

José Hernán Muriel-Cicero\*

## ¿La concesión portuaria, como una modalidad de privatización?

### *¿The port concessions, a privatization modality?*

Fecha de recepción: 20 de enero de 2011

Fecha de aprobación: 21 de febrero de 2011

#### RESUMEN

La concesión portuaria permite en el derecho colombiano, la integración de terceros en el cumplimiento de tareas estatales. De ello surge la cuestión, si ésta constituye una modalidad de privatización. Los principios del derecho público alemán pueden dar un especial impulso a la comprensión de las múltiples modalidades de interacción entre la administración pública y privada, así como al examen de los requisitos del postulante a concesionario, de las medidas de discrecionales estatales en general, y de las pronunciadas en el trámite de concesión.

**Palabras clave:** Concesión portuaria, arbitrio, examen de proporcionalidad, modalidades de privatización, "Estado como empresario", "Beliehene", "public-private partnerships", "public-public partnerships".

#### ABSTRACT

Under Colombian law, port concessions allow for the integration of third parties in the performance of state tasks. This raises the question as to whether such practice constitutes a modality of privatization. The principles of German law can provide a special impetus for understanding the multiple modalities of interaction between public and private administration, the examination of the requirements applicable to the concession applicant, and state discretionary measures in general and those taken in the concession procedure.

**Key words:** Port concession, discretion, examination of proportionality, modalities of privatization, status as a businessperson, "Beliehene", public-private partnerships, public-public partnerships.

\* Doctor en derecho (Dr. jur.) de la Universidad de Konstanz Alemania con tesis doctoral sobre el tema "Die Übertragung der Abfallentsorgung auf Dritte". Hartung-Gorre Verlag, Konstanz, 2006, y examen doctoral, en derecho civil, constitucional y administrativo, magna cum laude, -2006-. (LL.M.) Legum Magister de la Universidad de Konstanz (Alemania), sehr gut = máxima distinción, 2003. Abogado -2001- y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás -2002- (Bogotá). Becario del Deutscher Akademischer Austausch Dienst-DAAD- (31.01-11.02.1999, 5.01-07.02.2009), del Katholischer Akademischer Ausländer-Dienst-KAAD- (03.2002-10.2003, 11.2003-06.2006), y de la Hanns-Seidel-Stiftung (1.12.2010-23.01.2011). Profesor invitado en la Universidad de Bayreuth Alemania (5.01-07.02.2009), (1.12.2010-23.1.2011). E-mail: hernan\_muriel@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

El presente escrito se ocupa de la cuestión jurídica, si la concesión portuaria, para los puertos cuyo objeto es el servicio público o privado de importación o exportación de bienes, puede calificarse como la cesión de una función que constituye una efectiva modalidad de privatización. Con el objeto de tematizar esta cuestión, se realizará primero un análisis normativo y de aplicabilidad de fundamentos del derecho alemán al trámite de concesión (I.), para a continuación analizar dentro del contexto de la pregunta planteada (II), el contenido correspondiente de la Sentencia C-068/09 de la Corte Constitucional (a.), en conexión a un bosquejo de las modalidades de privatización a la luz del derecho alemán (b.). Finalizando con un acápite de conclusiones (III.).

### I. ANÁLISIS NORMATIVO Y APLICABILIDAD DE FUNDAMENTOS DEL DERECHO ALEMÁN AL TRÁMITE DE CONCESIÓN

Los incisos I y II del artículo 6 de la Ley 1 de 1991<sup>1</sup>, establecen la posibilidad de que las “*sociedades portuarias*”, puedan ser titulares de concesiones portuarias. Estas se comprenden como aquellas agrupaciones de personas<sup>2</sup> que tienen la naturaleza jurídica de anónimas, se constituyan con capital público, privado o mixto, y diferencien como objeto social, la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, así como su administración<sup>3</sup>, (art. 5.20 Ley 1 de 1991). Pero ¿cuál es el contenido de la concesión portuaria, cómo, y en consideración a que requisitos procede?, son preguntas que se esbozarán a continuación, para posteriormente analizar que naturaleza jurídica tiene la participación de p. ej. privados, en el encargo de tareas como la construcción y operación de un puerto, en playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, que hacen parte de dominio eminente

<sup>1</sup> Congreso de la República, Ley 1 de 1991, “*Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial No. 39.626 de 11 de enero de 1991, disponible en: [http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/1991/ley\\_01\\_1991.php](http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/1991/ley_01_1991.php) (11.02.2011).

<sup>2</sup> Cf. Sobre la determinación de la finalidad y objeto societario en el derecho alemán de sociedades, p.ej. Kübler, Friedrich/Assmann, Heinz-Dieter, *Gesellschaftsrecht: die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, Heidelberg, Ed. C.F. Müller, 2006, p. 35.

<sup>3</sup> Las que pueden a su vez prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionadas con la actividad portuaria.

del Estado y que tiene como objeto, v. gr. el servicio público o privado de importación o exportación de bienes.

## 1. El contrato de concesión portuaria

Como una de las modalidades de contratos de las entidades de la administración estatal en Colombia, (art. 1 Ley 80 de 1993<sup>4</sup>)<sup>5</sup>, se distinguen las concesiones. El numeral 4. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra “*generaliter*”, una cláusula de absorción referente a los contratos de concesión. Pero en forma especial, el artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991<sup>6</sup>, señala a la concesión portuaria,

<sup>4</sup> Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html), (10.02.2011).

<sup>5</sup> Sean estos contratos administrativos o de derecho privado de la administración pública. *Cf.* Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Rad. 19001-23-31-000-1999-01067-02(24710), Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, disponible en Lexbase, (10.02.2011).

<sup>6</sup> Norma anterior, que encuentra la raigambre de su especialidad, no solo por razón de la materia a regular, sino por cuanto el régimen de contratación anterior a la Ley 80, esto es, el Decreto-Ley 222 de 1983 [Presidente de la República de Colombia, Decreto-Ley 222 de 1983, “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983, disponible en [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/decreto/1983/decreto\\_0222\\_1983.html](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1983/decreto_0222_1983.html) , (10.02.2011)], que distinguía entre contratos administrativos y contratos de derecho privado celebrados por la administración con y sin cláusula de caducidad administrativa, el cual exigía para su clasificación como contratos administrativos, el que en particular estuvieran enlistados en el artículo 16 del Decreto o en otra norma especial de equivalente categoría, sobre ello *Cf.* Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Rad. 19001-23-31-000-1999-01067-02(24710), Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, disponible en Lexbase (3.12.2007). Véase además, el numeral 6. de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, disponible en [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/motivos/mtl008093.html](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/motivos/mtl008093.html), (13.11.2010), que expresamente se refiere al mandato de que el “*proyecto de ley, caracterizado por su vocación de permanencia, no se circunscribe a registrar y a definir taxativamente todos los contratos que hoy existen. El dinamismo contractual excluye tal posibilidad debido al riesgo de que los actos jurídicos que en el futuro se presenten al amparo de nuevas realidades, hoy indeterminadas, queden sin regulación. Este tipo de contratos, bajo la filosofía que inspira al proyecto, también estarán sujetos a los principios y reglas en él contenidas.*”, ello incluye desde una interpretación genética de la norma, la exigencia constante de respeto a los principios especiales de la contratación estatal, de forma diáfana y necesariamente también en el caso de aplicar las herramientas del derecho privado, como son v. gr., transparencia, legalidad, buena fe, moralidad, y planeación, contemplados por ejemplo, sistemáticamente en los artículos 3, 32, 25 numeral 7 y 12, de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y por esta vía también a los principios generales de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y de las actuaciones administrativas previstos en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo Y ello es claro a la luz del artículo 1 de la Ley 80 de 1993, que expresamente establece como su objeto, el “*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*”, sean estos acuñados con

como una forma de contrato administrativo de la Nación, que faculta a una sociedad portuaria, para que ocupe y utilice temporalmente así como de forma exclusiva, las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, sobre la base de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos en los que operen los puertos. Ello permite señalar en principio, el cómo resulta la concesión portuaria, esto es, a través de contrato administrativo.

## 2. El concepto de concesión portuaria en el sentido del artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991

Desde una perspectiva genética<sup>7</sup>, al observar la exposición de motivos de la Ley 1 de 1991 se encuentra que hasta los años setenta se consideró la construcción y operación portuaria como un monopolio estatal. No obstante, subsiguientemente se dio lugar a la participación de operarios no estatales y a la creación de muelles privados en terminales públicos<sup>8</sup>. Participación que se concreta en la autorización de participación de privados, prevista en el inciso I y II del art. 6 en unión con el artículo 5.2 y 5.20 de la Ley 1, al prever que únicamente, las sociedades portuarias están legitimadas para ser titulares de concesiones portuarias –dotando así de necesaria especialidad y tecnicidad a su objeto social– y el que éstas, pueden ser constituidas con capital público, privado o mixto. En este sentido, se autorizó la inclusión de

---

las herramientas del derecho administrativo y del derecho privado, consecuentemente, sin diferenciación. [Cf. Congreso de la República de Colombia, Ley 1150 de 2007, “*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 No. 46.691 de 16 de julio de 2007, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1150_2007.html), (10.02.2011). Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html#1), (10.02.2011). Presidente de la República de Colombia y Ministros del Despacho, Decreto 1 de 1984, “*Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.*”, Diario Oficial No. 36.439, del 10 de enero de 1984, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_contencioso\\_administrativo.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html), (10.02.2011).]

<sup>7</sup> Sobre los métodos de interpretación normativa y constitucional en el derecho alemán, en el primer caso como son: tenor literal, origen de la norma, genético o histórico, sistemático, de interpretación y aplicación, y en el segundo, unidad de la constitución, concordancia práctica, exactitud funcional, efecto integrador y fuerza normativa de la Constitución, ante todo Maurer, Hartmut, *Staatsrecht I*, 3. Auflage, Ed. Verlag C.H. Beck Muenchen, 2003, pp. 21 y s.

<sup>8</sup> Así, Exposición de Motivos de la Ley 1 de 1991 “*al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial 39.626, enero de 2010, # 107/90, p. 3, disponible en: Lexbase (11.2010).

un tercero, aquí denominado “*sociedad portuaria*”, cuyo capital social bien puede ser constituido por un privado, por unidades de derecho público, o por entidades mixtas, en la ejecución de una tarea estatal<sup>9</sup>.

Así, del contenido y finalidad del artículo 5.2. de la Ley 1 de 1991, se deriva que la concesión portuaria, es la cesión que la Nación realiza de la función pública de construcción y operación de un puerto a una sociedad portuaria, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos. La concesión permite, que el cesionario ocupe y utilice (uso y goce<sup>10</sup>)<sup>11</sup> en forma temporal y exclusiva bienes de uso público, como las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, excluyendo de ésta su propiedad, que permanece en el dominio eminente del Estado<sup>12</sup>.

### 3. Requisitos de la cesión

#### a) De los requisitos en general

Los requisitos de esta forma de cesión, son de carácter objetivo, y están establecidos por el inciso I y II del art. 6 en unión con el artículo 5.2 y 5.20 de la Ley 1 de 1991, adicionalmente, por los contenidos de los artículos 7 al 18 de la misma Ley sobre la concesión portuaria, así como del Decreto 4735 de 2009<sup>13, 14</sup>.

<sup>9</sup> Cf. En el derecho alemán sobre cesión de funciones públicas a terceros, Muriel-Ciceri, José Hernán, *Die Übertragung der Abfallentsorgung auf Dritte*, Konstanz, Ed. Hartung-Gorre Verlag, 2006, con más referencias.

<sup>10</sup> Cf. Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. 1175 del 23 de marzo de 2000, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, disponible en: Lexbase (10.02.2011).

<sup>11</sup> Cf. Exposición de Motivos “al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos”, # 107/90; Proyecto de acto legislativo 107 y 130 Senado de 1990 (acumulados), “*Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”. Disponibles a través de: Lexbase (11.2010).

<sup>12</sup> Cf. Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto Rad. 1175 del 23 de marzo de 2000, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, disponible en: Lexbase (10.02.2011).

<sup>13</sup> Presidente de la República de Colombia y Ministro de Transporte, Decreto 4735 de 2009, “*por medio del cual se reglamenta el trámite de solicitud de concesiones para el desarrollo de actividades portuarias, previstas en la Ley 1ª de 1991 y en la Ley 1242 de 2008*”, Diario Oficial de Colombia, 2 de diciembre de 2009 (núm. 47551), disponible en: V/lex (10.02.2011). Decreto que derogó en su artículo 50, el Decreto 838 de 1992, por medio del cual se reglamentaba “*el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1 de 1991*”, Diario Oficial No. 40.460, del 29 de mayo de 1992, Disponible en: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/decretoslinea/1992/mayo/28/dec0838281992.pdf](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1992/mayo/28/dec0838281992.pdf) (10.02.2011).

<sup>14</sup> V. gr.: El capítulo I. referente a su campo de aplicación del Decreto (art. 1), a las autoridades competentes en nombre del Estado para el otorgamiento de concesiones y demás trámites

El trámite para el otorgamiento de la concesión portuaria se activa a solicitud de parte (art. 9 Ley 1 de 1991, art. 6.1 Decreto 4735 de 2009), o de oficio a través de oferta de la autoridad competente (art. 13 Ley 1 de 1991, art. 6.2 Decreto 4735 de 09). Siendo autoridades competentes para el otorgamiento de las concesiones en nombre del Estado, el Instituto Nacional de Concesiones –INCO– y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande del Magdalena –Cormagdalena–, en las zonas de su jurisdicción (art. 2 Decreto 4735/09). Para el caso objeto de examen, se hará referencia a la competencia del INCO (art. 2 y 18 del Decreto 1800 de 2003 y art. 2 del Decreto 4735 de 2009).

Los requisitos para la procedibilidad de la petición en interés particular de concesión portuaria son adicionalmente y en parte, los exigidos para el acompañamiento de la petición, y consagrados en el artículo 9 de la Ley 1 de 1991 así como en el artículo 9 del Decreto 4735 de 2009.

---

enunciados en el ámbito de aplicación del Decreto (art. 2), a las condiciones generales de la solicitud de contrato de concesión (art. 3), a los principios que rigen el procedimiento (art. 4), al otorgamiento de concesiones a las sociedades portuarias y a las sociedades que necesitaren de una zona de uso público como actividad conexas o complementaria, dentro de su cadena productiva (art. 5). El capítulo II. que reglamenta el trámite de las concesiones (art. 6-16). El capítulo III. sobre la oferta oficiosa de contratos de concesión (art. 17-19). El capítulo IV. sobre el otorgamiento de la concesión (art. 20-24). Además, el Decreto 4735 de 2009 reglamenta: El trámite especial de concesiones para los embarcaderos (art. 25-29). Las autorizaciones temporales hasta por el término de un año y prorrogables por un término igual al inicial, para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas y las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente allí instalados, previa solicitud formal de concesión portuaria en los términos de los artículos 9º y 13 de la Ley 1 de 1991 y en las condiciones establecidas en el Decreto 4735 de 2009 y que no obliga a la entidad competente al otorgamiento de la concesión (art. 30-36). Las homologaciones de que trata el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008, frente a todas las personas o entidades que con anterioridad a la fecha de promulgación de la Ley 1442, tuvieran vigente acto administrativo de construcción y operación de muelles, puertos o embarcaderos en vías fluviales (art. 37-40). Las contraprestaciones por las concesiones portuarias (art. 41-45). La aplicación de los requisitos del Código Contencioso Administrativo a los actos administrativos que se expidan con ocasión del trámite de otorgamiento de concesiones (art. 46). El saneamiento del trámite, en los casos en que no se hubiera incurrido en una causal de nulidad absoluta (47, I.). La aclaración por errores de forma de resoluciones de aprobación, otorgamiento, homologación y los contratos de concesión (47, II.). La adición de la resolución de otorgamiento en el trámite de oferta oficiosa, cuando en virtud del trámite el beneficiario de esta, estuviera obligado a presentar estudios, diseños, planos e identificación de inversiones definitivos (47, III.). La publicación electrónica por las autoridades competentes, del procedimiento para el otorgamiento de las concesiones, autorizaciones temporales, modificaciones a los contratos y homologaciones sobre bienes de uso público, conforme a lo previsto en la Ley 1 de 1991 y en la Ley 1242 de 2008, para el desarrollo de las actividades portuarias previstas en el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 1 de 1991, incluidas las actividades pesqueras (Art. 49, 1), y la derogatoria de otras normas (Art. 50).

