



INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES

RESOLUCIÓN No. 318 DE 2011 24 JUN 2011

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por  
OPP GRANELES S.A. contra la Resolución No. 100 de 2011"

LA GERENTE GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES,

En ejercicio de las facultades contenidas en la Ley 1ª de 1991 y su Decreto Reglamentario 4735 del 2 de diciembre de 2009, modificado por el Decreto 433 de 2010 y en especial en cumplimiento de las funciones establecidas en el Decreto 1800 de junio de 2003, el Decreto 3956 de 2010 y

**CONSIDERANDO:**

Que el 09 de febrero de 2011, el INCO expidió la Resolución No. 100 por la cual se archiva una solicitud de concesión portuaria presentada por OPP GRANELES S.A.

Que una vez notificada del acto administrativo en comentario y dentro del término legal previsto para ello, el pasado 17 de marzo de 2011, bajo el número de radicado 2011-409-007082-2 la misma empresa interpuso recurso de reposición, contra lo decidido en dicha resolución,

Que el recurso se presenta a través de apoderado debidamente autorizado para el efecto.

**Argumentos del recurrente**

En el recurso interpuesto contra la Resolución No. 100 de 2011, OPP GRANELES S.A., manifiesta que el INCO ha incurrido en falsa motivación, y dos errores de hecho. Respecto de la falsa motivación, el recurrente no desarrolla idea alguna, y respecto de los errores de hecho presenta dos (2) líneas de argumentación, a saber:

1. Que éste Instituto violó su derecho fundamental al debido proceso porque:

1.1. De acuerdo con el recurrente, al haberse expedido la Resolución No. 422 de agosto de 2009 a través de la cual fijó fecha y hora para la celebración de la Audiencia pública de presentación del proyecto portuario, precluyó lo que denomina *etapa de presentación de petición de concesión portuaria*, e interpreta que ello implica:

- a) Que, para el recurrente, el INCO considera completa la solicitud de concesión portuaria.
- b) Que, para el recurrente, el INCO no podía requerir ningún documento, soporte o aclaración adicional a aquello que se hubiera radicado y aclarado con anterioridad a la convocatoria a dicha audiencia.

La consecuencia de que (según el recurrente) haya precluido dicha etapa de presentación de la solicitud, es que opere, en palabras que cita del Consejo de Estado<sup>1</sup>: "*(...) una especie de "cosa juzgada formal" y que "(...) lo decidido se*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, 8 de febrero de 1993. Exp. 4271. C.P. Dr. Alvaro Lecompte Luna.

*Mec*  
*2*  
*MS*

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **OPP GRANELES S.A.** contra la Resolución No. 100 de 2011”

*convierte en “ley del proceso”, y que es imposible una nueva consideración respecto de cuestiones que han sido objeto de estudio y resolución”. Por consiguiente, para el recurrente no era posible que el INCO requiriera al OPP GRANELES S.A. a través del oficio No. 2010-303-010105-1, para que acreditara (entre otras cosas) que dispone del terreno adyacente.*

1.2. De acuerdo con el recurrente, como la Fiduciaria Alianza S.A., a cargo de quien se encuentra el terreno aledaño a la zona objeto de la concesión de uso público solicitada en concesión (por hacer parte del patrimonio autónomo en fideicomiso que ésta administra), no intervino en calidad de tercero interesado en el trámite dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación efectuada por OPP GRANELES S.A., no podía informar al INCO que las negociaciones sobre el predio en cuestión, habían fracasado, y que en consecuencia, dicha empresa no disponía del terreno en cuestión. Para el recurrente, se trata de una intervención ilegal porque su oportunidad para hacerlo se había extinguido; y por ello acusa al INCO de haber desconocido lo dispuesto en la Ley 1ª y el entonces aplicable Decreto 838 de 1992 por haberlo permitido y por haber tomado una decisión de fondo arbitraria con fundamento en lo que la Fiduciaria Alianza S.A. le informa.

1.3. De acuerdo con el recurrente, el INCO está aplicando ‘retroactivamente’ el Decreto 4735 de 2009, que derogó el Decreto 838 de 1992, porque en el artículo 9º del decreto hoy vigente sí se exige (numeral 9.3.3.) que todo petionario acredite “*que dispone de los terrenos de propiedad privada aledaños necesarios para el desarrollo de la actividad para cual se solicitó la concesión, acreditando el título del cual deriva dicha disposición*” al presentar su solicitud; mientras que en el decreto anterior, no se contempla dicho requisito de presentación de la solicitud de concesión portuaria.

1.4. De acuerdo con el recurrente, a través de la Resolución No. 200 de 2010, se revocó la Resolución No. 078 de 2010 por la cual se resolvía negativamente la solicitud de concesión portuaria presentada por OPP GRANELES S.A., y se ordena continuar con el trámite de la misma, y ello implica, según el recurso, que el trámite debía concluir con una decisión favorable para el solicitante, porque lo contrario es “rebeldía” contra su propio acto.

2. Que la zona de uso público solicitada en concesión sí puede contar con acceso terrestre, toda vez que en el artículo 908 del Código Civil – que cita el recurrente – se contempla la servidumbre de tránsito forzosa.

#### **Consideraciones del INCO**

El INCO considera improcedentes los argumentos expuestos por el recurrente, por las razones de derecho que se exponen a continuación.

1. El procedimiento de otorgamiento de una solicitud de concesión portuaria contemplado en la Ley 1ª de 1991, y reglamentado a través de los Decretos 838 de 1992 y 4735 de 2009, es un procedimiento administrativo promovido por particulares y compuesto de *actos de trámite* con miras a una decisión final de fondo.

La revisión previa de los documentos aportados con la solicitud de concesión portuaria, es un acto de trámite que permite la celebración de una audiencia, que garantiza el conocimiento del proyecto, al igual que la solicitud de conceptos sobre el mismo a las autoridades competentes en el orden nacional y local. La resolución a través de la cual se fijan las condiciones en virtud de las cuales se podría otorgar la concesión portuaria es un acto de trámite, que no configura un otorgamiento de tal concesión, porque ésta sólo se materializa cuando éste Instituto expide el acto administrativo final; a saber: la resolución de otorgamiento de la concesión portuaria.

Si bien cada uno de dichos actos de mero *trámite* permiten continuar con el siguiente, no constituyen *per se* decisiones sobre las cuales una entidad no pueda volver, revisar de oficio o reconsiderar a la luz de hechos que son puestos en su conocimiento. En gracia de discusión, y suponiendo que no existiera la revocatoria de los actos administrativos (artículos 73 y 74 del C.C.A.) y que éste Instituto tampoco pudiera demandar la nulidad de los actos

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **OPP GRANELES S.A.** contra la Resolución No. 100 de 2011"

que ha proferido en el pasado (artículo 84 del C.C.A.), en el trámite en particular de la solicitud de concesión presentada por OPP GRANELES S.A., éste Instituto, al adelantar cada una de las etapas que hacen parte del procedimiento administrativo en comento, advirtió que la empresa solicitante debía demostrar la disponibilidad del predio adyacente necesario para el desarrollo del proyecto propuesto. Dicha advertencia consta, entre otros, en requerimiento de documentos e información adicional efectuado el 20 de agosto de 2008, a través del oficio No. 008144.

Dentro de los once (11) temas objeto de requerimiento que hizo el Instituto en la fecha anotada, encontrándose vigente el Decreto 838 de 1992, se solicitó a OPP GRANELES S.A. que se sirviera "acreditar la disponibilidad material y jurídica de los terrenos adyacentes". La empresa, en lugar de discutir la necesidad fáctica de contar con el predio objeto de discusión, para el desarrollo del proyecto portuario propuesto, o de exponer razones por las cuales el Instituto no podía realizar dicha solicitud a la luz de lo dispuesto en la legislación de La Ley 1ª de 1991, dio respuesta a este punto en particular el 20 de octubre de 2008 a través de la comunicación No. 2008-409-018851-2, en los siguientes términos:

*"Se anexa carta de Fiduciaria Alianza en la cual se le comunica a OPP GRANELES S.A. que se ha tomado la decisión de reservar a su favor el derecho de adquisición de los bienes fideicomitidos con carácter preferente."*

Por ello, no es de recibo para el INCO que ahora el recurrente afirme que se está aplicando retroactivamente el artículo 9º del Decreto 4735 de 2009, cuando con anterioridad a la celebración de la audiencia pública, se le requirió que acreditara la disponibilidad material y jurídica de un predio necesario para el desarrollo de un proyecto cuyos planos y diseños elaboró, para poner a consideración de este Instituto por iniciativa propia, y sobre el cual no tiene ningún tipo de derecho que le permita adelantar sus planes. Que una norma posterior haya aclarado un punto de discusión respecto de un trámite, no invalida las actuaciones del Estado encaminadas a evitar que sus decisiones causen perjuicios a terceros.

2. El objeto de la citación y celebración de audiencias públicas de presentación de los proyectos portuarios es el conocimiento de tales proyectos, y la participación de los interesados, en concordancia con el principio de publicidad de las actuaciones administrativas contemplado en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.

Con posterioridad a la respuesta del recurrente, en la cual reconoce estar adelantando una negociación con miras a la adquisición del predio adyacente, se expide la Resolución No. 422 del 14 de agosto de 2009 - por medio de la cual se fija fecha y hora para la celebración de la audiencia pública dentro del trámite de la solicitud de concesión portuaria presentada por la sociedad OPP GRANELES S.A. En ella se advierte en la última consideración de la parte motiva: "Que para los solos efectos de desarrollar la audiencia pública de que trata el artículo 11 del Decreto 838 de 1992, se considera debidamente conformada la solicitud de concesión, sin perjuicio de los requerimientos que posteriormente deban hacerse al peticionario."

Es decir, que el Instituto decidió continuar con el trámite, no porque se hubiera decidido que el predio en cuestión ya no era necesario para el desarrollo del proyecto portuario propuesto por OPP GRANELES S.A., sino exclusivamente para permitir la exposición del mismo a los funcionarios del INCO y de las demás autoridades competentes para pronunciarse en los términos del artículo 10 de la Ley 1ª de 1991.

A través de la misma Resolución No. 422 de 2009, se cita también a la compañía Alianza Fiduciaria, no como interviniente que haya presentado oposiciones ni propuestas alternativas como se anota en el acto de trámite, sino como tercero determinado que puede estar directamente interesado en las results de la decisión, a quienes las entidades estatales deben citar para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos, tal y como se dispone en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo. Sobraría anotar que dentro de los presupuestos de hecho contemplados a través de ésta norma, se encuentra quien quiera que pudiera resultar afectado por el desarrollo de un proyecto portuario que - tal y como se pone a consideración el Estado - requiere con un inmueble de su propiedad o bajo su administración para su desarrollo.

Mesa  
2  
WA

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por  
OPP GRANELES S.A. contra la Resolución No. 100 de 2011"

3. La decisión de continuar con un trámite, no equivale a tomar una decisión de fondo; permite únicamente agotar las instancias de estudio y aclaración previas, a partir de las cuales se cuente con las herramientas para tomar tal decisión.

Se recuerda al recurrente, que a través de la Resolución No. 200 de 2010, si bien se revocó la Resolución No. 078 de 2010 por la cual se resolvía negativamente la solicitud de concesión portuaria presentada por OPP GRANELES S.A., se ordena únicamente continuar con el trámite de la misma. No se trata de una resolución por medio de la cual se fijen las condiciones necesarias para otorgar la concesión portuaria solicitada, y mucho menos configura el acto a través del cual se otorga dicha concesión. Se trata de un nuevo acto de trámite, en virtud del cual, es posible para el INCO seguir estudiando la viabilidad del proyecto que el recurrente puso a su consideración.

4. La posibilidad de la declaración de una servidumbre de tránsito por parte de un juez, no subsana la necesidad de que el concesionario presente al INCO una nueva propuesta de desarrollo del proyecto portuario, que ya no se sirva del predio objeto de la presente discusión.

La empresa OPP GRANELES S.A. sometió a consideración del INCO un proyecto portuario que se sirve del predio que actualmente hace parte del fideicomiso Copescol, administrado por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. No sólo el acceso desde la Avenida Simón Bolívar a la zona de uso público que se solicita en concesión depende del uso de dicho predio; de acuerdo con toda la documentación que describe y soporta el proyecto portuario diseñado por el recurrente, se cuenta con la planta de procesamiento, las bodegas, los cuartos fríos, los cuartos de conservación, los servicios sanitarios y la infraestructura administrativa y de vigilancia que se encuentran en él.

Es decir, que si el recurrente manifiesta que puede desarrollar un proyecto portuario que ya no se sirva del predio adyacente a la zona de uso público para su funcionamiento, debe soportarlo. Y en ese orden presentar la nueva descripción del nuevo proyecto, junto con los diseños conceptuales de la nueva infraestructura portuaria, los planos georreferenciados, el nuevo estudio financiero, etc. En resumen, debe someter a consideración del INCO y de las demás autoridades competentes el nuevo proyecto, que reúna los requisitos enumerados detalladamente en el artículo 9° del Decreto 4735 de 2009 y sufragar el trámite de aprobación de una nueva solicitud, porque reconoce que aquello que inicialmente pensó que era posible, ya no lo es, y en consecuencia debe replantear sus planes y proyecciones iniciales.

Para el efecto nos permitimos además recomendar se tenga en cuenta que en el artículo 905 del Código Civil (no en el 908 como lo indica el recurrente), se contempló: "*Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre, y resarciendo todo otro perjuicio*". El artículo 908 del mismo Código que cita el recurrente como fundamento de su argumentación, hace referencia a los predios que nacen de venta o permuta parcial de uno de mayor extensión, y que como consecuencia de ello quedan aislados del camino; lo cual impide su aplicación a bienes de uso público cuya propiedad es de la Nación, y de los cuales se predica la inalienabilidad por mandato constitucional. Por consiguiente, el nuevo modelo financiero correspondiente al nuevo proyecto debe contemplar, no sólo el pago de perjuicios al titular del predio que resultaría afectado de la declaración de la servidumbre de tránsito, al cabo del proceso judicial que permita tal declaración, sino también los costos de dicho proceso.

Por lo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 4735 de 2009, este Instituto procederá a confirmar la decisión de archivar la solicitud de concesión portuaria de acuerdo con las consideraciones expuestas.

Que en mérito de lo expuesto;

**RESUELVE:**

mcc  
MUY

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por  
OPP GRANELES S.A. contra la Resolución No. 100 de 2011”

**ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar** la decisión de archivar la solicitud de concesión portuaria y demás documentos remitidos por OPP GRANELES S.A. respecto de la zona de uso público ubicada en la Bahía de Buenaventura, departamento del Cauca, tomada a través de la Resolución No. 100 de 2011.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- Notificaciones:** La presente resolución será notificada personalmente a OPP GRANELES S.A. en los términos del artículo 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

**ARTÍCULO TERCERO.- Comunicaciones:** El presente acto administrativo se comunicará a las autoridades señaladas en el artículo 10º de la Ley 1ª de 1991, a saber: a la Superintendencia de Puertos y Transportes, al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, así como a las siguientes autoridades: al Alcalde del municipio de Buenaventura, al Director General de Turismo del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, al Director General de la Dirección Marítima del Ministerio de Defensa-DIMAR, al Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN y a la Subdirección Administrativa y Financiera del Instituto Nacional de Vías.

**NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE**

24 JUN 2011

  
**MARIA INÉS AGUDELO VALENCIA**  
GERENTE GENERAL

Revisaron:

Andrea Ortega López – Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo Portuario

Hernán Darío Santana Ferrín – Coordinador del Grupo Interno de Trabajo Jurídico

Proyectó:

María C. Ortiz Valero – asesora jurídica GITP



