

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-068 de
2009 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Prórrogas de las concesiones de los puertos marítimos por periodos de “hasta 20 años más y sucesivamente,” vulneran el derecho de participación en la vida económica de la Nación, el interés general, el derecho a la igualdad, el derecho de acceder a la propiedad del Estado y la libertad económica al autorizar una “privatización” indirecta de los puertos

Magistrados Ponentes

Dr. Mauricio González Cuervo

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 2020

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	NORMAS DEMANDADAS	3
3.	PROBLEMA JURÍDICO	14
4.	CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	14
5.	DECISIÓN.....	15
6.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	15

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-068 DE 2009 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Prórrogas de las concesiones de los puertos marítimos por periodos de “hasta 20 años más y sucesivamente,” vulneran el derecho de participación en la vida económica de la Nación, el interés general, el derecho a la igualdad, el derecho de acceder a la propiedad del Estado y la libertad económica al autorizar una “privatización” indirecta de los puertos

Magistrado Ponente

Dr. Mauricio González Cuervo

1. Introducción

El actor estima que los apartes subrayados del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991, contrarían los artículos 2º, 13, 60, 333 y 336 de la Constitución Política.

2. Normas demandadas

Los textos acusados son del siguiente tenor literal:

«LEY No. 01 DE 1991
(10 de enero de 1991)

Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

[...]

ARTÍCULO 8º. Plazo y reversión. El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por periodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos.

Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquélla.»

Argumentos de la demanda

El actor estima que los apartes subrayados del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991, contrarían los artículos 2º, 13, 60, 333 y 336 de la Constitución Política.

Sostiene que *“estable[cen] concesiones portuarias sin límites claros y perentorios en el tiempo o bajo tiempos que exceden los límites razonables de explotación.”* Se institucionaliza *“una política de restricciones indefinidas a sectores de la economía, que privilegia a un grupo reducido de inversionistas”*, argumentando que se desnaturaliza el contrato de concesión.

Afirma que las prórrogas sucesivas de las concesiones por un lapso superior a veinte (20) años de hecho enmascaran un proceso de privatización y que las concesiones indefinidas *“degeneran en un monopolio”* que viola el artículo 60 C.P. Plantea que así en sentencia C-474 de 1994 la Corte hubiese sostenido que las concesiones no constituyen expresión de una política de privatización, el tema debe reexaminarse, pues para entonces no se había expedido la Ley 226 de 1995¹ y en jurisprudencia posterior no se han examinado las concesiones portuarias. Además, la Ley 1ª de 1991 se expidió antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 60 proclama el derecho a acceder a la propiedad y la democratización propiedad accionaria del Estado.

El demandante sostiene que las prórrogas indefinidas por más de veinte (20) años contravienen la protección del interés general y privan a terceros del derecho de participar en las decisiones que los afectan (art. 2º C.P.) al excluir del mercado bienes estratégicos para la economía sin límite del tiempo, deformando las prácticas comerciales de una sociedad liberal, sin justificación válida. Por lo anterior, las prórrogas se convierten en una barrera permanente que priva a agentes económicos vulnerables de la posibilidad de participar en sectores estratégicos como el portuario, violándose también el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.). El actor plantea que es necesario que a la terminación de un contrato de concesión, se abra una nueva licitación para garantizar a los posibles interesados en participar en el desarrollo y la operación portuaria, el derecho de proponer mejores condiciones económicas: Al impedir esta situación se viola la igualdad. Afirma que *“Una política de ampliación de las concesiones portuarias indefinidamente a solo juicio del gobierno, no constituye una justificación válida para institucionalizar tratos desiguales frente a los demás oferentes del mercado, menos aún para institucionalizar privilegios sin que medien criterios de igualdad en las*

¹ “Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones.” (diciembre 20) Examinada por la Corte Constitucional en sentencias C-384 y C-391 de 1996 y C-1260 de 2001.

oportunidades económicas y la licitación transparente (...)". Finalmente, asevera que la limitación impuesta por el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 contraría los artículos 333 y 336 C.P. que proclaman la libre competencia y la libertad económica, al impedir la apertura de nuevas licitaciones y autorizar la explotación del sector portuario como si se tratase de un arbitrio rentístico o de un monopolio.

Solicita a esta Corte declarar inexecutable las expresiones demandadas del artículo 8º y precisar que al vencimiento del periodo contractual de las actuales concesiones es imperativo "*abrir a licitación pública*".