En este sentido, el artículo 9 de la Ley 1 de 1991 exige:

- La acreditación de la existencia y representación legal del peticionario persona jurídica, o la manifestación formal de la intención de concurrir a formar la sociedad, con acompañamiento de documentos en donde conste la intención (contrato de promesa de sociedad) de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos (9.1).
- La descripción, cabida y linderos del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio (9.2),
- La descripción general del proyecto (9.3),
- La manifestación sobre si se prestarán o no servicios al público en general (9.4),
- La garantía, de 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 iniciarán y terminarán en un plazo preciso frente a su posibilidad jurídica y práctica de disposición de los terrenos necesarios (9.6),
- La indicación del plazo solicitado de la concesión (9.7),
- La acreditación de que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 de la Ley 1 de 1991 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 (9.8)<sup>15</sup>.

La cesión de la función de construcción y operación de un puerto en el sentido citado, exige en el artículo 11 de la Ley 1 de 1991, el que ésta no sea contraria

<sup>15</sup> Concordantemente, el artículo 9 del Decreto 4735 de 2009 exige, que los anexos a la petición cumplan con requisitos especiales para los puertos cuyo objeto es el servicio público o privado de importación o exportación de bienes, referentes a documentos mínimos del estudio técnico de la solicitud (9.1.1), documentos mínimos del estudio financiero de la solicitud (9.1.2), y los demás documentos indicados en el artículo 9 de la Ley 1 de 1991 (9.1.3). Adicionalmente el artículo 9.2. se refiere, a los documentos requeridos para solicitudes sobre puertos de servicio público o privado en vías fluviales y para actividades pesqueras, madereras y bananeras, que en todo caso reflejan de forma general los del artículo 9 de la Ley 1 de 1991, identificando y especificando especialmente, la infraestructura existente en la zona de uso público, si la hubiere.

a la ley, refiriéndose además del cumplimiento de los requisitos enunciados en el acápite anterior, a la ley en sentido general. Ello incluye tanto en la fase de autorización de la concesión como en la fase contractual, la observancia de los principios especiales del procedimiento de concesión portuaria establecidos en el artículo 4 del Decreto 4735 de 2009, como son, el debido proceso, la igualdad, la imparcialidad, la buena fe, la moralidad, la participación, la responsabilidad, la transparencia, la publicidad, la coordinación, la eficacia, la economía y la celeridad, así como concomitantemente, de los principios generales de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política y de las actuaciones administrativas previstas en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, los principios especiales de la contratación estatal, como por ejemplo, transparencia, legalidad, buena fe, moralidad, y planeación (art. 3, 32, 25 numeral 7 y 12, de la Ley 80 de 1993 y art. 5 de la Ley 1150 de 2007) deben necesariamente tener lugar en la fase contractual, aún en este caso de procedimiento especial, en lo aplicable en el contexto de su contenido normativo, por mandato del artículo 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, limitado al acto de realización contractual de la concesión. Si ello puede generar un límite a la concesión, debe responderse afirmativamente, no obstante encuentra ello su basamento, en el respeto a los intereses estatales, v. gr. el interés general, que no se equiparan a los propios del particular en su calidad de tal. Asimismo exige el artículo 11 de la Ley 1 de 1991, la ausencia de un impacto ambiental adverso o de un daño ecológico, o de inconvenientes que no puedan ser remediados, por razón de la concesión.

Frente a ello, en el caso de oferta oficiosa de la concesión, el artículo 13 de la Ley 1 de 1991 señala que la autoridad concedente en la publicación de los términos mínimos en los que estará dispuesta a otorgar la concesión, debe incluir los requisitos que deban llenar y las garantías que deban constituir los interesados en recibirla.

Finalmente, respecto al tercero interesado en recibir la concesión, y tratándose del trámite de concesión por petición en interés particular, indican los artículos 9.1.3.2<sup>16</sup> y 9.2.1<sup>17</sup> del Decreto 4735 de 2009 en desarrollo del artículo 9.1 de

<sup>16</sup> “Para los puertos cuyo objeto es el servicio público o privado de importación o exportación de bienes”.

<sup>17</sup> “Para puertos de servicio público o privado en vías fluviales y para actividades pesqueras, madereras y bananeras”.

la Ley 1 de 1991, que éste presentará su petición en calidad de sociedad portuaria, o en caso de no estar aún constituido como tal, acompañará la promesa para constituir dicha sociedad, la que se comprende surtida en los términos del artículo 119 del Código de Comercio<sup>18</sup> A pesar que la Ley 1 de 1991, no contempla “*expressis verbis*” la posibilidad de una promesa de contrato de sociedad, si indica el artículo 9.1 que en el caso de “*petición de la concesión*”, el peticionario deberá “*garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria*” y la forma adecuada es la promesa de contrato de sociedad. La autorización del artículo 13 de la Ley 1 de 1991 a la autoridad concedente de establecer los requisitos mínimos de la concesión permitiría, la recepción al proponente de contratos de promesa de sociedad en el sentido de los artículos 9.1.3.1<sup>19</sup> y 9.2.1 del Decreto 4735 de 2009, en caso de no estar aún constituido el interesado como sociedad portuaria. Ello es armónico con el proyecto de la vigente ley 1 de 1991, quien preveía que a las autoridades les está permitido otorgar una concesión portuaria a una sociedad aún no constituida, si existiere el compromiso serio de un grupo de personas de constituir<sup>20</sup>, verificable a través de un contrato de promesa de sociedad (Art. 119 Código de Comercio).

Ahora bien, el artículo 9.6 de la Ley 1 de 1991 exige al peticionario en interés particular el otorgamiento de una garantía, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria<sup>21</sup>. Del mismo modo como se indicó, el artículo 13 de la Ley 1 en el caso de oferta oficiosa de la concesión establece, que la autoridad oferente deberá indicar las garantías que deban constituir los interesados en recibir la concesión.

<sup>18</sup> Esto es, por escrito, no por escritura pública, con las cláusulas del contrato prometido y en este caso v. gr. con la condición que fije concretamente la fecha de constitución. Consecuentemente, la responsabilidad de los promitentes societarios, por las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, es solidaria e ilimitada. Ello incluye su presentación en el trámite de concesión. Cf. Presidente de la República de Colombia y Ministro de Justicia, Decreto 410 de 1971, “*Por el cual se expide el Código de Comercio*”, Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html) (10.02.2011).

<sup>19</sup> “Para los puertos cuyo objeto es el servicio público o privado de importación o exportación de bienes”.

<sup>20</sup> Cf. Exposición de Motivos de la Ley 1 de 1991 “*al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial 39.626, enero de 2010, # 107/90, p. 9, disponible en: Lexbase 11.2010.

<sup>21</sup> Así como que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciará y terminarán en un plazo preciso.

Las garantías que se encuentran reglamentadas por el Decreto 2400 de 2010, y que distingue en su artículo 1 entre (1.) “*Garantías de seriedad de las solicitudes de contratos de concesión, concesiones para embarcaderos, autorizaciones temporales y para las homologaciones*” y (2.) “*Garantías que respaldan el cumplimiento de las obligaciones adquiridas como consecuencia del otorgamiento de contratos de concesión portuaria, concesiones para embarcaderos, autorizaciones temporales y las homologaciones*”<sup>22</sup>. En la garantía de seriedad, que se diferencia en su objeto de las del respaldo de obligaciones como consecuencia del otorgamiento del contrato, se prevé, que cubra la constitución de la sociedad portuaria, lo que claramente se aplica a los casos de “*petición de la concesión*”. La cuestión es, si ello también tiene validez frente a la denominada “*oferta oficiosa de la concesión*”.

Así, al observar los incisos I y II de los considerandos del Decreto 2400 de 2010, se encuentra la remisión al 9.6 del artículo 9 y al artículo 12 de la Ley 1 de 1991. A pesar de indicar allí posiblemente su carácter general, el tenor literal y la sistemática de tales normas concretan su aplicación a los casos de petición en interés particular. No obstante, el inciso IV de esa sección se refiere a la actualización y adecuación de la temática de garantías del (Cf. art. 17 D. 2400 de 2010) derogado Decreto 708 de 1992<sup>23</sup>, el cual tenía como objeto regular “*las garantías que de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1 de 1991 deben ser constituidas por quienes soliciten una concesión portuaria y por quienes la obtengan, en favor de la Nación*”. Razón por la cual puede considerarse que el objeto del Decreto 708 era más claro. No obstante, una interpretación genética e histórica, permite rescatar la teleología del numeral 1 del artículo 1 del Decreto 2400 de 2010, entendiendo también su aplicación a los casos de participación en el trámite de oferta oficiosa. En este sentido, la presentación allí de una propuesta, es una verdadera solicitud de otorgamiento

<sup>22</sup> Las que según el artículo 2 del Decreto 2400 “*deberán ser otorgadas por entidades aseguradoras o bancarias sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, quienes expedirán la póliza o el certificado de conformidad con las disposiciones legales que las regulan y lo establecido en el presente decreto*”. Presidente de la República de Colombia y Ministro de Transporte, Decreto 2400 de 2010, “por el cual se reglamentan el numeral 9.6 del artículo 9º y el artículo 12 de la Ley 1a de 1991 sobre garantías”, Diario Oficial de Colombia núm. 47762, 6 de julio de 2010, disponible en: V/lex (10.02.2011).

<sup>23</sup> Presidente de la República de Colombia y Ministro de Obras Públicas y Transporte, Decreto 708 de 1992, “*por el cual se reglamentan las garantías que deben otorgarse de acuerdo con la Ley 1 de 1991*” (Derogado por el Decreto 2400 de 2010, Diario Oficial No. 47762 de 6 de Julio de 2010.), Diario Oficial No 40. 436, del 28 de abril de 1992, disponible en: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/decretoslinea/1992/abril/27/dec0708271992.pdf](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1992/abril/27/dec0708271992.pdf) (10.02.2011).

de la concesión, lo que permitiría amparar indispensablemente al máximo los eventuales riesgos para el Estado, por la participación del tercero. Del mismo modo, el otorgamiento de una garantía en los términos enunciados, es una forma de confrontar el compromiso de constitución de la sociedad aún no constituida. En todo caso, la afinación normativa entre las dos formas procedimentales y requisitos es un apremio.

### **b) Fiabilidad –y, Competencia–**

El cumplimiento de los requisitos objetivos<sup>24</sup>, formales y materiales, para la procedibilidad de la concesión permiten su unión, en el concepto de fiabilidad del cesionario o dado el caso, del contratista de la administración pública. Este concepto que es uno de los postulados nucleares del derecho administrativo alemán, v. gr. en la participación de un tercero en el encargo o ejecución de una tarea pública, se refiere, a la valoración a través de un examen de fiabilidad, de los hechos verificables que claramente se basan p. ej. en el derecho correspondiente de la cesión de la función pública al tercero, y de las cuales resulta la suficiente garantía que las obligaciones cedidas, se cumplirán de conformidad con la Ley<sup>25</sup>. El examen comprende tanto requisitos técnicos, económicos y especiales frente a las obligaciones a encomendar, como la evaluación de la correspondiente competencia del tercero. Esta exige simultáneamente, el conocimiento y la experiencia del tercero, que garantice de forma suficiente y objetiva, el cumplimiento de las obligaciones respectivas<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Así ante todo Versteyl, Ludger-Anselm, en: Kunig, Philip/Paetow, Stefan/Versteyl, Ludger-Anselm, *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz: Kommentar*, München, Ed. Beck, 2003, § 16, número de margen 16.

<sup>25</sup> Cf. § 35 "Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 4 Absatz 14 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist", (Ordenamiento de Industrias o Reglamento de las Actividades Industriales), disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/gewo/\\_35.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo/_35.html), 17.02.2011; Tettinger, Peter, en: Tettinger, Peter/Wank, Rolf, *GewO Kommentar*, 7. Auflage, München, Ed. C.H. Beck Verlag, 2004, § 35 número al margen 26; Stober, Rolf, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 13. Auflage, Stuttgart, Ed. Verlag W. Kohlhammer, 2004, § 46 I 5 e; Badura, Peter, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, En: Schmidt-Aßman, Eberhard, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11 Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 1999, pp. 137 y s. Asimismo, Muriel-Ciceri, José Hernán, *Die Übertragung*, op. cit., p. 126.

<sup>26</sup> Cf. Muriel-Ciceri, José Hernán, *Die Übertragung*, op. cit., pp. 134 y s., basado en Schink, Alexander, en: Jarass, Hans/Ruchay, Dietrich/Weidemann, Clemens, *KrW-/ AbfG*, München, Ed. Verlag C.H. Beck, 2003, § 16 número de margen 19; Voßkuhle, Andreas, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung*, En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Número 62, Berlin, Ed. de Gruyter, 2003, p. 266 (313).

## 4. ¿Arbitrio del Estado?

### a) Contenido

El artículo 20 del Decreto 4735 de 2009 establece la viabilidad del otorgamiento formal de la concesión portuaria, tanto en el caso de petición en interés particular como por razón de oferta oficiosa, solo cuando se hayan cumplido los trámites ante las autoridades ambientales y el acto administrativo que la otorga, se expida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1 de 1991. Esto es, de forma motivada en su modalidad de resolución. La frase referente a que se otorgará la concesión a la sociedad anunciada por el solicitante favorecido, se refiere a la sociedad portuaria prometida (cf. art. 9.6 Ley 1 de 1991), en el caso de no haberse constituido ésta previamente, al inicio del procedimiento de concesión o en el momento de presentación de una alternativa (art. 10 I Ley 1 de 1991).

Ahora bien, tratándose del trámite de concesión iniciado por solicitud en interés particular, el artículo 11 de la Ley 1 de 1991 establece que en tanto no se cumplan con los requisitos allí establecidos, se negará la concesión por acto administrativo motivado.

De conformidad con el inciso I del artículo 12 de la Ley 1 de 1991, dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, la autoridad competente debe expedir una resolución en la que indicará los términos en los que se otorgará la concesión. De lo anterior se colige que la Ley 1 de 1991 en sus artículos 11 y 12 inciso I, consagra un arbitrio a favor del Estado, comprendiendo como tal en el sentido de Maurer, el otorgamiento legislativo a la administración, de la facultad de elección entre diferentes modos de actuación, para la realización de un resultando legal, a considerarse en cada caso en particular<sup>27, 28</sup>. Facultad que regularmente, pero no de forma única, se identifica frente a la autoridad en el sentido normativo, con las expresiones, “arbitrio”, “está autorizada a”, “puede” o “debe”, etc.<sup>29</sup>.

En el caso del trámite activado en razón de oferta oficiosa, el inciso IV del artículo 13 de la Ley 1 de 1991 se refiere a que la autoridad concederá la

<sup>27</sup> Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage*. München, Ed. Verlag C.H. Beck, 2004, p. 134, número de margen 7.

<sup>28</sup> Cf. Jestaedt, Matthias, *Maßstäbe des Verwaltungshandels*, en Erichsen, H-U. & Ehlers, D. (Ed.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin, De Gruyter Recht, 2006, p. 325, número de margen 60.

<sup>29</sup> En este sentido Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 135, número de margen 9, asimismo Jestaedt, *Maßstäbe*, op. cit., p. 322, número de margen 56.

concesión al proponente cuya propuesta satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de esta Ley, con base en los criterios y condiciones señalados en la convocatoria (art. 18 Decreto 4735 de 2009). Por tal razón la autoridad tiene el poder discrecional de establecer si la propuesta presentada cumple mejor los objetivos y criterios normativos o si se abstiene (o debe abstenerse) de otorgar la concesión.

