

La infraestructura portuaria una vez terminada la concesión

Óscar Fabián Gutiérrez Herrán¹

Los puertos marítimos son una infraestructura vital para el comercio exterior. Al tiempo que el hombre aprendió a navegar desarrolló sitios donde realizaba el atraque seguro de sus embarcaciones y el intercambio de mercancías.

Hoy en día esto sigue siendo igual. La construcción de puertos requiere de infraestructura que ayude al descargue, almacenamiento y transporte de las mercancías. Tal infraestructura se ubica en las playas, pero también en las áreas aledañas.

Las playas son bienes de uso público, lo que significa que la nación, su propietaria, no puede venderlas y nadie puede adquirirlas por ningún modo de adquisición, incluyendo la prescripción; pero para construir puertos, la Ley 1 de 1991 contempló la figura del contrato de concesión portuaria. Así, la nación siempre será dueña de las playas donde se construya infraestructura portuaria.

Según el Decreto 2324 de 1984, las playas son aquellas zonas de material no consolidado que se extienden hacia la tierra. Así, una vez termina la playa usualmente vienen terrenos (aledaños) que podrán ser bienes privados, bienes baldíos o bienes fiscales.

Los terrenos aledaños y la infraestructura portuaria allí ubicada

Para la construcción de un puerto moderno y competitivo, por lo general, se requiere no solo ocupar las playas y zonas de bajamar, sino además terrenos aledaños, por lo que el desarrollador del proyecto requerirá disponer de alguna forma de tales bienes. ¿Conviene entonces que la nación adquiera siempre los terrenos aledaños para entregarlos al concesionario? A diferencia de lo que ocurre en las concesiones viales, no es estrictamente necesario ni conveniente que ello sea así.

¹ Abogado y socio de la firma de abogados Palacios Lleras. Autor del libro Derecho Portuario Colombiano. Profesor de derecho constitucional de la Universidad Javeriana. Árbitro de los centros de arbitraje de la SuperSociedades y de las cámaras de comercio de Cali e Ibagué. Correo electrónico: ogutierrez@palacioslleras.com



Infraestructura portuaria moderna, dotada con las facilidades para llevar a cabo actividades de comercio internacional seguras: cargue, descarga y almacenamiento de mercancías.



a) La adquisición al inicio del proyecto

Puede ocurrir, de hecho hay varios casos en los que la nación siendo propietaria de la infraestructura portuaria ubicada en terrenos aledaños, los entregue como parte del contrato de concesión; es decir, se entregarían bien de uso público (playas) y también bienes fiscales (terrenos aledaños).

Pero, para los demás casos, el enfoque de la Ley 1 no era que la nación adquiriera los terrenos aledaños, sino que el concesionario lo hiciera. Si el concesionario no lograba la enajenación voluntaria, el artículo 16 de la Ley 1 contemplaba la figura de la expropiación. Así, esta norma era clara en que se podría obtener una concesión portuaria, aunque el interesado no dispusiera de los terrenos aledaños. Como se buscaba promover los puertos, el artículo 16 contemplaba que la entidad pública que expropiara proporcionaba el terreno como un aporte a la sociedad portuaria, lo cual después resultó problemático e inconveniente.

Esa regla -de permitir el otorgamiento de la concesión, así no se dispusiera de los terrenos

aledaños- no era equivocada, en particular en proyectos de iniciativa privada, en los cuales debe el particular resolver la adquisición o acceso a los predios aledaños necesarios.

Por las dificultades en la aplicación del artículo 16 se optó por establecer una norma reglamentaria, prevista hoy en el Decreto 1079 de 2015, que exige al interesado en una concesión acreditar “que dispone de los terrenos de propiedad privada aledaños necesarios para el desarrollo de la actividad para la cual se solicitó la concesión”. Esto, prácticamente, evita que llegue a necesitarse la expropiación. Al margen de las críticas a la legalidad que se pueden hacer a esa norma reglamentaria, esa es hoy la situación. De hecho, se han negado solicitudes de concesión por no acreditar que se dispone de los terrenos aledaños² o se han retardado trámites de concesión como le ocurrió al puerto de Pisisi.

Es importante anotar que el trámite de expropiación de la Ley 1 ya no es aplicable, pues tal norma fue derogada³ en forma tácita por la Ley 1682. Muchos de los inconvenientes que se pensaba tenía la Ley 1 han sido superados por la Ley 1682.

b) Adquisición al final de la concesión

El artículo 8 de la Ley 1 contempla que 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 al terminar aquella. Hay dos cosas relevantes de esta norma: (i) que las construcciones y equipos que se ubiquen en los terrenos aledaños no son parte de la reversión. (ii) que al terminar la concesión la nación pasa a ser la propietaria de infraestructura portuaria ubicada en los bienes de uso público.