Intervenciones

Ministerio de Defensa Nacional.

En relación con los artículos 2º, 13 y 333 C.P., el ministerio considera que el pronunciamiento debe ser inhibitorio.

A su juicio, la demanda es inepta por no presentar razones específicas, claras, pertinentes y suficientes, incumpliendo la exigencia contemplada en el artículo 2º, numeral 3º del Decreto 2067 de 1991. El actor se limita a exponer "*apreciaciones subjetivas y parcializadas, haciendo una mera enunciación sin argumentos jurídicos fehacientes que permitan dilucidar el motivo de inconstitucionalidad. La acusación se encuentra desprovista de cargos concretos sustentados en argumentos que sean el producto del análisis racional en que se sustenta la violación, y como se enunció, en los soportes se evidencian aspectos subjetivos y parcializados, ya que propende por los derechos de un sector como son las personas que han laborado en dichos puertos*".

Estima infundados los cargos por violación a los artículos 2º y 60 C.P., pues contra lo afirmado por el actor, la norma propende por dar continuidad a los proyectos que proporcionan crecimiento y desarrollo a los sectores donde están ubicados estos puertos, promoviendo la prosperidad general y mejorando la participación en la vida económica de los lugareños.

No es cierto que restrinja la participación de cualquier ciudadano en la búsqueda de concesiones portuarias pues, como se vislumbra en el artículo 9º de la misma ley, ésta se encamina a democratizar el acceso a la propiedad sin distinción alguna.

Advierte que no asiste razón al actor al afirmar que la norma acusada faculta al Gobierno a otorgar prórrogas de concesiones en forma indefinida, pues la misma establece unos límites temporales. Se desconoce que el principio de buena fe, no es ajeno al Gobierno Nacional. Facultar al Gobierno para que, previo análisis de la ejecución de la concesión, prorrogue los plazos con base en nuevas inversiones, es permitir que sea el mismo ejecutivo quien implemente alternativas que le permitan sacar adelante los proyectos en pro del mejoramiento del comercio, lo que en últimas beneficia al conglomerado pues promueve el interés general. Precisamente, en los

considerandos del Decreto 1379 de 2007, se plantean motivos de conveniencia pública, para acceder a estas prórrogas.

Ministerio de Transporte.

El Ministerio de Transporte, solicita a esta Corte declarar exequible el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991.

Expone que la regulación normativa de la concesión evidencia sus proyecciones sociales como unidades técnicas, tecnológicas, financieras y de desarrollo macroeconómico con exigencias de avance y sostenibilidad.

El artículo 2º de la Ley 1ª de 1991 exige que el otorgamiento de las concesiones portuarias se ciña a los Planes de Expansión Portuaria que el Ministerio de Transporte presenta al Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES cada dos (2) años, los cuales se inspiran en propósitos sociales y de prosperidad general, lo que desvirtúa la alegada violación del artículo 2º C.P.

Conforme al artículo precitado, los Planes de Expansión Portuaria regulan los siguientes aspectos expresos, de propósito social para la prosperidad general por la cual propende el artículo 2º. Constitucional:

(i) La conveniencia de hacer inversiones en nuevas instalaciones portuarias, para facilitar el crecimiento del comercio exterior colombiano; reducir el impacto de los costos portuarios sobre la competitividad de los productos colombianos en los mercados internacionales y sobre los precios al consumidor nacional; para aprovechar los cambios en la tecnología portuaria y de transporte; y para conseguir el mayor uso posible de cada puerto.

(ii) Las regiones en que conviene establecer puertos, para reducir el impacto ambiental y turístico de éstos, y para tener en cuenta los usos alternativos de los bienes públicos afectados por las decisiones en materia portuaria. Los planes, sin embargo, no se referirán a localizaciones específicas.

(iii) Las inversiones públicas que deben hacerse en actividades portuarias, y las privadas que deben estimularse. Los planes sin embargo, no se referirán, en lo posible a empresas específicas.

(iv) Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por las concesiones portuarias.

(v) Las metodologías que deben aplicarse de modo general al autorizar tarifas a las sociedades portuarias; o los criterios que deben tenerse en cuenta antes de liberar el señalamiento de tarifas.

El artículo 4º, inciso segundo, de la Ley 1ª de 1991 ilustra la relación necesaria entre asociaciones portuarias y obras útiles para el beneficio común, lo que descarta la violación del artículo 13 C.P. Además, en la actuación administrativa se hace efectivo el principio de igualdad, pues el artículo 10 *ídem* autoriza la intervención de terceros y de autoridades para oponerse a las solicitudes de concesión que se presenten y para que presenten propuestas alternativas.

