SENTENCIA C-068-09

(Febrero 10, Bogotá D.C.)

Referencia: Expediente D-7345

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8º (parcial) de la Ley 1ª de 1991.

Actor: Grenfieth de Jesús Sierra Cadena

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES

1. Texto demandado.

Con las subrayas en la transcripción del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 cuyo texto, según su publicación en el Diario Oficial No. 39626 de 1991 (11 de enero), es el siguiente:

«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 períodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos.

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

2. 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 que 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 19942 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 19953 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 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”.

3. Intervención de las autoridades.

3.1. 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 ley4, 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 5.

3.2. 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.

3.3. 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.

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.

3.5. 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, parágrafo 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” (ídem, 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 (ídem 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 prorrogas de las concesiones son sucesivas.

En cuanto a lo segundo, se observa que las prorrogas 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 inexecutable 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 executable, salvo la expresión “las concesiones serán prorrogables por periodos hasta de 20 años o más” que debe declararse executable en el entendido de que la prórroga puede ser hasta por una sola vez y en casos excepcionales.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir la presente acción, según lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución Política, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 270 de 1996 y el Decreto 2067 de 1991.

2. Problemas Jurídicos.

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.

3. Consideraciones generales.

3.1. Integración normativa.

3.1.1. La unidad normativa, como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, 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.

3.1.2. Teniendo en cuenta que en efecto la prórroga cuestionada tiene relación con los veinte (20) años iniciales de otorgamiento de la concesión portuaria, la Corte integrará la unidad normativa de las partes no demandadas del inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991, en la medida en que están inescindiblemente ligadas con el problema jurídico y su resolución final. En consecuencia, estudiará todo el inciso primero del artículo acusado.

3.2. El contrato de concesión.

3.2.1. El numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de concesión, de la siguiente manera:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Como se aprecia, esta definición es muy amplia y comprende las modalidades de concesión que han sido tipificadas como contrato por la misma ley 80 de 1993, o por otras disposiciones legales, por ejemplo, concesión minera⁷, concesión petrolera⁸, concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes⁹, concesión de servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional¹⁰, concesión en contratos de aseo¹¹, concesión de las riberas de los ríos¹², concesión de servicios de radiodifusión sonora¹³, etc.

La Corte Constitucional¹⁴ y el Consejo de Estado¹⁵ han extraído en sus pronunciamientos los elementos o características de la figura, así: (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.

De esta manera, puede considerarse que la concesión es 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. En muchas ocasiones, la concesión trae aparejada la construcción de obras de infraestructura que de otra manera correspondería al Estado, como por ejemplo la construcción de carreteras, aeropuertos, infraestructura de telecomunicaciones, o puertos -como en el caso que se estudia- existiendo en muchos casos la cláusula de reversión para que dicha infraestructura entre a formar parte del patrimonio público una vez terminado el plazo de la concesión.

3.2.2. Esta Corte ha avalado la constitucionalidad de las concesiones, como instrumento de gestión que promueve la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos. Así, en Sentencia C-407 de 1994, la Corte avaló la constitucionalidad de la prestación de los servicios de correos por los particulares, mediante contratos de concesión, al declarar exequible el artículo 37 de la Ley 80 de 1993. Preciso:

«... el artículo impugnado, lejos de establecer un monopolio estatal de la mensajería especializada -como lo señala el demandante-, por el contrario acentúa la posibilidad de que los particulares se involucren en la prestación de los servicios postales, al prever expresamente que ellos podrán ser adjudicados a particulares mediante el régimen de concesión (correos) y licencia (mensajería especializada). La distinción establecida por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos -como especies del género común de servicios postales-, lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada.»

3.3. El contrato de concesión portuaria.

3.3.1. La concesión es uno de los sistemas más típicos de participación de la empresa privada en la gestión portuaria¹⁶. Mediante la concesión, el contratista privado o concesionario tiene la responsabilidad total respecto de los servicios concesionados, incluyendo las operaciones para la prestación de los mismos, el mantenimiento de las instalaciones correspondientes, así como las inversiones de capital necesarias para la realización de las instalaciones o para su expansión.

3.3.2. Los bienes inmuebles fijos aportados o construidos por el contratista a lo largo del periodo concesional, revierten, una vez terminado dicho periodo, a la administración portuaria. Por ello, uno de los elementos esenciales de la concesión es el plazo fijado para

la misma, que debe de ser suficientemente amplio para permitir la amortización de la inversión realizada en la construcción de dichos bienes; cuando el plazo concesional no permita la amortización total de la inversión, suelen establecerse condiciones que permitan al concesionario obtener un valor de rescate de dichos bienes al final del periodo concesional.

3.3.3. Mediante el sistema de concesiones, el concesionario se compromete a explotar el servicio concesionado a su riesgo y ventura, y por tanto, a cobrar directamente del usuario las tarifas por el servicio prestado. Estas tarifas deben de tener una cierta regulación en las cláusulas concesionales, e igualmente en las citadas cláusulas deben establecerse los cánones y tasas que el concesionario debe pagar a la administración portuaria. En toda concesión debe existir un equilibrio económico entre las tarifas cobradas por el concesionario al usuario, y los cánones que el concesionario debe pagar a la administración.

3.3.4. El plazo es variable según los países y suele estar limitado entre 25 y 40 años, sin perjuicio de términos más amplios. La determinación del mismo obedece, en general, a criterios tales como: (i) Vinculación del objeto de la concesión a la actividad portuaria; (ii) Disponibilidad de espacio, y volumen de inversión; (iii) Posible incremento de actividad generada en el puerto; (iv) Interés estratégico, etc.

3.3.5. En la Ley 1ª de 1991 el legislador dispuso los lineamientos específicos para las concesiones portuarias. En el artículo 5º la definió así:

“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, 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.” (art. 5.2.ídem)

En el Capítulo Segundo se fijó el procedimiento para otorgar la concesión portuaria y dispuso que sólo las sociedades portuarias podrían ser titulares de concesiones portuarias. En lo pertinente, dispuso: (i) todas las sociedades portuarias, oficiales, particulares o mixtas, requieren de una concesión para ocupar y usar en sus actividades las playas y las zonas de bajamar y zonas accesorias de aquéllas o éstas (art. 6º); (ii) periódicamente el Gobierno Nacional definirá, por vía general, en los Planes de Expansión Portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben dar quienes se beneficien con las concesiones portuarias (art. 7º); esta contraprestación se otorgará a la Nación y a los municipios o distritos en donde opere el puerto, en proporción de un 80% a la primera y un 20% a la segunda.

4. Análisis del caso concreto.

4.1. Los cargos por violación de los artículos 2º, 13 y 60 de la Carta.

4.1.1. Los argumentos del actor que asimilan las concesiones portuarias a monopolios disfrazados o a privatizaciones enmascaradas carecen de asidero jurídico. Es erróneo

hacer extensivo a la infraestructura portuaria el deber estatal de facilitar el acceso a la propiedad que el artículo 60 CP predica respecto de la propiedad accionaria del Estado; ésta se constituyen sobre playas, zonas de bajamar y áreas accesorias que tienen la calidad de inmuebles afectos al uso público, no siendo susceptibles de apropiación particular.

De acuerdo con el artículo 63 Superior que expresa que “los bienes de uso público”... “son inalienables, imprescriptibles e inembargables,” el artículo 8º, inciso segundo de la Ley 1ª de 1991, dispone:

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

Por eso, al definir la concesión portuaria en el artículo 5º numeral 5.2 de la Ley 1ª de 1991, el Legislador puntualizó en términos concluyentes 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 aquellas o estas, 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” Así, pues, es erróneo sostener que al amparo de la prórroga de una concesión portuaria, se lleva a cabo un proceso de privatización. Fuerza es concluir que el cargo de violación al artículo 60 Superior es infundado.

4.2. La violación de la libre competencia y de la libertad económica. (artículo 333 CP)

4.2.1. Esta 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 esta modalidades de intervención se basan en mandatos constitucionales expresos y realizan otros fines constitucionalmente legítimos.

4.2.2. La determinación del plazo de prórroga de las concesiones portuarias, en proporción a la cuantía y al plazo de las inversiones a efectuarse por la Sociedad Portuaria, lejos de desconocer la libertad económica y la libre competencia, es expresión de los límites y condicionamientos constitucionales que al ejercicio de los derechos económicos imponen la protección del interés general, la prevalencia del bien común y la promoción del bienestar general. No puede aducirse el derecho a la libertad económica, la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica, como si se tratase de barreras infranqueables capaces de impedir la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que dinamicen el desarrollo y promuevan el crecimiento económico, máxime cuando es deber de las autoridades hacer efectiva la prevalencia del interés público y la construcción de un orden justo.

4.2.3. El Constituyente de 1991 dispuso en el artículo 333 de la Constitución Política que «la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común». Y en su inciso final señaló: «la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación». Así, de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no puede inferirse que las restricciones y limitaciones impuestas a las libertades económicas, en procura del bien común, las hagan nugatorias.

Por el contrario, para la Corte la norma demandada es desarrollo de los artículos 365 y 366 Constitucionales, a cuyo tenor es obligación del Estado asegurar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, entre ellos, el de transporte marítimo. Mediante el incentivo a la inversión privada en el sector portuario, el Estado asegura el cumplimiento del deber de garantizar la adecuación de la infraestructura portuaria a las especificaciones técnicas y tecnológicas necesarias para atender las exigencias del creciente comercio internacional, conforme a los requerimientos planteados por la globalización de los mercados.

Por este aspecto, la norma examinada se ajusta a la Constitución Política.

4.3. Término de los Contratos de Concesión.

1. El Plazo Inicial.

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. Concebido de esta manera, 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 la mayoría de los casos, 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. De este modo, y buscando asegurar que sea la prestación del servicio público lo que genere el recurso para pagar la infraestructura requerida y la operación del sistema de prestación del servicio público a cargo del agente privado, el Legislador dispone de un margen reglado de libertad para fijar un término o determinar un mecanismo para fijarlo, buscando la eficiencia y sostenibilidad en la prestación del servicio público. A saber:

Área

Plazo Inicial de la Concesión

Término de la Prórroga

Fuente

Minas

Hasta por 30 años máximo (Art. 70)

Hasta por 30 años máximo (Art. 77)

L.685/2001

Exploración y Explotación de Hidrocarburos

Hasta 24 años

Hasta el límite económico del Campo Comercial, a elección del contratista, siempre y cuando se cumplan los requisitos del contrato de exploración y Producción

www.anh.gov.co

Telecomunicaciones y Televisión

10 años

10 años

Radiodifusión Sonora

Hasta de 10 años

Lapso igual

D.1447/1995, Art. 14

Obra Pública

Indeterminado

Hasta por el 60% del plazo estimado

L.1150/2007, Art. 28

Juegos de Suerte y Azar

No inferior a 3 años ni superior a 5 (Art. 7)

Hasta por 3 años (Art. 7)

L.643/2001

Concesión Férrea

Dos contratos pactados a 30 años

-

www.inco.gov.co

La variabilidad en los términos de los contratos es un claro reflejo de que la determinación del mismo no obedece a una regla fija e inamovible, sino que atiende una realidad económica y financiera específica que subyace a la explotación y operación de un determinado servicio público. Se puede entonces decir que para el Legislador, el tiempo en el que habrá un retorno de la inversión y una justa remuneración al concesionario será menor en ciertos servicios como la televisión, la radiodifusión y los juegos de azar, mientras que la explotación de recursos que puedan requerir inversiones más elevadas o involucrar el elemento del azar¹⁷, requiere de un lapso mayor sufragar los costos que implica su explotación y asegurar el retorno de la inversión.

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; de otra parte, los períodos contractuales estrechos podrían afectar a los usuarios de la concesión del servicio, al obligarlos a desembolsar sumas desproporcionadas que incidan en la estructura de costos del sector económico y, en últimas, la competitividad de los productos y servicios en los mercados internos e internacionales.

4.3.2. La prórroga en los contratos de concesión.

Esta Corporación ha puesto de presente que la prórroga de las concesiones no implica en sí misma una figura inconstitucional, reconociendo, por el contrario, que puede constituir un valioso instrumento para la administración, resultando aconsejable desde el punto de vista técnico y financiero en ciertas situaciones. Así lo expresó en sentencia C-949 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), a propósito de la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones:

“[...]no puede desconocerse que la prórroga de los contratos ...puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato [...]”.

Y así lo reiteró, al examinar la prórroga de las concesiones para la prestación de los servicios postales, prevista en el artículo 37 de la Ley 80. Sostuvo:

“ [...] La prórroga constituye un valioso instrumento para la administración, por cuanto

pueden existir eventos en los que la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio público hagan aconsejable la extensión del plazo inicial del respectivo contrato [...]”.

En suma, es necesario resaltar 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. Como tampoco sería correcto afirmar, al estilo de lo dicho por el demandante, que la previsión de la prórroga de un contrato de concesión implique la privatización de un sector o la apropiación de unos bienes públicos afectados para su prestación. No sobra destacar que la entidad estatal contratante siempre está en capacidad de reservarse la posibilidad de otorgar o no la prórroga, pues la norma demandada no consagra modalidad alguna de prórroga automática.

4.3.3. Prórrogas automáticas.

En criterio de la Corte Constitucional, la prórroga automática de los contratos de concesión si es inconstitucional por comportar una limitación irrazonable a la libre competencia económica. Así se advirtió en Sentencia C-350 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), a propósito de la prórroga automática de los contratos de concesión de servicios de televisión que preveía el artículo 40 de la ley 14 de 1991:

“[...] La pregunta que surge es si la prórroga prevista en el artículo 40 de la ley 14 de 1991, la cual algunos entienden “automática” en la medida en que obligaba al concedente, no así al concesionario, siempre y cuando que se cumplieran los presupuestos previstos en dicha norma, esto es que el concesionario obtuviera el 80% o más del total de puntos previstos en las condiciones generales establecidas para el efecto por la CNTV, impedía o restringía el acceso democrático al uso del espectro electromagnético, o la garantía de igualdad de oportunidades que el Estado debe ofrecer a “todos” los ciudadanos que aspiren a utilizarlo para realizar el derecho a fundar medios masivos de comunicación, que para ellos consagró el artículo 20 de la Constitución.

Para la Corte, si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que “todos” los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta”.

En la ya citada sentencia C-949 de 2001 reiteró esa tesis, al declarar inexequibles las prórrogas automáticas de los contratos de concesión de telecomunicaciones, y la de los de radiodifusión sonora que estaban vigentes en el momento de entrar a regir la Ley 80 de 1993, según lo disponía el artículo 36 ídem.¹⁸ Sostuvo:

“La norma acusada señala que el término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones no podrá exceder de diez años, prorrogable automáticamente por un lapso igual, medida que en criterio de la

Corte resulta a todas luces inconstitucional si se tiene en cuenta que el término de duración real de esta clase de contratos será de veinte años, con lo cual se limita injustificadamente la libre competencia de los oferentes y se vulnera el derecho constitucional de acceder en igualdad de oportunidades al uso del espectro electromagnético, garantías que se encuentran consagradas en los artículos 333 y 75 de la Ley Fundamental, respectivamente.”

Y más adelante, agregó:

“[...] no parece razonable que con base en una justificación de esta índole se pretenda extender hasta por veinte años el término de duración de estos contratos apelando a la figura de la prórroga automática, toda vez que se produce un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales a la libre competencia (art. 333 de la C.P.) y de acceso al uso del espectro electromagnético en igualdad de condiciones. A este respecto, repárese que en virtud de lo dispuesto en el canon 75 de la Carta Política, el espectro electromagnético es un bien público, inenajenable e imprescriptible, sujeto a gestión y control del Estado, le impone a éste el deber de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso.” (subrayas fuera del texto)

El legislador incluso retomó y plasmó este criterio en la Ley 1150 de 200719 al disponer en los artículos 27 y 28 que no habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesión.

4.3.4. Prórrogas ‘sucesivas’.

Otro elemento que debe analizar la Corte es el relacionado con las expresiones “por periodos” y “sucesivamente” contenidas en el artículo demandado, y que entrañan, como lo aduce el actor, una indeterminación.

Esto es así por cuanto la falta de precisión y la incertidumbre sobre el número de prórrogas que se pueden realizar sobre la base del contrato original implica el riesgo de realizar un número ilimitado de ellas, que pueden sustraer del ámbito pleno de la libertad económica y la libre competencia esferas significativas de negocios, situación que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución Política que obliga a garantizar la participación abierta a los particulares con ocasión de ellas.

De acuerdo con la redacción del artículo 8 de la Ley 1ª de 1991, es posible que un concesionario, firmando un contrato con un término inicial 20 años, solicite la prórroga por 3, 4 o más veces, lo que de plano limita la posibilidad de que un competidor acceda al sector de operación y actualización de puertos, ya que para otorgar la prórroga no se agotan los procedimientos necesarios para adjudicar la concesión por oferta pública (Art. 13 Ley 1ª de 1991) o bien por petición directa (Art. 9 de la Ley 1ª de 1991). No se aprecia entonces que el tercero interesado en competir por la prestación del servicio tenga la posibilidad de hacer valer su posición como agente económico, pudiendo quedar cerrada la posibilidad para que este acceda al contrato y con ello se afecten sus derechos a la igualdad y la libre competencia.

Según el artículo 333 de la Constitución “La libre competencia es un derecho de

todos que supone responsabilidades”. Resulta pertinente reiterar el estricto celo con que esta Corte considera que ha de proteger la efectividad la garantía de la libre competencia económica que supone la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita. Así, en sentencia C-535 de 1997, precisó:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados. La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores. El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración”.

En línea con los criterios expuestos, la Corte estima que las prórrogas sucesivas 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 condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria.

A ello se añade 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 (artículo 63 C.P.).

4.3.5. Ampliación del término del contrato y las prórrogas.

Como se esbozó anteriormente, 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.

Lo anterior hace razonable que el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 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 razonabilidad de lo dispuesto descansa en que el Legislador no libra a la mera voluntad del Gobierno la posibilidad de ampliar por encima de los 20 años los términos, ya que tal decisión se estructura con los requerimientos de la operación como son la recuperación del valor de las inversiones y el estímulo a realizar la prestación del servicio al público en las instalaciones portuarias.

En tal orden, la ampliación del término de la concesión o de la prórroga 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 cubrirlas 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. Como es fácil de notar, 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.

Respecto de la determinabilidad de los criterios que el ejecutivo debe seguir para disponer la ampliación del término del contrato, es conveniente acudir al concepto de equilibrio económico del contrato. Para el Consejo de Estado, el equilibrio financiero del contrato “Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno León Blum¹, entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración; “como un cálculo”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar. || Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato.²” Así, “El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera””²⁰.

4.3.6. Finalmente es necesario resaltar, que la estabilidad económica y la apertura al

público del puerto concesionado, no son los únicos criterios a tener en cuenta para la ampliación del término del contrato. La operación del puerto, se reitera, es un servicio público. Como tal debe promoverse la prestación adecuada del mismo, situación que en ocasiones puede hacer necesario un término de concesión superior a los 20 años inicialmente contemplados en la norma. Lo anterior implica la necesidad de introducir un condicionamiento al artículo en el entendido que el Gobierno, al hacer 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, en cumplimiento de la Constitución, específicamente del artículo 365 de la Carta Política.

5. Conclusión.

5.1. 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.

5.2. 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.

5.3. 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 competencia, 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 inexequibles 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.

5.4. Se declarará la exequibilidad 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.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “por períodos”, “de” y “y sucesivamente”, contenidas en el inciso primero del artículo 8º de la Ley 1ª. de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

Salvamento de voto.

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

Salvamento de voto.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Salvamento de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Magistrado

Aclaración de voto

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial N° 39626 de 1991 (enero 11).

2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5 (parcial), 6, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 31, 33, 35, 36 y 38 de Ley 01 de 1991.

3 “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.

4 Artículo 9º de la Ley 1ª de 1991: “Petición de concesión. Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos. //La solicitud debe llenar los siguientes requisitos: //9.1. Acreditar la existencia y representación legal del peticionario, si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos. //9.2. Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio. //9.3. Describir en forma general el proyecto, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación, y los volúmenes y clase de carga a que se destinará. //9.4. Informar si se prestarán o no servicios al público en general. //9.5. Presentar estudios preliminares sobre el impacto ambiental del puerto que se desea construir y comprometerse a realizar estudios detallados si se le aprueba la concesión, y a adoptar las medidas de preservación que se le impongan. (Ver Sentencia C-526 de 1994 que confirma la C-474 de 1994, en relación con la declaración de exequible de este numeral). //9.6. Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciará y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión. //9.7. Indicar el plazo para el que se desea la concesión. // 9.8. Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4, así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones y hagan valer sus derechos. (El artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-474 de 1994).

5 Considerandos del Decreto 1379 de 2007: “Que el artículo 8° de la Ley 1a de 1991, establece que el plazo de las concesiones portuarias será de veinte (20) años por regla general, pero que excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, cuando esto 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; //Que el Gobierno Nacional debe asegurar niveles satisfactorios de eficiencia en la actividad portuaria, así como garantizar la capacidad del sector para atender el comercio internacional creciente dentro del actual proceso de globalización de los mercados;//Que la participación del sector privado en el desarrollo y construcción de puertos marítimos, a través de proyectos e inversiones debe ser incentivada por el Gobierno Nacional, según las estrategias para la competitividad del sector portuario contenidas en el Documento Conpes 3342 “Plan de expansión portuaria 2005-2006”, de forma que se promueva el desarrollo tecnológico y la adecuación de infraestructura portuaria, suficiente para garantizar la competitividad del mercado nacional;//Que las Sociedades Portuarias a las que se les otorguen concesiones portuarias para prestar servicio al público, que 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, justifican la posibilidad de otorgamiento de nuevas concesiones, con un plazo inicial mayor a los veinte (20) años (...)”.

6 La ley 80 de 1993 tipificó tres especies de concesión: i) la concesión de servicio público, cuando se otorga a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público; ii) la concesión de obra pública, cuando el contratista tiene a su cargo la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público y iii) la concesión de bien público, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinado al servicio o uso público.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D. C, siete (7) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación: 11001-03-26-000-1995-11542-00, Actor: Susana Montes de Echeverri, Demandado: Comisión de Regulación de Telecomunicaciones “CRT”, Acción pública de nulidad (Expediente: 11.542), C. P. Ramiro Saavedra Becerra:

7 Ley 685 de 2001 (Código de Minas), Ley 418 de 1997

8 Decreto 1760 de 2003, Decreto 409 de 2006

9 Ley 643 de 2001, Ley 1 de 1.982, Decreto 386 de 1983, Decreto 033 de 1984

10 Decreto 2122 de 1992, Ley 142 de 1994, Decreto 1972 de 2003

11 Ley 142 de 1994, Ley 689 de 2001, Decreto 891 de 2002

12 Ley 1 de 1991

13 Decreto 1447 de 1995, Decreto 1439 de 1998

14 Sentencia C-250 / 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C-711 / 1996, M.P. Fabio Morón Díaz

15 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, diciembre 9 de 2004, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921), Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros, Demandado: Instituto Nacional de Vías, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de 19 de junio de 1998, Radicación 10217, Actor: Alberto Antonio Mendoza Daza, Demandado: Beneficencia del Cesar Lotería "La Vallenata", C.P. Ricardo Hoyos Duque

16 Lo que sigue es tomado de http://www.aippyc.org/materiales_archivos/Modelos-Gestion-Portuaria-Montero.pdf

17 Por ejemplo en el caso del contrato de concesión para la exploración y la explotación de hidrocarburos no se asegura que el concesionario encontrará pozos productivos o si encontrará gas o petróleo, debiendo asumir el riesgo que implica el proceso de exploración.

18 Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

19 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos." Diario Oficial 46691 de 2007 (julio 16) "Artículo 27. De la prórroga de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión. El término de duración de las concesiones actuales y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas.// Artículo 28. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debida mente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial. Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requerirá concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social -Conpes. No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones."

20 Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Actor: Sociedad Pavimentos Colombia Ltda. Demandado: Instituto Nacional De Vías, Veintinueve (29) De Mayo De Dos Mil Tres (2003), Radicación Número: 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577)