De ese modo, el artículo 8 y la regla de que es el particular el que adquiere los terrenos aledaños, genera una situación en la que lo usual sea un fraccionamiento de los bienes portuarios al final de la concesión. Por ello, en el documento Conpes 3744 de 2013, el Estado consideró que era problemático el fraccionamiento y la posibilidad de que ello afecte la continuidad en la prestación del servicio.



² Por ejemplo, Resolución 318 del 24 de junio de 2011 del INCO.

³ Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, ponente: German Alberto Bula Escobar, “Concepto del 26 de marzo de 2014”, Exp. 11001-03-06-000-2013-00383-00.



El Conpes 3744 recomendó al Mintransporte que, en coordinación con las entidades concedentes, analizara la inclusión en los contratos de concesión portuaria de una cláusula de “opción de compra de las zonas adyacentes y sus activos de propiedad privada al término de la concesión”.



A mi juicio, no puede generalizarse la afirmación de que lo deseable es que siempre la nación adquiera la propiedad de los terrenos aledaños y de la infraestructura allí instalada. En algunos casos, los nuevos concesionarios han suscrito contratos de arrendamiento sobre los predios aledaños privados (Contrato 002 de 2021). Para los casos en los que exista un claro interés público está disponible la figura de la expropiación.

Al margen de esto, el Conpes 3744 recomendó al Mintransporte que, en coordinación con las entidades concedentes, analizara la inclusión en los contratos de concesión portuaria de una cláusula de “opción de compra de las zonas adyacentes y sus activos de propiedad privada al término de la concesión”.

El contrato de opción se encuentra previsto en la Ley 51 de 1918, sin una regulación amplia, por lo que las partes contrato son las llamadas a convenir las reglas aplicables.

En este caso sería ideal que el concedente acordase la opción en el contrato de concesión solo luego de haber analizado el proyecto, y no simplemente una cláusula que se incluya sin mayor análisis.

A la fecha existen varios contratos⁴ que incluyen la opción de compra a favor del concedente. En general, se trata de una cláusula que prevé la “opción”, pero no existen reglas claras acerca del momento en el que pueden ejercerse los avisos o notificaciones que deberían existir, y cómo se acordaría el precio, entre otras dudas. A mi juicio, en la situación actual, es más práctico y otorga más seguridad jurídica que el Estado utilice la figura de la expropiación, bien al inicio del proyecto, o, inclusive, al terminar la concesión, si considera que lo conveniente para el interés público es conservar la unidad del proyecto.

Conclusiones

La adquisición por parte del Estado de terrenos aledaños puede ser conveniente en algunos casos. Puede ser al inicio del proyecto, cuando se analice el beneficio de facilitar un proyecto, así haya sido de

⁴ Por lo menos los siguientes: Contrato de Concesión No. 001-2014 - Pág. 7 PUERTO IFO; Contrato de Concesión No. 003-2015 - Pág. 11 PUERTO LAS AMERICAS; Contrato de Concesión No. 001-2015 - Pág. 41 PUERTO EL CAYAO; Contrato de Concesión No. 01-2017 - Pág. 11 PUERTO CARIBE; Contrato de Concesión No. 001-2019 - Pág. 23 PUERTO URABA. En contraste, para el contrato PUERTO SOLO, uno de los más recientes, no se evidencia la cláusula de opción de compra.



iniciativa privada, o puede ser a la terminación de la concesión, si se considera que la continuidad del servicio está en riesgo y el proyecto es de interés nacional. La ley actual contempla reglas expedidas para la adquisición de tales bienes a través de la expropiación, y ese debería ser el mecanismo preferente. Desde el documento Conpes 3744 se recomienda acordar una opción de compra. La inclusión de tal figura en los contratos debería ser precedida de un análisis de conveniencia y acompañada de reglas claras para su implementación.

Agradecimientos

El autor expresa sus agradecimientos a Lina Fernanda Olaya, Ana Karina Perico, Daniela Devia, Juan Martín Jiménez y Diana Muñoz, por su colaboración y sus aportes la presente investigación.

Lista de referencias

Congreso de la República. (21 de noviembre de 1918). Sobre establecimientos o sociedades de crédito. [Ley 51 de 1918].

Congreso de Colombia. (10 de enero de 1991). Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones. [Ley 1 de 1991]. D. O. 39626.

Congreso de Colombia. (22 de noviembre de 2013). Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. [Ley 1682 de 2013]. D. O. 48982.

Departamento Nacional de Planeación. (15 de abril de 2013). Política portuaria para un país más moderno. [Conpes 3744 der 2013].

Ministerio de Defensa Nacional. (18 de septiembre de 1984). Por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria. [Decreto-Ley 2324].

Ministerio de Transporte. (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte. [Decreto 1079 de 2015]. 🏠