### **b) Digresión, defectos en el ejercicio del poder discrecional**

El arbitrio constituye un poder discrecional, en el cual, de presentarse defectos en su ejercicio, genera un vicio en el correspondiente acto administrativo. El § 40 de la Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (VwVfG)<sup>30</sup>, establece que en el caso que la autoridad este autorizada para actuar de conformidad con su arbitrio, debe ejercitarlo de conformidad con la finalidad de la autorización y, respetar, sus límites legales<sup>31</sup>. Como defectos en el ejercicio del poder discrecional se distinguen por Maurer, el exceso del poder discrecional (1.), su no utilización (2.), su uso indebido (3.), o la vulneración de los derechos fundamentales y de los principios generales del derecho (4.)<sup>32</sup>. Así expresa él:

*(1.) Un exceso en el poder discrecional se refiere, a un actuar de la autoridad por fuera del contenido normativo del arbitrio, v. gr. debe imponer una tarifa entre 20 y 50 euros y exige el cobro de 60<sup>33</sup>.*

*(2.) La no utilización es el no hacer uso del arbitrio por negligencia o por considerar equivocadamente que por razón de forzosos preceptos jurídicos está obligado a no actuar, ej. cuando la policía no actúa ante la solicitud de un ciudadano en contra “del molesto y temprano toque de campanadas”, por considerar que no está facultada para proferir disposiciones frente a iglesias<sup>34</sup>.*

<sup>30</sup> Bundestag, Parlamento Federal Aleman, “*Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2827) geändert worden ist*”, Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (VwVfG), disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/\\_40.html](http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_40.html), (14.02.2011).

<sup>31</sup> Jestaedt, *Maßstäbe*, op. cit., p. 321, número de margen 55.

<sup>32</sup> Así en el derecho alemán, Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 140, número de margen 20 y s., asimismo Jestaedt, *Maßstäbe*, op. cit., p. 325, número de margen 60 y s.

<sup>33</sup> Así Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 140, número de margen 20.

<sup>34</sup> *Cf. Ibid.*, p. 140, número de margen 21.

(3.) *El uso indebido o abuso se presenta cuando la autoridad no actúa únicamente de conformidad con la finalidad de la norma o no considera la totalidad de puntos de vista derivados de ésta para el ejercicio del arbitrio, ej. cuando se actúa por razones personales o políticas que la norma no exige*<sup>35</sup>.

(4.) *La vulneración de los derechos fundamentales y de principios administrativos genera un defecto en el ejercicio del poder discrecional, ej. el principio constitucional de igualdad, al actuar en casos iguales de forma diferente*<sup>36</sup>.

Este cuarto punto también se presenta, frente a la vulneración del principio de proporcionalidad derivado del principio del Estado de Derecho<sup>37</sup>, el cual no solamente tiene vigencia en un examen de consonancia con la salvaguarda de los derechos fundamentales de un acto. Sino también, frente a la revisión de la legalidad de un acto administrativo, en otras palabras, el principio de proporcionalidad, es concordantemente también, un principio del derecho administrativo dentro de un Estado de Derecho, Democrático y, Social, que además del desarrollo dado a este principio por la Corte Constitucional de Colombia en el ámbito de su competencia, (prevista por la Constitución de 1991, en especial, art. 239, 241 y s.), hace asimismo parte previa del derecho administrativo colombiano<sup>38</sup>. Así lo establece el artículo 36 del actual Código Contencioso Administrativo al indicar expresamente:

*Artículo 36.– Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.*

<sup>35</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 141, número de margen 22.

<sup>36</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 141, número de margen 23. Aquí entre otros casos cuando esta vulneración se presenta en (concomitante) perjuicio de los derechos de carrera administrativa, estabilidad laboral, o de los principios de la función administrativa y/o de la contratación estatal.

<sup>37</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 141, número de margen 23.

<sup>38</sup> En el derecho alemán presenta Barbara Remmert, un acucioso estudio sobre cómo algunos elementos del actual principio constitucional de proporcionalidad que tiene su especial contenido, v. gr. concebido en el sentido de la Ley Fundamental, pueden encontrarse en el desarrollo de la jurisprudencia contenciosa administrativa prusiana. Remmert, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, Ed. C.F. Müller Juristischer Verlag, 1995, ej. pp. 26-51 y s., 191 y s., Cf. además Gurlit, Elke, *Verwaltungsvertrag und Gesetz: eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität*, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2000, p. 95, nota al pie 198.

Este principio en los términos de Schmidt-Aßmann, configura un eslabón, entre la legalidad y lo adecuado<sup>39</sup>, claramente aplicable al derecho administrativo colombiano, para el examen de legalidad de las medidas de la administración pública. V. gr., de los actos administrativos, en la vigencia del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo y diáfano también frente al contenido del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>40</sup>.

Concordantemente aquí se indica con lo expuesto por Maurer: *a) si la medida administrativa es adecuada, cuando está en la capacidad de alcanzar el resultado pretendido, b) si es necesaria, cuando no existen otros medios adecuados que perjudiquen menos al afectado y a la generalidad, c) y si es proporcional en sentido estrecho, cuando esta no se encuentra por fuera de la relación con la finalidad pretendida por la norma. Ej. Se ordena el aumento en 30 metros de altura de la chimenea de una fábrica por contaminación por humo. Caso en el cual, si la medida efectivamente impide la contaminación, es adecuada (a). Si no existe otra medida menos perjudicial como el aumento en menos metros o la instalación más económica de un filtro, es necesaria (b). Y si los gastos de ello no están por fuera de la relación con el resultado esperado, es proporcional en sentido estrecho (c)*<sup>41</sup>. Consecuentemente, la proporcionalidad se refiere en concordancia con Schmidt-Aßmann, *al mandato de control del actuar del Estado, basado en una adecuada relación entre medio y finalidad*<sup>42</sup>. De ello además, el arbitrio se reduce a cero en el sentido de Maurer, *cuando la alternativa de elección de la administración se reduce a una sola, toda vez que las demás decisiones configurarían un defecto en el ejercicio del poder discrecional, v. gr. cuando la autoridad de policía*

<sup>39</sup> Así Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, Heidelberg, Ed. Springer-Verlag, 2006, p. 315, número de margen 61.

<sup>40</sup> El cual comenzará a regir el 2.7.2012. Cf. adicionalmente el Artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, “Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”. Congreso de la República de Colombia Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249> (10.02.2011). Ley que entrará en vigencia, de conformidad con su artículo 308, a partir del 2.7.2012.

<sup>41</sup> Así Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 249, número de margen 17.

<sup>42</sup> Así Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine*, op. cit., p. 318, número de margen 68.

*debe actuar, en un caso particular y para la prevención de un riesgo para la generalidad*<sup>43</sup>.

En este sentido, por ejemplo, de ser procedente el examen de un acto administrativo “*per*” artículo 84 del Código Contencioso Administrativo o del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, v. gr. “*con el objeto de tutelar o garantizar*” (...) “*el orden jurídico y la legalidad abstracta sobre la base del principio de la jerarquía normativa y si persiguen como finalidad someter a las entidades públicas y a las personas privadas que desempeñen funciones administrativas al imperio del derecho objetivo*”<sup>44</sup>, frente al establecimiento por ejemplo, de una concesión por un periodo excepcional mayor a 20 años en el sentido de la frase 3 del inciso I del artículo 8 de la Ley 1 de 1991. Se encuentra, que el contenido de este precepto consagra “*in concreto*” para el Estado, un arbitrio reglado, que como tal, debe verificarse en los términos del artículo 36 del actual Código Contencioso Administrativo y 44 de la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el (nuevo) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Esto es, debe examinarse en el caso concreto, si tal medida administrativa, es adecuada, necesaria, y proporcional en sentido estrecho<sup>45</sup>.

### **c) ¿Exigencia al otorgamiento de la concesión?**

Surge la cuestión, de si ante el lleno de los requisitos formales y materiales para el otorgamiento de la concesión puede hablarse de una exigencia a su otorgamiento. Las obligaciones a ceder en el sentido del artículo 5.2 de la Ley Colombiana 1 de 1991, “*in concreto*”, la construcción y operación de un puerto en una playa, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquélla o éstos, tienen el estatus de obligaciones públicas<sup>46, 47</sup>. Ello es concordante, con

<sup>43</sup> Así Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 142, número de margen 24.

<sup>44</sup> Véase Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad.: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030), Consejero Ponente Manuel Santiago Urueta Ayola. Disponible en Lexbase (10.02.2011).

<sup>45</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 142, número de margen 24; Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine*, op. cit., p. 318, número de margen 68.

<sup>46</sup> Sobre el § 16 inciso II de la Ley Alemana de Gestión y Eliminación de Residuos Sólidos (KrW-/AbfG), Cf. p. ej. Muriel-Cicero, *Die Übertragung*, op. cit., pp. 160-161.

<sup>47</sup> Sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones públicas y el análisis sobre la privatización en derecho de aguas ante todo Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung der Wasserversorgung*, en Gewerbearchiv -WiVerw, Alfeld, Ed. Gildebuchverlag GmbH & Co, 2007, p. 441 y s. Del mismo modo respecto a las perspectivas del derecho alemán de gestión y eliminación de residuos sólidos, véase especialmente Schomerus, Thomas/Verstey, Ludger-Anselm, *Weitere*

el mandato del inciso II del artículo 1 de la Ley 1 de 1991, referente a que son de interés público, la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en la Ley 1.

Aún en el caso de que el trámite de concesión se inicie por la presentación de una petición en interés particular, el interés del privado debe analizarse bajo la totalidad de las circunstancias de cada caso y no puede superar la protección de los intereses de la generalidad. Un ejemplo de ello se presenta, al establecer el artículo 11 de la Ley 1 de 1991, que la concesión no es procedente, cuando la petición original o las alternativas presentadas por un tercero persona natural en el sentido del inciso I del artículo 10 de la Ley 1 de 1991, resulte contraria a la ley, al plan de expansión portuaria, o tengan un impacto ambiental adverso o puedan causar un daño ecológico, u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados.

En este sentido, el acceso de terceros a las obligaciones estatales del artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991, debe procurar el bienestar común y la observancia de los principios constitucionales estatales, v. gr. de Estado Social<sup>48</sup>, (cf. art. 1 de la Constitución Política). La ejecución de estas obligaciones se encuentra en el derecho de reserva del Estado, esto establece, en el concepto acuñado por Lorenz, “una prohibición con reserva de concesión”<sup>49</sup>, en virtud de la cual, la concesión se encuentra, en el margen de discrecionalidad de la autoridad cedente, como arbitrio atado a derecho, quien debe actuar con base en el bienestar general y en observancia de principio de Estado Social<sup>50</sup>.

Así lo establece el inciso II del artículo 1 de la Ley 1 de 1991, al expresar que “la creación, el mantenimiento, y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público”<sup>51</sup>, sin que haya lugar para el tercero a la generación de un derecho subjetivo. Tampoco su actividad entra en el ámbito de aplicación del derecho

---

*Vereinfachung des Abfallrechts - Auf dem Weg zum Kreislaufwirtschaftsgesetz*, en Lüneburger Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 14, Baden-Baden, Ed. Nomos, 2010.

<sup>48</sup> Véase ante todo Lorenz, Dieter, “Die öffentliche Sache als Instrument des Umweltschutzes”, en Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), Muenchen, Ed. Verlag C.H. Beck, 1989, p. 812 (814).

<sup>49</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 812 (814).

<sup>50</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 812 (814).

<sup>51</sup> Este postulado se verifica nuevamente en el artículo 43 de la Ley 1 de 1991, que prohíbe expresamente a las autoridades la concesión de un permiso para la construcción de vivienda en las playas marítimas.

de libertad de elección y ejercicio de la profesión del artículo 25 y 26 de la Constitución Nacional. Razones por las que no hay lugar a una exigencia a la concesión<sup>52</sup>.

## 5. Cesión en dos etapas

De conformidad con los incisos I y II del artículo 20 del Decreto 4735 de 2009, la cesión de la obligación estatal se realiza en dos etapas. La primera, se refiere a que previo cumplimiento de los trámites ante las autoridades ambientales pero también del agotamiento procedimiento de concesión originado por solicitud del interesado o de oferta de oficio, se da lugar a la expedición de un acto administrativo de autorización de la (con-) cesión –resolución–<sup>53</sup>. Notificado, según el artículo 46 del Decreto 4735 de 2009 de conformidad con el Código Contencioso Administrativo, y el cual debe requerir la participación del destinatario –para su aceptación, –(así llamado, “*mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*”<sup>54</sup>, “*zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt*”, –acto administrativo que está sujeto a autorización–<sup>55</sup>). Este es el caso p. ej. de un acto administrativo de nombramiento<sup>56</sup>, que es unilateral, y su naturaleza jurídica no se modifica por la aceptación del destinatario. Su razón de ser es, la viable inclusión de derechos o favorecimientos acordes con la Ley o estar atados a desventajas jurídicas o económicas, que el destinatario no quiere<sup>57</sup>.

El acto administrativo de autorización de la cesión, se profiere principalmente, en los términos del artículo 14 de la Ley 1 de 1991. Esto es, de forma motivada, a la sociedad anunciada por el solicitante favorecido, el cual deberá indicar con exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza (Art. 14 I Ley 1 de 1991), así como el plazo para suscribir el contrato de concesión, y los requisitos esenciales que deberá reunir, entre los cuales se considera, el señalar el deber de dar trámite a las licencias o permisos (también ambientales) que fueren necesarios y la

<sup>52</sup> Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., pp. 160-161.

<sup>53</sup> Cf. Exposición de Motivos de la Ley 1 de 1991 “*al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial 39.626, enero de 2010, # 107/90, p. 8, disponible a través de: Lexbase (11.2010).

<sup>54</sup> Cf. Pünder, Hermann, *Verwaltungsverfahren*. En Erichsen, H-U. & Ehlers, D. (Ed.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin, Ed. De Gruyter Recht, 2006, p. 410, número de margen 18.

<sup>55</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 373, número de margen 19.

<sup>56</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 373, número de margen 19; Pünder, *Verwaltungsverfahren*, op. cit. p. 410, número de margen 18.

<sup>57</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 410, número de margen 18.

consideración de que el proyecto deba ajustarse a estos (art. 20 II Decreto 4735 de 2009).

Se trata entonces además de un “*acto administrativo con disposiciones complementarias*”<sup>58</sup>, (“*Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen*”) en el sentido de Maurer, y Schlette<sup>59</sup>, de una modalidad de acto administrativo que requiere participación, y en el cual, la regulación principal (1), en este caso el otorgamiento de la concesión, va acompañada de una estipulación adicional que la complementa o limita (b)<sup>60</sup>.

En la segunda etapa, en consonancia con el artículo 5.2. de la Ley 1 de 1991, la Nación, por intermedio de la autoridad competente (art. 2, 18 Decreto 1800 de 2003, art. 2 Decreto 4735 de 2009), permite a través de contrato administrativo, 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, con el objeto de “*la construcción y operación de un puerto*”, (esto es: la obligación cedida), a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos. Es así como la transferencia de las obligaciones cedidas resulta, a través de una declaración recíproca y unánime de voluntad<sup>61, 62</sup> entre el concedente y el concesionario.

## **a) Acto administrativo**

### **1) En virtud de solicitud de parte**

La concesión puede tener lugar por petición de parte en el sentido del inciso I del artículo 9 de la Ley 1 de 1991, en unión con el artículo 6.1 y con la frase 1, del inciso I del artículo 7 del Decreto 4735 de 2009. La petición, deberá cumplir

<sup>58</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit. p. 331 y s.

<sup>59</sup> Schlette, Volker, “*Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger*”, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2000, p. 187 y s.

<sup>60</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 331, número de margen 1.

<sup>61</sup> Así Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 108.

<sup>62</sup> Se hace referencia a dos etapas y no a dos niveles para distinguir el procedimiento de la teoría de los dos niveles del derecho alemán, en virtud de la cual, el primer nivel consagra la decisión unilateral vía acto administrativo, sobre la autorización o garantía (das Ob = la viabilidad o procedencia), y el segundo nivel lo constituye la realización de lo autorizado a través de las herramientas del derecho privado, v. gr. un contrato de derecho de derecho privado de la administración, Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 193, número de margen 12, como en el caso originario de subvenciones, p. 441, número de margen 3.

con los correspondientes requisitos y anexos establecidos tanto en el art. 9.1 a 9.8 de la Ley 1 como en el artículo 9 del Decreto 4735. Sin embargo, previo a la presentación que activa el trámite de concesión (art. 7 I 1 Decreto 4735 de 2009), se exige como requisito de procedibilidad, la publicitación de avisos de intensión de ésta en los términos indicados en el artículo 8 del Decreto 4735 de 2009. Ello permite hasta dentro de los meses siguientes a la última publicación, la intervención de terceros personas naturales que acrediten un debido interés en oponerse o presentar una petición alternativa (art. 10 Ley 1 de 1991). Transcurrido este plazo, se abrirán públicamente los sobres que contengan los datos confidenciales de las propuestas, y se citará siempre, para que expresen su opinión sobre la conveniencia y legalidad de las solicitudes, a las autoridades indicadas en el inciso II del artículo 10 de la Ley 1 de 1991, como son: el Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región y el Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional. Sin embargo, desde una perspectiva histórica y teleológica de la norma, se consideraría también al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales y al Director General de la Corporación Autónoma Regional competente<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> (a) El Decreto 1671 de 1997 suprimió a Corporación Nacional de Turismo de Colombia que era una de las entidades indicadas por el inciso II del artículo 10 de la ley 1 de 1991, y ordenó su liquidación. Cf. Presidente de la República de Colombia y Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, Decreto 1671 de 1997, *“Por el cual se suprime la Corporación Nacional de Turismo de Colombia y se ordena su liquidación”*, Diario Oficial No 43.072, del 27 de junio de 1997, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1997/decreto\\_1671\\_1997.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1997/decreto_1671_1997.html) (10.02.2011). (b) La actual Dirección General de Aduanas, antigua dependencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fue transformada por el artículo 106 de la Ley 6 de 1992, en Unidad Administrativa Especial adscrita a dicho Ministerio, bajo la denominación de Dirección de Aduanas Nacionales, la cual se fusionó a través del Decreto 2117 de 1992 con la Dirección de Impuestos Nacionales constituyéndose como Unidad Administrativa Especial, la cual con base en el Decreto 1071 de 1999 se organizó a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Cf. Congreso de la República de Colombia, Ley 6 de 1992, *“Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones”*, Diario Oficial 40490 de junio 30 de 1992, disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2767> (10.02.2011). Presidente de la República de Colombia y Ministro de Hacienda, Decreto 2117 de 1992, *“Por el cual se fusiona la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias.”*, Diario Oficial No. 40.703, de 31 de diciembre de 1992, disponible en: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/decretoslinea/1992/diciembre/29/dec2117291992.pdf](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1992/diciembre/29/dec2117291992.pdf) (10.02.2011). Presidente de la República de Colombia, Ministro de Hacienda y Crédito Público y Director del Departamento

Estas autoridades tienen un plazo de veinte días, contados a partir de la fecha en que la autoridad concedente, les envíe la citación, para emitir sus conceptos. Vencido este término la autoridad cedente continuará el procedimiento sin los que falten, y se promoverá investigación disciplinaria contra quien no haya emitido su concepto. Ello se debe a que de conformidad con la adecuada interpretación de la Corte Constitucional colombiana presentada en la Sentencia C-071 de 1994<sup>64</sup>, se configura una facultad de arbitrio de la autoridad que le permite escindir su decisión del concepto de las autoridades consultadas, limitada por un juicio apoyado “*en argumentos técnicos razonables*”<sup>65</sup>. Asimismo, es previsto un arbitrio a favor de la Entidad concedente, frente a las oposiciones presentadas por terceras personas naturales<sup>66</sup>, pero también respecto a peticiones alternativas por ellos presentadas.

Ahora bien, de conformidad con la frase 1., del inciso I del artículo 12 de la Ley 1 de 1991 en unión con el inciso I del artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, la autoridad competente dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial (art. 2, 18 Decreto 1800/03, art. 2 D 4735/09)<sup>67</sup>, expedirá la

---

Administrativo de la Función Pública, Decreto 1071 de 1999, “*Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial No. 43.615, disponible en: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/decretoslinea/1999/junio/26/dec1071261999.pdf](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1999/junio/26/dec1071261999.pdf). (c) El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente –Inderena\_, fue suprimido y ordenada su liquidación por el artículo 98 de la Ley 99 de 1993, sus funciones fueron asumidas por las Corporaciones Autónomas Regionales. Cf. Congreso de la República de Colombia, Ley 99 de 1993, “*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial 41146 de Diciembre 22 de 1993, disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297> (10.02.2011).

<sup>64</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-071/94, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-071-94.htm> (10.02.2011).

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> Ibíd.

<sup>67</sup> Este plazo es perentorio como lo expresó el Consejo de Estado de Colombia, en Sentencia con Radicación número: 25000-23-15-000-2010-01958-01(AC) del 7.10.2010, Consejera Ponente María Elizabeth García González, disponible en Lexbase y en [190.24.134.67/pce/.../25000-23-15-000-2010-01958-01\(AC\).DOC](http://190.24.134.67/pce/.../25000-23-15-000-2010-01958-01(AC).DOC) (11.02.2011), que revocó la sentencia de 23 de julio de 2010, proferida por la Sección Primera, Subsección “A”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se rechazó la acción de tutela y, en su lugar, amparó el derecho fundamental al debido proceso de la Sociedad accionante (Sociedad Portuaria Delta Del Rio Dagua S.A.). Exhortando adicionalmente al Ministerio de Transporte para que cumpla con su obligación de coordinación y vigilancia frente al Instituto Nacional de Concesiones –INCO–, conforme a los numerales 12 y 15 del artículo 2° del Decreto 2053 de 2003.

resolución de aprobación de la concesión (art. 14 Ley 1/91), en los términos enunciados y en especial, deberá contener un análisis de la petición y de todos sus documentos anexos, de los escritos de oposición, las consideraciones y decisión sobre las mismas, así como de las propuestas alternativas y de los conceptos de las autoridades (art. 15 I. Decreto 4735/09).

La naturaleza de ser un acto administrativo con disposiciones complementarias<sup>68</sup>, se observa especialmente en el mandato consagrado en la frase 2., del inciso I del artículo 12, referente a establecer, v. gr.: “*los plazos, las contraprestaciones, las garantías*”<sup>69</sup>, y *las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental y de operación a que debe someterse la sociedad portuaria a la que haya que otorgarse la concesión*”, que de conformidad con las frase 2., del inciso I del artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, se establecerán en la parte resolutive del acto.

Frente a la resolución de otorgamiento de la concesión<sup>70</sup>, las autoridades establecidas en el inciso II del artículo 10 de la Ley 1 de 1991, tienen en consonancia con el artículo 16 del Decreto 4735 de 2009, la potestad de oponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su comunicación, bien por motivos de legalidad o de conveniencia conforme a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1 de 1991 así como a las demás normas que regulen la actividad de que se trate.

## 2) En razón de oferta de oficio

Agotado el trámite especial previsto para las concesiones portuarias originadas en la oferta oficiosa en el artículo 13 de la Ley 1 de 1991, se otorgará la concesión de conformidad con la frase 2 del inciso III del artículo 13 en unión con el artículo 14 de la Ley 1.

Este procedimiento exige en la 1 frase de su inciso I, la consulta previa a las autoridades distinguidas en el artículo 10 de la Ley 1 de 1991 (a.). El trámite

<sup>68</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op.cit. p. 331 y s.

<sup>69</sup> Las garantías aquí enunciadas y en el artículo 9.6 de la Ley 1 de 1991, son reglamentadas por el Decreto 2400 de 2010, el cual distingue según su artículo 1 y frente a al caso sub-examine entre, a) de seriedad de las solicitudes de contratos de concesión, y b) aquellas que respaldan el cumplimiento de las obligaciones adquiridas como consecuencia del otorgamiento de contratos de concesión portuaria.

<sup>70</sup> Cf. Exposición de motivos al proyecto de ley “*por el cual se dicta el estatuto de puertos*”, Nro. 107 de 1990, p. 8. Cf. adicionalmente el proyecto de acto legislativo 107 y 130 Senado de 1990 (acumulados), “*Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*”. Disponibles a través de: Lexbase (11.2010).

de la consulta previa es establecido por el inciso I del artículo 17 del Decreto 4735 de 2009, según el cual, les remitirá un proyecto de la oferta con los datos generales de la propuesta y les concederá un plazo de veinte (20) días hábiles para que emitan su concepto, vencido el cual, si la Entidad cedente lo estima procedente o conveniente y previas las modificaciones que le llegare a introducir, expedirá una resolución de oferta de la concesión, con los elementos establecidos en del artículo 17.1 a 17.8 del Decreto 4735 de 2009 (b.).

De conformidad con la frase 2, del inciso I del artículo 13 de la Ley 1 se publicará la oferta en dos (2) diarios de circulación nacional (c.), y a continuación, el artículo 18 del Decreto 4735 de 2009 establece que presentadas las propuestas en la fecha prevista en la convocatoria guardando el correspondiente deber de confidencialidad (art. 13 IV L 1/91) así como realizada la evaluación de estas, la entidad competente otorgará la concesión mediante resolución motivada, con base en los criterios y condiciones señalados en la convocatoria, al proponente cuya propuesta satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de la Ley 1 (art. 13 IV y 14 L 1/91) (d.).

En caso que alguna de las autoridades señaladas en el artículo 10 (y no en el artículo 11 como indica la frase 1, del inciso II del artículo 12 de la Ley 1 de 1991<sup>71</sup>), no esté conforme con la resolución de otorgamiento, el artículo 19 del Decreto 4735 de 2009 que procura desarrollar el inciso III del artículo 13 de la Ley 1 de 1991, establece a su favor la facultad de oponerse por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la expedición de la resolución. De ser presentada oportunamente tal oposición, genera el deber de la entidad cedente de consultar a las otras autoridades en relación con ésta, las cuales tendrán un plazo de cinco (5) días hábiles para pronunciarse al respecto. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación del escrito de oposición, hará una evaluación escrita de ella y la remitirá al Consejo Nacional de Política Económica y Social para que decida. El Consejo se expresará por medio de resolución sobre si debe continuarse o no el trámite y, en caso afirmativo,

---

<sup>71</sup> Toda vez que al observar el proyecto de acto legislativo 107 y 130 Senado de 1990 (acumulados), *“Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”*, disponible a través de: Lexbase (11.2010), que dio origen a la actual Ley 1 de 1991, se encuentra que si bien también se remite al artículo 11, la sistemática de normativa (art. 13, 12, 10 y 11), y el sentido de la frase 1, del artículo 12, indica, que la Ley se refiere a las autoridades del inciso II del artículo 10 de la Ley 1 de 1991. No sería concordante con el contenido de la Ley 1, que la oposición la presentara la misma autoridad cedente de la obligación.

sobre cuáles serán los términos de la concesión que se ofrezca (Art. 12 II frase 3 Ley 1 de 1991).

Finalmente de conformidad con el contenido del artículo 22 del Decreto 4735 referente a que una vez vencido el plazo (prorrogable motivadamente por una vez) para suscribir el contrato de concesión portuaria otorgada mediante resolución, sin que el beneficiario del otorgamiento haya cumplido con los requisitos señalados en dicho acto administrativo, debe éste revocarse y hacer exigible la garantía de seriedad de oferta

### **b) Contrato de concesión**

Adicionalmente a lo expresado al inicio de la sección sobre la naturaleza del contrato de concesión como instrumento que permite la transmisión temporal de la función al cesionario por mutuo acuerdo, debe indicarse, que sus requisitos formales se encuentran establecidos en el artículo 21.1 a 21.10 del Decreto 4735 de 2009. En especial es viable resaltar como parte del contrato, el aseguramiento de las obligaciones de protección ambiental correspondientes (21.6, 21.10), así como la limitación en el tiempo de la concesión (21.7). La cual de conformidad con el inciso I del artículo 8 de la Ley 1 de 1991 será de veinte años por regla general, prorrogable hasta de 20 años más. Pero de acuerdo con el tenor de la norma, excepcionalmente este término puede ser mayor a juicio del Gobierno, siempre que fuera 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. Ello configura un arbitrio de la administración atado derecho, que debe ser interpretado dentro de los límites existentes sobre éste, p. ej. en el sentido expuesto en la sección atinente a defectos en el ejercicio del poder discrecional.

Adicionalmente, el artículo 21.8 contempla el establecimiento de la cláusula de reversión a favor de la Nación exigida por el inciso II del artículo 8 de la Ley 1 de 1991, la cual se ejecuta automáticamente, a la terminación ordinaria del contrato de concesión o por razón de la declaratoria de caducidad. Asimismo, se establece la obligación del concesionario de pagar el monto de la contraprestación fijada por la concesión, acorde con las fórmulas y metodología definidas en la política sobre contraprestaciones (21.9)<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> Cf. Exposición de Motivos "al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos", # 107/90, p. 2, numeral 1.6, disponible a través de: LexBase (11.2010).

Finalmente, una vez suscrito el contrato y aprobadas las garantías, el concesionario de conformidad con el artículo 23 del Decreto 4735 de 2009, entrará a ocupar y utilizar conforme a los límites establecidos, los bienes de uso público señalados, y a realizar las actividades propuestas dentro de los plazos estipulados. El trámite para una modificación del contrato de concesión portuaria lo prevé el artículo 24 del Decreto 4735 de 2009.

### **c) Efectos de la declaración de voluntad destinatario del acto administrativo y del contratante concesionario**

En concordancia con Maurer, la declaración de voluntad del peticionario en interés particular (art. 12 I 3 Ley 1 de 1991) o el proponente cuya propuesta satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de la Ley (art. 13 IV 2 Ley 1 de 1991) en el caso de oferta oficiosa de la concesión, y del contratante concesionario, se diferencian en que la primera no constituye una codecisión frente a la resolución de otorgamiento de la concesión, sino una garantía de que al destinatario no le será impuesta una decisión que no desea, la que si faltare afecta la legalidad o validez del acto administrativo. “*A contrario sensu*”, la declaración de voluntad del co-contratante, en este caso, la sociedad portuaria ya constituida y beneficiaria de la concesión, es un requisito de la esencia del contrato, esto es, de su existencia<sup>73</sup>.

## **6. Obligación de control y asunción de las obligaciones**

La Ley 1 de 1991 y el Decreto 4735 de 2009 consagran una obligación especial e independiente de la naturaleza jurídica de la concesión, atinente al control y asunción de obligaciones por parte de la autoridad concedente. Ello se observa al considerar el contenido del artículo 41 de la Ley 1 de 1991, que establece la facultad a la autoridad concedente para establecer sanciones, tales como imponer multas, la suspensión temporal del derecho a realizar actividades en los puertos, la caducidad de la concesión en armonía con el artículo 18 de la Ley 1 de 1991 (cuando p. ej. en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público), o incluso, la intervención de un puerto, frente a quien vulnera el contenido de la Ley 1 de 1991, lo que en primera instancia comprende a los concesionarios.

<sup>73</sup> Maurer, *Allgemeines*, op.cit., p. 373, número de margen 19.

Asimismo se prevé, la prohibición que un determinado usuario de los puertos, los use de nuevo o preste allí sus servicios hasta por el término de un año. La clase de sanción, y el monto de la multa se encuentran en el ámbito de discrecionalidad, reglada de la autoridad. Lo anterior permite constatar la permanencia del concedente en una aquí especial, “*posición de garante*”<sup>74</sup> del cumplimiento legal de las obligaciones en concesión, de la cual se deriva una obligación de control y un derecho de asunción<sup>75</sup>. De este modo si la autoridad concedente verifica que las condiciones (obligaciones) de la concesión se han incumplido de forma considerable debe presentarse la terminación del contrato de concesión, vía su declaratoria de caducidad. En el caso alemán esta procede incluso cuando se presentan hechos que exigirían una denegación de la cesión por cuanto no se ejecutan las obligaciones de forma legal, en concordancia con los parágrafos 314 I BGB (Código Civil Alemán)<sup>76</sup> y 62 VwVfG (Ley de Procedimiento Administrativo de Alemania)<sup>77, 78</sup>.

<sup>74</sup> Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit, p. 137, basado ante todo en el concepto acuñado en el derecho alemán por Ehlers, Dirk, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Berlin, Ed. Duncker & Humblot, 1984, p. 131, Gallwas, Hans-Ulrich, En: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin, Ed. de Gruyter, 1971, pp. 211 (228 y s.).

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Cf. Bundestag, Parlamento Federal Aleman, “*Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Januar 2011 (BGBl. I S. 34) geändert worden ist*”, Código Civil Alemán (BGB), disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_314.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_314.html) (14.02.2011).

<sup>77</sup> Cf. Bundestag, Parlamento Federal Aleman, “*Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2827) geändert worden ist*”, Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (VwVfG), disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/\\_62.html](http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_62.html), (14.02.2011).

<sup>78</sup> Cf. Ante todo, Lorenz, Dieter, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage* beim verwaltungsrechtlichen Vertrag, en *Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl*, Köln, Ed. Carl Heymanns Verlag, pp. 865 y s.

## ¿CONSTITUYE LA CONCESIÓN PORTUARIA POR PETICIÓN EN INTERÉS PARTICULAR O POR OFERTA OFICIOSA, UNA EFECTIVA MODALIDAD DE PRIVATIZACIÓN?

### 1. La Sentencia C-068/09 de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en Sentencia C-068/09<sup>79</sup> examinó la demanda de inconstitucionalidad presentada contra apartes del contenido del inciso I del artículo 8 de la Ley 1 de 1991 en lo atinente al plazo de la concesión, que preveía el que la regla general de 20 años pudiera prorrogarse por periodos sucesivos hasta de 20 años más. Asimismo, la demanda se dirigió contra la excepción de ampliación del término. Frente a ello, la opción de periodos sucesivos, fue declarada inexecutable por la Corte. Como resultado de la decisión, la norma actualmente prevé:

*El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables hasta 20 años más. 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.*

Más allá, uno de los argumentos del demandante, fue el que “*las prórrogas sucesivas de las concesiones por un lapso superior a veinte (20) años de hecho enmascaran un proceso de privatización*”, para tal efecto indicó que según la Sentencia C-474/94 de la Corte Constitucional<sup>80</sup>, las concesiones “*no constituyen expresión de una política de privatización*”. Correlativamente la Corte Constitucional en la Sentencia C-068/09 señaló como “*erróneo sostener que al amparo de la prórroga de una concesión portuaria, se lleva a cabo un proceso de privatización*”, al revisar los términos del artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991, en los que vía contrato administrativo se permite una concesión portuaria. Asimismo indicó la Corte, que la previsión de la prórroga de un contrato de concesión no implica la privatización de un sector o la apropiación de unos bienes públicos afectados para su prestación, toda vez que “*la entidad*

<sup>79</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-068/09, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-068-09.htm> (10.02.2009).

<sup>80</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-474/94, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-474-94.htm> (11.02.2011).

*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”.*

Frente a ello debe expresarse que la Sentencia C-474/94 de la Corte Constitucional<sup>81</sup>, no establece que las concesiones en el sentido de la Ley 1 de 1991, no constituyan una expresión de privatización. La Sentencia C-474/94 al examinar entre otras normas de la Ley 1 de 1991, el artículo 5, sobre la definición de concesión portuaria y de sociedad portuaria, y el artículo 33, referente a la liquidación de Colpuertos, verificó, que el artículo 150-7 de la Constitución Política, permite al Congreso suprimir entidades descentralizadas como la antigua Colpuertos<sup>82</sup>, así como la armonía de una medida estatal de esta característica, con el inciso VII del artículo 336 de la Constitución. Según el cual, el gobierno tiene la facultad de enajenar o liquidar las empresas monopolísticas del Estado y de otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando estas, no cumplan con los requisitos de eficiencia en los términos que señale la Ley. Este es el caso que generó la creación de la figura de sociedades portuarias en la Ley 1 de 1991. Así lo indica expresamente la exposición de motivos de la Ley, al fundamentar el apremio entonces existente para la expansión del sistema portuario colombiano, al permitir el establecimiento de “*sociedades portuarias*”<sup>83</sup>. La Corte expresó además en la Sentencia C-474/94, que las citadas normas constitucionales “*justifican la nueva figura de las sociedades portuarias y el grado de privatización que bajo la supervisión del Estado toma el lugar del monopolio extinto*”.

Como se expresó frente al contenido del concepto de concesión portuaria en el sentido del artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991, al inicio de los años setenta, se observaba a la construcción y operación portuaria como un monopolio estatal, que fue no obstante restringido por la posterior participación de operarios no estatales y la creación de muelles privados en terminales públicos<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Ibíd.

<sup>82</sup> Que tenía “*como función principal la administración centralizada de los puertos y otorgándole el monopolio de la carga*”, Vilorio de la Hoz, Joaquín, *De Colpuertos a las Sociedades Portuarias: Los puertos del Caribe Colombiano, 1990-1999*, Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, Cartagena, Ed. Banco de la República, 2000, p. 7, disponible en: <http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/pdf/DTSER16-PuertosCaribe.pdf> (16.11.2010).

<sup>83</sup> Cf. Exposición de Motivos “*al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos*”, # 107/90, p. 2, numeral 1.6, disponible en: LexBase (11.2010).

<sup>84</sup> Así, exposición de Motivos “*al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos*”, # 107/90, p. 3, disponible en: LexBase (11.2010).

Sin embargo, ello no limita su carácter como tarea estatal que permanece vigente, lo que es verificable aún en el contenido del inciso II del artículo 1 de la Ley 1 de 1991, en virtud del cual, la “*creación, el mantenimiento, y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley*”, tiene el estatus de interés público a cargo del Estado. Ello es armónico desde un punto de vista sistemático, con el contenido del artículo 5.2 de la Ley 1, toda vez que contiene en el sentido acuñado por Lorenz, una “*prohibición con reserva de concesión*”<sup>85</sup>, en virtud de la cual, el acceso del tercero a través de una sociedad portuaria, a la construcción y operación de un puerto (para lo cual ocupará y utilizará en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, *in concreto* bienes públicos afectos al bienestar general, los que para su realización, están sometidos al dominio estatal<sup>86</sup>), está subordinado a la autorización radicada en arbitrio del Estado (cf. p. ej. art. 11-14 Ley 1 de 1991). Arbitrio que como tal, está sometido a sus propios límites y es únicamente admisible en la vía de protección del bienestar general como “*ultima ratio*”<sup>87</sup>. Así, este tercero es quien además de mostrar un interés en la cesión de la tarea estatal, (art. 6 I y II en unión con el artículo 5.2 y 5.20 de la Ley 1), participa como externo interesado en el procedimiento de examen del otorgamiento de una eventual concesión.

Partiendo del postulado del artículo 5.2. de la Ley 1 de 1991, según el cual, es en virtud del contrato administrativo de concesión que se entrega a la sociedad portuaria, el uso y goce en forma temporal y exclusiva<sup>88</sup> de 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 estos operen, (siendo la sociedad portuaria la concesionaria).

Debe entonces reflexionarse, sobre si la inclusión de la sociedad portuaria en la ejecución de las tareas públicas dadas en concesión, representa una modalidad de privatización.

<sup>85</sup> Cf. Lorenz, *Die öffentliche Sache*, op. cit. p. 812 (814).

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 812, (815-817).

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 812, (819).

<sup>88</sup> Cf. Exposición de Motivos “al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos”, # 107/90, pp. 8-9, disponible a través de: Lexbase (11.2010).

## 2. Modalidades de privatización

### a) *Naturaleza jurídica de las sociedades portuarias y autonomía de la voluntad*

En el caso de las sociedades portuarias, el artículo 5.20 de la Ley 1 de 1991 indica, que son sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público, o mixto. Asimismo, el proyecto, de la hoy vigente Ley 1 de 1991<sup>89</sup>, se refiere a la concesión sobre playas y zonas de bajamar a sociedades portuarias, “*oficiales y privadas*”. Como sociedades portuarias oficiales se comprenden legalmente, aquellas cuyo capital pertenece en más del 50% a entidades públicas (5.21 Ley 1 de 1991), y como portuarias particulares, aquellas en las cuales el capital pertenece en más del 50% a personas privadas (art. 5.22). A simple vista, se pudiera eventualmente pensar en la existencia de sociedades portuarias de derecho público. Sin embargo, si se observa cercanamente el artículo 5.20 y el artículo 29 de la Ley 1, se constata que expresamente se autoriza, a la “*Nación y a sus entidades descentralizadas*” (art. 29.1) así como a las “*entidades territoriales en cuya jurisdicción se encuentran los terrenos en los que opera o ha de operar un puerto; y a sus entidades descentralizadas*”, a la constitución de sociedades portuarias, con la naturaleza jurídica de sociedad anónima (art. 5.20). Sociedad que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1, se rige por las normas del Código de Comercio, por la misma Ley 1 de 1991 y disposiciones concordantes.

Se trata entonces, de verdaderas sociedades de derecho privado reguladas en su constitución de forma general, por el libro II del Código de Comercio, y sus artículos 373 a 470. Su régimen de creación, pero también el de sus actos y contratos, incluso en donde existen aportes públicos, se indica que son las reglas del derecho privado, sin atención al porcentaje que tales aportes representen dentro del capital, ni a la naturaleza del correspondiente acto o contrato. Consecuentemente, así como la naturaleza jurídica de las sociedades portuarias es de derecho privado, sus actos y contratos se rigen también por el mismo régimen.

Ello no significa que cuando entidades públicas constituyan una sociedad portuaria con 100% capital público, pueda luego actuar teleológicamente a través de ésta, en “*stricto sensu*”, como un particular. Ni en este caso, ni de forma general, la autonomía de la voluntad del Estado se equipara a la autonomía privada. La autonomía privada se entiende de acuerdo con

<sup>89</sup> Cf. *Ibíd.*, p. 8.

Leible<sup>90</sup> y Stadler<sup>91</sup>, como “*la libertad del particular, de estructurar sus relaciones jurídicas privadas de forma libre y bajo su propia responsabilidad*”<sup>92</sup>.

En cambio, la autonomía de la voluntad de la administración pública, es una facultad reglada por la Constitución y la Ley, y concordantemente con Maurer, subordinada a los fines y principios del Estado<sup>93</sup>, como por ejemplo, la garantía del bienestar general o el principio de Estado Social (art. 1., 2 C.N.<sup>94</sup>). Es así como Schmidt-Aßmann llega a referirse incluso, a que “*la racionalidad de las actuaciones del Estado y del particular son diferentes y no pueden mancomunizarse*”<sup>95</sup>.

Si se trata, de una sociedad portuaria oficial constituida únicamente con capital público, representa ello, un caso de la potestad del Estado de servirse de las formas y herramientas del derecho privado para la realización de sus obligaciones<sup>96</sup>. Aquí, adicionalmente, cuando el Estado asume las formas del derecho privado, no puede reclamar luego, una posición especial por causa de su carácter estatal<sup>97, 98</sup>. Como es el caso de la sociedad portuaria oficial,

<sup>90</sup> Cf. Leible, Stefan, *La Importancia De La Autonomía Conflictual Para El Futuro Del Derecho De Los Contratos Internacionales*, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, p. 215, disponible en <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1156/555> (11.09.2011).

<sup>91</sup> Así Stadler, Astrid, *Allgemeiner Teil des BGB*, 14. Auflage, München, Ed. Verlag C.H. Beck, 2006, p. 26, número de margen, 2; Cf. adicionalmente la aplicación del concepto de autonomía privada de la voluntad en el derecho internacional privado de obligaciones contractuales, p. ej. Muriel-Ciceri, José Hernán, *Aspectos de la unificación del Derecho Internacional Privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIP), Tomo VIII, Madrid, Ed. Iprolex, 2008, pp. 645 y s.

<sup>92</sup> Así Stadler, Astrid, *Allgemeiner Teil des BGB*, 14. Auflage, München, Ed. Verlag C.H. Beck, 2006, p. 26, número de margen, 2.

<sup>93</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 48, número de margen 13.

<sup>94</sup> Cf. Art. 20 de la Ley Fundamental Alemana, disponible en: <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a20> (17.11.2010).

<sup>95</sup> Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 136, número de margen 44.

<sup>96</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 48, número de margen 13.

<sup>97</sup> Cf. Ehlers, Dirk, *Verwaltungsverfahren*. En Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Ed. De Gruyter Recht, 2006, p. 154, número de margen 81.

<sup>98</sup> “*A contrario sensu*”, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-671/99 del 9.09.1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-671-99.htm> (11.02.2011), al examinar la constitucionalidad del inciso II del artículo 95 de la Ley 489 de 1999, consideró, la adición vía sentencia del artículo citado. Este precepto es legislativamente (originariamente) referente a la facultad de las entidades públicas

en el sentido de la Ley 1 de 1991. No obstante, la administración de derecho privado está subordinada a vinculaciones adicionales de derecho público,

---

de asociarse con el fin de (a) cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o (b) de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante bien (1) la celebración de convenios interadministrativos o bien (2) la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. En el segundo caso, esto es, la constitución de personas jurídicas sin ánimo de lucro, se establece de conformidad con la frase 1, del inciso II del artículo 95 de la Ley 489/98 que se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Aquí el legislador autorizó el acceso al instrumental del derecho privado y por esta vía, la constitución de personas jurídicas sin ánimo de lucro de esta naturaleza y con el objeto social permitido por el inciso I en unión con el inciso II del artículo 95 de la Ley 489/98. Cf. Congreso de la República de Colombia, Ley 489 de 1998, “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política*”, Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998, disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley\\_0489\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0489_1998.html) (11.02.2011). Ni el tenor literal, ni la sistemática o teleología de la norma prevén una remisión al “*ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.*”, como exige la Corte Constitucional de Colombia en la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma, lo que desborda la teleología de la norma. En el sentido de Ehlers, la regla general es que la administración al realizar una “*fuga*” al derecho privado, no lleve consigo como “*equipaje*”, los derechos soberanos del Estado. Cf. Ante todo, Ehlers, *Verwaltungsverfahren*, op. cit., p. 153, número de margen 79. Las razones del apremio de la excepción prevista por la Corte no se encuentra plenamente en la sentencia. Del mismo modo puede considerarse que la citada interpretación dada por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-671/99, puede eventualmente vulnerar el principio de exactitud funcional de la interpretación constitucional, en el sentido de Maurer, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 25, número de margen 63-, en virtud del cual, el organismo estatal debe mantenerse en el espectro de las funciones a él asignadas. Razón por la cual el “*Tribunal Constitucional Federal*”, debe considerar el controlar al Legislador, pero no suplirlo (Maurer, *Ibíd.*; adicionalmente p. ej. Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 27. 11.197 - 2 BvR 165/75, “*Das Verfassungsgericht hat insbesondere nachzuprüfen, ob der Gesetzgeber den für seine Maßnahmen erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und dem Gesetz zugrunde gelegt hat, ob er alle Gemeinwohlgründe sowie die Vorteile und Nachteile der gesetzlichen Regelung umfassend und in nachvollziehbarer Weise abgewogen hat und ob der gesetzgeberische Eingriff geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist und die Gebote der Sachgerechtigkeit und Systemgerechtigkeit beachtet. Soweit indessen über die Zielvorstellungen, Sachabwägungen, Wertungen und Prognosen des Gesetzgebers zu befinden ist, darf sich das Verfassungsgericht nicht an die Stelle des Gesetzgebers setzen, sondern hat seine Nachprüfung darauf zu beschränken, ob die Einschätzungen und Entscheidungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlerhaft oder eindeutig widerlegbar sind oder der verfassungsrechtlichen Wertordnung widersprechen.*” disponible en: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2050,%2050>, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050050.html> (22.10.2011); asimismo Durner, Wolfgang, *Konflikte räumlicher Planungen: verfassungs-, verwaltungs- und gemeinschaftsrechtliche Regeln für das Zusammentreffen konkurrierender planerischer Raumansprüche*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 299, nota al pie 151). Como

quien como Ehlers<sup>99</sup> señala, permanece como sujeto de imputación del ejercicio del poder público, la cual debe su personalidad al derecho especial público. Es así, como Maurer, indica, que el Estado debe permanecer vinculado a los derechos fundamentales y a las demás limitaciones del derecho público, tales como el ordenamiento de competencias y los principios generales de la actuación administrativa<sup>100</sup>. De conformidad con ello, en el caso colombiano, sin excepción, permanece y debe permanecer la administración vinculada al respeto y a la realización de los principios y derechos fundamentales constitucionales, así

---

critérios especiales de interpretación constitucional se tienen en la teoría constitucional alemana según Maurer, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 24 y s., basado en Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Ed. C.F. Müller, 1999, p. 20 y s., quien originariamente los ha acuñado en su concepción actual: I. Unidad de la Constitución. (La Constitución es una unidad, la interpretación no debe basarse en una norma aislada, sino a su contexto completo, las normas deben interpretarse de modo que no se incurran en contradicciones con otras normas constitucionales, Cf. Hesse, p. 27; Maurer, p. 25) (Del mismo modo, y plenamente de acuerdo con Hesse es correctamente imprescindible considerar en esta interpretación y en los correspondiente, los –vitales– derechos humanos, tanto en el contexto v. gr. comunitario (ej. europeo) como internacional, frente a lo cual tiene relevancia la aplicación del derecho comparado. Cf. Hesse, p. 27). II. Concordancia práctica. (La colisión entre bienes jurídicos constitucionalmente protegidos no debe favorecer la realización de uno a costa del otro, sino que los límites mutuos entre ellos deben procurar su efectividad óptima, “*Se trata no de una ponderación abstracta de bienes jurídicos, sino de una compensación en el caso concreto*” Maurer p. 25) III. Exactitud funcional. (“*El órgano estatal interprete debe mantenerse en el marco de sus funciones asignadas; no debe desplazar a través del modo y resultado de su interpretación la asignación de funciones*”, Maurer, p. 25) IV. Efecto integrador. (Derivado del principio de unidad de la constitución, en virtud del cual, “*deben preferirse en la solución de problemas constitucionales los puntos de vista que tiene un efecto integrador, esto es que causan y mantienen unidad*”, Hesse, p. 29; Maurer p. 26), V. Fuerza normativa de la Constitución (“*Cada uno de los preceptos constitucionales debe interpretarse, de modo que reciban una virtualidad jurídica óptima, en especial que no se agoten en una programática, sino que se realicen efectivamente en la vida jurídica como preceptos jurídicos obligatorios...*”, Maurer, p. 26; en este sentido Hesse, p. 29). Así, el inciso I del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece que los “*jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la Ley*”. Concordante en lo correspondiente, con el contenido del inciso III del artículo 20 de la Ley Fundamental de Alemania, en virtud del cual “*El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho*”. Hesse, expresa en la concepción del principio de exactitud funcional, que “*el Tribunal Constitucional, tiene solo una función de control, que le impide una interpretación, que pudiera dirigirse a una restricción de la libertad de configuración del legislador que excede los límites establecidos por la Constitución, o hacia una configuración por el mismo Tribunal*”, en este sentido, “*el órgano de interpretación, debe mantenerse en el ámbito de sus funciones asignadas y no desplazar la asignación de funciones a través de su forma y resultado de su interpretación*”. Así ante todo Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, op. cit. p. 28, número de margen 73. Adicionalmente frente al concepto de autolimitación judicial, Cf. Ipsen, *Staatsrecht I*, München, Ed. Luchterhand, 2005, p. 248 y s.

<sup>99</sup> Cf. Ante todo en el derecho alemán, Ehlers, *Verwaltungsverfahren*, op. cit., p.154, número de margen 81.

<sup>100</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 45.

como p. ej. a los principios generales de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política, a los orientadores de las actuaciones administrativas en el sentido del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, y reflejados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011<sup>101</sup>.

Es una parte de la constelación denominada “*Derecho-Privado-Administrativo*”, que originada conceptualmente en la doctrina de Wolff, H.J. y resaltada por Krebs<sup>102</sup>, se refiere a que

*un sujeto de la administración pública se ocupa de relaciones de derecho privado, ...con la finalidad de perseguir propósitos de la administración pública, cuya particularidad se presenta en que los titulares de la administración están subordinados a las vinculaciones éticas de derecho público.*

Como Ehlers resalta, no significa una nueva modalidad del derecho, sino que constituye, la aplicación a la administración estatal, de normas de derecho privado y de derecho público<sup>103</sup>.

### **b) Ausencia de un caso de cooperación de derecho público**

Ahora bien, la cesión de una función estatal a un tercero no genera necesariamente como resultado una privatización de tareas públicas, toda vez que como tales entran en consideración personas de derecho privado y personas de derecho público<sup>104</sup>.

Cuando la obligación estatal se transfiere a otra persona de derecho público, las obligaciones afectadas permanecen entre sí en su carácter de obligaciones estatales o tareas estatales. Configurando la cesión de obligaciones –v. gr. de

<sup>101</sup> Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011, disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249> (10.02.2011).

<sup>102</sup> Krebs, Walter. *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (52), Berlin, Ed. de Gruyter, 1993. p. 273, quien se remite a Wolff, Hans Julius, *Verwaltungsrecht I*, München: Beck, 1956, p. 73.

<sup>103</sup> Ehlers, *Verwaltungsverfahren*, op. cit., p.154, número de margen 81.

<sup>104</sup> Así Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit, p. 103, con mas referencias, entre otros, Arndt, Hans-Wolfgang/Walter, Cristine, *Zur Verteilung der Abfallentsorgung zwischen Verursacher und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger, privatem Dritten und Verbänden*, en: Gewerbearchiv -WiVerw, Alfeld, ed. Gildebuchverlag GmbH & Co, 1997, p. 183, (223).

competencias de ejecución de obligaciones<sup>105</sup>—, una cooperación de derecho público dentro del organismo administrativo (*Verwaltungsorganismus*), que tiene una significativa importancia práctica, para la optimización de la administración pública<sup>106</sup>.

Sin embargo, en la Ley 1 de 1991, la obligación debe transferirse a una sociedad anónima de derecho privado. De conformidad con lo anterior, si se otorga la ejecución de una tarea estatal a una sociedad de derecho privado, aún en el caso de concesión a una sociedad portuaria con capital netamente público, la obligación se transfiere a un particular y por ende, no representa un caso de cooperación de derecho público. Una cooperación de esta naturaleza puede observarse por ejemplo, en la primera parte del inciso I del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que establece la competencia para la asociación entre entidades públicas con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, v. gr. mediante la celebración de convenios interadministrativos<sup>107</sup>.

### c) Privatización

Privatizar, no es únicamente el entregar de forma definitiva un negocio administrado originariamente por el Estado a los particulares. Privatizar significa en los términos de Burgi, la inclusión de particulares (personas naturales o jurídicas de derecho privado) en conexión con el cumplimiento de tareas estatales<sup>108</sup>. Concordantemente se distinguen como formas de privatización el sentido de Maurer<sup>109</sup>, Burgi<sup>110</sup>, Schoch<sup>111</sup>, Kahl<sup>112</sup>, entre otros. (1)

<sup>105</sup> Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit, p.150, con remisión a Pippke, Nicole, *Öffentliche und private Abfallentsorgung*, Berlin, Ed. Duncker & Humblot, 1999.

<sup>106</sup> Así Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit, p. 150, basado en Peters, Hans, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin, Ed. Springer, 1949, p. 53; Rasch, Ernst, *Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten (Delegation, Mandat, Ausfüllung von Rahmenbestimmungen)*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft -DÖV*, Stuttgart, Ed. Kohlhammer Verlag, 1957, p. 337.

<sup>107</sup> Cf. "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

<sup>108</sup> Así Burgi, Martin, *Verwaltungsorganisationsrecht*, En Erichsen, Hans-Uwe./Ehlers, Dirk, *Allgemeines...*, op. cit, p. 269, número de margen 7.

<sup>109</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 618, número de margen 61 y s.

<sup>110</sup> Cf. Burgi, *Allgemeines*, op. cit, p. 269, número de margen 7.

<sup>111</sup> Cf. Schoch, Friedrich, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, en *Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl*, Köln, Ed. Carl Heymanns Verlag, 1994, 962 y s.

<sup>112</sup> Cf. En materia de privatización de suministro de agua, ante todo Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung*, op. cit., pp. 441 (443 y s.).

La privatización organizacional o formal, (2) la privatización de cumplimiento o funcional, (3) la privatización de funciones o material, (4) la privatización patrimonial y, como una particularidad del derecho administrativo alemán de integración de particulares en la garantía de tareas estatales, (5) la así llamada, “*Beleihung*”<sup>113, 114</sup>. Se trata de múltiples modalidades de interacción entre la administración pública y privada inmediata o mediata, que pueden razonarse en el ámbito de los denominados, “*public-private partnerships*”, constituidos por unidades privadas y estatales, frente al contrapuesto modelo de actuación de cooperaciones de derecho público o “*public-public partnerships*”<sup>115</sup>.

### 1) Privatización organizacional

La privatización organizacional se presenta cuando el Estado para la salvaguarda de tareas estatales, cambia su forma jurídica, constituyendo o asumiendo organizaciones de derecho privado con capacidad jurídica, v. gr. sociedades comerciales<sup>116, 117</sup>. Una forma de expresión de estas tareas es el aseguramiento del “*Daseinsvorsorge*” (concepto acuñado en el derecho alemán por E. Forsthoff), o de la “*previsión de asistencia*” estatal<sup>118</sup>, el cual establece,

<sup>113</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 615, número de margen 56 y s., Burgi, *Allgemeines*, op. cit., p. 277, número de margen 24; Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, p. 146.

<sup>114</sup> Sobre la ausencia de privatización de la justicia ante el arbitraje, Muriel-Ciceri, José Hernán, *Protección efectiva de derechos a la luz de la normatividad colombiana de arbitraje*, En Revista Arbitraje Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 747 (751 y s.); sobre la protección de recursos públicos, y “*la interacción de los particulares en la administración de los recursos de regalías considerados como públicos, como un caso de privatización funcional, donde los bienes afectados están sometidos a una prohibición con reserva de autorización del Estado*” en el sentido de D. Lorenz, Muriel-Ciceri, José Hernán, *Concepto: Modalidades de Fraude Financiero Mediante Negociaciones de Títulos en Bolsas de Valores*, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Bogotá, –USAID–, Programa de Consolidación de la Gobernabilidad Regional - CIMIENTOS, 05.2011, pp. 138, 133 y s.

<sup>115</sup> Sobre los conceptos de “*public-private partnerships*”, y “*public-public partnerships*”, ante todo Burgi, *Funktionale Privatisierung*, op. cit., pp. 98 y s. Respecto a los “*private-public-partnerships*” en materia de abastecimiento de aguas, ante todo Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung*, op. cit., p. 441 (446).

<sup>116</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 618, número de margen 61.

<sup>117</sup> V. gr. Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbH) o Sociedades Anónimas (AG), Cf. Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung*, op. cit., p. 441 (443). En este sentido también Schoch, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, op. cit., p. 862.

<sup>118</sup> Cf. Debe tenerse presente que “*Daseinsvorsorge*” no es correspondiente a la noción de “*servicio público*” conocida tradicionalmente por el derecho colombiano, sino que es mucho más amplia y garantista, acuñada por el derecho alemán por Ernts Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1 Band, 9. Auflage, Vorbem. Vor § 19, München, Ed. C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1966, p. 342. Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 183. Como

la obligación del Estado de crear, mejorar y conservar las posibilidades de vida así como de calidad de ésta para sus miembros<sup>119, 120</sup>. Ahora bien, si el Estado garantiza las tareas a través de una sociedad con participación únicamente Estatal, se trata de una “*sociedad propia*” (*Eigengesellschaft*)<sup>121</sup>, caso contrario se está frente a una sociedad de participación mixta<sup>122</sup>.

Se trata de una modalidad de privatización, en la que el Estado tiene la opción de acceder al mercado como empresario<sup>123</sup>, v. gr. participando en igualdad de condiciones en un trámite de concesión o constituyendo una mancomunidad de intereses públicos (p. ej. municipales), para la prestación directa de un servicio etc., limitado consecuentemente, por las necesarias vinculaciones de derecho público resaltadas por Maurer<sup>124</sup> y Ehlers<sup>125</sup>. En el caso colombiano la competencia de control estatal de los recursos públicos y su gestión fiscal, no se restringe en esta modalidad, sino que permanece consecuentemente incólume, en consonancia con el artículo 267 en unión con el artículo 272 de la Constitución Política que exige su control por la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales<sup>126</sup>, aún en el caso de ser administrados a cualquier título por los particulares. Así como de conformidad con la facultad

---

Ronellenfisch señala, el “*Daseinsvorsorge*” sirve únicamente de forma directa a los intereses públicos, Ronellenfisch, Michael, *Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff*, en Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstag von Prof. h.c. Ernst Forsthoff. (Blümel, Willi), - Berlin 2003, pp. 53 (84 y s.).

<sup>119</sup> Cf. Lorenz, *Die Öffentlichen Sache*, op. cit., p. 812, (814).

<sup>120</sup> Cf. Sobre la eliminación de residuos sólidos domésticos como una tarea obligatoria (necesaria) en el ámbito de “*Daseinsvorsorge*” de los municipios y el debate en la ejecución de la eliminación de papel reciclable, especialmente Hofmann, Ekkehard, *Kommunen Zwischen Daseinsvorsorge Und Wirtschaftslenkung: Die Altpapierentsorgung Als Regulierungsaufgabe*, en: Die Verwaltung, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, pp. 511 (514 y s.).

<sup>121</sup> Que tienen capacidad jurídica, diferenciándose en ello de las denominadas formas de organización de la administración, de los organismos administrativos “*Regie- und Eigenbetriebe*”, frente a los cuales es responsable la entidad matriz por el cumplimiento de una función estatal cedida, Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit, pp. 105-106.

<sup>122</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 618, número de margen 61.

<sup>123</sup> Sobre el concepto de “*Estado como Empresario*” ante todo Storr, Stefan *Der Staat als Unternehmer: öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2001, ej. p. 471 y s.; adicionalmente, Stober, Rolf/Bretthauer, Stefan, *Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht: Grundzüge des Wirtschaftsprivat-, Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsstrafrechts*, Stuttgart, Ed. Kohlhammer, 2007, pp. 312 y s.

<sup>124</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., pp. 44 y s.

<sup>125</sup> Ehlers, *Verwaltungsverfahren*, op. cit., p. 154, número de margen 81.

<sup>126</sup> Cf. Constitución de Colombia, Sentencia C-557/09 del 20.08.2009, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-557-09.htm> (11.02.2011).

de intervención en defensa del patrimonio público de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido del numeral 7 del artículo 277 de la Constitución<sup>127</sup>. Esta modalidad puede representar, en especial, para los municipios o ciudades, una forma de prestar directamente servicios públicos tales como, de transporte masivo, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales o de residuos sólidos, etc.<sup>128</sup>, lo que permitiría que las utilidades resultantes puedan a través de régimen especial, coadyuvar de forma necesaria y laudable a las finanzas públicas territoriales.

## 2) Privatización funcional

En la privatización funcional, el Estado cede a un particular la función pública, para que éste actúe por razón de su conocimiento especializado o capacidades técnicas, de forma autónoma o vinculado a instrucciones<sup>129</sup>. Así llamado, “*Verwaltungsbelfer*”<sup>130</sup>. Aquí, la competencia y responsabilidad por la obligación cedida, permanece en la autoridad administrativa –cedente–<sup>131</sup>. En este caso como Burgi establece, es escindida una parte de contribución de la responsabilidad estatal de cumplimiento, y cedida a particulares<sup>132</sup>, quienes permanecen vinculados no organizacionalmente, sino funcionalmente a la estructura mediata de responsabilidad estatal, hasta el cumplimiento de la tarea<sup>133</sup>. Por su parte el cesionario, es responsable de la legal ejecución de la obligación cedida<sup>134</sup>, permaneciendo la obligación en su calidad de estatal, hasta tanto el Estado funja como “*el último sujeto responsable de imputación final*”<sup>135</sup>, del cumplimiento de las obligaciones correspondientes<sup>136</sup>.

<sup>127</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-743/98 del 2.12.1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, disponible en: <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/C-743-98.HTM> (11.02.2011).

<sup>128</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., pp. 44 y s.

<sup>129</sup> Así ante todo, Maurer, *Allgemeines*, op. cit., pp. 619 y s.

<sup>130</sup> Véase ante todo Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungsbilfe: Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht*, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 1999, ej. p. 252. Asimismo, en el régimen del derecho de aguas en Alemania véase ante todo Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung*, op. cit., p. 441 (443).

<sup>131</sup> Así ante todo, Maurer, *Allgemeines*, op. cit., pp. 619 y s. Véase también Schoch, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, op. cit., p. 862 (863).

<sup>132</sup> Así Burgi, *Allgemeines*, op. cit., p. 280.

<sup>133</sup> Cf. Burgi, *Allgemeines*, op. cit., p. 282.

<sup>134</sup> Cf. Ante todo, Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 619 y s.

<sup>135</sup> Así Burgi, *Beleibung und Verwaltungsbilfe*, En Stober, Rolf/ Olschok, Harald, *Handbuch des Sicherheitsgewerberechts*, München, Ed. C. H. Beck Verlag, M. (2004), J II número de margen 4.

<sup>136</sup> Cf. Muriel-Ciceri, J.H. *Die Übertragung*, op. cit., p. 145.

### 3) Privatización material

En concordancia con Burgi, en la privatización material de tareas o regulada autorregulación<sup>137</sup>, el Estado se retira totalmente<sup>138</sup> y cede a los particulares la función pública, con ella, la responsabilidad por su consecución, quien cumple ésta a su propio nombre a través de los medios del derecho privado<sup>139</sup>. Esta cesión que Kahl denomina, parcial de la tarea pública, corresponde a la permanente vigencia de la “*responsabilidad de garantía*” del Estado (*Gewährleistungsverantwortung*), por el adecuado cumplimiento<sup>140</sup> de las obligaciones públicas cedidas<sup>141</sup>. Concordantemente en el sentido de Kahl, los modelos de concesión, se ajustan por razón de su contenido a la modalidad de privatización material, en razón de las relaciones jurídicas constituidas frente a los usuarios (ej. tarifas)<sup>142, 143</sup>. Ahora bien, teniendo presente que lo cedido temporalmente son tareas públicas, al finalizar las obligaciones encomendadas, sea por su ejecución o por infracción, retorna al Estado la ejecución de su cumplimiento, presentándose allí un caso de estatalización del aseguramiento materialmente privatizado de las obligaciones<sup>144</sup>.

Es así como en las modalidades de privatización material no puede escindirse una reserva del derecho (en el sentido de Lorenz<sup>145</sup>), de reversión de las obligaciones cedidas, en razón del vencimiento del término de la cesión o del incumplimiento de ésta. Frente a ello, el Estado puede asumir nuevamente las obligaciones de forma gratuita y extinguir el derecho, o mejor, la obligación cedida en el tercero<sup>146</sup>.

<sup>137</sup> Así Burgi, M., *Allgemeines*, op. cit., p. 282.

<sup>138</sup> En este sentido también Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung*, op. cit., p. 441 (445).

<sup>139</sup> Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op.cit., p. 148; Maurer, Hartmut, *Allgemeines*, op. cit., p. 618.

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> Cf. Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung*, op. cit., p. 441 (443).

<sup>142</sup> Cf. Kahl, Wolfgang, *Die Privatisierung*, op. cit., p. 441 (444), quien resalta que la viabilidad de los modelos concesión en el derecho de aguas, como una modalidad de privatización material y no “*simplemente*” funcional, depende de la regulación correspondiente de los Bundesländer.

<sup>143</sup> En este sentido también Burgi, *Allgemeines*, op.cit, p. 283, nota al pie 101.

<sup>144</sup> Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., pp. 149, 150.

<sup>145</sup> Cf. Ante todo en el derecho alemán, Lorenz, Dieter, Der Heimfall von Wasserkraftanlagen nach Erlöschen des Wasserbenutzungsrechts, En Bayerische Verwaltungsblätter, En Bayerische Verwaltungsblätter, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 1989, p. 321.

<sup>146</sup> Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op.cit., p. 149, 150.

#### 4) Privatización patrimonial

En el sentido de Maurer<sup>147</sup> un caso de privatización patrimonial se presenta, cuando el estado enajena activos a particulares como inmuebles o participaciones en sociedades<sup>148</sup>. Esto es, es una modalidad en la cual el Estado escinde de sí una parte, y en el sentido de Schoch cede la correspondiente propiedad<sup>149</sup>, lo que puede representar una privatización total o parcial.

#### 5) Beleihung

Una particularidad del derecho administrativo alemán de integración de particulares en la garantía de tareas estatales, es la altamente meditada en el transcurso del tiempo, y así denominada, “*Beleihung*”<sup>150</sup>. Características de esta modalidad pueden distinguirse en Burgi, (2004, 1999), Di Fabio (1997), Huber (1952), Ossenbühl<sup>151</sup>, (1971), Vogel, (1959) (1971), Steiner (1969, 1970, 1975)<sup>152, 153</sup>, etc. Concordantemente, un caso de “*Beleihung*” se presenta, cuando a una persona de derecho privado le son concedidos<sup>154</sup> poderes soberanos<sup>155</sup> para la salvaguardia de obligaciones de derecho público a ceder<sup>156</sup>. Distinguiendo como poderes soberanos, únicamente aquellos derechos que originariamente

<sup>147</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 619, número de margen 64.

<sup>148</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 619, número de margen 64.

<sup>149</sup> Schoch, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, op. cit, p. 862.

<sup>150</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 615, número de margen 56 y s., Burgi, *Allgemeines*, op.cit, p. 277, número de margen 24; Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 146.

<sup>151</sup> Ossenbühl, Fritz, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, En Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Número 29, Berlin, Ed. de Gruyter, 1971, p. 137 y s.

<sup>152</sup> Cf. Steiner, Udo, *Der “beliebene Unternehmer” VG Münster*, *NJW* 1967, 171, en Juristische Schulung -JuS, München, Ed. Verlag C.H. Beck, 1969, pp. 69 y s.; *Öffentliche Verwaltung durch Private*, en *Die Öffentliche Verwaltung -DÖV*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1970, p. 526; *Öffentliche Verwaltung durch Private. Allgemeine Lehren*, en Friauf, Karl Heinrich, “Wirtschaftsverfassungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht”, Bd. 10, Hamburg, 1975.

<sup>153</sup> Etcétera.

<sup>154</sup> Cf. Huber, Rudolf Ernst, *Beliehene Verbände, Ein Beitrag zu den Rechtsformen des Wirtschaftsverwaltungsrechts*, Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl, Köln, Ed. Carl Heymanns Verlag, 1952, p. 456; Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 146.

<sup>155</sup> Cf. Di Fabio, Udo, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, 56. En Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin, Ed. de Gruyter, 1997, p. 235 (271); Muriel-Ciceri, J.H. (2006), p. 146.

<sup>156</sup> Cf. Di Fabio, Udo *Verwaltung und Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 235 (271); Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 146.

se encuentran en el poder reservado del Estado<sup>157</sup> y que le facultan<sup>158</sup> para la utilización del instrumental de derecho público<sup>159, 160</sup>. Como ejemplos de poderes soberanos en su carácter de poderes de autoridad, se consideran, la expedición de actos administrativos y la imposición de tarifas. Estas últimas en estricto sentido, ello es, cuando adicionalmente pueden requerirse por la vía del derecho público, y no cuando en su contenido material, se asimilan a retribuciones que pueden establecerse y requerirse por medio del derecho privado<sup>161</sup>. Este es el caso de las tarifas de las sociedades portuarias<sup>162</sup>, que no pueden ser establecidas arbitrariamente, sino de conformidad con la metodología establecida en el artículo 19 de la Ley 1 de 1991 y en especial, de acuerdo con la Resolución 723 de 1991<sup>163</sup> en unión con la Resolución 426 de 1997, para aquellas por uso de las instalaciones de las sociedades portuarias que operan puertos de servicio público. Asimismo se indica expresamente

<sup>157</sup> Cf. Vogel, Klaus, öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, En Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht, Laun Rudolf/Ipsen Hans Peter, Hamburg, Ed. Kommissionsverlag Ludwig Appel, 1959, p. 81; asimismo Vogel, Klaus, *Diskussions-Beitrag zum zweiten Beratungsgegenstand: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, En Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin, Ed. de Gruyter, 1971, p. 256; Burgi, *Beleibung und Verwaltungshilfe*, op. cit., J II número de margen 10; Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 146.

<sup>158</sup> Cf. Burgi, *Beleibung und Verwaltungshilfe*, op. cit., J II número de margen 10; Krebs, Walter, Verwaltungsorganisation, En: Isensee, Josef/Kirchhof Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Das Handeln des Staates, Heidelberg, Ed. C.F. Müller Juristischer Verlag, 1996, § 69 número de margen 39, nota al pie 134; Vogel, , öffentliche Wirtschaftseinheiten, op. cit., p. 81; asimismo Vogel, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, op. cit., p. 256; Dumer, Wolfgang, *Rechtsfragen der Privatisierung in der Bundeswehrverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 87b GG*, Verwaltungsarchiv, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 18 (24); Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 146.

<sup>159</sup> El término “instrumental de derecho público”, en el sentido mencionado ha sido acuñado ante todo por Burgi, *Beleibung und Verwaltungshilfe*, op. cit., J II número de margen 10.

<sup>160</sup> Cf. *Ibíd.*; Krebs, Verwaltungsorganisation, op.cit., § 69 número de margen 39, nota al pie 134; Vogel, öffentliche Wirtschaftseinheiten, op.cit. 81; asimismo Vogel, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, p. 256; Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 146.

<sup>161</sup> Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 147.

<sup>162</sup> Cf. Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sentencia del 25.08.1995, Exp. No. 7112. Actor: Hugo Palacios Mejía. C/La Nación. Superintendencia de Puertos, Consejero Ponente Guillermo Chahín Lizcano, disponible en: Lexbase (11.02.2011). Adicionalmente, véase sobre la diferencia entre tasa en el sentido del artículo 27.2 de la Ley 1 de 1991 y contribución en el sentido del artículo 5.2 y 7 de la Ley 1 de 1991, Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sentencia del 21.11.2007, Rad. 11001-03-27-000-2005-00068-00(15851), Actor: José Vicente Guzmán Escobar, Demandado: Superintendencia de Puertos y Transporte, Consejera Ponente Ligia López Díaz, disponible en: Lexbase (11.02.2011).

<sup>163</sup> Ministerio de Transporte de Colombia, Superintendencia General de Puertos, Resolución No. 723, del 13 de julio de 1993, “Por la cual se adopta la mitología para el cálculo de las tarifas portuarias por uso de las instalaciones de las sociedades Portuarias que operan puertos de servicio público”.

por el inciso II del artículo 31 de la Ley 1 de 1991, que aún en los casos de las sociedades portuarias en donde existen aportes públicos, sus actos y contratos, (v. gr. el requerimiento de cobro de las tarifas), “*se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atención al porcentaje que tales aportes representen dentro del capital, ni a la naturaleza del acto o contrato*”.

Ahora bien, el acceso por un privado, a poderes estatales soberanos fungiendo como “*Beliebener*”, se entiende restringido y excepcional<sup>164</sup>. Ejemplos de “*Beleihung*” son en el derecho alemán, el capitán de un barco o de una aeronave, quien está autorizado a la utilización de facultades de derecho público en situaciones de emergencia<sup>165</sup>, el ingeniero interventor de estática para construcciones<sup>166</sup>, los expertos de las asociaciones técnicas de inspección para la revisión de automotores<sup>167</sup>, entre otros, donde la cualificación de su estatus no es ni puede ser automática, sino que depende en cada caso del contenido normativo de su autorización<sup>168</sup>.

#### **d) En summa**

La concesión portuaria por petición en interés particular o por oferta oficiosa, para los puertos cuyo objeto es el servicio público o privado de importación o exportación de bienes, puede comprenderse en especial, de conformidad con el contenido de los artículos 5.2, 5.20, 29.1, de los incisos I, II del artículo 6 de la Ley 1 de 1991 y del artículo 9.1 del Decreto 4735 de 2009, como una modalidad de privatización material de cesión de tareas públicas, atinentes a la construcción, mantenimiento y operación de un puerto (art. 1, III Ley 1 de 1991), en playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias aquéllas o éstos, que hacen parte del dominio del Estado.

## **II. CONCLUSIONES**

- I. La concesión portuaria, para los puertos cuyo objeto es el servicio público o privado de importación o exportación de bienes, puede entenderse como la cesión temporal que la Nación realiza de la función estatal de construcción, mantenimiento y operación de un puerto a una sociedad portuaria a cambio de una contraprestación, que permite a la sociedad

<sup>164</sup> Cf. Muriel-Ciceri, *Die Übertragung*, op. cit., p. 146.

<sup>165</sup> Cf. Burgi, *Allgemeines*, op. cit., p. 278, número de margen 24.

<sup>166</sup> Cf. Maurer, *Allgemeines*, op. cit., p. 616, número de margen 56.

<sup>167</sup> Cf. Burgi, *Allgemeines*, op. cit., p. 278, número de margen 25.

<sup>168</sup> Cf. Burgi, *Allgemeines*, op. cit., p. 277, número de margen 23.

portuaria cesionaria, el uso y goce temporal y exclusivo de bienes de uso público, como playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias (art. 5.2, 5.20, 1 I, II Ley 1 de 1991).

- II. Las sociedades portuarias, tienen el estatus jurídico de sociedades anónimas (art. 5.20 Ley 1 de 1991), que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1, se rigen por las normas del Código de Comercio, por la Ley 1 y disposiciones concordantes. Son verdaderas sociedades de derecho privado en su constitución en general, pero también sus actos y contratos, incluso en donde existen aportes públicos, se rigen por las reglas del derecho privado, sin atención al porcentaje que tales aportes representen dentro del capital, ni a la naturaleza del acto o contrato.
- III. El trámite de concesión tiene dos modalidades de operación, por petición de la concesión (art. 9 Ley 1 de 1991), o por su oferta oficiosa (art. 13 Ley 1 de 1991).
- IV. La procedibilidad de la concesión está sometida al examen estatal de fiabilidad del concesionario para la ejecución de las obligaciones cedidas.
- V. La concesión se realiza en dos etapas, la primera de expedición del acto administrativo de autorización (art. 20 II Decreto 4735 de 2009, 14 Ley 1 de 1991), y la segunda, atinente al contrato administrativo que la materializa (art. 5.2 Ley 1 de 1991, art. 2, 18 Decreto 1800 de 2003, art. 2 Decreto 4735 de 2009).
- VI. El principio de proporcionalidad acuñado por el derecho público alemán, es también en especial, un verdadero principio del derecho administrativo, que aún antes de la aplicación de los postulados de la Constitución Política de 1991, puede considerarse asimismo parte integral del derecho administrativo colombiano, al observar cercanamente el contenido y teleología del artículo 36 del actual Código Contencioso Administrativo, y reflejado en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011.
- VII. El otorgamiento del acto administrativo (resolución) de autorización de la concesión, dentro del trámite iniciado por petición de parte o por oferta de oficio, se expide en ejercicio de una facultad discrecional del Estado. Esto es, de arbitrio reglado, acto ante el cual, en caso de ser analizado, también en sede contenciosa administrativa a la luz del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (ó 44 de la Ley 1437 de 2011), debe

verificarse si tal medida fue adecuada, necesaria y proporcional en sentido estrecho. Este examen es extensible a las demás actuaciones de la administración en ejercicio del poder discrecional.

- VIII. La Ley 1 de 1991 y el Decreto 4735 de 2009, prevén una especial obligación de control y asunción de las obligaciones estatales objeto de la concesión.
- IX. Son múltiples las modalidades de interacción entre la administración pública y privada inmediata o mediata, que pueden razonarse en el ámbito de los denominados “*public-private partnerships*”, frente al modelo de actuación de cooperaciones derecho público o “*public-public partnerships*”.
- X. Un caso de cooperación de derecho público está consagrada, en la primera parte del inciso I del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que establece la competencia a las entidades públicas para su asociación, con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, como por ejemplo, mediante la celebración de convenios interadministrativos.
- XI. En especial, cuando el Estado para la salvaguarda de tareas estatales, constituye o asume con capital público, el carácter de organización de derecho privado con capacidad jurídica, en la regla, no utiliza los derechos soberanos del Estado y constituye una modalidad del actuar estatal como empresario, que puede coadyuvar, p. ej. al necesario fortalecimiento de las finanzas públicas territoriales.
- XII. El Estado organizacionalmente constituido como particular, puede excepcionalmente actuar con facultades soberanas por razón de la Ley, sin embargo, una interpretación constitucional frente a las facultades derivadas de esta modalidad, p. ej., entre otros, frente, al inciso II del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en lo correspondiente a la constitución de personas jurídicas sin ánimo de lucro, debe atender a los criterios especiales de interpretación, v. gr. en el sentido Hesse<sup>169</sup> y Maurer<sup>170</sup>, de unidad de la constitución, concordancia práctica, efecto integrador, fuerza normativa de la Constitución, y en este caso en especial, de exactitud funcional. En el sentido, que la función de control del legislador asignada a la Corte

<sup>169</sup> Cf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, op. cit., p. 28, número de margen 73.

<sup>170</sup> Cf. Maurer, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 24 y s.

Constitucional, se desbordaría al suplirlo, teniendo presente además, el contenido del inciso I del artículo 230 y 241 de la Constitución Política.

- XIII. La autonomía de la voluntad del particular se diferencia de la autonomía reglada del Estado, la que esta diáfananamente limitada por la Constitución y la Ley. En especial, por la salvaguardia y realización de los principios y derechos constitucionales fundamentales así como los principios de la administración pública, consagrados en la Constitución (art. 209 C.P.) y la Ley (Ej. art. 3 del C.C.A. y 3 de la Ley 1437 de 2011. Asimismo en lo correspondiente, por los principios especiales de la contratación estatal, v. gr. transparencia, legalidad, buena fe, moralidad, y planeación art. 3, 32, 25 numeral 7 y 12, de la Ley 80 de 1993 y art. 5 de la Ley 1150 de 2007).
- XIV. Como modalidades de privatización se distinguen, (1) la privatización organizacional o formal, (2) la privatización de cumplimiento o funcional, (3) la privatización de funciones o material, (4) la privatización patrimonial y, como una particularidad del derecho administrativo alemán de integración de particulares en la garantía de tareas estatales, (5) la así llamada “*Beleihung*”.
- XV. El acceso de terceros a las obligaciones estatales del artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991, debe procurar el bienestar común y la observancia de los principios constitucionales estatales<sup>171</sup>. La ejecución de estas obligaciones se encuentra en el derecho de reserva del Estado, el cual establece en derecho colombiano y de acuerdo con el concepto acuñado por Lorenz, “*una prohibición con reserva de concesión*”, en virtud del cual, la concesión portuaria se encuentra en el margen de discrecionalidad de la autoridad cedente, como arbitrio atado a derecho, quien debe actuar con base en el bienestar general y en observancia de la realización del principio de Estado Social<sup>172</sup>. En este sentido, no hay lugar a una exigencia por el tercero a la concesión.
- XVI. La concesión portuaria por petición en interés particular o por oferta oficiosa, para los puertos cuyo objeto es el servicio público o privado de importación o exportación de bienes, constituye contemporáneamente, de conformidad con la historia, contenido, sistemática y teleología de los artículos 5.2, 5.20, 29.1, 6 I, II de la Ley 1 de 1991 y 9.1 del Decreto 4735 de 2009, una modalidad de privatización material de tareas públicas.

<sup>171</sup> En este sentido ante todo Lorenz, *Die öffentliche Sache*, op. cit., 812 (814).

<sup>172</sup> *Ibíd.*

**BIBLIOGRAFÍA**

- Arndt, Hans-Wolfgang/Walter, Cristine. *Zur Verteilung der Abfallentsorgung zwischen Verursacher und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger, privatem Dritten und Verbänden*, en: Gewerbearchiv-WiVerw, Alfeld, Ed. Gildebuchverlag GmbH & Co., 1997.
- Badura, Peter. *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, en: Schmidt-Aßman, Eberhard, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11 Auflage, Berlin, Ed. De Gruyter Recht, 1999.
- Burgi, Martin. *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht*, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 1999.
- Burgi, Martin. *Beleihung und Verwaltungshilfe*, En Stober, Rolf/ Olschok, Harald, *Handbuch des Sicherheitsgewerberechts*, München, Ed. C. H. Beck Verlag, 2004.
- Burgi, Martin. *Verwaltungsorganisationsrecht*, En Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Ed. De Gruyter Recht, 2006.
- Di Fabio, Udo. *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, 56, En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, Ed. De Gruyter, 1997.
- Durner, Wolfgang. *Rechtsfragen der Privatisierung in der Bundeswehrverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 87b GG*, *Verwaltungsarchiv*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005.
- Durner, Wolfgang. *Konflikte räumlicher Planungen: verfassungs-, verwaltungs- und gemeinschaftsrechtliche Regeln für das Zusammentreffen konkurrierender planerischer Raumansprüche*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- Ehlers, Dirk. *Verwaltungsverfahren*, En Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Ed. De Gruyter Recht, 2006.
- Ernts Forsthoff. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1 Band, 9. Auflage, Vorbem. Vor § 19, München, Ed. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1966.
- Gurlit, Elke. *Verwaltungsvertrag und Gesetz: eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität*, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2000.

- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, Ed. C.F. Müller, 1999.
- Hofmann, Ekkehard, Kommunen Zwischen Daseinsvorsorge Und Wirtschaftslenkung: Die Altpapierentsorgung Als Regulierungsaufgaben: Die Verwaltung, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, p. 511.
- Huber, Rudolf Ernst, *Beliebene Verbände*, Ein Beitrag zu den Rechtsformen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl, Köln, Ed. Carl Heymanns Verlag, 1952.
- Ipsen, Jörn, Staatsrecht I, München, Ed. Luchterhand, 2005.
- Jestaedt, Matthias, *Maßstäbe des Verwaltungsbandels*, En Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin, Ed. De Gruyter Recht, 2006.
- Kahl, Wolfgang, Die Privatisierung der Wasserversorgung, en Gewerbearchiv-WiVerw, Alfeld, ed. Gildebuchverlag GmbH & Co, 2007, p. 441.
- Krebs, Walter, *Verwaltungsorganisation*, En: Isensee, Josef/Kirchhof Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, Das Handeln des Staates, Heidelberg, Ed. C.F. Müller Juristischer Verlag, 1996.
- Krebs, Walter. Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (52), Berlin, Ed. de Gruyter, 1993.
- Kübler, Friedrich/Assmann, Heinz-Dieter, Gesellschaftsrecht: die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, Heidelberg, Ed. C.F. Müller, 2006.
- Leible, Stefan, La Importancia De La Autonomía Conflictual Para El Futuro Del Derecho De Los Contratos Internacionales, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, p. 215, disponible en <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1156/555> (11.09.2011).
- Lorenz, Dieter, *Der Heimfall von Wasserkraftanlagen* nach Erlöschen des Wasserbenutzungsrechts, En Bayerische Verwaltungsblätter, Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, Stuttgart 1989, p. 321.
- Lorenz, Dieter, Die öffentliche Sache als Instrument des Umweltschutzes, en Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), München, Ed. Verlag C.H. Beck, 1989, p. 812.

- Lorenz, Dieter, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage beim verwaltungsrechtlichen Vertrag, en Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl, Köln, Ed. Carl Heymanns Verlag, p. 865.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage. München, Ed. Verlag C.H. Beck, 2004.
- Maurer, Hartmut, Staatsrecht I, 3. Auflage, Ed. Verlag C.H. Beck München, 2003.
- Muriel-Ciceri, José Hernán, Die Übertragung der Abfallentsorgung auf Dritte, Konstanz, Ed. Hartung-Gorre Verlag, 2006.
- Muriel-Ciceri, José Hernán, Aspectos de la unificación del Derecho Internacional Privado en Europa y América Latina (Derecho de obligaciones contractuales): una comparación entre el Reglamento Roma I y la Convención de México de 1994, desde la óptica de la elección del derecho aplicable, Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIP), Tomo VIII, Madrid, Ed. Iprolex, 2008, p. 645.
- Muriel-Ciceri, José Hernán, Protección efectiva de derechos a la luz de la normatividad colombiana de arbitraje, En Revista Arbitraje Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 747.
- Muriel-Ciceri, José Hernán, Concepto: Modalidades de Fraude Financiero Mediante Negociaciones de Títulos en Bolsas de Valores, Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Bogotá, -USAID-, Programa de Consolidación de la Gobernabilidad Regional - CIMIENTOS, 05.2011.
- Ossenbühl, Fritz, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, En Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Número 29, Berlin, Ed. de Gruyter, 1971.
- Peters, Hans, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Ed. Springer, 1949.
- Pippke, Nicole, Öffentliche und private Abfallentsorgung, Berlin, Ed. Duncker & Humblot, 1999.
- Pünder, Hermann, Verwaltungsverfahren. En Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin, Ed. De Gruyter Recht, 2006.
- Rasch, Ernst, Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten (Delegation, Mandat, Ausfüllung von Rahmenbestimmungen), En Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft -DÖV, Stuttgart, Ed. Kohlhammer Verlag, 1957.

- Remmert Barbara, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, Heidelberg, Ed. C.F. Müller Juristischer Verlag, 1995.
- Ronellenfitch, Michael, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, en Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlass des 100. Geburtstag von Prof. h.c. Ernst Forsthoff. (Blümel, Willi), - Berlin 2003.
- Schink, Alexander, en: Jarass, Hans/Ruchay, Dietrich/Weidemann, Clemens, KrW-/AbfG, München, Ed. Verlag C.H. Beck, 2003.
- Schlette, Volker, Die Verwaltung als Vertragspartner: Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Behörde und Bürger, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2000.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, Heidelberg, Ed. Springer-Verlag, 2006.
- Schoch, Friedrich, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, en Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl, Köln, Ed. Carl Heymanns Verlag, 1994, 962
- Schomerus, Thomas/Verstey, Ludger-Anselm, Weitere Vereinfachung des Abfallrechts - Auf dem Weg zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, en Lüneburger Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 14., Baden-Baden, Ed. Nomos, 2010.
- Stadler, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 14. Auflage, München, Ed. Verlag C.H. Beck, 2006.
- Steiner, Udo, Der "beliehene Unternehmer" VG Münster, NJW 1967, 171, en Juristische Schulung - JuS, München, Ed. Verlag C.H. Beck, 1969, p. 69.
- Steiner, Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private, en Die Öffentliche Verwaltung -DÖV, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1970, p. 526.
- Steiner Udo, Öffentliche Verwaltung durch Private. Allgemeine Lehren, en Friauf, Karl Heinrich, „Wirtschaftsverfassungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht“, Bd. 10, Hamburg, 1975.
- Stober, Rolf, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 13. Auflage, Stuttgart, Ed. Verlag W. Kohlhammer, 2004.
- Stober, Rolf/Bretthauer, Stefan, Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht: Grundzüge des Wirtschaftsprivat-, Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsstrafrechts, Stuttgart, Ed. Kohlhammer, 2007.

- Storr, Stefan, *Der Staat als Unternehmer: öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Ed. Mohr Siebeck, 2001.
- Tettinger, Peter, en: Tettinger, Peter/Wank, Rolf, *GewO Kommentar*, 7. Auflage, Muenchen, Ed. C.H. Beck Verlag, 2004.
- Versteyl, Ludger-Anselm, en: Kunig, Philip/Paetow, Stefan/Versteyl, Ludger-Anselm, *Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz: Kommentar*, München, Ed. Beck, 2003.
- Viloria de la Hoz, Joaquín, *De Colpuertos a las Sociedades Portuarias: Los puertos del Caribe Colombiano, 1990-1999*, Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, Cartagena, Ed. Banco de la República, 2000, p. 7, disponible en: <http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/pdf/DTSER16-PuertosCaribe.pdf> (16.11.2010).
- Vogel, Klaus, *öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand*, En *Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht*, Laun Rudolf/Ipsen Hans Peter, Hamburg, Ed. Kommissionsverlag Ludwig Appel, 1959.
- Vogel, Klaus, *Diskussions-Beitrag zum zweiten Beratungsgegenstand: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, Ed. de Gruyter, 1971.
- Voßkuhle, Andreas, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und Staatliche Verantwortung*, En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Número 62, Berlin, Ed. de Gruyter, 2003.

### **Legislación histórica y vigente**

- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia de 1991, segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html#1), (10.02.2011).
- Congreso de la República, Ley 1 de 1991, “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 39.626 de 11 de enero de 1991, disponible en: [http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/1991/ley\\_01\\_1991.php](http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/1991/ley_01_1991.php) (11.02.2011).

- Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de Octubre de 1993, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html), (10.02.2011).
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1150 de 2007, “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 No. 46.691 de 16 de julio de 2007, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1150_2007.html), (10.02.2011).
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1242 de 2008, “por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial 47.072, disponible en: [http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2008/Ley\\_1242.pdf](http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2008/Ley_1242.pdf), (10.02.2011).
- Presidente de la República de Colombia, Decreto-Ley 222 de 1983, “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 36.189 de febrero 6 de 1983, disponible en [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/decreto/1983/decreto\\_0222\\_1983.html](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/decreto/1983/decreto_0222_1983.html), (10.02.2011).
- Presidente de la República de Colombia y Ministros del Despacho, Decreto 1 de 1984, “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.”, Diario Oficial No. 36.439, del 10 de enero de 1984, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_contencioso\\_administrativo.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html), (10.02.2011).
- Presidente de la República de Colombia y Ministro de Transporte, Decreto 4735 de 2009, “por medio del cual se reglamenta el trámite de solicitud de concesiones para el desarrollo de actividades portuarias, previstas en la Ley 1ª de 1991 y en la Ley 1242 de 2008”, Diario Oficial de Colombia, 2 de Diciembre de 2009 (núm. 47551), disponible en: V/lex (10.02.2011). Decreto que derogó en su artículo 50, el Decreto 838 de 1992, por medio del cual se reglamentaba “el régimen de concesiones y licencias portuarias previstas en la Ley 1 de 1991”, Diario Oficial No. 40.460, del 29 de mayo de 1992, disponible en: [http://www.presidencia.gov.co/prensa\\_new/decretoslinea/1992/mayo/28/dec0838281992.pdf](http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1992/mayo/28/dec0838281992.pdf) (10.02.2011).
- Presidente de la República de Colombia y Ministro de Justicia, Decreto 410 de 1971, “Por el cual se expide el Código de Comercio”, Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971, disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html) (10.02.2011).

Presidente de la República de Colombia y Ministro de Transporte, Decreto 2400 de 2010, “por el cual se reglamentan el numeral 9.6 del artículo 9º y el artículo 12 de la Ley 1a de 1991 sobre garantías”, Diario Oficial de Colombia núm. 47762, 6 de Julio de 2010, disponible en: V/lex (10.02.2011).

Bundestag, Parlamento Federal Aleman, „Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 1 des Gesetzes vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2827) geändert worden ist“, Ley Alemana de Procedimiento Administrativo (VwVfG), disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/\\_40.html](http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_40.html), [http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/\\_62.html](http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_62.html), (14.02.2011).

Bundestag, Parlamento Federal Aleman, “Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Januar 2011 (BGBl. I S. 34) geändert worden ist”, Código Civil Alemán (BGB), disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_314.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_314.html) (14.02.2011).

Bundestag, Parlamento Federal Alemán, “Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 4 Absatz 14 des Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2258) geändert worden ist”, Ordenamiento de Industrias o Reglamento de la Industria (GewO), disponible en: [http://www.gesetze-im-internet.de/gewo/\\_35.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo/_35.html), (17.02.2011).

Proyecto de Ley 198 de 2009 (Senado), “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, disponible en [http://www.cntv.org.co/cntv\\_bop/basedoc/motivos/mtl008093.html](http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/motivos/mtl008093.html) (13.11.2010).

Exposición de Motivos “al proyecto de ley por el cual se dicta el estatuto de puertos”, # 107/90, disponible en: Lexbase (11.2010).

Proyecto de acto legislativo 107 y 130 Senado de 1990 (acumulados), “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones” (Ley 1 de 1991), disponible en: Lexbase (11.2010).

### **Sentencias Judiciales y Conceptos**

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad.: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030), Sentencia del 4.03.2003, Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR, Demandado: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Consejero Ponente Manuel Santiago Urueta Ayola, Disponible en Lexbase (10.02.2011)

- Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. 1175 del 23 de marzo de 2000, Actor: Ministro de Transporte, Referencia: Autoridades Portuarias, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, disponible en: Lexbase (10.02.2011).
- Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Rad. 19001-23-31-000-1999-01067-02(24710), del 3.12.2007, Actor: Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Otro, Demandado: Federación Nacional de Cacaoteros, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, disponible en Lexbase (10.02.2011).
- Consejo de Estado de Colombia, Radicación número: 25000-23-15-000-2010-01958-01(AC) del 7.10.2010, Actor: Sociedad Portuaria Delta del Rio Dagua S.A., Demandado: Ministerio de Transporte y Otro, Consejera Ponente María Elizabeth García González, disponible en Lexbase y en *190.24.134.67/pce/.../25000-23-15-000-2010-01958-01(AC).DOC* (11.02.2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-071/94, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-071-94.htm> (10.02.2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-474/94, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-474-94.htm> (11.02.2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/99 del 9.09.1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-671-99.htm> (11.02.2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-743/98 del 2.12.1998, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, disponible en: <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/C-743-98.HTM> (11.02.2011).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-068/09, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-068-09.htm> (10.02.2009).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-557/09 del 20.08.2009, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-557-09.htm> (11.02.2011).
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 27.11.1978 - 2 BvR 165/75, disponible en: <http://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BVerfGE%2050,%2050>, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv050050.html> (22.10.2010).