Observa que la naturaleza técnica de la concesión, el concepto de puerto y la infraestructura implementada para asegurar niveles óptimos de operación exige plazos superiores a los veinte (20) años para que se conviertan en polos de desarrollo nacional y regional, en manos de titulares capacitados, que cumplan características específicas y especiales, con propósitos de sostenibilidad, como indicadores de continuación en la concreción de efectos verdaderamente dinámicos de la economía nacional, que no pueden ser pensados desde una perspectiva de corto plazo.

Ello no implica, sin embargo, que se trate de un monopolio que discrimine o impida la participación de otros sectores sociales, productivos, técnicos y tecnológicos, sino que conlleva una cadena productiva que vincula a otros actores y garantiza el cumplimiento de planes de desarrollo económico y social.

Advierte que la definición de la concesión portuaria consignada en el artículo 5º numeral 5.2 de la Ley 1ª de 1991 desvirtúa la violación del artículo 60 C.P., pues consta expresamente que en virtud de este contrato administrativo la Nación, por intermedio de la Superintendencia Nacional de Puertos, permite que una sociedad portuaria **ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva** las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellos o estos, 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.

Los bienes accesorios de infraestructura son "*bienes de uso público de la Nación*", inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63 C.P.), luego no es jurídicamente posible que los bienes de la Concesión Portuaria como unidad de infraestructura y de explotación, dejen de ser parte del patrimonio público del Estado Colombiano.

Además, sobre el acceso y participación de terceros pone de presente que el artículo 10 de la Ley 1ª de 1991 es suficientemente ilustrativo pues dispone que si estos tienen propuestas alternativas al proyecto bajo estudio, pueden intervenir una vez ha sido solicitada la concesión. Aún más, el artículo 13 de la Ley 1ª de 1991 faculta al Superintendente General de Puertos, para que "*de oficio pueda ofrecer al público una concesión portuaria, previa consulta de las autoridades a las que se refiere el inciso segundo del artículo 10*".

A su juicio, ello evidencia que contra lo afirmado por el actor, la concesión portuaria como proyecto de explotación económica y social, es puesta en conocimiento las personas naturales que pudieren tener un interés particular y de las autoridades

nacionales y regionales, garantizándose el derecho de proponer peticiones alternativas, incluso oficiosamente, por el mismo Estado.

Por último, en lo que respecta a la alegada violación del artículo 336 de la Carta, señala el Ministerio que el monopolio económico, el abuso de la posición dominante, no tienen nada que ver con proyectos de interés público ni con los fines sociales de un programa de desarrollo estatal, lo que descarta en este caso cualquier relación con esas figuras.

La garantía de cumplimiento de los planes de desarrollo económico y social en la actividad portuaria no constituye monopolio ni implica abuso de la posición dominante. Efectiviza los fines sociales del Estado, la igualdad objetiva y subjetiva de los asociados, pues en esos planes se encuentra la materialidad y la concreción de los derechos de los habitantes del sector del proyecto. Prueba de este aserto es que el artículo 4º de la Ley 1ª de 1991 contemple que colectivos jurídicos distintos de las Sociedades Portuarias obtengan Concesiones Portuarias, desde luego, con el ineludible compromiso de materializar el “beneficio común”.

Por las anteriores razones, el Ministerio solicita desestimar los cargos y declarar exequible el artículo acusado.

Superintendencia de Puertos y Transporte.

La Superintendencia Nacional de Puertos y Transporte solicita declarar exequible el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 por las razones que siguen a continuación:

Sostiene que no es cierto, como lo afirma el actor, que el aparte demandado viole el artículo 2º C.P., al preceptuar que el plazo de las concesiones portuarias será de veinte (20) años por regla general, y que excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, cuando fuere necesario para que en condiciones razonables de operación las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos, pues propende por el cumplimiento de los fines del Estado.

En efecto, por mandato constitucional es deber del Gobierno Nacional asegurar niveles satisfactorios de eficiencia en la prestación de servicios públicos, entre ellos, el transporte, a fin de promover la prosperidad general. A ese fin, el Estatuto de Puertos Marítimos, incentiva la vinculación del sector privado en el desarrollo y construcción de puertos a través de proyectos e inversiones a largo plazo. Ello explica que en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 se establezca un plazo amplio para las concesiones portuarias, como estímulo a la inversión en dicho sector, a fin de que las Sociedades Portuarias a las que se les otorguen concesiones, se comprometan con la inversión en nuevas instalaciones portuarias que faciliten el crecimiento del comercio exterior colombiano y reduzcan el impacto de los costos portuarios, generando mejores condiciones de competitividad de los productos colombianos en los mercados internacionales.

De esta manera está plenamente justificada también la posibilidad de otorgamiento de nuevas concesiones o prórrogas con un plazo mayor a los veinte (20) años, siempre y cuando ello sea excepcional y tenga como única finalidad la necesidad de establecer condiciones razonables de operación, a fin de que las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar el servicio al público en sus puertos, tal como expresamente lo determina la citada norma.

Es pertinente resaltar que la misma Ley 1ª de 1991, establece que los cambios de las condiciones de las concesiones portuarias sólo se permiten en tanto la modificación no infiera perjuicio grave e injustificado a terceros y el cambio no desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9, 10, 11 y 12 ídem.

La posibilidad de otorgar nuevas concesiones o de prorrogarlas por un plazo mayor a los veinte (20) años se establece para que las Sociedades Portuarias a las que se otorguen concesiones se comprometan con la inversión en nuevas instalaciones portuarias que faciliten el crecimiento del comercio exterior colombiano y reduzcan el impacto de los costos portuarios, generando mejores condiciones de competitividad de los productos colombianos en los mercados internacionales y mejoras en la tecnología portuaria.

La posibilidad de otorgar nuevas concesiones o de prorrogarlas con un plazo mayor a los veinte (20) años se prevé de manera excepcional cuando sea necesario para que en condiciones razonables de operación las sociedades portuarias puedan recuperar el valor de las inversiones hechas, o cuando las estimule a prestar servicio público en sus puertos, tal y como expresamente lo determina la citada norma. Ello desvirtúa que el plazo establecido en la norma demandada sea indefinido o desproporcionado.

De otra forma, el plazo por sí sólo, no determina un mayor o menor grado de participación. Dicho cuestionamiento no guarda relación directa con el plazo de la concesión, puesto que podría presentarse la situación en que se otorgue una concesión por poco plazo a sociedades abiertas, y una con mucho plazo a sociedades cerradas.

Las eventuales actuaciones administrativas irregulares a que alude el actor no comportan de suyo la inconstitucionalidad del precepto aplicado por los operadores. Ello ocurriría si el gobierno otorga concesiones portuarias o prórrogas por plazos mayores a veinte (20) años sin la finalidad de incentivar la prestación del servicio público portuario, pues en dicho evento carecería de razonabilidad y proporcionalidad.

Pone de presente que según el artículo 1º de la Ley 1ª de 1991 cualquier entidad pública o empresa privada puede constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios o muelles y para prestar todos los servicios portuarios. El plazo previsto en la ley para las concesiones no viola el principio de igualdad proclamado en el artículo 13 C.P, pues es aplicable a todas las sociedades portuarias.

Tampoco viola el artículo 8º parcialmente acusado el artículo 60 de Constitución Política, porque ese artículo sólo es aplicable a los procesos de enajenación de la participación del Estado en una empresa.

Consta en el artículo 5º de la Ley 1ª de 1991 que el contrato de concesión permite a la sociedad portuaria ocupar en forma temporal y exclusiva de playas y terrenos de bajamar requeridos para la construcción y operación del puerto. Ello desvirtúa que tenga lugar cualquier forma de privatización.

El artículo 60 de la Carta no es aplicable al caso bajo análisis, máxime cuando según lo destaca el mismo actor, la Corte Constitucional ha precisado que el criterio de participación y democratización asociativa es restrictivo y depende del tipo de privatización que realice el Estado, y obliga examinarlo en forma casuística el proceso particular en cuestión.

Finaliza la Superintendencia advirtiendo que la alegada violación del artículo 333 C.P, es infundada, ya que la Ley 1ª de 1991 tiene por propósito estimular la actividad portuaria, esencial para la economía del país, garantizando la iniciativa privada y la sana y libre competencia, procurando evitar monopolios y prácticas que las restrinjan. Afirmar que restringe la libre competencia y la iniciativa privada contraría el espíritu de la ley toda vez que por el contrario, estimula al sector privado para que participe activamente en los planes de expansión portuaria del país.

En consideración a los anteriores argumentos, solicita declarar exequible el artículo 8º de la Ley 1ª. de 1991.

Intervenciones ciudadanas.

El señor **Jaime Sorzano Serrano**, en calidad de Presidente Ejecutivo de la Federación Colombiana de Transportadores de Carga por Carretera –COLFECAR presentó extemporáneamente escrito, en que desvirtúa la violación del artículo 60 C.P. pues la norma demandada no tiene como objeto la enajenación de bien alguno. Su contenido normativo se relaciona exclusivamente con la prestación de un servicio público en el sector portuario de importancia estratégica en la economía nacional. Para ello cita brevemente estudios académicos que resaltan algunos avances en ese sector en los últimos años y debilidades del Estado en la materia, por lo que concluye que más que permitir la existencia a perpetuidad de sociedades portuarias se trata de reglamentar en aras a la competitividad, al mejor servicio y mejor infraestructura, las condiciones razonables de operación y los criterios de evaluación. De no existir esta reglamentación si se estaría violando el principio de igualdad por cuanto no se permitiría el acceso de otras sociedades portuarias a la prestación del servicio.

Concepto del Procurador General de la Nación.

El Procurador General de la Nación considera del caso integrar la unidad normativa con la primera parte del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991, por cuanto el cuestionamiento

planteado en relación con el plazo de las prórrogas de las concesiones portuarias es inescindible del término inicial de veinte (20) años.

Expone que para garantizar la participación de todos en la vida económica de la Nación, especialmente en lo que compete al fomento del acceso a la propiedad de los bienes públicos en igualdad de condiciones (su usufructo) mediante la libre competencia económica, los contratos de concesión de puertos marítimos sólo se pueden otorgar por un plazo máximo de 20 años y ser objeto de prórroga únicamente en casos excepcionales de interés público o para preservar el interés común contractual y por una sola vez.

Así, un fin esencial del Estado consiste en facilitar la participación de todos en la vida económica de la Nación, para lo cual este interviene por mandato de la ley, en la explotación de recursos naturales y en la utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados para conseguir la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo. En ese sentido, el Estado debe intervenir de manera especial en promover la productividad, competitividad y el desarrollo armónico de las regiones (arts. 2 y 334 C.P.)

Para lograr dicho objetivo, el Estado en la medida de lo posible, debe tener en cuenta la libre competencia económica como base de la actividad económica, debido a que el orden constitucional le dio el rango de derecho de todos que supone responsabilidades. Lo anterior, porque en esa dinámica de mercado la demanda busca satisfacer de la manera más eficiente posible sus necesidades y la oferta trata de responder a dichos requerimientos con el ánimo de obtener ganancias. Como consecuencia, el mismo estado debe estimular el desarrollo empresarial y promover de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad (arts. 60 y 333 C.P.).

Cuando se trata del acceso a la propiedad en lo que tiene que ver con la explotación de bienes y servicios públicos, la responsabilidad del Estado se acrecienta aún más, lo cual debe reflejarse con mayor rigor en el contenido de las leyes que desarrollan ese acceso, especialmente cuando la participación en dicha explotación o aprovechamiento se hace mediante la vía contractual debida a que esta es una forma de participación, más allá de la economía, en la vida política de la Nación. (arts. 40 y 150 C.P.) Es decir, se trata de un aspecto público (la contratación de la administración pública) que expresa de manera plena la característica de Colombia como una república democrática y participativa (Preámbulo y artículo 1).

El Estado al celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos, busca el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y, por consecuencia, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con él en la consecución de dichos fines. (Ley 80 de 1993, artículo 2º).

En ese contexto, las autoridades públicas que contratan a nombre del Estado están en la obligación de determinar, del modo más eficiente posible y con anterioridad a los

procesos de selección, las necesidades reales que se debe satisfacer por vía contractual, para lo cual deben hacer las previsiones en materia de planeación y presupuesto, y elaborar con la debida antelación los estudios que analicen la conveniencia y oportunidad de los contratos y su adecuación a los planes de inversión, adquisición o compras y presupuestos, los cuales deben estar acompañados de los correspondientes proyectos, diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad. Lo anterior permite afirmar que el Estado, cuando busca satisfacer sus necesidades mediante la contratación, debe ser lo más eficiente posible en la determinación de las mismas antes de realizar los procesos contractuales pertinentes. Es decir, debe establecer con la mayor claridad posible y de manera previa a la celebración de los contratos lo que requiere y las condiciones para que le sean cubiertas dichas necesidades por los oferentes. Por tal razón durante su ejecución sólo son admisibles modificaciones a los mismos, sobre todo en su prórroga o en sus costos, por razones o necesidades de orden público de carácter excepcional o por circunstancias que sean imprevisibles por las partes al momento de pactar.

Esta previsión contractual estatal es tan extrema que hay casos, en los contratos de concesión, en que el Estado puede aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura vial en los cuales, de acuerdo a los estudios, los concesionarios no puedan recuperar la inversión en el tiempo esperado (Ley 105 de 1993, artículo 30, párrafo 2º).

En ese sentido, el Estado está en la obligación de acudir a la libre competencia como derecho que le asiste, para obtener del mercado las mejores ofertas posibles en materia de economía y calidad. Por consecuencia, tiene la responsabilidad de convocar a todos los oferentes con el fin de materializar el principio democrático y de garantizar la participación de todos en la economía pública en igualdad de condiciones. Dichas convocatorias tienen que hacerse cuantas veces sea necesario tanto para preservar el interés general (el Estado obtenga los mayores beneficios posibles del mercado) como el interés común (la posibilidad del mercado de ofrecer bienes y servicios en igualdad de condiciones).

Por otra parte, la concesión es un tipo de contratación pública. El numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 lo define. Los contratos de concesión son usados por los Estados, en general, para la satisfacción de sus necesidades cuando no poseen recursos suficientes para hacerlo directamente o por razones de eficiencia en la administración o mantenimiento de obras o servicios públicos. En esas circunstancias el Estado debe propender porque la construcción o las actividades de administración, mantenimiento o prestación de obras o servicios públicos se hagan por cuenta y riesgo del concesionario a cambio de una remuneración. Esto adquiere mayor relevancia cuando se entregan bienes del Estado para la explotación privada.

En estos casos, el Estado debe buscar la mejor contraprestación posible y velar porque el contrato de concesión se cumpla cabalmente en los términos establecidos, lo que incluye su tiempo de ejecución. Esto último con el fin de volver a convocar nuevas ofertas de concesión en circunstancias más favorables al interés general que en las

concesiones precedentes y, por consecuencia, garantizar la participación de todos en la vida económica pública en igualdad de condiciones mediante la libre competencia.

Así, la actividad portuaria puede ser pública o privada. En ese sentido, las entidades públicas y las empresas privadas pueden constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios y muelles y para prestar todos los servicios portuarios. Sólo las sociedades portuarias podrán ser objeto de adjudicación de las concesiones portuarias, éstas que de igual manera se requieren para poder ocupar y usar en sus actividades playas, zonas de bajamar y las accesorias de ambas. Es decir, la construcción, mantenimiento y operación de puertos sólo puede hacerse mediante concesiones y estas solo se otorgan a las sociedades portuarias.

Hay puertos oficiales o particulares, los que a su vez pueden ser de servicios públicos o privados. Las actividades en los puertos de servicios públicos se deben adelantar sin privilegios ni discriminaciones a todo usuario que se someta a las condiciones generales de operación y de tarifas. Los puertos de servicios privados, son aquellos donde solo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica y económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura (Ley 1ª de 1991, artículo 1-5, numerales 5.14 y 5.15)

Las concesiones portuarias se definen como “un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva, las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellos o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, los distritos y los municipios donde operen puertos” (*idem*, art. 5 numeral 5.2.).

Las concesiones se pueden adquirir por petición de la sociedad portuaria interesada, en tanto que en el proceso de solicitud pueden participar todos los que deseen presentar propuestas alternativas de concesión. De igual manera, el Estado puede hacer ofertas oficiosas al público de concesiones portuarias (*idem* arts. 9, 10 y 13).

El primer inciso del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991, regula lo correspondiente al plazo y reversión de las concesiones. Allí se establece que el plazo de las concesiones es de veinte (20) años, por regla general. Esto resulta razonable como un tiempo máximo de explotación, para efectos de que el Estado ponga de nuevo en consideración del público las concesiones bajo parámetros que superen en eficiencia a las predecesoras y permita a todos participar en igualdad de condiciones en esa actividad económica, incluyendo a quienes vengan usufructuando la concesión que se vuelve a poner a consideración del público.

También regula lo relacionado a la prórroga de las mismas, donde se señalan dos situaciones: a) que las concesiones pueden prorrogarse hasta por periodos de veinte años más, y; (b) las prórrogas de las concesiones son sucesivas.

En cuanto a lo segundo, se observa que las prórrogas sucesivas de las concesiones tienen un carácter indefinido de manera imperativa u obligatoria, lo cual va en contravía de la libre competencia como derecho del Estado y de los ciudadanos. Del primero, porque no puede mejorar en debida forma las condiciones de las concesiones mediante la demanda pública; de los segundos, debido a que estos no pueden participar de dicha actividad económica en igualdad de condiciones, todo debido a que quien tenga la concesión tiene el derecho a seguir usufructuando de la misma.

Por lo anterior, concluye la Vista Fiscal que deben declararse inexequibles las expresiones, “*y sucesivamente*” y “*así como el plazo*” contenidas en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991. Los demás apartes deben declararse exequibles, salvo la expresión “*las concesiones serán prorrogables por periodos hasta de 20 años o más*” que debe declararse exequible en el entendido de que la prórroga puede ser hasta por una sola vez y en casos excepcionales.

3. Problema Jurídico

Debe la Corte definir (i) si las prórrogas de las concesiones de los puertos marítimos por periodos de “*hasta 20 años más y sucesivamente,*” vulneran el derecho de participación en la vida económica de la Nación, el interés general, el derecho a la igualdad, el derecho de acceder a la propiedad del Estado y la libertad económica al autorizar una “*privatización*” indirecta de los puertos; y (ii) si dichas prórrogas deviniendo indefinidas y carentes de límites razonables violan el derecho de participar en la vida económica, el acceso a la propiedad y la libre competencia económica en igualdad de condiciones.

4. Consideraciones de la Corte Constitucional

Mediante el sistema de concesiones, el contratista se compromete a explotar los servicios portuarios a su riesgo y ventura, y por tanto, a cobrar directamente al usuario las tarifas por el servicio prestado, de acuerdo con las reglas fijadas en la ley y las cláusulas contractuales.

El plazo de 20 años establecido en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991, como regla general, para la duración de la concesión portuaria y la posibilidad de una sola prórroga por 20 años más, constituye un límite razonable y proporcionado para preservar el derecho de participación de los agentes en la vida económica de la Nación, la libertad económica, la libre competencia y la igualdad de oportunidades. Las finalidades que con ello se persigue -lograr en condiciones viables tanto para el Estado como para el concesionario, la construcción, mantenimiento y expansión de los servicios portuarios en el país, con el consecuente beneficio para el desarrollo del comercio exterior, el sector empresarial y turístico del país-, resultan concordantes con objetivos constitucionales tales como el estímulo empresarial, la promoción del bienestar y la prosperidad general y la prestación eficiente de los servicios públicos a cargo del Estado, en este caso, prestados con la colaboración de los particulares.

La posibilidad de que existan prórrogas sucesivas sin ninguna precisión, entraña, como lo aduce el actor, una indeterminación irrazonable y desproporcionada, violatoria de la igualdad de oportunidades y de la libre concurrencia, así como de las libertades económicas, toda vez que abre la puerta a una prolongación ilimitada de la concesión portuaria y a la ocupación permanente de bienes de uso público por parte de particulares. De ahí que la posibilidad de prórroga de las concesiones portuarias deba limitarse a una sola vez. Se declararán inexecutable las expresiones del inciso primero del artículo 8º de la Ley 01 de 1991, que establecen la posibilidad de prórrogas sucesivas de las concesiones portuarias.

Se declarará la executable del resto del aparte normativo acusado, condicionada a que la facultad que autoriza la ley para que el Gobierno, excepcionalmente, convenga un plazo mayor, se base en criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios, además de los parámetros establecidos en la norma.

5. Decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

- Declarar **INEXECUTABLES** las expresiones “*por períodos*”, “*de*” y “*y sucesivamente*”, contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª. de 1991.
- Declarar **EXECUTABLES** las expresiones “*El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general*”, “*Las concesiones serán prorrogables hasta 20 años más*”, y “*Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos*”, entendiéndose que cuando el Gobierno haga uso de esta facultad deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios.

6. Análisis y conclusiones

- *La Corte Constitucional señaló que la unidad normativa procede cuando la proposición jurídica acusada, si bien tiene un contenido propio, se encuentra íntimamente ligada con otros contenidos jurídicos, resultando imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones.*
- Definió el Contrato de Concesión como el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un

particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total.

- Indicó que los elementos del Contrato de Concesión son los siguientes, (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.
- Definió el Contrato de Concesión Portuaria como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.
- Afirmó que la Corte ha puesto de presente que la libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas. Deben ejercerse dentro de los límites del bien común y, desde luego, con estricta sujeción a sus mandatos. A su vez, la garantía de la libertad económica y de la libre empresa en modo alguno impide a las autoridades ejercer sus competencias de regulación normativa ni establecer incentivos o estímulos para que por medio de la inversión privada se promueva el bienestar general, ya que estas modalidades de intervención se basan en mandatos constitucionales expresos y realizan otros fines constitucionalmente legítimos.
- Respecto del plazo inicial de veinte (20) años del Contrato de Concesión Portuaria señaló que no resulta desproporcionado en la medida que la determinación de los plazos del contrato de concesión se realiza en función de variables que se relacionan con la generación de obras de infraestructura y la

remuneración del concesionario por la realización de las mismas o la gestión del servicio público, habida cuenta que la concesión entraña la construcción o puesta en funcionamiento de obras y sistemas que deben ser cubiertos con el ingreso generado en la propia operación del servicio, ingreso que deberá generar una rentabilidad al concesionario en el marco de una regla de estabilidad económica del contrato. La fijación del plazo atiende tanto la necesidad del Estado de atender de manera adecuada y completa la prestación de los servicios públicos, en desarrollo del mandato constitucional contenido en los Arts. 365 y 366 de la Constitución, como también la justa retribución del agente privado que contribuye con la prestación de los servicios concesionados. En el caso de los puertos, el hecho de que el legislador hubiera tomado la decisión de fijar el término de la concesión hasta en 20 años iniciales con opción de ser prorrogados, no implica per se una decisión inconstitucional pues, se reitera, el legislador tiene un amplio margen para fijarlo, atendiendo la realidad económica del sector a explotar y el justo precio por la operación del servicio. El tope de este término inicial no aparece desproporcionado, pues guarda correspondencia con la magnitud de lo que suelen ser las inversiones desarrolladas en ejecución de contratos de concesión, y se aprecia razonable para garantizar la ecuación contractual -según el caso- de modo que el capital vinculado a la gestión disponga del incentivo justo que le permita al operador cumplir con el cometido de la prestación adecuada.

- Con respecto a la prórroga del Contrato de Concesión Portuaria y a que esta posibilidad no limita la libre competencia señaló que el simple hecho de que en la norma se plantee la posibilidad de prorrogar el término de los contratos no implica en sí misma una limitación a la libre competencia. La entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga.
- Frente al tema de la ampliación de término y prórroga de los Contratos de Concesión Portuaria y la excepcionalidad de esta situación indicó que dado que el esquema de concesión portuaria implica inversiones a cargo de las sociedades portuarias para vincular capitales a la generación de infraestructura o prestación de servicios portuarios, reducir el impacto de los costos portuarios en los precios al consumidor y en la competitividad de los productos en los mercados internacionales, promover el empleo de tecnología de punta en la adecuación de la infraestructura portuaria y su expansión, y en general, estimular el crecimiento del sector externo de la economía nacional, resulta razonable que se habilite al Gobierno Nacional para otorgar excepcionalmente a una concesión portuaria un plazo mayor de explotación o prórroga, cuando fuere necesario para que en condiciones normales razonables de operación los concesionarios recuperen el valor de las inversiones, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos. La ampliación del término de la concesión o de la prórroga por encima de los 20 años, será determinable, con base en factores objetivos, de acuerdo con cálculos económicos previsibles. Así, por ejemplo, si las inversiones requeridas para actualizar en tecnología un

puerto son tan significativas como para poder determinarse que su operación normal no alcanzaría a cubrir las en los 20 años inicialmente pactados, sería constitucionalmente viable que se otorgue la concesión por un término superior, con miras a mejorar la prestación del servicio y a solventar una necesidad en el sector. Las razones que justifican el aumento en el término son perfectamente cuantificables y su fundamento se reflejará previamente en un cálculo financiero que tenga en cuenta las variables relacionadas con el negocio y con los costos que apareja. A través de este ejercicio, sobre el que descansa la necesaria motivación de la prórroga, se podrá controlar el uso de esta facultad discrecional, que no arbitraria, concedida al Gobierno.

- Por último, en lo referente a las prórrogas sucesivas en el Contrato de Concesión Portuaria afirmó la Corte estima que éstas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria, además que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal.