el término de 60 días previsto en el Decreto 101 de 2000 para la reestructuración del Ministerio de Transporte no podía implicar que, durante ese lapso, las competencias de la Superintendencia quedaran acéfalas o en suspenso, desprovistas de la continuidad que les era predicable bajo los principios de la función administrativa.

Como siguiente razón de su discrepancia, refirió que la no contratación de auditorías externas para el estudio financiero de la sociedad portuaria no generaba la ilegalidad del acto administrativo, entre otras cosas, porque la cláusula contractual en la que se previó ese requisito quebrantaba lo dispuesto en el Decreto – Ley 222 de 1983, en cuanto a que la potestad para decidir sobre la celebración o no de un contrato era privativa de la entidad estatal, de modo que no se le podía imponer en un acuerdo de voluntades, la obligación de adelantar otro contrato.

Por otro lado, consideró que los planteamientos hechos en el fallo no eran suficientes para asegurar con certeza que los actos acusados hubieran alterado abismalmente el valor de la contraprestación, puesto que el tiempo por el cual se fijó la modalidad plena correspondía al 70% del término de duración del contrato y, a su vez, la suma allí señalada se asociaba con una utilización del 100% de la infraestructura portuaria, lo cual implicaba que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. obtuviera mayores rendimientos por la explotación máxima de las instalaciones.

Finalmente, manifestó su desacuerdo con la conclusión según la cual, la contraprestación debía ceñirse siempre a la suma de US\$2'610.590 pactada en el contrato inicial. Pues esta cifra, según su dicho, quedaba relevada en los términos de la misma concesión, al introducirse la modalidad de contraprestación plena.

4. El recurso de apelación

La Superintendencia de Puertos y Transporte recurrió el fallo de primera instancia (folios 578 al 597, cuaderno de segunda instancia) y argumentó que no era acertada la explicación esbozada por el Tribunal, acerca de las bases jurídicas y financieras sobre las cuales se fijaron, en 1993, los valores de la concesión portuaria hoy debatida en el proceso.

Al respecto, reiteró que el Gobierno Nacional fijó unos incentivos para las firmas concesionarias, para lo cual diseñó una fórmula de cálculo de la contraprestación de infraestructura sobre la base del porcentaje de utilización de las instalaciones entregadas, mecanismo éste que tenía carácter transitorio y que luego fue reemplazado por la modalidad de contraprestación plena a fin de evitar desequilibrios para el Estado, ya que, desde el punto de vista técnico, era imposible prever realmente el nivel de utilización de las instalaciones portuarias a 20 años, menos si el parámetro para hacerlo

era la movilización de carga, factor altamente variable y dependiente de otras condiciones.

Manifestó que el único monto que podía referirse como valor de la contribución plena era la cifra anual de \$939'084.000 –que adujo como referida en los actos acusados– puesto que, de lo contrario, el Estado se vería forzado a exigir solamente sumas proporcionales al volumen de carga movilizada, sin la posibilidad de cobrar la contraprestación plena.

Con fundamento en lo anterior, afirmó:

... el valor de US\$2'610.590, mencionado en el contrato como valor de la contraprestación por infraestructura, no corresponde al valor pleno de la contraprestación por infraestructura, sino que corresponde al valor proyectado en un escenario pesimista, contenido en el documento denominado (...) tabla de costos, documento mismo donde se estableció que el valor pleno de la contraprestación por infraestructura es la suma de \$939.084 anuales (sic), valor que fue tenido en cuenta como referente para establecer la contraprestación plena en los actos demandados (folio 587, c. de segunda instancia).

Señaló el apelante que, el único parámetro que debía tenerse en cuenta para reformular el valor de la contraprestación plena era el desempeño financiero de la sociedad concesionaria, sin que fuera necesario contratar una auditoría externa para determinar ese aspecto, dado que bastaban los informes presentados por la propia empresa y era preciso atender a la política de austeridad de costos que por ese entonces implementaba el Gobierno Nacional.

Con respecto a la competencia que, en su sentir, le asistía para proferir la Resolución N° 0077 de 2000, reprodujo los planteamientos que sobre este punto se esbozaron en el salvamento de voto emitido contra el fallo de primera instancia.

5. Trámite en segunda instancia

5.1 El 15 de diciembre de 2008, el Ministerio de Transporte manifestó que interponía recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (folio 570, c. de segunda instancia). Sin embargo, se abstuvo de sustentar su impugnación dentro del término legal establecido para ese efecto.

5.2. El 4 de diciembre de 2008, el Procurador Judicial Delegado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico interpuso recurso de apelación contra la mencionada sentencia. Sin embargo, aunque por auto del 6 de febrero de 2009 el juez de primera

instancia solo concedió el recurso interpuesto por la parte demandada, el Agente del Ministerio Público no ejerció mecanismo alguno de impugnación contra tal proveído, como tampoco se pronunció sobre el particular, durante el curso de la segunda instancia. La apelación del Ministerio Público obra por fuera de los cuadernos que integran el expediente.

5.3. El recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Puertos y Transporte fue concedido mediante auto de 6 de febrero de 2009 (fl. 572) y admitido por auto del 21 de agosto siguiente (fl. 599). Asimismo, mediante auto de 23 de septiembre de 2009 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 603).

5.4. En esa oportunidad procesal, la parte actora señaló que el valor real de la contraprestación causada por utilización de los activos e infraestructura era de US\$2'610.590, mientras que las sumas acordadas como valor de los pagos anuales correspondían únicamente al "*valor reducido*" de la contraprestación total que se pactó en el contrato y en sus adicionales. A partir del quinto año, la contraprestación podía ser actualizada con base en los estudios omitidos por la entidad, pero no podía ser modificada en forma arbitraria con la fijación de un nuevo valor presente.

Insistió en la falta de competencia de la Superintendencia General de Puertos para expedir la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000 y del Ministerio de Transporte para confirmar ese acto en sede del recurso de reposición.

Señaló que por todo lo anterior, debía declararse la ilegalidad de los actos administrativos reprochados (folios 661 al 666, c. de segunda instancia).

5.5. El Ministerio de Transporte, por su parte, reiteró que las dos entidades tenían competencia para proferir las resoluciones demandadas en la oportunidad en que lo hicieron, dado que así se desprendía de las reglas de transición fijadas en el Decreto 101 de 2000.

Sobre el análisis financiero de la sociedad portuaria, alegó que éste no necesariamente debía ser realizado por un auditor externo, máxime cuando la entidad debía aplicar rigurosamente las normas de austeridad del gasto público, de acuerdo con las instrucciones impartidas en tal sentido por el Gobierno Nacional.

Expuso que, según los estudios que sirvieron de base al cálculo de la contraprestación fijada en los actos acusados, estaban dadas las condiciones para que se aplicara la modalidad plena, razón por la cual no era cierto lo aducido en el fallo apelado, en cuanto a que la suma de US\$2'610.590, pactada en el contrato inicial, fuera única y definitiva (folios 605 al 620).

5.6. La Superintendencia de Puertos y Transporte reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (folios 627 al 660).

5.7. El Invías y Cormagdalena guardaron silencio en esta etapa del proceso.

5.8. El Ministerio Público emitió concepto sobre la presente controversia (folios 667 al 705, c. de segunda instancia) y señaló que no había lugar a declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

Tras referir el contenido de varias normas legales y de carácter administrativo aplicables a la concesión portuaria referida en el libelo, así como la tabla de costos del terminal marítimo de Barranquilla –proyectada en 1993 para un período de 20 años-; concluyó que, si bien las estimaciones financieras y del mercado portuario indicaban que la sociedad concesionaria sólo emplearía una parte de la infraestructura portuaria, en porcentajes que aumentarían durante el término de duración del contrato, lo cierto era que las bases de las proyecciones financieras empleadas para calcular el valor inicial del contrato, habían cambiado sustancialmente con el paso del tiempo y, asimismo, los estudios y análisis indicaban que en el año 2000 la sociedad concesionaria estaba en capacidad de emplear la totalidad de esa infraestructura y no solo una parte. Por tanto, dado que el uso de la planta y los activos portuarios ya no sería parcial sino pleno, así también debía ser la contraprestación causada por ese objeto de la concesión.

En sentir de la Procuraduría Delegada, el cálculo de esa contraprestación plena se ajustó a los parámetros establecidos en la normativa vigente. Asimismo, el análisis financiero requerido para su estimación no necesariamente debía ser efectuado por un auditor externo, pues lo importante de esa exigencia contenida en el contrato adicional N° 004 de 1993 era que se contara con información idónea sobre la situación financiera de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla; información que fue elaborada por personal calificado de la entidad, fue utilizada correctamente para expedir las resoluciones objeto de reproche y se acompañó con varios estudios atinentes a la actividad portuaria.

Con fundamento en estos razonamientos, el Ministerio Público solicitó que fueran desestimadas las pretensiones de la demanda.

II.- CONSIDERACIONES

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, toda vez que la demanda se interpuso el 18 de diciembre de 2001, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

1. Cuestión previa sobre subsanación de irregularidades procesales

Previo a resolver la controversia, debe advertir esta Sala que en el presente caso no se avizora la ocurrencia de causales de nulidad ni de irregularidades pendientes de corrección o de saneamiento. En particular, con respecto al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de primera instancia, se concluye que, si bien el Tribunal Administrativo del Atlántico guardó silencio al respecto en el auto 6 de febrero de 2009 –por el cual concedió los recursos interpuestos por las entidades demandadas-, no es menos cierto que el Ministerio Público no impugnó esta decisión dentro de la oportunidad legal correspondiente, como tampoco se pronunció contra los autos dictados el 25 de junio y el 20 de agosto de 2009, por los cuales se corrió el traslado para la sustentación de las apelaciones y se admitió la que fue debidamente interpuesta por la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Adicionalmente, el Procurador Delegado ante esta Corporación emitió concepto de fondo sobre la presente controversia y, habiendo referido en su pronunciamiento el indicado recurso de apelación, no formuló censura alguna relativa a su falta de trámite (fls. 667 al 705, cuaderno de segunda instancia).

De esta manera se configuró el supuesto previsto en el parágrafo del artículo 140 configuradas del CPC, que establece:

Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este código establece.

Saneada entonces la irregularidad anotada, según lo dispuesto en la indicada norma, se pasará al examen de los presupuestos procesales y, seguidamente, al análisis de fondo de la controversia.

2. Presupuestos procesales

2.1. La competencia

La Sala es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Puertos y Transporte contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2008, puesto que el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagró que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se somete a consideración de la Sala la legalidad de las Resoluciones 0077 del 24 de febrero de 2000 y 000310 del 25 de enero de 2001, proferidas por la Superintendencia General de Puertos y el Ministerio de Transporte, respectivamente, para fijar el nuevo valor de la contraprestación plena causada por la concesión otorgada a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. sobre los activos de la extinta empresa Puertos de Colombia –Colpuertos-.

Al respecto, se debe advertir que el contrato de concesión N° 008 de 1993, en cuyo marco se proferieron los actos administrativos acusados, contiene una cláusula compromisoria (cláusula décima novena) por la cual se pactó que cualquier disputa o controversia surgida con relación a ese negocio jurídico se sometería a la decisión de un tribunal de arbitramento (folio 63, c.1). Sin embargo, la misma cláusula estableció que no sería pasible de ese mecanismo la declaratoria de caducidad del contrato, como tampoco las decisiones *“que contengan los principios previstos en el Título IV del Decreto 222 de 1983”*, estatuto que regulaba la contratación estatal en la época en que fue otorgada la concesión objeto de debate.

Así, el Título IV del Decreto 222 de 1983 fijaba las reglas para la terminación, modificación e interpretación unilaterales de los contratos administrativos y, en el caso particular de la modificación unilateral, el artículo 20 establecía que la entidad pública podía adoptar esa decisión cuando el interés público lo hiciera indispensable, sin perjuicio, entre otras cosas, del deber de mantener el equilibrio económico *“para ambas partes”*.

Ahora, el artículo 76, inciso tercero, del mismo decreto señalaba que las cláusulas contentivas de los principios previstos en el Título IV no eran susceptibles de decisión arbitral. Por tanto, las controversias originadas en los actos administrativos que modificaran unilateralmente el contrato debían dirimirse ante la autoridad jurisdiccional permanente con competencia legal para ello.

En el presente asunto, reitera la Sala, se debate la nulidad de los actos administrativos por los cuales la Superintendencia General de Puertos y el Ministerio de Transporte – este último en sede de reposición- fijaron como contraprestación a cargo de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, valores diferentes a los que se habían previsto en el contrato inicial y en el otrosí N° 004 del 29 de septiembre de 1993.

Tal decisión comporta, palmariamente, una modificación unilateral del contrato de concesión N° 008 de 1993 y sus acuerdos adicionales, de lo cual se sigue que la legalidad de las resoluciones demandadas no está cobijada por la cláusula compromisoria y debe ser excluida del examen arbitral, según lo previsto en el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 y en la cláusula décima novena del contrato, comentada. En tal sentido, esta controversia debe ser dilucidada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con el Decreto 01 de 1984, anteriormente referido.

Por otro lado, con respecto a la cuantía del proceso –necesaria para establecer la competencia funcional en el presente caso- se tiene que fue estimada en la demanda al solicitarse que se estableciera como valor real del contrato la suma de US\$2'610.590 “a *valor presente neto*” (folio 2, c.1), que en la fecha de presentación de la demanda -18 de diciembre de 2001- equivalía a \$6.030'462.900, de acuerdo con la tasa representativa del mercado registrada en esa oportunidad³. Esta suma, a su vez, es superior a los 500 S.M.L.M.V. (\$143'000.000⁴), establecidos en el artículo 132 – numeral 5 del C.C.A., de suerte que la primera instancia de este proceso debía cursar ante los Tribunales Administrativos y, por consiguiente, la segunda instancia ha de ser resuelta por esta Corporación.

2.2. Legitimación en la causa

³ Para el 18 de diciembre de 2001, la tasa representativa del mercado del dólar era de \$2.310,58, según la información suministrada por el Banco de la República. Consultar el archivo “*Serie histórica para un rango de fechas dado*”, en el enlace: <http://www.banrep.gov.co/trm>.

⁴ El salario mínimo legal mensual que rigió en el año 2001 era de \$286.000, por disposición del Decreto 2579 del 13 de diciembre de 2000.

2.2.1. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, advierte la Sala que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. acudió a la administración de justicia con vocación procesal para obrar como demandante, toda vez que fungió como parte en el contrato de concesión N° 008 de 1993, objeto de controversia (fls 33 al 88, c.1).

2.2.2. Con respecto a la legitimación en la causa por pasiva, se evidencia que la Superintendencia de Puertos y Transporte –antes, Superintendencia General de Puertos- satisfizo ese requisito procesal, por haber participado como entidad estatal contratante en el negocio jurídico sometido a debate y haber proferido la primera de las resoluciones cuya nulidad se demanda.

Por su parte, la Nación – Ministerio de Transporte también se encuentra legitimada en la causa por pasiva, por haber sido la autoridad pública que expidió la Resolución N° 000310 de 1993, enjuiciada.

Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena está legitimada como litisconsorte facultativo por pasiva, toda vez que en virtud de la Resolución N° 000216 del 5 de febrero de 2004, el Ministerio de Transporte le cedió a esa Corporación todos los derechos y obligaciones que tenía con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla respecto del contrato de concesión N° 008 de 1993, aquí debatido.

Así, de conformidad con el artículo 60, inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, el adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso “*podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular*”. Ahora, la norma también indica que puede sustituirlo en el proceso, “*siempre que la parte contraria lo acepte expresamente*”; sin embargo, tal circunstancia no se cumplió en el presente caso⁵.

Por tanto, dada la cesión del contrato de concesión que a favor de Cormagdalena efectuó el aquí demandado Ministerio de Transporte y, al tenor de lo previsto en el referido artículo 60, inciso tercero del CPC, reitera la Sala que la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena está legitimada y tiene vocación procesal para intervenir como litisconsorte facultativo por pasiva, en los términos ya señalados.

⁵ Cabe advertir que, a la luz del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, la sucesión procesal ocurre cuando fallece un litigante, se declara ausente o en interdicción y, en el caso de las personas jurídicas, procede únicamente cuando se produce su extinción o fusión, actos estos de los que no fue objeto el Ministerio de Transporte.

Por otro lado, en relación con el Instituto Nacional de Vías –Invías-, se advierte que no ostenta la calidad de litisconsorte necesario de la parte pasiva, como lo anotó el Tribunal de primera instancia, y que tampoco está legitimado en la causa para intervenir como demandado en el presente juicio. En efecto, es verdad que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 856 de 2003⁶, el Invías tuvo en su momento la función de recibir, en su totalidad, las contraprestaciones causadas por el uso de la infraestructura portuaria y, asimismo, el Decreto 2056 de 2003, artículo 1, numeral 2.17, le asignó al Invías la función de coordinar con el Instituto Nacional de Concesiones –Inco-⁷ la entrega, mediante acto administrativo, de la infraestructura de transporte en desarrollo de los contratos de concesión –que comprenden los de concesión portuaria-. Sin embargo, la asignación de tales funciones al Invías no implicó que este recibiera en cesión los derechos y obligaciones emanados del contrato de concesión portuaria N° 008 de 1993, ni que fungiera como entidad concedente en dicho acuerdo de voluntades.

Por consiguiente, toda vez que el Invías no expidió las resoluciones hoy acusadas, como tampoco tuvo injerencia alguna en las decisiones que allí se adoptaron ni en el desarrollo del contrato de concesión que es materia de esta controversia, ha de concluirse que esa entidad no está legitimada en la causa por pasiva en el presente caso.

2.3. Caducidad de la acción

En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, de conformidad con el artículo 136, numeral 10 del C.C.A., -modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998-, las acciones relativas a contratos deben interponerse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente *“a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”*.

En el presente asunto, se demanda la nulidad de la Resolución N° 0077 del 20 de febrero de 2000, expedida por la antigua Superintendencia General de Puertos, así como el acto administrativo que la confirmó en sede de reposición, contenido en la Resolución N° 000310 del 25 de enero de 2001, que fue expedida por el Ministerio de Transporte.

La decisión de cierre de la vía gubernativa fue notificada a la Sociedad Portuaria

⁶ Que modificó parcialmente la Ley 1 de 1991.

⁷ Hoy transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura por virtud del Decreto 4165 de 2011.

Regional de Barranquilla S.A. el 31 de enero de 2001, como consta en la diligencia respectiva (folio 107, reverso, c.1). Por consiguiente, al contabilizar a partir de esta fecha el término de caducidad, se concluye que estaba llamado a expirar el 1 de febrero de 2003. Dado que la demanda fue interpuesta el 18 de diciembre de 2001 (folio 27, c.1), se concluye que la acción fue ejercida oportunamente.

3. Valoración de los medios de prueba aportados al proceso

La parte actora aportó a esta causa, en copia auténtica el contrato de concesión portuaria N° 008 del 12 de julio de 1993 y los otrosíes 002, 003 y 004 de 1993, suscritos sobre la concesión (folios 33 al 88, cuaderno 1).

De igual manera, allegó copia auténtica de las Resoluciones 0077 del 24 de febrero de 2000 y 00310 del 25 de enero de 2001, cuya nulidad se demanda en este proceso (folios 89 al 107), así como el original de la certificación sobre las contraprestaciones que, por uso de bienes fiscales, pagó esa concesionaria entre los años 2000 y 2001 (folio 108) y el oficio de fecha 22 de mayo de 2002, por el cual el Ministerio de Transporte le remitió el borrador de una nueva modificación al contrato de concesión portuaria (fls. 147 al 150).

A su vez, la Superintendencia de Puertos y Transporte remitió, en copia auténtica, la Resolución N° 113 del 5 de noviembre de 1992 y los demás actos administrativos que profirió con ocasión de los contratos de concesión portuaria que celebró con las Sociedades Portuarias de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Buenaventura y Tumaco, en la época de los hechos que aquí se debaten (folios 235 al 290, c.1).

Asimismo, remitió copias auténticas de dos informes rendidos los días 3 y 19 de noviembre de 1999 por la Dirección de Planeamiento Portuario de esa entidad, a fin de establecer las condiciones para modificar el valor de la contraprestación por infraestructura, pactada en todos los contratos de concesión portuaria, entonces vigentes (folios 291 al 300).

Por último, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena – Cormagdalena- allegó copia simple de la Resolución N° 000216 del 5 de febrero de 2004, por la cual el Ministerio de Transporte le cedió todos los derechos y obligaciones que tenía sobre el contrato de concesión N° 008 del 12 de noviembre de 1993.

Tales probanzas serán valoradas y analizadas por la Sala puesto que satisfacen los requisitos de ley y no fueron refutadas por las partes.

Vale la pena señalar, en este punto, que las copias simples que han militado en este proceso sin ser tachadas por los sujetos procesales son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo que al respecto señaló la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013⁸, en la cual se determinó, precisamente, que serían valorados los documentos aportados por las partes en copia simple que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por las partes.

Sobre el particular, se precisó:

En otros términos, a la luz de la Constitución Política, negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P).

(...).

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por lo tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

En la misma providencia se estableció que ese criterio unificado era aplicable para todos los procesos contencioso administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica.

Por tanto, en el presente caso, los documentos aportados en copia simple serán tenidos como prueba, se reitera, por no haber sido impugnado su valor probatorio, por ninguna de las partes.

4. Problema jurídico

De conformidad con los hechos y pretensiones de la demanda, así como el recurso de apelación formulado por la Superintendencia de Puertos y Transporte contra la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022 CP: Enrique Gil Botero.

sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sala determinar si las Resoluciones 0077 del 24 de febrero de 2000 y 00310 del 25 de enero de 2001 no se ajustaron al principio de legalidad, al modificar el contrato de concesión N° 008 de 1993 y su otrosí N° 004, incrementando el valor de la contraprestación relativa al uso de la infraestructura portuaria.

En tal virtud, se deberá examinar: i) si las entidades demandadas obraron o no en el marco de las competencias que les asignaba el ordenamiento vigente para la época de los hechos; ii) si el valor de la indicada contraprestación, pactado en el contrato y en el otrosí N° 004 de 1993, era de carácter inmodificable y, iii) si se cumplieron los requisitos pactados por las partes para el eventual reajuste del valor de la contraprestación, especialmente la realización previa de un estudio financiero por parte de un auditor externo.

4.1. Marco jurídico del contrato de concesión portuaria, vigente en la época de los hechos

Hasta 1991, el Estado colombiano detentó el monopolio de la actividad económica portuaria, cuya gestión y administración era ejercida por la empresa Puertos de Colombia –Colpuertos-, integrada por todos los puertos marítimos del país (Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Buenaventura y Tumaco)⁹.

La Ley 1 del 10 de enero de 1991 –Estatuto de Puertos Marítimos- ordenó la liquidación de Colpuertos y dispuso que sus activos se pusieran en venta o, en su defecto, pasaran a la propiedad de la Nación. En ese marco, al promulgarse la Constitución Política de Colombia se definió el modelo de economía social de mercado, por el cual se protegía la libertad de empresa y, al mismo tiempo, el Estado mantendría, como hoy, la dirección general de la economía (artículo 334), en cuya virtud ostentaría la dirección, planificación y regulación de la actividad portuaria, aunque permitiendo su ejercicio a la empresa privada a través de las sociedades portuarias regionales que se crearan, las cuales serían instaladas en los respectivos puertos marítimos (artículo 1, Ley 1 de 1991).

⁹ El Departamento Nacional de Planeación, al presentar ante el CONPES el Plan de Expansión Portuaria de 1991, señaló que hasta 1990, los terminales marítimos en Colombia se clasificaban en puertos públicos –todos administrados de manera exclusiva por Colpuertos-, muelles privados –localizados en zona de jurisdicción de Colpuertos y manejados por empresas concesionarias- y puertos de operación privada –que movilizaban carbón, banano e hidrocarburos y se localizaban en zonas no asignadas a Colpuertos-. Según el documento, de los 38 millones de toneladas movilizadas por Colombia en su territorio y hacia el exterior, solo 5.5 millones se comercializaron a través de los puertos públicos, mientras que los muelles privados contribuyeron con 8.2 millones y, los puertos de operación privada, con 23.8 millones. Consultar el enlace <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/2550.pdf>.

La misma Ley 1 de 1991 creó la Superintendencia General de Puertos (artículo 25) como una entidad adscrita al entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y le asignó diversas competencias en materia de concesión portuaria. Así, el artículo 27 de ese cuerpo normativo estableció:

El Superintendente General de Puertos ejercerá las siguientes funciones:

(...)

27.4. Otorgar por medio de resolución motivada las concesiones portuarias, modificarlas, y declarar su caducidad; controlar la reconstrucción de puertos, muelles y embarcaderos;

27.5. Organizar el recaudo de las contraprestaciones que establezca a las sociedades portuarias y a los embarcaderos (...).

27.6. Definir las fórmulas de acuerdo con las cuales las sociedades portuarias que operen puertos de servicio público establecerán sus tarifas, o fijar éstas directamente, en los casos previstos en esta ley;

27.14. Otorgar licencias portuarias, por plazos de dos años, prorrogables, para construir y operar embarcaderos (...).

27.13. Ejercer las funciones y derechos que corresponden a Puertos de Colombia en materia de tasas, tarifas y contribuciones respecto de aquellas personas que habían recibido antes de la publicación de esta ley cualquier clase de autorización para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones destinadas en forma mediata o inmediata al cargue y descargue de naves;

El Estatuto de Puertos Marítimos sentó las bases sobre las cuales se regularía el contrato de concesión portuaria, el cual fue definido en el artículo 5, numeral 5.2, en los siguientes términos:

La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos (...).

En esa medida, resultaba palmario que en los contratos de concesión portuaria, la entidad estatal legalmente llamada a obrar como concedente era la Nación, la cual, de conformidad con la norma en cita, otorgaba y administraba la concesión respectiva a través de la Superintendencia General de Puertos¹⁰.

Adicional a lo anterior, el artículo 38 de la misma ley portuaria permitió la concesión para la explotación de los activos que habían pertenecido a Colpuertos, actividad

¹⁰ Entidad que carecía de personería jurídica, por cuanto el artículo 1 del Decreto Ley 2681 de 1991 –por el cual se determinó su estructura-, señaló que su naturaleza jurídica era la de un organismo de carácter administrativo y técnico adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que gozaba de “autonomía administrativa y financiera” en los términos de ese cuerpo normativo.

que también le pertenecería a la Nación y sería dirigida por la Superintendencia. Tal disposición señaló:

El Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia General de Puertos, procederá a definir de inmediato los términos en los cuales se otorgarán concesiones portuarias a las sociedades portuarias que se creen para utilizar los activos de Puertos de Colombia. Una vez creadas estas sociedades se expedirá sin más trámites la resolución en la que conste el otorgamiento de la concesión respectiva.

Al regular la concesión portuaria definida en el artículo 5 –relativa al uso de playas, terrenos de bajamar y sus zonas accesorias y demás bienes de uso público-, el artículo 7 de Ley 1 de 1991 le asignó al Gobierno Nacional la función de establecer periódicamente, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de la contraprestación causada por ese concepto. Este aspecto fue reglamentado en el Decreto 2147 de 1991¹¹, que al regular lo relativo a las fórmulas que debían aplicarse para establecer la indicada contraprestación, le asignó a la Superintendencia General de Puertos la función de establecer los parámetros para su cálculo definitivo (artículo 24).

De igual manera, la Ley 1 de 1991 le atribuyó a la Superintendencia General de Puertos facultades y competencias para recibir –artículo 9-, estudiar y aprobar las peticiones de concesión –artículos 11, 12 y 13-, otorgarlas bajo el cumplimiento de requisitos legales y con la participación de otras autoridades –artículo 10-¹², formular de manera oficiosa ofertas de concesión –artículo 13- y otorgar permisos a las sociedades portuarias para modificar las condiciones en las que se les hubiera aprobado la respectiva concesión, siempre que ello no causara perjuicios graves ni generara cambios de tal naturaleza que pudieran desvirtuar los “*propósitos de competencia*” previstos en ese estatuto.

Asimismo, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, la Superintendencia General de Puertos podía declarar la caducidad del contrato de concesión, decisión contra la cual solo procedía el recurso de reposición.

En concordancia con lo anterior, el artículo 4, numerales 8 y 9 del Decreto 2681 de 1991 le asignó a esa Superintendencia, entre otras, las siguientes funciones:

¹¹ Contentivo del Plan de Expansión Portuaria adoptado por el Gobierno Nacional.

¹² Entidades territoriales y CONPES.

8. *Aprobar las concesiones mediante resolución, en la que se indique los términos en los cuales se otorgarán de conformidad con el artículo 12 de la Ley 01 de 1991.*

9. *Otorgar por medio de resolución motivada las concesiones, autorizaciones y licencias portuarias, modificarlas y declarar su caducidad o su prórroga; controlar la reconstrucción de puertos, muelles y embarcaderos.*

Bajo esta línea competencial, el artículo 12 del mismo Decreto 2681 de 1991 dispuso que le correspondía a la Dirección de Planeamiento Portuario de la Superintendencia General de Puertos, entre otras funciones, la de *“realizar los estudios conducentes al señalamiento de tarifas, contraprestaciones y tasas de vigilancia en los casos autorizados por la ley”*.

Ahora bien, respecto del contrato de concesión portuaria para el uso específico de la infraestructura derivada de los activos de Colpuertos, el artículo 38 señaló, como quedó indicado, que la Superintendencia General de Puertos era la encargada de definir sus términos y condiciones.

En ejercicio de todas estas competencias y, una vez creadas las Sociedades Portuarias Regionales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Buenaventura y Tumaco; la entidad expidió la Resolución N° 113 de 1992 (folios 236 al 242, c.1) que, en cuanto a la contraprestación causada por esa categoría de concesión portuaria, dispuso:

ARTICULO 7o. La contraprestación por la concesión de los bienes a que hace referencia esta resolución será así:

(...)

Por los bienes de la empresa Puertos de Colombia que se reciba en la concesión, se pagará una concesión por parte de la sociedad portuaria regional, así:

*Contraprestación Infraestructura
(En Miles De Pesos)*

	<i>PRIMER AÑO</i>	<i>SEGUNDO AÑO</i>
<i>Barranquilla</i>	<i>\$ 939.084</i>	<i>\$ 1.565.141</i>

(...).

Los valores anteriormente determinados podrán reformularse en proporción a las áreas que le sean otorgadas a cada sociedad portuaria.

El valor de la contraprestación por los bienes dados en concesión será reajustado a partir del tercer año según el índice de precios del consumidor del DANE, fijándolo la Superintendencia General de Puertos mediante resolución.

El pago de las contraprestaciones por los activos de la empresa Puertos de Colombia que recibe en concesión, deberá hacerse a la Superintendencia General de Puertos, en la misma forma y oportunidad en que se realice el pago de las contraprestaciones por la concesión de las zonas de playa y terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o a estos.

Cabe anotar que, al resolver sobre la legalidad de esa disposición (artículo 7 de la Resolución 113 de 1992), la Sección Primera de esta Corporación advirtió¹³:

...[A]l establecer el artículo 7o. acusado en su inciso primero que ‘Por la concesión de las playas, terrenos de baja mar y zonas accesorias a aquellas y a éstos, la contraprestación será fijada según la metodología establecida en el Plan de Expansión Portuaria’, se está reconociendo y respetando la legalidad aludida, la que tampoco se desconoce ni vulnera al estatuir en su inciso 2o, que ‘Por los bienes de la Empresa Puertos de Colombia que reciba en concesión se pagará una contraprestación por parte de la Sociedad Portuaria Regional ...’ la cual discrimina para los puertos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Tumaco, indicando que los valores que para ellos allí se señalan, podrán formularse en proporción a las áreas que le sean otorgadas a cada sociedad portuaria. Esta facultad está basada sin lugar a dudas, en el artículo 38 de la Ley la. de 1991 que le ordena a la Superintendencia General de Puertos definir los términos en los cuales se otorgarán las concesiones portuarias a las sociedades Portuarias que se creen para utilizar los activos de Puertos de Colombia.

De conformidad con el artículo 2 de la Resolución 113 de 1992, la extensión y el inventario de los bienes y terrenos dados en concesión se determinarían en el acto administrativo de otorgamiento, lo cual indicaba que esas concesiones portuarias no necesariamente se concedían sobre la totalidad de los bienes públicos y de la infraestructura portuaria existente, sino solo sobre una parte, definida por la autoridad estatal. Fue por ello que el artículo 7 de la misma resolución supeditó la reformulación del valor de la contraprestación, a la proporción de las áreas otorgadas a cada sociedad portuaria.

La Resolución N° 113 de 1992 fue modificada por la Resolución N° 033 del 21 de enero de 1993 y otros actos administrativos expedidos durante ese año por la Superintendencia General de Puertos, en la medida en que fue definiendo las extensiones y proporciones de los bienes y activos otorgados en las diferentes concesiones portuarias. El 17 de agosto de 1993, la entidad expidió la Resolución N° 882, por la cual estableció, entre otras cosas, que el canon anual a cargo de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, como contraprestación por el uso de activos de Colpuertos, sería de US\$268.809.

¹³ Consejo de Estado - Sección Primera, exp. N°. 2232. Sentencia de diciembre 15 de 1993. C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Para todas las concesiones, la Resolución N° 882 de 1993 dispuso que, a partir del quinto año, la contraprestación por el uso de activos de Colpuertos podría ser plena, “*dependiendo del uso de las instalaciones*” y del análisis financiero que adelantara la auditoría externa contratada para el efecto.

La Resolución N° 882 de 1993 fue modificada por la N° 1084 del 29 de septiembre de 1993, en la cual la Superintendencia señaló que el uso de las instalaciones no debía tomarse como factor determinante en el cálculo de la mencionada contraprestación, razón por la cual dispuso:

A partir del quinto año, la contraprestación por los activos de la empresa Puertos de Colombia -en liquidación- podrá ser plena dependiendo del resultado del análisis financiero de la Auditoría Externa, contratada para tal efecto y de la evaluación que hará la Superintendencia General de Puertos. Este valor nunca podrá ser inferior al establecido para los cuatro (4) primeros años.

De conformidad con las Resoluciones 882 y 1084 de 1993, las demás disposiciones de los actos anteriores y, concretamente, las de la Resolución N° 113 de 1992, permanecerían vigentes. En esa medida, se debía continuar aplicando el artículo 7, inciso sexto de esta resolución, en cuanto establecía que los reajustes al valor de la contraprestación por los bienes dados en concesión se realizarían por la Superintendencia General de Puertos mediante acto administrativo (fl. 239, c.1).

Las resoluciones de carácter particular, expedidas por la Superintendencia General de Puertos para otorgar y regular el contrato de concesión que es objeto de esta controversia, serán referidas en el análisis de los hechos probados. No obstante, debe recalcar la Sala que el marco jurídico vigente en la época de celebración y modificación del contrato de concesión portuaria que hoy es materia de examen estuvo definido por la Ley 1 de 1991, por las normas competenciales dictadas en el Decreto 2681 de 1991 en materia de concesión portuaria y por los actos administrativos de carácter general, expedidos por la Superintendencia, en ejercicio de tales funciones.

Ahora bien, en virtud del Decreto 101 del 2 de febrero de 2000, el Gobierno Nacional reorganizó el sector transporte y modificó la estructura de su Ministerio, al cual se le asignaron, entre otras, las funciones relativas a la aprobación, otorgamiento, modificación, revocatoria y caducidad de las concesiones portuarias (artículo 6, numeral 11), las cuales venían siendo ejercidas por la Superintendencia General de

Puertos, entidad ésta que, por disposición del mismo Decreto, fue transformada en la Superintendencia de Puertos y Transporte, dotada de competencias relativas únicamente al control, inspección y vigilancia de ese sector.

El indicado decreto también le fijó al Ministerio de Transporte algunas competencias en materia de concesión fluvial. Asimismo, la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos habría de asesorar al Ministro en todo lo referente a los contratos de concesión portuaria y estudiar la viabilidad de desarrollar proyectos portuarios por concesión. Por su parte, la Subdirección de Operación Marítima y Portuaria se encargaría de evaluar las solicitudes de concesión portuaria, sus modificaciones y su revocatoria (artículo 20).

El Decreto Ley 1800 del 26 de junio de 2003 creó el Instituto Nacional de Concesiones –Inco-, encargado de planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte, desarrollados con participación del capital privado, particularmente las concesiones “*en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario*” (artículo 2).

El artículo 18 del Decreto Ley 1800 de 2003 estableció que, a partir de la entrada en vigencia de esa normativa, el Ministerio de Transporte y la Aeronáutica Civil, entre otras entidades, subrogarían y/ cederían al Inco, a título gratuito, los convenios y contratos vigentes relacionados con el cumplimiento de su misión institucional.

Con todo, el artículo 1 de la Ley 856 de 2003 –promulgada el 21 de diciembre de ese año- estableció que las contraprestaciones por el uso de la infraestructura en las concesiones portuarias serían recibidas en su totalidad por el Instituto Nacional de Vías – Invías-, organismo que, a su vez, debía coordinar con el Inco la entrega de toda la infraestructura vial, en desarrollo de los contratos de concesión.

Posteriormente, el Decreto Ley 4165 de 2011 modificó la estructura y la naturaleza del Inco, transformándolo en la actual Agencia Nacional de Infraestructura, entidad que en la actualidad tiene a su cargo los contratos de concesión portuaria¹⁴, a excepción de los que le corresponden a Cormagdalena.

En efecto, el artículo 331 de la Constitución Política creó la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena – Cormagdalena- como la entidad

¹⁴ Ver CONPES 3347 de 2013, por el cual se aprobó el Plan de Expansión Portuaria para el bienio 2013-2015. Tomado del enlace <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/col124331anx.pdf>.

encargada de recuperar la navegación y la actividad portuaria en la zona ribereña de dicho cuerpo hídrico. En tal virtud, la Ley 161 de 1994 estableció que Cormagdalena ejercería su jurisdicción en el territorio de todos los municipios de la ribera del río Magdalena.

El artículo 6 de la Ley 161 de 1994 radicó en cabeza de Cormagdalena las siguientes funciones en materia de concesión portuaria:

... 3. Formular y adoptar mecanismos para la coordinación y ejecución de sus planes, programas y proyectos, por parte de las entidades públicas y privadas delegatarias, concesionarias o contratistas, así como para su evaluación, seguimiento y control.

(...).

7. Promover y participar en la creación de sociedades portuarias en las poblaciones ribereñas del Río Magdalena, que contribuyan a desarrollar el servicio del transporte fluvial y su integración con otros medios complementarios. Para el efecto, la Corporación podrá ceder en concesión o aportar las instalaciones y equipos de su patrimonio.

(...).

10. Ejercer las funciones correspondientes a la Dirección General de Navegación y Puertos y a las Intendencias Fluviales del Ministerio de Transporte, para los efectos de la navegación y la actividad portuaria en la totalidad del Río Magdalena y sus conexiones fluviales, excepto las relativas a la reglamentación y control del tráfico fluvial, que continuará siendo de competencia de dicha dirección.

De igual manera, el artículo 20, parágrafo, de la Ley 161 de 1994, estableció:

A partir de la vigencia de la presente Ley, la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena, será la entidad investida por la ley, para conceder permisos, autorizaciones o concesiones para el uso de las márgenes del Río Magdalena y sus conexiones fluviales navegables, en lo que respecta a construcción y uso de instalaciones portuarias, bodegas para almacenamiento de carga, muelles y patios, muelles pesqueros e instalaciones turísticas, obras de protección o defensa de orillas, y en general todo aquello que condicione la disponibilidad de tales márgenes.

La transferencia de las funciones asignadas a Cormagdalena, ejercidas por otras entidades en la fecha de promulgación de la Ley 161 de 1994, fue regulada en el parágrafo del artículo 6, que dispuso:

...Concertación. La Corporación acordará con las entidades, que a la vigencia de la presente Ley estén ejecutando obras, programas o funciones en el ámbito de sus actividades, el procedimiento para asumirlas directamente o establecer la delegación correspondiente.

Por lo anterior, mediante Resolución N° 000216 del 5 de febrero de 2004, el Ministerio de Transporte le cedió a Cormagdalena, a título gratuito, “todos los

derechos y obligaciones que (...) tiene con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. respecto del Contrato de Concesión N° 008 del 12 de julio de 1993”.

En cuanto al régimen de contratación pública aplicable al contrato de concesión N° 008, es de reiterar que dicho negocio jurídico estaba sujeto a la Ley 1 de 1991, el Decreto reglamentario 2681 de 1991 y las resoluciones de la Superintendencia General de Puertos, atinentes a la materia. Ahora, si bien por acuerdo entre las partes, varios aspectos del indicado negocio jurídico se sujetaron al Decreto - ley 222 de 1983, esta no le era aplicable al contrato de concesión portuaria, ni aun porque así se hubiera pactado en las cláusulas, como más adelante se señalará.

4.2. Hechos probados en la actuación

Las pruebas que obran en la presente causa permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

- Mediante Resolución N° 396 del 7 de mayo de 1993 (fls 253 al 264, c.1), la entonces Superintendencia General de Puertos dispuso otorgarle a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. (Sociedad Portuaria de Barranquilla) la concesión portuaria sobre las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a tales extensiones, áreas éstas localizadas sobre la ribera del río Magdalena y aledañas al Terminal Marítimo y Fluvial de la capital del Atlántico.

Asimismo, la entidad estatal le otorgó en concesión, a la Sociedad Portuaria de Barranquilla, el uso sobre los activos de la empresa Puertos de Colombia – Colpuertos-, que para esa época se encontraba en liquidación. Tales activos, sus características, medidas y cantidades fueron especificados en el acto administrativo y de estos se excluyeron, expresamente, los terrenos tomados en arrendamiento por la Sociedad Atlantic Coal de Colombia S.A. en virtud de contrato suscrito con Colpuertos (fl. 253).

Como valor fiscal de la concesión, se determinó la suma de US\$14'137.807. Según lo señalado en el acto administrativo, la sociedad concesionaria habría de pagar US\$4'894.928 como contraprestación por el uso de las playas, terrenos de bajamar y sus zonas accesorias, mientras que, por el uso de los activos de Colpuertos realizaría los siguientes pagos (fl. 262, c.1):

Por los activos de la Empresa Puertos de Colombia que reciba en concesión pagará una contraprestación equivalente a NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$939'084.000) durante los dos primeros años. A partir del tercer año este valor será reajustado de acuerdo a la metodología del Plan de Expansión Portuaria y adoptado mediante la resolución expedida por la Superintendencia General de Puertos (...). El valor de la contraprestación por este concepto será en su totalidad a favor de la Nación.

- La Resolución N° 396 fue modificada por la Superintendencia General de Puertos mediante la Resolución N° 713 de 1 de julio de 1993 (fls 265 al 278, c.1), dados los errores aritméticos en el cálculo de las contraprestaciones, algunas variaciones en la longitud y los linderos de las zonas públicas entregadas en concesión y el hecho de haber incluido erróneamente en los activos entregados, algunos de los bienes que se encontraban en arrendamiento.

En tal virtud, el valor de la contraprestación por el uso de las playas y terrenos públicos se fijó en la suma de US\$5'182.130, mientras que el canon causado por el uso de los activos de Colpuertos sería de US\$2'610.590, pagaderos mediante abonos anuales en pesos colombianos, equivalentes a \$226'473.000 en el primer año y, a \$243'861.000, en el segundo. A partir del tercer año, el monto de la contraprestación sería reajustado de acuerdo con la inflación y adoptado mediante acto administrativo (fl. 276).

Según lo expuesto por la entidad, la contraprestación por el uso de los activos de Colpuertos y sus dos primeros abonos anuales se calcularon con base en la tabla de costos del Terminal Marítimo de Barranquilla, por lo cual su estimación era proporcional al “*área estimada a utilizar*” y a “*las proyecciones de carga*” presentadas ante la Superintendencia (fl 276).

En efecto, la indicada tabla –anexa a la decisión- contenía una proyección de costos a 20 años, sobre la base de una capacidad de carga de 3'000.000 de toneladas anuales y una infraestructura con un valor total de \$939'084.000 para 1993 (folio 278, c.1).

Con fundamento en estos indicadores, la tabla de costos estimó para el primer año - 1993- un uso del 24.11% de la infraestructura existente y una carga de 723.490 toneladas, causando una contraprestación anual de \$226'473.000 a cargo del concesionario, equivalente al 24.116% del valor total de la infraestructura

(\$939'084.000) y a la suma en dólares de US\$280.530, aplicada la tasa de cambio de \$807,30.

El incremento de todos estos ítems se proyectó de manera gradual para los años siguientes, hasta estimar que en 2013 se alcanzaría un uso del 61.14% de la infraestructura y una carga anual de 1'834.330 toneladas, causando una contraprestación anual de \$25.112'933.000, correspondiente al 61.14% de \$41.071'562.000 –cifra proyectada como valor total de la infraestructura para el año 2013- y equivalente a US\$583.020, a una tasa de cambio de \$43.073,57. Ello de conformidad con los siguientes ítems:

Año	Uso estimado de la infraestructura.	Contrapr. total infraestructura (en miles de pesos)	Contraprestación proporcional a uso infraestr. (en miles de pesos)	TRM	Valor en dólares, contraprestación proporcional a uso de infraestr.
1993	24,12 % ¹⁵	\$939.084	\$ 226.473	\$ 807,30	US\$280.530
1994	25,97 %	\$939.084	\$ 243.861	\$ 984,90	US\$247.600
1995	27,82 %	\$ 1.145.682	\$ 318.721	\$ 1.201,50	US\$265.270
1996	29,67 %	\$ 1.397.733	\$ 414.717	\$ 1.465,90	US\$282.910
1997	31,52 %	\$ 1.705.234	\$ 537.524	\$ 1.788,30	US\$300.580
1998	33,37 %	\$ 2.080.385	\$ 694.294	\$ 2.181,80	US\$318.220
1999	35,23 %	\$ 2.538.070	\$ 894.035	\$ 2.661,80	US\$335.880
2000	37,08 %	\$ 3.096.445	\$ 1.148.048	\$ 3.247,40	US\$353.530
2001	38,93 %	\$ 3.777.663	\$ 1.470.556	\$ 3.961,80	US\$371.180

¹⁵ Aunque la tabla de costos refiere el 24,12%, lo cierto es que el cálculo de la contraprestación anual se hizo sobre la estimación de un porcentaje de 24,11637297621938%, vale decir, el 24.116%.

200 2	40,78 %	\$ 4.608.749	\$ 1.879.402	\$ 4.833,40	US\$388.840
200 3	42,63 %	\$ 5.622.674	\$ 2.396.965	\$ 5.896,75	US\$406.490
200 4	44,48 %	\$ 6.859.662	\$ 3.051.315	\$ 7.194,03	US\$424.150
200 5	46,33 %	\$ 8.368.788	\$ 3.877.539	\$ 8.776,72	US\$441.800
200 6	48,18 %	\$ 10.209.922	\$ 4.919.617	\$ 10.707,60	US\$459.450
200 7	50,04 %	\$ 12.456.104	\$ 6.232.536	\$ 13.063,27	US\$477.100
200 8	51,89 %	\$ 15.196.447	\$ 7.885.031	\$ 15.937,19	US\$494.760
200 9	53,74 %	\$ 18.539.666	\$ 9.963.031	\$ 19.443,37	US\$512.410
201 0	55,59 %	\$ 22.618.392	\$ 12.573.640	\$ 23.720,91	US\$530.070
201 1	57,44 %	\$ 27.594.439	\$ 15.850.705	\$ 28.939,51	US\$547.720
201 2	59,29 %	\$ 33.665.215	\$ 19.961.116	\$ 36.306,21	US\$565.370
201 3	61,14 %	\$ 41.071.562	\$ 25.112.933	\$ 43.073,57	US\$583.020

- Como consecuencia de las anteriores decisiones, el 12 de julio de 1993, la Superintendencia General de Puertos celebró con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. el contrato de concesión N° 008 (folios 33 al 74, cuaderno 1), por el cual le confirió a la indicada empresa el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y sus zonas accesorias, extensiones estas ubicadas sobre el margen del río Magdalena en una longitud de 1.058 metros (fls. 35 y 36, c.1).

En virtud del mismo contrato, la entidad estatal le otorgó en concesión a la Sociedad Portuaria de Barranquilla, la operación del Terminal Marítimo y Fluvial de esa ciudad, para lo cual le confirió el derecho a utilizar los muelles, patios, vías, bodegas y

demás bienes ubicados en el puerto, descritos en el mismo contrato. Se recalcó que el Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla estaba localizado en la margen occidental del río Magdalena, a 22 kilómetros de su desembocadura (folio 39, c.1).

En el documento contractual se señaló que la concesión allí pactada había sido otorgada formalmente por la Superintendencia General de Puertos mediante Resolución N° 396 del 7 de mayo de 1993, modificada por la Resolución N° 713 del 1 de julio de ese mismo año.

En las cláusulas cuarta y quinta se describieron los bienes objeto de la concesión y se especificaron sus medidas, linderos, extensiones y cantidades. Asimismo, en la cláusula sexta se precisaron las capacidades y tipos de carga que operarían en las instalaciones portuarias entregadas con ocasión del contrato.

De conformidad con la cláusula octava, la concesión portuaria mencionada tendría una duración de 20 años, contados a partir del perfeccionamiento del contrato y prorrogables por un período igual, previo acuerdo entre las partes. Para tal efecto, la prórroga debía ser solicitada por la concesionaria con una antelación mínima de 6 meses a la expiración del plazo respectivo.

- En la cláusula décima cuarta del acuerdo de voluntades, las partes establecieron que la Superintendencia tendría la facultad de declarar unilateralmente la caducidad del contrato *“mediante resolución motivada”*, de conformidad con *“el artículo 64 del Decreto 222 de 1983”* (fl. 59, c.1).

A su vez, en la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión, se pactó (fl. 69, c.1):

MODIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y TERMINACIÓN UNILATERAL. Los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales, contemplados en el título IV del Decreto Ley 222 de 1983, se entienden incorporados a este contrato.

Lo relativo a la terminación unilateral del contrato fue también sujeto al Decreto ley 222 de 1983, por acuerdo entre las partes, en el numeral 20.5 de la cláusula vigésima contractual. Al indicado estatuto de contratación pública, vigente en la época de celebración del contrato, también se sujetaron los asuntos que no se someterían al tribunal de arbitramento, en los numerales 19.1.1, 19.2.1 y 19.2.2 de la cláusula décima novena (fls. 63 al 66, c.1).

- El valor fiscal del contrato fue fijado en la suma de US\$7'792.720, liquidados a la tasa representativa del mercado “del último día del mes inmediatamente anterior”, de acuerdo con la cláusula décima primera. Por su parte, lo referente a las contraprestaciones causadas por la concesión se estipuló en los siguientes términos:

11.2. CONTRAPRESTACIÓN: A partir del perfeccionamiento del presente contrato, el CONCESIONARIO pagará las siguientes contraprestaciones:

11.2.1. Por la utilización (...) de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas y estos (...), con base en un período de veinte (20) años, la suma de CINCO MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$5'182.130,00) a valor presente, pagaderos en la fecha de perfeccionamiento del correspondiente contrato de concesión y liquidados a la tasa representativa del mercado del último día del mes inmediatamente anterior al perfeccionamiento (...).

11.2.2. Por los activos de la Empresa de Puertos de Colombia que reciba en concesión, el CONCESIONARIO pagará con base en un período de veinte (20) años la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$2'610.590,00) a valor presente de acuerdo con la tabla de costos del Terminal Marítimo de Barranquilla. El CONCESIONARIO pagará la contraprestación calculada proporcionalmente al área estimada a utilizar, dependiendo de las proyecciones de carga presentadas a esta Superintendencia debidamente sustentadas, equivalente a DOSCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL PESOS MCTE (\$226'473.000,00), para el primer año; y por el segundo año la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y UN MIL PESOS (\$243'861.000,00) MCTE, a partir del tercer año, este valor será reajustado de acuerdo a la inflación y adoptado mediante resolución expedida por la Superintendencia General de Puertos (...).

En la cláusula vigésima séptima del contrato de concesión, se acordó que la Superintendencia General de Puertos evaluaría periódicamente las actividades y los resultados de la sociedad portuaria, con el propósito, entre otros, de establecer la carga efectivamente movilizada y ajustar, por consiguiente, el porcentaje de la infraestructura utilizada. Para tales efectos, la sociedad portuaria debía entregar toda la información financiera y estadística relacionada con su actividad en el puerto.

Al respecto, se estableció (folio 71, c.1):

A 31 de diciembre de cada año, la SUPERINTENDENCIA evaluará el desempeño del concesionario, lo mismo que la carga movilizada para proceder a ajustar las áreas utilizadas; así como los indicadores operativos, los costos, los niveles de servicios y los aumentos de productividad. Se hará particular énfasis en la supervisión de los compromisos de inversión del CONCESIONARIO, de las tarifas competitivas, del mantenimiento de las condiciones de operación requeridas adecuadas, entre otros. Para tales

efectos, el CONCESIONARIO pondrá a disposición de la SUPERINTENDENCIA, para inspección, todos los registros, estadísticas y datos financieros relacionados con la operación del puerto.

- El 2 de agosto de 1993, las partes suscribieron el otrosí N° 001 al contrato de concesión, en cuya virtud modificaron las cláusulas séptima y décima tercera, relativas a la garantía de impacto ambiental y al plan de manejo ambiental de la concesión (folios 75 al 78, c.1).
- Como ya se anotó, el 17 de agosto de 1993 la Superintendencia General de Puertos expidió la Resolución N° 882, por la cual fijó nuevos valores para los contratos de concesión portuaria vigentes en ese momento. Para el caso de la sociedad hoy demandante, estableció la suma de US\$268.809 como monto anual fijo de la contraprestación causada por el uso de los activos de Colpuertos, aplicable durante los cuatro primeros años de la concesión (fls. 288 al 290).

La entidad dispuso que, a partir del quinto año, la contraprestación por el uso de activos de Colpuertos podría ser plena, *“dependiendo del uso de las instalaciones”* y del análisis financiero que adelantara la auditoría externa contratada para el efecto.

De igual manera, señaló que a cada Sociedad Portuaria Regional se le entregaría la totalidad de la infraestructura disponible y le correspondería cubrir todos los gastos necesarios para su mantenimiento (fl 289).

- Con fundamento en lo anterior, el 20 de septiembre de 1993 las partes suscribieron el otrosí N° 002, que modificó la cláusula décima primera del contrato de concesión, con las siguientes estipulaciones (folio 80):

...11.2.2. Por los activos de la empresa Puertos de Colombia que reciba en concesión, el CONCESIONARIO pagará con base en un período de veinte (20) años la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$2'610.590,00) a valor presente de acuerdo con la tabla de costos del Terminal Marítimo de Barranquilla. El CONCESIONARIO pagará una contraprestación anual, liquidada a la tasa representativa del mercado del último día del mes inmediatamente anterior a la fecha de pago, equivalente a DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$268.809,00) durante los cuatro (4) primeros años. A partir del quinto año, la contraprestación por los activos de la empresa Puertos de Colombia en liquidación podrá ser plena, dependiendo del uso de las instalaciones, del análisis financiero de la auditoría externa contratada para tal efecto y de la evaluación que hará la Superintendencia General de Puertos (...).

- El 29 de septiembre de 1993, la entidad concedente expidió la Resolución 1084 (folios 286 y 287, c.1), la cual modificó la N° 882 en cuanto señaló que el uso de las instalaciones no se tomaría como factor determinante en el cálculo de la contraprestación causada por el uso de la infraestructura. Por consiguiente, dispuso que a partir del quinto año de cada concesión, la contraprestación por los activos de Colpuertos podría ser plena y dependería, únicamente, del resultado del análisis financiero “de la auditoría externa contratada para tal efecto” y de la evaluación efectuada por la Superintendencia General de Puertos.

- Lo anterior conllevó a la suscripción del otrosí N° 004 del 29 de septiembre de 1993, el cual mantuvo los valores previstos en el otrosí N° 002 pero contempló la salvedad establecida en la Resolución N° 1084 de 1993. En tal virtud, la cláusula 11.2.2. fue del siguiente tenor (folio 86, c.1):

...11.2.2. Por los activos de la empresa Puertos de Colombia que reciba en concesión, el CONCESIONARIO pagará con base en un período de veinte (20) años DOS MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$2'610.590,00) a valor presente de acuerdo con la tabla de costos del Terminal de Barranquilla. El CONCESIONARIO pagará una contraprestación anual, liquidada a la tasa representativa del mercado del último día del mes inmediatamente anterior a la fecha de pago, equivalente a DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$268.809,00) durante los cuatro (4) primeros años. A partir del quinto año, la contraprestación por los activos de la empresa Puertos de Colombia en liquidación podrá ser plena, dependiendo del resultado del análisis financiero de la auditoría externa contratada para tal efecto y de la evaluación que hará la Superintendencia General de Puertos (...).

- En memorando N° 26004 del 3 de noviembre de 1999¹⁶, el Director de Planeamiento Portuario de la Superintendencia General de Puertos presentó un informe relativo al cálculo de las contraprestaciones que corrían a cargo de las Sociedades Portuarias de Santa Marta y Barranquilla, por el uso de la infraestructura (folios 291 al 298, c.1). Según lo señalado en ese instrumento, la información estaba fundamentada en todas las resoluciones de carácter general y particular, expedidas por la Superintendencia General de Puertos con ocasión de todas las concesiones portuarias, así como en los reportes financieros entregados por cada una de las empresas beneficiarias de tales concesiones.

Tras exponer todos los antecedentes que llevaron a los distintos cálculos del mencionado canon en el contrato celebrado con la Sociedad Portuaria de

¹⁶ Fecha en que fue radicado ante el Superintendente General de Puertos.

Barranquilla, el funcionario precisó que, para los dos primeros años de la concesión, se había estimado la suma de \$939'084.000 como valor de toda la infraestructura del Terminal Marítimo de Barranquilla, cifra que equivalía a US\$1'163.240,43, aplicada una tasa de cambio de \$807,30 en 1993.

Por tanto –concluyó-, ese monto de US\$1'163.240,43 correspondía al de la contraprestación plena causada anualmente por el uso de la infraestructura del Terminal Marítimo de Barranquilla, para 1993, aunque solo se fijó en el contrato “el 23%” de ese valor para los cuatro primeros años, es decir, la suma de US\$268.80917, obtenida luego de promediar las contraprestaciones anuales estimadas en la tabla de costos para el primer cuatrienio de la concesión.

En efecto, de conformidad con la indicada tabla de costos, para los cuatro primeros años de la concesión, los valores anuales de la contraprestación por el uso de los activos de Colpuertos, calculados en proporción al porcentaje proyectado de utilización de esa infraestructura y, expresados en dólares, serían los siguientes (folio 294, c.1):

AÑO	PORCENTAJE ESTIMADO DEL ÁREA UTILIZADA	CONTRAPRESTACIÓN ANUAL POR EL USO DE INFRAESTRUCTURA, VALOR EN DÓLARES
1993	24.11633%	US\$280.530
1994	25.968%	US\$247.600
1995	27.819%	US\$265.270
1996	29.670%	US\$282.910

Al respecto, el Director de Planeamiento Portuario manifestó:

De acuerdo con estos 4 valores de la contraprestación ajustada, se hizo el cálculo de una anualidad uniforme equivalente que se pagaría durante los cuatro primeros años, utilizando una tasa de descuento (...), arrojando un resultado de US\$268.809,00/año, el cual (...) quedó consignado en el Otrosí N° 004 del 29 de septiembre de 1993 (...).

¹⁷ Este monto equivale, con exactitud, al 23,1086% de US\$1'163.240,43.

Esta contraprestación establecida para los 4 primeros años (US\$268.809), es el 23% de la contraprestación definida en la Resolución N° 033 de 1993, que es de \$939'084.000, la cual, aplicándole una tasa de cambio de 807,3 corresponde a US\$1'163.240.43 (...) (folio 294, c.1).

Según el informe, las proyecciones hechas en 1993 para la actividad portuaria fueron modestas, dado que el fracaso previo de ese sector económico bajo la administración directa del Estado había tornado inciertas las circunstancias económicas, financieras, comerciales y físicas de las entonces recién creadas sociedades portuarias. En esa medida, al iniciarse el modelo de privatización, *“no existían argumentos contundentes que aseguraran el éxito de esa actividad”* (folio 295, c.1).

Sin embargo, en los años siguientes se fueron evidenciando y consolidando buenos resultados en la actividad desarrollada por las empresas concesionarias, a tal punto que se reportaron crecimientos y movilizaciones de carga muy superiores a los que se habían proyectado. Por tanto, la contraprestación plena se pudo haber cobrado desde el primer año de operaciones de las sociedades portuarias, ya que desde ese entonces estaban en condiciones de explotar toda la infraestructura existente, a su máxima capacidad.

Precisó que, para 1998, la Sociedad Portuaria de Barranquilla continuaba pagando únicamente el 23% de la contraprestación plena (US\$268.809), a pesar de que la explotación del negocio portuario aprovechaba ampliamente la capacidad de la infraestructura, por lo cual se estaba reflejando una diferencia del 77% que incidía desfavorablemente para el Estado, en el reajuste del canon.

Esa diferencia del 77% correspondía a la suma de US\$894.431 que, en 1998, a una tasa de cambio de \$1.500, equivalía a \$1.341'646.500, cifra ésta que constituía solo el 21% de la utilidad neta reportada ese año por la sociedad portuaria (\$6.460'313.000) y el 15% de su ganancia operacional (\$8.830'940.000) (folio 297, c.1).

En el informe se transcribieron algunas conclusiones del estudio denominado *“Evaluación de la Política Portuaria”*, adelantado por la unión temporal Mastil & Co.

Ltda. - Marservice Ltda. Según la transcripción hecha en el documento, en lo relativo a las contraprestaciones, el indicado estudio señaló:

... Numeral 6.2.6. (...). 'El cálculo de las contraprestaciones para la infraestructura construida por el Estado y entregada en concesión a las Sociedades Portuarias Vs. el caso de la concesión de puertos privados, introdujo un desequilibrio financiero y comercial frente a los nuevos proyectos portuarios, debido a que dicho cálculo se ha venido haciendo con parámetros que no representan realidades patrimoniales ni comerciales en un escenario de competencia' (...).

'La contraprestación como una proporción de los gastos operacionales, muestra una tendencia general a una disminución gradual en todas las SPR, debido al incremento absoluto de los gastos de operación provenientes del incremento en el volumen de carga manejada por los puertos (...). Es de esperar que la contraprestación como proporción de los gastos operacionales siga decreciendo en el futuro mientras siga aumentando el volumen de carga movilizadas' (folios 297 y 298).

Con fundamento en lo anterior, el Director de Planeamiento Portuario de la Superintendencia General de Puertos recomendó el cobro de la contraprestación plena por uso de la infraestructura, a fin de contribuir a los propósitos de competencia del sector portuario, garantizar nuevos recursos para el Estado y estimular la inversión privada (folio 298, c.1).

- El 22 de noviembre de 1999, la Dirección de Planeamiento Portuario remitió a la Oficina Jurídica de la Superintendencia el valor de la contraprestación plena que, en su concepto, debían pagar las sociedades portuarias de Santa Marta y Barranquilla a partir del 8 y el 9 de noviembre de 1999. En lo tocante a la Sociedad Portuaria de Barranquilla, el organismo estatal refirió las siguientes cantidades:

BARRANQUILLA (INICIA 8 DE NOV. DE 1999)			
N° CUOTA	PAGO ACTUAL	CONTRAPRESTACIÓN PLENA	DIFERENCIA
Cuota 7	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 8	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 9	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 10	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 11	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 12	268.809	1.163.240,43	894.431

Cuota 13	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 14	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 15	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 16	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 17	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 18	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 19	268.809	1.163.240,43	894.431
Cuota 20	268.809	1.163.240,43	894.431
VALOR PRESENTE:		\$ 8.635.371,65	\$ 6.639.855,03

Recomendó que la determinación del valor fiscal del contrato se hiciera tomando el valor presente de la diferencia causada en la contraprestación por uso de la infraestructura, a partir del séptimo año, aunque subrayó que la decisión final le correspondía a la oficina jurídica de la entidad (folio 300).

- El 24 de febrero de 2000 -22 días después de haberse expedido el Decreto 101 del 2 de febrero de 2000-, la Superintendencia General de Puertos expidió la Resolución N° 0077, por la cual dispuso (folios 89 al 91, c.1):

Fijar el valor de la contraprestación plena por los activos de la extinta empresa Puertos de Colombia a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla en la suma de OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$8'635.371,65) a valor presente, o podrá pagar esta contraprestación por anualidades liquidadas a la tasa representativa del mercado del último día del mes inmediatamente anterior a la fecha de pago equivalente a UN MILLÓN CIENTO SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA DÓLARES CON CUARENTA Y TRES CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1'163.240,43) a partir del séptimo año de la concesión, el cual corresponde su iniciación a partir del ocho (8) de noviembre de 1999.

La misma resolución ordenó suscribir la correspondiente modificación al contrato de concesión N° 008 de 1993, para ajustarlo a estos nuevos parámetros.

En las motivaciones de su decisión, la Superintendencia recalcó que, de acuerdo con lo previsto en el otrosí N° 004 del 29 de septiembre de 1993, a partir del quinto

año de vigencia del contrato la contraprestación por el uso de los activos de Colpuertos podría ser plena, dependiendo del análisis financiero de la auditoría externa y de la evaluación hecha por la entidad, actos estos que adelantó la Dirección de Planeamiento Portuario de la Superintendencia y estaban contenidos en el oficio N° 26004 del 3 de noviembre de 1999.

Seguidamente, manifestó (fl. 89):

Que con base en la evaluación financiera realizada y de acuerdo con la tabla contenida en el memorando N° 26687 del 22 de noviembre de 1999 de la Dirección de Planeamiento Portuario, se determinó que la Sociedad Portuaria de Barranquilla deberá pagar por el período de catorce (14) años que faltan para finalizar el término de la concesión portuaria la suma de OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$8'635.371,75) a valor presente (...).

- El acto administrativo fue notificado a la sociedad concesionaria el 8 de marzo de 2000 (folio 91, reverso) y, el 13 de marzo siguiente, la empresa interpuso recurso de reposición, exponiendo los mismos argumentos plasmados en la demanda hoy analizada (folios 92 al 98).
- Mediante Resolución N° 000310 del 25 de enero de 2001, el Ministerio de Transporte resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria de Barranquilla contra la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000, mencionada (folios 99 al 107).

Luego de concluir que la Superintendencia General de Puertos –para entonces ya transformada en Superintendencia de Puertos y Transporte- sí tenía competencia para adoptar la decisión impugnada, refirió que los valores estipulados en el contrato de concesión N° 008 y en el otrosí N° 004 de 1993 no eran inmodificables, en particular porque el pago anual de la suma de US\$268.809 solo se fijó para los cuatro primeros años del contrato, estableciéndose que a partir de la quinta anualidad la contraprestación por infraestructura podría ser plena.

Agregó que el valor fiscal inicial de US\$2'610.590, pactado como valor presente en el contrato inicial, ya no tenía relevancia alguna para la fecha del acto administrativo, puesto que esa cifra solo tendría aplicabilidad si la Sociedad Portuaria de Barranquilla hubiera optado por pagar la totalidad de la contraprestación causada por los 20 años, en el momento de suscribir el acuerdo de voluntades.

Advirtió que el monto de la contraprestación plena ya era conocido por la empresa concesionaria desde antes de la expedición del acto administrativo, puesto que en las Resoluciones 113 de 1992 y 033 de 1993, la Superintendencia había indicado que ascendía a los \$939'084.000 anuales, aspecto que no fue refutado por la sociedad portuaria en ejercicio de los recursos procedentes.

En cuanto a los estudios y evaluaciones financieras que debían preceder a la determinación de la contraprestación plena, la entidad expresó que tales presupuestos se habían cumplido cabalmente puesto que, si bien no se adelantó la contratación de auditorías externas, la Superintendencia efectuó el estudio financiero con base en la información contable reportada por la propia compañía, de suerte que había lugar a presumir la veracidad de tales reportes y su conocimiento por parte de la sociedad portuaria.

En torno a este punto, agregó (folio 104, c.1):

Si bien es cierto, la condición es que el análisis financiero fuera realizado por una auditoría externa contratada para tal fin, la Superintendencia General de Puertos, como defensora de los intereses de la Nación y teniendo en cuenta que para el caso concreto le corresponde a ella el impulso de las actuaciones tendientes a dar cumplimiento a este compromiso contractual, realizó e análisis financiero y la evaluación a través de la Dirección de Planeamiento Portuario con personal de planta de la entidad, idóneo y capacitado para realizar esta labor, atendiendo de esta manera tanto la condición del contrato de concesión como los preceptos legales contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, según el cual prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios para la realización de labores que puedan ser ejecutadas con personal de planta de la entidad.

Subrayó que, a la luz de los mencionados estudios, se evidenciaba que la rentabilidad de la actividad portuaria desarrollada por la sociedad hoy demandante le permitía asumir el valor de la contraprestación plena.

En tal virtud, confirmó la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000.

- El 28 de mayo de 2002, el Ministerio de Transporte le remitió a la Sociedad Portuaria de Barranquilla el formato de otrosí N° 005, modificadorio del contrato de concesión N° 008 de 1993. El documento –en el cual el Ministerio de Transporte figuraba como concedente- contenía la variación del monto de la contraprestación por uso de la infraestructura, de acuerdo con lo establecido en las resoluciones hoy enjuiciadas (folios 147 al 150, c.1).

No se evidencia en el proceso que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla hubiera dado respuesta a la mencionada comunicación¹⁸.

4.4. Análisis de legalidad de los actos administrativos demandados

A efectos de examinar la ocurrencia de las transgresiones normativas alegadas por la parte actora, pasará la Sala a abordar el estudio de cada uno de los cargos de nulidad formulados en el libelo, como sigue.

4.4.1. Violación del derecho de defensa

Refirió la parte demandante que las Resoluciones 077 de 2000 y 0310 de 2011 habían desconocido su derecho de defensa por carecer de motivación, en la medida en que los estudios mencionados en esos actos administrativos no se explicaron adecuadamente, de suerte que le resultó imposible controvertirlos en sede administrativa. En este punto, invocó el artículo 29 de la Constitución Política, como norma quebrantada por los actos enjuiciados.

El derecho de defensa hace parte del derecho fundamental al debido proceso, el cual ha sido reconocido de manera primordial a favor de las personas naturales, por encontrarse dentro del grupo de derechos que históricamente se han catalogado como inherentes a la persona humana.

Sin embargo, la jurisprudencia ha venido resaltando, de tiempo atrás, la necesidad de que las personas jurídicas también sean tenidas como titulares de los derechos de defensa y el debido proceso¹⁹ -entre otros derechos categorizados como

¹⁸ De conformidad con la información suministrada en la página oficial de la agencia Colombia Compra Eficiente, la quinta modificación del contrato de concesión N° 008 de 1993, celebrado con la Sociedad Portuaria de Barranquilla, se acordó mediante Otrosí N° 005 del 9 de marzo de 2007, documento suscrito por la indicada empresa concesionaria y Cormagdalena. Ver el enlace https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/concesiones/otrosi_5_contrato_08_regbquilla_y_cormagdalena.pdf.

¹⁹ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T- 924 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) señaló: *“Esta Corporación, mediante doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento, tiene definido que las personas jurídicas son titulares de los derechos fundamentales que requieren para alcanzar fines jurídicamente protegidos y que, por ende, tienen derecho a invocar su restablecimiento.*

(...)

... el debido proceso y el acceso a la justicia se atribuyen a las personas, naturales y jurídicas, porque son derechos que se basan en la capacidad de obrar de unas y otras, no en la naturaleza de su personalidad. Prueba de ello es que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que el artículo 229 constitucional garantiza a toda persona el acceso a la justicia.

Pretender excluir a las personas jurídicas de la acción de tutela para restablecer su derecho a un juicio justo (...) sería tanto como establecer presupuestos diferentes en el desenvolvimiento de la capacidad de obrar de las personas naturales, según su actuación individual u colectiva, desconociendo la protección que la Carta Política otorga al substrato humano que comportan todas las actuaciones que proyectan al hombre como ser social”.

fundamentales- lo cual, sin duda, acentúa, desarrolla y contribuye a la evolución de aquellos valores que componen y enmarcan nuestro Estado Social de Derecho, tal como está establecido en la Constitución Política.

Ahora bien, el contenido esencial del derecho al debido proceso –que comprende la defensa como aspecto que se debe garantizar- está previsto expresamente en la Carta, con la enunciación de unos elementos mínimos que deben ser respetados por las autoridades en todos los ámbitos. En efecto, el artículo 29 superior señala que toda persona tiene derecho a la defensa, *“a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”*.

Asimismo, indica el precepto constitucional que el debido proceso *“se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*, lo cual incluye aquellas que se adelanten en el ejercicio de la actividad contractual del Estado, sea que esta se rija por el derecho público o el privado.

Por tratarse precisamente de un derecho de rango constitucional, su aplicación y garantía deben ser inmediatas y no dependen de que la ley, u otra norma de inferior jerarquía, lo desarrollen o complementen.

Es en esa medida como la jurisprudencia ha reconocido que el derecho fundamental al debido proceso también debe garantizarse en materia administrativa y, concretamente, en el ámbito de la contratación estatal, dado que el mandato contenido en el artículo 29 de la Constitución Política establece, precisamente, que ese derecho debe aplicarse en todas las actuaciones judiciales *“y administrativas”*. Ahora, también se ha precisado que el alcance del debido proceso en materias administrativa y contractual no puede ser el mismo que tiene lugar en el ámbito jurisdiccional, puesto que en el ejercicio de la función administrativa y en el desarrollo de la actividad contractual deben también atenderse otros principios de rango constitucional, como lo son la eficacia, celeridad y economía, orientados al cabal y oportuno logro de los fines del Estado²⁰.

Sobre esta materia, consultar las sentencias T-644 de 2013 y T-610 de 2015, entre otras.

²⁰ En este punto, la Corte Constitucional ha señalado: *“La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica (...) que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios (...), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.*

“En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública (...), bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica (...) que el debido proceso deba armonizar los mandatos del artículo 29 superior con los principios del artículo 209

Asimismo, la aplicación del derecho al debido proceso en la contratación administrativa no se circunscribe únicamente al plano sancionatorio, sino a todos aquellos eventos en los cuales el administrado pueda resultar afectado con una determinada decisión, adoptada por la entidad estatal con ocasión del contrato o en desarrollo de este. Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación ha precisado²¹:

... es importante mencionar que la reciente reforma al estatuto de contratación pública (en referencia al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007) estableció en el primer inciso que ‘...el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales...’, precepto que representa un avance importante pero que, como se vio, en aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política y normas legales concordantes ya había sido acogido por la jurisprudencia, incluso, con mayor proyección, en la medida en que la tendencia precedente a la norma lo amplió a los procedimientos administrativos en los que se utilicen las facultades excepcionales con independencia de que fueren sancionatorias o no, lo cual se determina en cada caso concreto (...)”.

En el presente caso, la antes denominada Superintendencia General de Puertos, en una resolución que luego confirmó el Ministerio de Transporte, fijó la suma de US\$1'163.240,43 como valor de la contraprestación plena que “a partir del 8 de noviembre de 1999” y, en forma anual, habría de pagar la sociedad hoy demandante, por el uso de la infraestructura integrada con los activos de la extinta Colpuertos. Sin embargo, pretendió motivar su decisión limitándose a aducir que en la evaluación financiera efectuada en su Dirección de Planeamiento Portuario, se había determinado que la Sociedad Portuaria de Barranquilla debía pagar ese monto, cada año, por el término que restaba para que finalizara la concesión (fl. 89, c.1).

La Superintendencia General de Puertos no indicó en la resolución demandada cuál fue el análisis específico que se había hecho en la evaluación financiera, ni explicó o siquiera enunció los parámetros, variables y elementos que se tuvieron en cuenta para arribar a la conclusión de que la contraprestación plena equivalía a US\$1'163.240,43, como tampoco manifestó haber puesto en conocimiento de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, el aludido informe financiero y la evaluación que la misma entidad había efectuado respecto del uso de la infraestructura por parte de la firma concesionaria.

Asimismo, advierte la Sala que en el acto de notificación personal de la Resolución 077 de 2000 –contentiva de la decisión aludida- no se dejó constancia alguna de que a la

ibídem. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública” (Sentencia C-034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

²¹ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. N° 18394. C.P. Enrique Gil Botero.

sociedad afectada se le hubiera entregado copia de las evaluaciones que soportaron lo resuelto por la Superintendencia (fl. 91, reverso, c.1) y que en las probanzas aportadas a este proceso no se aprecia que, de alguna manera, la Sociedad Portuaria de Barranquilla hubiera sido informada de que la entidad estatal estuviera adelantando el análisis financiero y la evaluación de su actividad portuaria, con miras a resolver lo pertinente sobre la fijación de la contraprestación plena, siguiendo lo previsto por las partes en el contrato de concesión y en el otrosí N° 004.

Tal conducta de la Superintendencia General de Puertos fue palmariamente violatoria del derecho de defensa que se le debió garantizar a la Sociedad Portuaria de Barranquilla, no solamente porque el artículo 29 de la Constitución Política establece tal garantía como derecho fundamental –criterio desarrollado igualmente a favor de las personas jurídicas, como ya se señaló-, sino también porque con esa doble omisión –en tanto no puso en conocimiento de la sociedad afectada los informes relativos a su actividad económica y su situación financiera, como tampoco motivó adecuadamente el acto administrativo- se desconoció lo previsto en el artículo 35 del C.C.A., en cuanto establece que la decisión adoptada debe ser motivada, si afecta a particulares, y debe estar precedida de la oportunidad para los interesados, de “*expresar sus opiniones*”.

Le asistía a la Sociedad Portuaria de Barranquilla el derecho a conocer de antemano los informes que le servirían de fundamento a la Administración para adoptar la decisión hoy enjuiciada. Sin embargo, la entidad estatal guardó total silencio al respecto antes de proferir la Resolución N° 077 de 2000 y, por si fuera poco, en el acto administrativo se abstuvo de referir de manera clara, detallada e informativa –siquiera con un mínimo razonable de explicación- el contenido de las pruebas que habrían de soportar lo allí decidido.

En este punto no resulta de recibo lo señalado por el Ministerio de Transporte y por la Superintendencia –esta última en sus alegatos de primera instancia- en cuanto a que el derecho de defensa no fue vulnerado en el presente caso, en la medida en que el análisis financiero efectuado por la Dirección de Planeamiento Portuario se había fundado en la información contable presentada por la propia empresa concesionaria, la cual, por tanto, la conocía de antemano.

Tal aseveración no puede ser acogida por la Sala, puesto que la circunstancia de que la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla conociera, naturalmente, el estado de sus finanzas y sus balances contables anuales, los cuales debía poner en conocimiento de la entidad concedente en forma periódica, no podía significar que careciera del derecho

a que se le pusieran de presente los análisis, las observaciones, los conceptos y las conclusiones que sobre esa información se emitieran en sede administrativa. Por el contrario, si tales evaluaciones recaían precisamente sobre la información atinente a la sociedad concesionaria, la más elemental obligación que le asistía a la entidad estatal era poner a la empresa al tanto de ese todo proceso de evaluación que precedió a la expedición del acto administrativo, porque se trataba de una actuación y de unas decisiones que directamente afectarían su patrimonio.

Por otro lado, pero yendo hacia la misma conclusión sobre la violación del derecho de defensa, es del caso advertir que si bien, para la fecha de expedición de la Resolución N° 077 de 2000 le asistía a la entonces Superintendencia General de Puertos la competencia para modificar unilateralmente el valor de la contraprestación –como se analizará en detalle más adelante-, no es menos cierto que tal prerrogativa no comportaba ni entrañaba facultades para abstenerse de garantizarle a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla el derecho a controvertir los resultados de las evaluaciones financiera y portuaria, anteriormente aludidas.

Así las cosas, hay lugar a concluir que prospera el cargo de nulidad por “*violación del derecho de defensa*”, como una manifestación del derecho fundamental al debido proceso, respecto de las resoluciones demandadas.

Asimismo, y sin perjuicio de todo lo anterior, es del caso advertir que aunque la infracción al derecho de defensa y la demostrada insuficiencia de motivación del acto acarrearán, por sí solos, la nulidad del acto enjuiciado, en el presente caso es preciso examinar los demás cargos formulados en la demanda a fin de establecer la existencia del derecho que la parte actora pretende que le sea restablecido.

4.4.2. Falta de competencia – Violación del artículo 50 del C.C.A.

La demandante señaló que las resoluciones acusadas infringían la Constitución Política en sus artículos 29 y 22, “*la Ley 1 de 1991*” (fl 30, c.1) y el artículo 44 del Decreto 101 de 2000, por cuanto habían sido proferidos por las entidades demandadas sin que les asistiera competencia para ello. De igual manera, señaló que los actos demandados desconocían lo establecido en el artículo 50 del C.C.A., en la medida en que el Ministerio de Transporte había resuelto un recurso de reposición interpuesto contra una decisión emitida por otra autoridad diferente, cual era la Superintendencia General de Puertos, pese a que la indicada norma

establecía que el recurso de reposición debía resolverse por la misma entidad o funcionario que hubiera proferido el acto impugnado.

Al sustentar este cargo, la Sociedad Portuaria de Barranquilla invocó, en efecto, el artículo 44 del Decreto 101 del 2 de febrero de 2000, en cuanto dispuso que las funciones ejercidas hasta ese momento por la Superintendencia General de Puertos se trasladarían al Ministerio de Transporte, a excepción de las atribuciones relativas a la inspección, control y vigilancia de la actividad portuaria. Con fundamento en tal disposición consideró que, si bien la Resolución N° 0077 de 2000 se había expedido con base en las *“facultades otorgadas por la Ley 1 de 1991”* y el Decreto 2681 de 1991 a la indicada Superintendencia, lo cierto era que en la fecha del acto administrativo, todas esas atribuciones eran competencia de una entidad distinta, de suerte que se desatendió lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política, según el cual *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento”*.

Por otro lado, manifestó que el Ministerio de Transporte no debió resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0077 de 2000, puesto que ese mecanismo de impugnación solo podía ser decidido por la misma autoridad que expidió el acto censurado, aun si lo hizo en ejercicio de funciones que no le correspondían.

Al respecto, advierte la Sala que no son de recibo los planteamientos que en este cargo esbozó la parte demandante, por las siguientes razones:

Tal y como se señaló en la reseña del marco normativo aplicable al negocio jurídico aquí analizado, era la Nación la entidad estatal que fungía como concedente, tanto en vigencia de las disposiciones originales de la Ley 1 de 1991 como después de la entrada en vigor del Decreto 101 de 2000, que ordenó la transformación de la Superintendencia General de Puertos y del Ministerio de Transporte.

En la regulación normativa inicial, el artículo 27, numeral 5 de la Ley 1 de 1991 establecía que la Superintendencia General de Puertos estaba facultada para organizar el recaudo de las contraprestaciones que ella misma les fijara a las sociedades portuarias. Asimismo, el artículo 38 de la misma ley le atribuía a esa entidad la función de definir las condiciones y los términos en los que habría de otorgarse la concesión portuaria de los activos de la extinta empresa Puertos de

Colombia –Colpuertos-, lo cual comprendía, naturalmente, la determinación de las fórmulas para calcular la correspondiente contraprestación.

Cierto es que, como se señaló de manera precedente²², el Decreto 101 del 2 de febrero de 2000 le asignó al Ministerio de Transporte –allí reestructurado- las funciones relativas a la aprobación, otorgamiento, modificación, revocatoria y caducidad de las concesiones portuarias (artículos 6 y 20), temas éstos que, en adelante, estarían a cargo de las dependencias ministeriales creadas por ese mismo decreto, tales como la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos y la Subdirección de Operación Marítima y Portuaria. Particularmente, el artículo 6, numeral 11 del comentado decreto señaló como función del Ministro de Transporte, entre otras, la de “[a]probar, otorgar, modificar, revocar o declarar la caducidad de las concesiones portuarias”.

Sin embargo, los artículos 45 y 46 de tal normativa, señalaron:

Artículo 45. Adopción de la nueva planta de personal. De conformidad con la reestructuración ordenada por el presente Decreto, el Gobierno Nacional procederá a adoptar la nueva Planta de Personal, dentro de los sesenta (60) días siguientes contados a partir de la vigencia del mismo (...).

Artículo 46. Atribuciones de los funcionarios de la planta actual. Los funcionarios de la Planta de Personal actual del Ministerio de Transporte continuarán ejerciendo las atribuciones a ellos asignadas, hasta tanto sea adoptada la nueva Planta de Personal del Ministerio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.

Luego, al tenor literal de esta última disposición, mientras no se adelantara y culminara el proceso de reestructuración, los integrantes de la planta de personal que tenía el Ministerio de Transporte en la fecha de expedición del decreto –incluido el ministro del ramo- debían continuar ejerciendo las funciones “a ellos asignadas”, vale decir, las atribuciones previstas para ellos en las normas anteriores al decreto.

Ninguna conclusión distinta puede desprenderse de este artículo puesto que la instrucción contenida en el artículo 46, aquí citado, se dirigió a todos los funcionarios de la planta de personal del Ministerio de Transporte, sin excepción alguna, lo cual incluía a la persona del ministro, cargo este que ya existía antes de la expedición del Decreto 101 de 2000, pero cuyas funciones establecidas en este cuerpo normativo solo podían comenzar a ejercerse una vez se cumplieran las condiciones y plazos previstos en los mencionados artículos 45 y 46, vale decir, una vez se reestructurara

²² Al abordar el marco jurídico del contrato de concesión portuaria, vigente en la época de los hechos (p-31).

la planta de personal de la entidad, dentro del plazo de 60 días allí señalado. Por otro lado y, a excepción de las competencias que se le atribuyeron al ministro, las nuevas funciones del Ministerio en materia de concesión portuaria fueron asignadas a órganos nuevos, recién creados por ese decreto, los cuales habrían de ser conformados y constituidos en el proceso mismo de la reestructuración, de suerte que no podían ser ejercidas tales atribuciones en el interior de la entidad si las dependencias encargadas de ello aún no existían ni habían sido debidamente conformadas.

Ahora, podría pensarse que, al disponer el artículo 6, numeral 11 del Decreto 101 de 2000 que le correspondía al ministro “[a]probar, otorgar, modificar, revocar o declarar la caducidad de las concesiones portuarias”, estas funciones no estarían sujetas a los plazos y condiciones previstos en los artículos 45 y 46, puesto que no se les asignaron a órganos nuevos sino a la persona del ministro, cuyo cargo, se reitera, ya existía desde antes de la expedición de la indicada norma y no precisaba de reestructuración alguna.

Sin embargo, este razonamiento no resulta plausible en un examen integral del comentado decreto puesto que, por una parte, el artículo 19, numeral 9 de ese cuerpo normativo radicó en cabeza de la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos la función de “[a]sesorar y asistir al Ministro en la aprobación y otorgamiento de las concesiones portuarias, así como para su modificación, revocación y/o declaratoria de caducidad”, de suerte que las funciones del ministro –particularmente las del artículo 6, numeral 11, referido- debían ser coordinadas con las de esa nueva dependencia –la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos- y estar precedidas del asesoramiento y la asistencia que a tal estamento se le encomendaron.

Más aun, el artículo 44 del Decreto 101 de 2000 enunció las competencias allí asignadas a la nueva Superintendencia de Puertos y Transporte y, en el párrafo 2, precisó:

Las funciones que realiza la actual Superintendencia General de Puertos en materia de concesiones portuarias, salvo aquellas de inspección, control y vigilancia, se trasladarán al Ministerio de Transporte, a través de la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos, acorde con lo contemplado en el presente decreto.

Por tanto, el traslado al Ministerio de Transporte de todas las funciones que hasta entonces ejercía la Superintendencia respecto de los contratos de concesión

portuaria –a excepción única de las de inspección, control y vigilancia- se efectuaría “a través de la Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos”. Tal mandato normativo incluía las competencias específicas atribuidas al ministro, puesto que para su ejercicio, el jefe de la cartera requeriría del asesoramiento y la asistencia de la referida Dirección, como expresamente lo dispuso el artículo 19, numeral 9 del mismo decreto.

A su turno, la mencionada Dirección General de Transporte Marítimo y Puertos debía instalarse como nueva dependencia y someterse, por tanto, a la reestructuración aludida en el decreto, especialmente en el artículo 45. En esa medida, resulta claro que las funciones consistentes en “aprobar, otorgar, modificar, revocar o declarar la caducidad de las concesiones portuarias”, que la norma le asignó al Ministro de Transporte, solo podían comenzar a ser ejercidas por este cuando se hubiera reestructurado la planta de personal de la entidad –de la cual hacen parte el cargo y el despacho del ministro- .

Ahora bien, en lo relativo a la también transformada Superintendencia de Puertos y Transporte, el Decreto 101 de 2000 le asignó funciones en materia de inspección, control y vigilancia de la actividad del sector transporte, todo ello por la vía de la delegación, dado que tales atribuciones radicaban en cabeza del Presidente de la República (artículo 41).

En ese sentido y, en armonía con los artículos 45 y 46, antes citados, el artículo 43 del Decreto 101 de 2000 estableció:

Para el cumplimiento de las funciones previstas en este decreto, y de conformidad con sus facultades constitucionales, el Gobierno modificará la estructura orgánica de la Supertransporte.

Parágrafo. La delegación se hará efectiva, previa reorganización de la entidad delegataria para asumir las nuevas funciones, dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir de la vigencia de este Decreto.

Significaba lo anterior que, hasta tanto se efectuara la reorganización de la Superintendencia de Puertos y Transporte -previa modificación de su estructura orgánica por parte del Gobierno Nacional-, la entidad, bajo su antigua denominación, debía seguir ejerciendo las funciones que le había atribuido el ordenamiento anterior al Decreto 101 de 2000, entre estas, las relacionadas con los contratos de concesión portuaria –de los que hacía parte la Nación-, dado que aún no podían ser trasladadas tales competencias al Ministerio de Transporte, en la medida en que las dependencias definidas para tal fin no se habían constituido, ni se había agotado el

proceso de reestructuración allí dispuesto –se reitera, de conformidad con los artículos 45 y 46 del decreto mencionado-.

Para el 24 de febrero de 2000, fecha en que la Superintendencia expidió la Resolución N° 0077, el Decreto 101 de 2000 apenas completaba 22 días de vigencia; por tanto, no se había cumplido el término de 60 días previsto en el artículo 45 para adelantar la reestructuración del Ministerio de Transporte, como tampoco habían transcurrido los cuatro meses señalados en el artículo 43 como plazo para reorganizar la nueva Superintendencia de modo que pudiera trasladar sus funciones a la otra entidad y pudiera pasar a ejercer las nuevas competencias establecidas en el decreto..

Más aún, la modificación de la estructura orgánica de la Superintendencia de Puertos y Transporte solo se dispuso con el Decreto 1016 del 6 de junio de 2000, expedido, como se advierte, casi cuatro meses después de la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de ese año. Por su parte, la modificación y reestructuración de la planta de personal del Ministerio de Transporte –dispuesta por el mismo Decreto 101 de 2000 como paso previo y necesario para que asumiera las funciones trasladadas de la Superintendencia, relativas a las concesiones portuarias- solo se dio por virtud del Decreto 541 del 28 de marzo de 2000, es decir, con posterioridad al 24 de febrero de 2000, fecha de la Resolución 0077 hoy acusada.

Luego, ese acto administrativo aquí enjuiciado fue expedido por la autoridad que en ese momento tenía la competencia para adoptar la decisión allí contenida, razón por la cual no es posible acoger la censura planteada en ese sentido por la parte actora, respecto de la antigua Superintendencia General de Puertos.

Lo propio debe concluirse acerca de la competencia del Ministerio de Transporte para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0077 de 2000; pues ese cierre de la vía gubernativa tuvo lugar el 25 de enero de 2001 -con la Resolución N° 000310-, fecha en que ya se había dispuesto la reorganización de dicho Ministerio a través del Decreto 541 de 2000 e igualmente se había reestructurado la Superintendencia de Puertos y Transporte, lo cual implicaba, necesariamente, que para esa época esta entidad carecía de toda facultad para adoptar decisiones en materia de concesión portuaria. Luego, estando ya conformada la nueva estructura de la planta de personal del Ministerio de Transporte, sus nuevas dependencias estaban en la obligación de ejercer las

funciones que les asignó el Decreto 101 de 2000, entre estas, definir y planificar lo concerniente a las concesiones portuarias.

Por consiguiente, reitera la Sala que en el momento de expedición de la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000, no podían aplicarse aún las reglas nuevas de competencia establecidas en el Decreto 101 del 2 de febrero de ese año, puesto que no se habían cumplido los presupuestos ni las condiciones allí exigidas para su plena materialización, esto es, no se habían organizado las nuevas dependencias del Ministerio de Transporte a las cuales se trasladarían las competencias de la Superintendencia General de Puertos. Asimismo, una vez culminada tal reestructuración, se tornaba obligatoria la aplicación plena del Decreto 101 de 2000, de suerte que ya no podían las entidades demandadas obrar en contra de tales disposiciones ni volver a las reglas antiguas de competencia, so pretexto de que el recurso de reposición debía ser resuelto por la autoridad que expidió el acto administrativo reprochado y no por el organismo que tenía la competencia actual para decidir.

En esa medida y, a todas luces, lo establecido en el artículo 50, letra a) del C.C.A. - en cuanto a que el recurso de reposición procede contra el mismo funcionario que tomó la decisión-, naturalmente debe aplicarse bajo el entendido de que, en el momento de resolver el recurso, ese funcionario todavía conserva la competencia para decidir sobre la materia en cuestión dado que, de obrar sin estar llamado a ello por la ley vigente, se extralimitaría en sus funciones incurriendo en la responsabilidad prevista en el artículo 6 de la Constitución Política.

Como consecuencia, no prosperan los cargos de nulidad por *“falta de competencia”* ni por *“violación del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo”*, formulados en la demanda.

4.4.3. Incumplimiento de los requisitos contractuales

Afirmó la parte actora que, al adoptar las decisiones acusadas sin haber contratado una auditoría externa para el análisis financiero de la concesionaria, las entidades demandadas habían infringido el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en cuanto establecía que los contratos estatales eran actos jurídicos *“generadores de obligaciones”*, puesto que, en efecto, desconocieron lo pactado en el contrato de concesión, modificado por el otrosí N° 004 de 2002, acuerdo éste que, siendo ley para las partes, disponía que la determinación de la contraprestación plena habría

de depender, entre otras cosas, de los resultados que arrojará esa auditoría externa, ajena a la autoridad estatal y solo vinculada a ésta mediante contrato.

Bajo el mismo cargo, manifestó que las resoluciones acusadas no debieron modificar el valor del contrato por cuanto este había sido estipulado, según su dicho, en la suma total de US\$2'610.590 –que comprendería, en su sentir, los 20 años de duración de la concesión-, cifra que no podía ser variada ni aumentada por la entidad concedente. Agregó que, si bien se previó la posibilidad de fijar una contraprestación plena a partir del quinto año, ello solo implicaba obtener una cifra anual que permitiera recaudar, finalizados los 20 años de la concesión, el “*valor presente neto*” de US\$2'610.590, sin sobrepasar ese límite.

4.4.3.1. En lo que respecta al alegado incumplimiento de las cláusulas del contrato de concesión por no haberse contratado una auditoría externa en los términos del otrosí N° 004 de 1993, la Sala debe señalar que, en efecto, en tal acuerdo de voluntades se pactó que el análisis financiero fuera realizado por auditor externo, contratado para ese efecto, y cuyo concepto serviría como fundamento para establecer la contraprestación plena. Esta previsión ya había sido establecida con antelación por la Superintendencia General de Puertos, mediante la Resolución N° 1084 de 1993, en la cual dispuso, justamente, que la contraprestación plena dependería “*de la auditoría externa contratada para tal efecto*”.

Es de recalcar que, para la época en que se expidió la Resolución N° 1084 y se firmó el otrosí N° 004 de 1993 - incluso hasta antes de la reestructuración prevista en el Decreto 101 de 2000-, existía en la Superintendencia de Puertos y Transporte un Director de Planeamiento Portuario, cuyas funciones, detalladas en el artículo 12 del Decreto Ley 2861 de 1991, comprendían la de “*realizar los estudios conducentes al señalamiento de tarifas, contraprestaciones y tasas de vigilancia en los casos autorizados por la ley*”.

No obstante lo anterior, fue la propia entidad estatal la que estableció en el mencionado acto administrativo y, posteriormente, en el otrosí N° 004 de 1993, la necesidad de que el análisis financiero de la Sociedad Portuaria de Barranquilla fuera realizado por un auditor externo, lo cual puso en evidencia que era voluntad de las partes, y en particular, voluntad expresa de la autoridad concedente, que un tercero efectuara el estudio financiero allí previsto.

Lo anterior, máxime cuando el otrosí N° 004 no estipulaba que la contraprestación plena dependiera únicamente del concepto emitido por esa auditoría, sino que también habría de sujetarse a las resultas de la evaluación que hiciera la Superintendencia General de Puertos.

Luego, era palmario que la voluntad de las partes, expresada en el otrosí N° 004 de 1993, era que, al depender la contraprestación plena de la situación financiera reportada por la sociedad concesionaria, el análisis pertinente fuera efectuado por un tercero imparcial, ajeno al contrato y a las partes, a fin de evitar eventuales conflictos de intereses o una indebida extralimitación de funciones en el cálculo y fijación del valor de esa contraprestación.

Tal circunstancia obligaba, ciertamente, a la Superintendencia General de Puertos, a contratar la auditoría externa que debía adelantar el estudio financiero correspondiente, al tiempo que la entidad estatal mantendría la prerrogativa de evaluar el desempeño portuario de la empresa concesionaria y tomar en consideración los resultados de esa evaluación, para establecer o no el carácter pleno de la contraprestación y determinar su monto.

No obstante lo anterior, la Sala debe advertir que la circunstancia de no haberse contratado la auditoría externa referida y de haber procedido la Superintendencia a realizar directamente el estudio financiero de la empresa concesionaria es insuficiente para invalidar los actos administrativos acusados, toda vez que la sociedad demandante no cuestionó ni desvirtuó el análisis adelantado por la entidad estatal.

En efecto, la parte actora no reprochó ni refutó el contenido de los informes presentados por el Director de Planeamiento Portuario, que sirvieron de base a la antigua Superintendencia General de Puertos para expedir la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000, por cuanto no aportó pruebas que evidenciaran una eventual inviabilidad financiera de la contraprestación plena, o la no explotación de la infraestructura portuaria en capacidad y niveles superiores a los inicialmente estimados, como tampoco refirió ni señaló estos aspectos, en este proceso.

Como se anotó al hacerse referencia de los hechos probados, la cláusula vigésima séptima del contrato de concesión obligaba a la sociedad portuaria a presentar anualmente ante la Superintendencia, *“todos los registros, estadísticas y datos financieros relacionados con la administración del puerto”* (folio 71, c.1). En esa

medida, puede concluirse que la empresa concesionaria conocía de antemano los datos financieros que el Director de Planeamiento Portuario refirió en su informe y sabía –porque lo había aceptado al celebrar el contrato- que la entidad debía examinar esos reportes, precisamente, para establecer la carga movilizadora por la compañía y la infraestructura que utilizó en cada período. Por ello, si bien la sociedad portuaria no tuvo la oportunidad de controvertir el análisis de esos datos en sede administrativa, tampoco lo hizo en la presente actuación, de suerte que no existe mérito para no tener por ciertos los datos y cálculos plasmados en el indicado estudio ni hay lugar a concluir que las decisiones acusadas no se soportaron en un análisis financiero idóneo –desde el punto de vista técnico- ni en una adecuada evaluación de la actividad portuaria.

4.4.3.2. En relación con el carácter inmodificable que, según la demandante, tenía el valor previsto en el contrato y en su otrosí N° 004, es pertinente hacer algunas precisiones:

De conformidad con la cláusula décima tercera de la concesión, el “*valor fiscal*” del contrato sería de US\$7'792.720, liquidados a la tasa representativa del mercado del mes anterior al de celebración del negocio jurídico. En el numeral 11.2.1 se determinó que el también “*valor fiscal*” de la contraprestación causada por el uso de las playas, terrenos y zonas accesorias sería de US\$5'182.130, mientras que el canon que debía pagar la sociedad portuaria por el uso de los activos de Colpuertos, con base en un período de 20 años, era de US\$2'610.590, por todo ese período, “*a valor presente, de acuerdo con la tabla de costos del Terminal de Barranquilla*”, aspecto que fue corroborado en el otrosí N° 004 del 29 de septiembre de 1993 (fl. 86, c.1).

Así entonces, la cifra establecida como valor fiscal de todo el contrato era el resultado de sumar las dos contraprestaciones causadas por la concesión portuaria, razón por la cual, el monto de US\$2'610.590, correspondiente al uso de la infraestructura (activos de la extinta Colpuertos), habría de tenerse como valor fiscal de ese ítem específico. Dicho valor, asimismo, fue estimado sobre la base de los 20 años de duración del contrato, vale decir, no como una suma anual, sino como una cantidad tasada con fundamento en las estimaciones y proyecciones hechas para la totalidad del término de duración de la concesión.

A diferencia de lo anterior, en las resoluciones acusadas se estableció o fijó un valor anual, esto es, la suma de US\$1'163.240,43, como suma que periódicamente (en

efecto, cada año) habría de pagar la sociedad portuaria como contraprestación plena por el uso de la infraestructura dada en concesión. Dado que en los actos administrativos se determinó que este monto se pagaría anualmente durante los 14 años que restaban para que finalizara el contrato, al multiplicar esa cantidad por 14, el resultado obtenido de US\$16'285.366,02 resultaba considerablemente mayor al valor fiscal inicialmente pactado, de US\$2'610.590.

Sin embargo, este valor fiscal no podía generar para las partes el efecto vinculante y definitivo que la sociedad demandante le pretende atribuir. La primera razón que explica esta circunstancia es simplemente aritmética: la demandante afirma que el monto de US\$2'610.590 abarcaba los 20 años que habría de durar la concesión y que la única modificación permitida era la que permitiera establecer una cifra o cuota anual cuyo recaudo no sobrepasara esa suma total de US\$2'610.590, al término del indicado plazo del contrato.

No obstante, al tomar la cantidad de US\$268.809 -pactada como cuota anual de la contraprestación, aplicable durante los cuatro primeros años del contrato y así admitida por la parte demandante al suscribir el contrato y sus otros íes- y multiplicarla por los 20 años de duración de la concesión, no se obtiene el resultado de US\$2'610.590 sino una cantidad mayor (US\$5'376.180). Ello significa que el valor fiscal de US\$2'610.590 no necesariamente estaba representado en la suma de 20 cuotas anuales de US\$268.809 ni en otro monto anual específico sujeto a modificaciones a lo largo del contrato. Más aún, al sumar los valores anuales inicialmente proyectados en la tabla de costos como contraprestación proporcional al uso de la infraestructura, se obtendría la cantidad de US\$ 8.586.880, suma esta que triplicaba –desde el contrato inicial- el valor fiscal invocado por la parte actora.

Luego, ese valor fiscal de la concesión no definía la cuantía real y total de la contraprestación anual a cargo de la empresa concesionaria, pues este concepto debía calcularse con base en la tabla de costos proyectada en 1993 para la operación del Terminal Marítimo de Barranquilla; vale decir, sobre: i) el valor anual de la totalidad de la infraestructura, ii) las proyecciones del porcentaje en que esta se utilizaría y, iii) las estimaciones de los niveles de carga que podría desarrollar la sociedad portuaria en un período de 20 años.

Adicionalmente, el valor real de la contraprestación causada en todo el término de duración de la concesión no podía determinarse plenamente desde la firma del contrato, puesto que su cálculo dependía del desarrollo que periódicamente fuera

registrando la actividad portuaria –especialmente en la capacidad de carga- y el reporte anual de la infraestructura efectivamente explotada por la sociedad. Así lo previeron las cláusulas suscritas por las partes al establecer, inicialmente, que el reajuste dependería de “*las proyecciones de carga*” y del área estimada a utilizar - además de la inflación- y, al acordar posteriormente, en el otrosí N° 004 de 1993, que a partir del quinto año la contraprestación podría ser plena, dependiendo de factores no conocidos en ese momento, como lo eran el análisis financiero de la empresa y la evaluación de su actividad portuaria.

Un valor fiscal, como su denominación lo indica, se establece para los efectos fiscales y tributarios que se deriven del contrato y de su objeto en la vigencia fiscal en que sea celebrado, sin perjuicio de las obligaciones que se generen a lo largo de su ejecución. Ese valor fiscal, entonces, debe quedar fijado en el contrato, incluso si la cuantía definitiva del negocio no está determinada totalmente desde el inicio pero sí es determinable –como en el presente caso-.

De manera que, se establece el valor fiscal para asumir y cumplir las obligaciones – fiscales y tributarias- causadas en la vigencia correspondiente, pero ello obra sin perjuicio de que, en las periodicidades futuras que cubra el contrato y, en la medida en que se van estableciendo y causando los valores en él previstos, también se continúen recaudando conforme al ordenamiento los impuestos y demás conceptos que, por ministerio de la ley, genere el negocio jurídico a favor del Estado.

Cabe destacar que, para la época de los hechos -como en la actualidad-, los contratos de concesión portuaria y las actividades específicas desarrolladas en virtud de éstos constituían o derivaban en hechos generadores de varias categorías de tributos, v.gr., el impuesto a la renta y el impuesto de timbre, cuyas bases gravables, naturalmente, solo podían establecerse en cada vigencia sobre los conceptos y las sumas establecidas en ese período, sin que ello determinara hacia el futuro el valor del contrato, el de los ingresos derivados de éste ni el de los tributos que en las siguientes vigencias se llegaran a causar.

En lo relativo al impuesto a la renta, los artículos 12 y 26 del Estatuto Tributario establecían –igual que hoy- que las sociedades nacionales –entre estas las concesionarias de puertos- fueran gravadas sobre sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional y de origen extranjero, considerándose renta líquida gravable la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios devengados en la vigencia o período respectivo y fueran susceptibles de incrementar el patrimonio

del contribuyente en el momento de su percepción²³. Asimismo, el artículo 27 del mismo estatuto –en su versión vigente en la época de los hechos²⁴- establecía:

Se entienden realizados los ingresos cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalga legalmente a un pago (...).

Correlativamente, para el momento de suscripción del otrosí N° 004 de 1993, el artículo 142 del Estatuto Tributario determinaba las categorías de inversiones realizadas por el contribuyente comerciante, “*para los fines del negocio o actividad*”, que habrían de tenerse como deducibles del indicado impuesto.

En esa medida, resulta claro que los ingresos obtenidos por la sociedad portuaria en aprovechamiento de la concesión generaban el tributo causado sobre la renta y que, a su vez, el valor de las inversiones hechas por la concesionaria para los fines de la actividad portuaria era relevante para el cálculo de las deducciones a que hubiera lugar, en el momento de declarar la renta y pagar la obligación tributaria²⁵.

En el caso particular del impuesto de timbre, para el 29 de septiembre de 1993 - fecha de suscripción del otrosí N° 004-, el artículo 519 del Estatuto Tributario disponía que, cuando los documentos generadores de la obligación fueran de cuantía indeterminada, la tarifa del impuesto sería de \$150.000 más el valor de las

²³ “Artículo 12. Las sociedades y entidades nacionales son gravadas, tanto sobre sus rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional como sobre las que se originen de fuentes fuera de Colombia (...).”

“Artículo 26. La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos (...).”

²⁴ Antes de la modificación introducida por la Ley 1607 de 2012, única norma que ha modificado el artículo 27 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario) desde su expedición.

²⁵ Al respecto, en el Concepto No. 085073(530001-495), emitido por la DIAN el 3 de septiembre de 2008, se destacó: “... debe reconocerse la propiedad del concesionario sobre las inversiones representadas en el conjunto de bienes muebles e inmuebles directamente afectados a la concesión y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, con recursos propios o provenientes de financiación a su cargo, que al término de la concesión se transfieren por parte del concesionario al Estado. Ahora bien, el artículo 2° del Decreto 1766 de 2004, reglamentario del artículo 158-3 del Estatuto Tributario, establece:

‘Artículo 2. Definición de activo fijo real productivo. Para efectos de la deducción de que trata el presente decreto, son activos fijos reales productivos, los bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente’.

Según el artículo 142 del Estatuto Tributario, se entiende por inversiones necesarias amortizables por este sistema, los desembolsos efectuados o causados para los fines del negocio o actividad susceptibles de demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, deban registrarse como activos, para su amortización en más de un año o período gravable; o tratarse como diferidos, ya fueren gastos preliminares de instalación u organización o de desarrollo; o costos de adquisición o explotación de minas y de exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales (...).”

retenciones en la fuente, debidamente practicadas “una vez se vaya determinando o se determine su cuantía, si es del caso”²⁶. Esta previsión normativa era indicativa de que un contrato como el que hoy es objeto de análisis habría de tener un valor fiscal inicial necesario para tasar y recaudar en esa vigencia los tributos causados, sin perjuicio de que la cuantía de la contraprestación fuera estableciéndose hacia el futuro, generando también efectos sobre las tributaciones subsiguientes²⁷.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre los efectos del denominado “valor fiscal” sobre las obligaciones mutuas de las partes, en los contratos cuya cuantía no es completamente determinable en la fecha de su celebración.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado precisó²⁸:

En todas las modalidades de contratación (...) es muy importante la inclusión de la cláusula sobre el valor del contrato; sin embargo, según se trate de una u otra

²⁶ Texto completo de la norma: “El impuesto de timbre nacional, se causará a la tarifa del medio por ciento (0.5%) sobre los instrumentos públicos y documentos privados, incluidos los títulos valores, que se otorguen o acepten en el país, o que se otorguen fuera del país pero que se ejecuten en el territorio nacional o generen obligaciones en el mismo, en los que se haga constar la constitución, existencia, modificación o extinción de obligaciones, al igual que su prórroga o cesión, cuya cuantía sea superior a diez millones de pesos (\$10.000.000), (valor año base 1992) en los cuales intervenga como otorgante, aceptante o suscriptor una entidad pública, una persona jurídica o asimilada, o una persona natural que tenga la calidad de comerciante que en el año inmediatamente anterior tuviere unos ingresos brutos o un patrimonio bruto superior a ciento sesenta y ocho millones ochocientos mil pesos (\$168.800.000) (valor año base 1992)

(...).

Cuando tales documentos sean de cuantía indeterminada, la tarifa del impuesto será de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000). Este impuesto se tomará como abono del impuesto definitivo. (Valor año base 1992)”.

²⁷ Es pertinente referir, en este punto, lo que ha explicado y aclarado la DIAN en torno al tema del cálculo del impuesto de timbre en los contratos de concesión portuaria. Al respecto, la entidad señaló: “sobre los documentos que contengan obligaciones cuantificables en dinero, se causa el impuesto de timbre nacional sobre el valor total de las obligaciones, con fundamento en el artículo 519 del Estatuto Tributario. Ahora bien, es perfectamente posible que las obligaciones contractuales se dividan, unas, en sumas determinadas de dinero, con plazos y oportunidades definidos para su pago (...) y otras, consistentes en otra clase de contraprestaciones, que se describan y especifiquen, aunque su cuantificación no se establezca (...).

En situaciones como esta, la cuantificación de la obligación y la determinación del impuesto forzosamente se harán a medida que se vayan realizando las inversiones. Por lo tanto, se infiere que, respecto de un mismo contrato, el impuesto de timbre puede tener varias oportunidades para su causación, a saber, la correspondiente a las sumas determinadas y la prevista para las cuantías que solo se vayan a determinar a medida que se realicen las contraprestaciones acordadas. En un evento así, será obligatorio para el concesionario consignar, en la oportunidad en que la cuantía de las contraprestaciones convenidas se vaya determinando, el monto de la retención en la fuente que debe practicar la entidad que opera como agente de retención del impuesto de timbre.

Todo lo anterior tiene validez en tanto en cuanto las inversiones en obras se consideren en el contrato como contraprestación, junto con unas sumas periódicas de dinero, por el objeto contratado que sería el conjunto de derechos inherentes a la concesión portuaria”.

(Concepto DIAN N° 083868 del 13 de septiembre de 2001. Recuperado del enlace: <https://cijuf.org.co/codian01/Septiembre/c83868.htm>).

²⁸ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N° 1439 del 18 de julio de 2002. C.P. Susana Montes de Echeverry.

modalidad de contratación, esta cláusula tiene una función o importancia distinta. En efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado.

(...)

Por el contrario, en los contratos a precio indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato (precios unitarios, administración delegada o reembolso de gastos), la cláusula del valor en el mismo, apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto. En estos eventos, tal cláusula sólo cumple la función de realizar un cálculo estimado del costo probable, esto es, ese estimativo necesario para elaborar presupuesto o para efectos fiscales; pero el valor real del contrato que genera obligaciones mutuas sólo se determinará cuando se ejecute la obra y, aplicando el procedimiento establecido, se establezca tal costo.

Entender que la obligación contractual sólo existe hasta concurrencia del valor indicado en la cláusula de valor (estimado) (...) implicaría, necesariamente, que habiéndose agotado el monto señalado como valor del contrato en ejecutar las cantidades de obra para las cuales alcanzaba, ambas partes habrían cumplido con el contrato y que no podría ser obligado el contratista a terminar la obra faltante.

(...).

En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del objeto contractual, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un 'estimativo' del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar.

Con fundamento en todo lo anterior, la Sala retoma las estipulaciones acordadas por las partes, tanto en el contrato inicial como en el otrosí N° 004 de 1993, para establecer lo siguiente:

a) En la versión inicial del contrato de concesión N° 008 de 1993, la cláusula décima primera señaló que la contraprestación por infraestructura se pagaría “*proporcionalmente al área estimada a utilizar, dependiendo de las proyecciones de carga*” y que, a partir del tercer año el valor sería reajustado de acuerdo con la inflación.

b) En el otrosí N° 004 de 1993 se pactó que la contraprestación por infraestructura se pagaría a razón de US\$268.809 durante los cuatro primeros años, puesto que a partir de la quinta anualidad ese canon podría ser pleno, “*dependiendo del análisis financiero (...) y de la evaluación que hará la Superintendencia General de Puertos*”.

Adicionalmente, se estableció que ese valor no podía ser inferior al señalado para los 4 primeros años.

c) Por tanto, las dos estipulaciones establecieron la posibilidad de variar el monto de la contraprestación, según los criterios indicados en cada versión del contrato. En ese sentido, siendo modificables los cánones anuales de la contraprestación, necesariamente debía cambiar el valor total de ese concepto, máxime cuando ninguna de las cláusulas pactadas prohibió su incremento ni su variación durante el término de duración del negocio jurídico y, por otro lado, la cuantía total de la contraprestación, fijada en las cláusulas, estaba comprendida en el “*valor fiscal*” de todo el contrato, de suerte que no podía tenerse como tope máximo ni como limitante para cuantificar, en el futuro, las obligaciones a cargo de la sociedad portuaria.

Habidas las circunstancias y condiciones anteriormente anotadas, se concluye que no está llamado a prosperar el cargo de “*incumplimiento de los requisitos contractuales*”, formulado en la demanda.

4.4.4. Modificación unilateral del contrato

Consideró la parte demandante que las resoluciones acusadas contenían una modificación unilateral del contrato de concesión, que contravino lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 19 de 1982, en cuanto, según su dicho, “*prohibía*” modificar unilateralmente el contrato para hacer más onerosa la obligación del contratista, so pena de reembolsarle a este el costo adicional de la modificación. De igual manera, señaló que las resoluciones enjuiciadas quebrantaban los artículos 20 y 21 del Decreto 222 de 1983, al no respetar las “*ventajas económicas*” otorgadas al contratista, como lo imponían tales normas, así como el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, en cuanto estableció que la modificación unilateral solo procedería para adicionar o suprimir obras, trabajos o servicios, pero no para incrementar las cargas económicas o dinerarias del contratista (folios 19 al 23, c.1).

Afirmó, por otro lado, que las competencias asumidas por el Ministerio de Transporte se limitaban al otorgamiento, revocatoria o declaratoria de caducidad de las concesiones portuarias, pero no a su modificación unilateral.

Por último, reiteró que el valor fiscal de US\$2'610.590 era inalterable.

Al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que en el presente cargo no se analizará lo relativo al carácter inmodificable del aludido valor fiscal, puesto que ese aspecto de la controversia ya fue abordado por la Sala en el apartado anterior.

En segundo lugar, se le recalca nuevamente a la parte actora que, de conformidad con el artículo 4, numeral 9 del Decreto 2681 de 1991, le correspondía a la entonces Superintendencia General de Puertos “*otorgar por medio de resolución motivada las concesiones, autorizaciones y licencias portuarias, modificarlas y declarar su caducidad o su prórroga*”.

Por su parte, lo atinente a las competencias asumidas por el Ministerio de Transporte en virtud del Decreto 101 de 2000 también fue estudiado en precedentes acápites, no obstante lo cual, es del caso reiterar que, de conformidad con el artículo 6, numeral 11 del mencionado decreto, entre las funciones que en adelante le corresponderían al Ministerio se encontraban las de “*aprobar, otorgar, modificar, revocar o declarar la caducidad de las concesiones portuarias*”. Luego, es palmario que la facultad para modificar esos contratos no estaba excluida del marco competencial previsto en los Decretos 2681 de 1991 y 101 de 2000, por lo cual no es posible acoger los planteamientos que sobre esta materia esbozó la sociedad demandante.

En tercer lugar, con respecto a la alegada “*prohibición*” de modificar unilateralmente el contrato para variar su valor, supuestamente prevista en la Ley 19 de 1982, el Decreto Ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, la Sala precisa:

El marco jurídico por el cual se rigió el contrato de concesión N° 008 del 12 de julio de 1993 estaba contenido en la Ley 1 de 1991 y en los decretos y resoluciones que la reglamentaron y desarrollaron. Aunque las partes del negocio jurídico sometieron al Decreto - ley 222 de 1993 lo relativo a las cláusulas excepcionales –entre estas la modificación unilateral del contrato-, tal cláusula no podía tener efecto alguno sobre el acuerdo de voluntades celebrado, por cuanto este se encontraba sometido a régimen jurídico especial –la Ley 1 de 1991 y las demás normas anteriormente aludidas- y, por tanto, no se regía por el estatuto general de contratación que entonces estaba contenido en el Decreto – ley 222 de 1983, menos aun en materia de cláusulas excepcionales, para las cuales se requería expresa facultad legal, de suerte que las entidades estatales no podían ejercerlas por simple acuerdo de voluntades.

Al margen de que, ni el Decreto-ley 222 de 1983 ni la Ley 19 de 1982 les “*prohibieran*” a las entidades estatales contratantes modificar unilateralmente el valor de los

contratos²⁹, como equivocadamente lo sostuvo la parte actora, lo que resulta claro en el presente caso es que esas normas invocadas por la parte demandante no le eran aplicables al contrato de concesión portuaria, toda vez que este, se reitera, estaba regulado por la Ley 1 de 1991, el Decreto 2681 de 1991 y los actos administrativos generales que en su momento expidió la Superintendencia General de Puertos, normas todas estas que le asignaban a la entidad la competencia para, entre otras cosas, modificar las contraprestaciones causadas en las concesiones portuarias por el uso de la infraestructura.

Por otro lado, resulta igualmente claro que al contrato objeto del presente análisis tampoco le resultaban aplicables las disposiciones de la Ley 80 de 1993, la cual entró a regir en enero de 1994, con algunas excepciones, entre ellas, las normas de ese estatuto relacionadas con el contrato de concesión, que entrarían en vigor a partir de la promulgación de la ley. No obstante, tal promulgación se produjo el 28 de octubre de 1993, mientras que el contrato objeto de la presente litis se suscribió el 12 de julio de 1993, es decir, antes de que la Ley 80 de 1993 entrara a reglar lo relativo a los contratos de concesión.

Corolario de todo lo anterior, la Sala recalca nuevamente que el contrato de concesión portuaria tenía un régimen especial previsto en la Ley 1 de 1991, cuyo artículo 38 señaló que la Superintendencia General de Puertos debía definir los términos en los cuales habrían de otorgarse tales concesiones cuando recayeran sobre la infraestructura de la extinta empresa Puertos de Colombia.

En tal virtud, se reitera, la Superintendencia General de Puertos expidió la Resolución N° 113 de 1992 y, en su artículo 7, señaló que los valores determinados como contraprestación por ese concepto podrían reformularse y reajustarse por la entidad concedente, *“mediante resolución”*.

²⁹ El Decreto Ley 222 de 1983 reguló lo referente a la modificación unilateral en los siguientes términos:

Artículo 21. Cuando el interés público haga indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

- a. No podrán modificarse la clase y objeto del contrato.
- b. Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.
- c. Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.
- d. Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.
- e. Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.

Así, en forma diáfana se aprecia que la norma no prohibió la modificación del valor del contrato, sino solo la variación de su clase y el objeto.

El contrato de concesión N° 008 de 1993 fue suscrito con fundamento en las Resoluciones 113 de 1992, 033 de 1993, 396 y 713 de 1993, tal como se reseñó en sus antecedentes (folio 8, c.1). Asimismo, el otrosí N° 004 del 29 de septiembre 1993 se celebró con base en las Resoluciones 882 y 1084 de 1993, por las cuales se dispuso – como en las cláusulas mismas- que a partir del quinto año podría ser plena la contraprestación por infraestructura y que, en lo demás, se mantendría vigente la Resolución N° 113 de 1992, incluyendo la previsión de que el reajuste de ese canon se haría mediante acto administrativo.

Luego, tanto la ley como el contrato mismo establecían la posibilidad de que las contraprestaciones causadas por la concesión portuaria fueran calculadas y reformuladas por la Superintendencia General de Puertos mediante resolución, para luego fijarlas en el acuerdo de voluntades. Así se procedió al celebrarse el contrato y al suscribirse el otrosí N° 004 de 1993, que expresamente señalaron haberse fundado en las resoluciones previamente expedidas por la entidad. En esa medida, no le era dable a la sociedad portuaria desconocer y mucho menos oponer a la entidad, el ejercicio de una facultad que ella misma había aceptado al pactar las mencionadas cláusulas; facultad que, en todo caso, le había sido conferida a la Superintendencia en el artículo 38 y otras disposiciones de la Ley 1 de 1991.

En ese orden de ideas, se concluye que el cargo de nulidad que se denominó *“modificación unilateral del contrato”* carece de vocación para prosperar.

4.5. Conclusiones

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la Sala concluye que se debe declarar la nulidad las Resoluciones 0077 del 24 de febrero de 2000 y 000310 del 25 de enero de 2001, proferidas por la Superintendencia General de Puertos y el Ministerio de Transporte, respectivamente, por haberse expedido con violación del derecho de defensa que se le debió garantizar a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla.

Sin embargo, de la nulidad que así habrá de declararse no se desprende en el presente caso restablecimiento de derecho alguno a favor de la sociedad demandante, toda vez que no se demostró que el valor que le correspondía pagar a la empresa como contraprestación por el uso de la infraestructura portuaria dada en concesión, fuera el señalado en las pretensiones de la demanda, o uno diferente al que fue fijado por la Administración en los actos acusados.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 – aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia de primera instancia, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 22 de octubre de 2008, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* respecto del Instituto Nacional de Vías –Invías-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución N° 0077 del 24 de febrero de 2000, proferida por la Nación – Superintendencia General de Puertos, así como la nulidad de la Resolución N° 000310 del 25 de enero de 2001, proferida por la Nación – Ministerio de Transporte, por haberse proferido con violación al debido proceso y al derecho de defensa, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones del presente fallo.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA