

El contrato de concesión portuaria y la licencia ambiental

Pilar Ruiz Zapata

Abogada. Especialista en Derecho del Medio Ambiental.

Candidata a Magíster en Derecho de los Recursos Naturales en la Universidad Externado de Colombia.

Docente del Programa de Derecho de la Universidad Autónoma del Caribe.

Recibido: Mayo 2007

Aceptado: Julio 2007

RESUMEN

Diversas son las formas en las que el Estado desarrolla sus fines. Unas veces lo hace en forma unilateral y otras teniendo en cuenta la voluntad de los particulares. Cuando el ente estatal otorga al particular la ejecución de las actividades necesarias para la adecuación, prestación o funcionamiento de una obra o un servicio por cuenta y riesgo de éste, a cambio de una remuneración, a ese tipo de contrato se le denomina de concesión. Este contrato puede presentarse de diversas formas. Entre las modalidades de contrato de concesión se encuentra el de concesión portuaria regulado en el ordenamiento jurídico colombiano por la ley 01 de 1991. Este contrato se somete en cuanto a su celebración y ejecución a determinados requisitos y formalidades, que poseen diversas justificaciones. Entre las razones que se presentan para la exigencia de determinadas formalidades se encuentran las relativas al impacto ambiental del proyecto. Por tal razón, se expresa en la Ley 99 de 1993 la necesidad de contar con una licencia ambiental como requisito para el otorgamiento de la concesión portuaria. Sin embargo, del análisis de otras disposiciones legales se evidencia que existe una contradicción en lo relativo a la exigencia de la licencia ambiental para el otorgamiento de la concesión portuaria.

Palabras clave: *Concesión, concesión portuaria, licencia ambiental, principio de jerarquía, presunción de legalidad del acto administrativo.*

ABSTRACT

There are several different ways in which the state develops its goals, they can be by its own and exclusive will, or taking into account the will of others. When he intends to give someone else all those necessary activities which provide, run, or adequate a work or service in charge and risk of that other person in exchange for a remuneration it will be called Concession contract. This contract can be exteriorized in different ways, like the one of its legal regulation or the object by which it relies on. Into the we find the one of Port Concession, which is found in the Colombian Legal system in the so called law 1 of 1991. This contract as a contract form the Administration, legal expressed and defined by law, puts itself to the fulfillment of some requirements and formalities, which have to carry certain justifications. This reason for the celebration and execution of the contract fall on aspects of the project. It must be clarified that in this aspects the environmental impact of the projects has to be taken into account. Preliminary studies have to be presented, which will be focused safekeeping and conservation of the environment, as they appear incorporated in legal dispositions related to the port concessions. Law 99 of 1993 elevated into general principles dispositions, like the necessary studies for the decisions of constructions, the same law made obligatory the use of a environmental license in every Activity that has impact on the environment, making this a prerequisite of the port concession. In the same way other dispositions go deeper in the subject, allowing establishing that once obtained the license se concession is given.

Diversas son las formas en que el Estado desarrolla sus fines. Unas veces a través de su unilateral y exclusivo arbitrio (como cuando expide actos administrativos), otras teniendo en cuenta la voluntad de los particulares, por ejemplo cuando celebra y ejecuta – de conformidad con el orden jurídico- contratos de diversas características. Destacase, en todo caso, que cuando la Administración pública (y el Estado) acude a la segunda de las modalidades mencionadas, variados son los tipos contractuales de los cuales podría hacer uso, dependiendo, entre otras cosas, de los medios que se quiera implementar y el objeto que se busca desarrollar.

Por vía de ejemplo, cuando lo que se pretende por parte del ente estatal es “otorgar” a otro sujeto “la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de obras o servicios por cuenta y riesgo” de tal sujeto (que a la postre recibirá la denominación de concesionario) y a cambio de una “remuneración”¹, el arquetipo contractual seleccionado será el que bajo expresos preceptos legales se denomina contrato de concesión.

El contrato de concesión ha sido definido y abordado desde diferentes perspectivas. Desde el punto de vista doctrinal Marienhoff – aludiendo expresamente a la concesión de obras públicas- lo concibe como un contrato “entre Estado y un tercero (administrado generalmente), donde éste se obliga a realizar una obra (trabajo público) cuyo pago no será directamente efectuado por el Estado, sino por ciertos administradores”². Ahora bien, más allá de su denominación genérica, el contrato de concesión puede exteriorizarse a través de diversas formas. Tales formas, y su denominación específica, dependen, por un lado, de su regulación legal y, de otro lado, del objeto sobre el cual habría de recaer. Precisamente con relación a éste último aspecto, el ordenamiento jurídico colombiano, a través de la Ley 01 de 1991, prescribió (por vía general) que aquel “contrato administrativo en virtud del cual la Nación por intermedio de la entidad correspondiente, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos” se denomina “concesión portuaria”³.

1 Artículo 32 de la Ley 80 de 1993

2 Citado por MENDOZA TORRES, Arnaldo. Los Contratos de la Administración Pública. Barranquilla, Ediciones Uninorte. 2005. Pág 257.

3 Artículo 5. Numeral 5.2., de la Ley 01 de 1991. Que de hecho fue declarado exequible a través de la Sentencia C-474 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La concesión portuaria, como contrato administrativo que es, por expresa definición de la Ley, está sometido, en lo concerniente a su celebración y ejecución a ciertos requisitos y formalidades. Tales requisitos y su exigencia de hecho tienen diversas justificaciones. Las razones que se tienen de presente para la celebración y posterior ejecución de tal modalidad de concesión derivan unas de aspectos relativos al proyecto, como por ejemplo respecto a su lugar, ubicación y uso, y otras tienen origen en causas de orden financiero y técnico. En todo caso la anterior enunciación no es taxativa. Por ello, se entiende que otros aspectos que definitivamente han de tenerse en cuenta, en la oportunidad de que se trate, son aquellos atinentes al impacto ambiental del proyecto que ha de desarrollarse⁴, de forma que se requiere, v.gr., presentar estudios preliminares de impacto ambiental y el compromiso de “realizar estudios detallados” si se aprueba la concesión. Sin perjuicio de lo anterior, el último de los aspectos que acaba de enunciarse, y que precisamente tiene origen en el imperativo de salvaguarda y conservación del ambiente, aparece enunciado y desarrollado en otras y diversas disposiciones legales relacionadas directa o indirectamente con la concesión portuaria (y fluvial), así como con las autoridades que intervienen en su celebración y/o otorgamiento. El punto que nos interesa analizar es el relativo a la licencia ambiental, como requisito o mecanismo para lograr el cumplimiento de tal imperativo. Pero, el análisis se enfoca en la ubicación de algunas disposiciones jurídicas que referidas a la concesión portuaria (y fluvial) regulan el punto de una forma que aparentemente resulta contradictoria. A continuación se presentarán tales disposiciones legales, luego se indicará en que consiste la contradicción, y, finalmente se propondrá una forma sucinta de superarla acudiendo a los más elementales cánones de hermética e interpretación constitucional y legal.

En estricto orden cronológico, además de la ya mencionada Ley 01 de 1991, puede citarse la Ley 99 de 1993. Con dicha normativa se elevó a título de principio general, para la toma de decisiones respecto a la construcción de obras y actividades que afecten el medio ambiente, la necesidad de que existan los correspondientes estudios de impacto ambiental⁵. Igualmente, a partir del artículo 49 de la citada Ley se elevó como imperativo el contar con licencia ambiental para la ejecución de obras (como la construcción o ampliación de puertos), establecimiento de industrias o desarrollo de cualquier actividad que

4 Este punto aparece expresamente indicado en el artículo 9, numeral 9.5 de la Ley 01 de 1991, a título de requisito que debe cumplirse al momento de elevar la solicitud para el otorgamiento de la concesión.

5 Artículo primero, numeral 11, Ley 99 de 1993.

.....
"La concesión portuaria, como contrato administrativo que es, por expresa definición de la Ley, está sometido, en lo concerniente a su celebración y ejecución a ciertos requisitos y formalidades".
.....

.....
pueda tener efecto en el medio ambiente, y de manera específica se prescribió en el primer párrafo del artículo 52 *ibídem* que la "licencia ambiental es prerrequisito para el otorgamiento de concesiones portuarias".

El Decreto 1220 de 2005⁶, con relación a la licencia ambiental, dispuso en su artículo tercero, que la licencia ambiental "deberá" obtenerse *previamente* a la iniciación del proyecto; mientras que el artículo quinto del Decreto mencionado elevó a título de condición previa "para el ejercicio de los derechos que surjan de los permisos, autorizaciones, concesiones" la necesaria "obtención de la licencia ambiental".

La cuestión es que mientras del artículo 52 de la Ley 99 de 1993 se desprende que la licencia ambiental constituye un prerrequisito para que se otorgue la concesión portuaria, de lo dispuesto en el Decreto 1220 de 2005 ello pareciera no ser así, como quiera que la licencia se constituiría no en prerrequisito de otorgamiento de la concesión, sino en requisito para ejercer o desarrollar los derechos que de la misma emanan. Situados en ésta última hipótesis pareciera que para el otorgamiento de la concesión portuaria la licencia ambiental es (según la Ley) un requisito *sine quanon*, mientras que para el Decreto no.

Sin detrimento de lo ya indicado, existe dentro del sistema el Acuerdo 130 de 2007 expedido por Cormagdalena. Entre otros aspectos que regula el citado acuerdo se encuentra lo atinente a la concesión fluvial⁷, y con relación a la necesidad de la licencia ambiental dispone que una vez se obtenga ésta, y se cumpla con otros requisitos que el mismo Acuerdo menciona, es que "se otorgara formalmente la concesión"⁸. Esta disposición que al parecer está en consonancia con la Ley 99 de 1993 ha elevado,

6 Mediante el cual se "reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales".

7 Definida por el mismo acuerdo como "un acto administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de CORMADGALENA permite a una persona natural o jurídica ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Corporación".

8 Artículo 17 del Acuerdo 130 de 2007 de Cormagdalena.

en lo atinente a la concesión fluvial, el requisito de obtener previamente la licencia ambiental para su otorgamiento formal.

Pero insistimos: si se analiza de cerca lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 99 de 1993 y lo prescrito en el Decreto 1220 de 2005 (a través del cual se reglamenta dicha Ley) pareciera surgir una contradicción con relación a la necesidad o no de poseer la licencia ambiental para que sea la otorgada la respectiva concesión portuaria. En efecto, mientras la Ley 99 expresamente dispone que tal licencia es un prerrequisito para el otorgamiento de la concesión, con lo cual quiere indicar es que si la misma no se tiene no puede (ni debe) hacerse tal otorgamiento, el Decreto 1220 de 2005 eleva la licencia tan solo a requisito para la iniciación del proyecto y/o ejercicio de los derechos que surjan de la misma, derechos que emergerían en el supuesto de que ya se hubiere realizado el respectivo otorgamiento.

Según los tradicionales criterios de resolución de contradicciones normativas se sabe que en la medida en que la contradicción se manifieste entre disposiciones de distinta jerarquía, debe primar la disposición jurídica de linaje superior; esto en atención a la sabida construcción escalonada de los sistemas jurídicos. También de vieja data se ha establecido por el legislador que cuando la contradicción envuelva disposiciones cronológicamente diferentes, entre las cuales exista una anterior y otra posterior, debe entonces primar la posterior. Pero, entre tales criterios de naturaleza legal no se establece qué solución habría de ofrecerse cuando la aparente contradicción entre disposiciones jurídicas se manifiesta entre una norma superior anterior y otra inferior posterior. Y pese a que tal circunstancia posee en la doctrina pacífica aceptación lo cierto es que la práctica jurídica, y la misma doctrina, no siempre se ponen de acuerdo en cual (de manera correcta y única) ha de ser la solución. Esto por cuanto unas veces se desplaza la solución a la escogencia de la norma superior (anterior), mientras que otras no menos frecuentes ocasiones se dirige a la selección de la norma inferior (posterior)

Claro que no siempre la solución a tal tipo de controversias debe encontrarse en los cánones tradicionales de resolución de antinomias. Es posible que la misma deba ubicarse dentro de un ejercicio que implique la aceptación de que tales contradicciones (normativas) y su solución envuelven a su vez una colisión entre los principios que sirven de base a tales cánones, o a la vez entre tales principios con otros principios reconocidos explícita (o implícitamente) por el propio sistema.

Considero que la contradicción normativa expuesta (referida a la licencia ambiental), envuelve una colisión entre el principio de jerarquía normativa con el principio de presunción de legalidad del acto administrativo. De forma que si se le da mayor peso al primero la disposición legal debe ser la imperante⁹, máxime cuando la *“ley es el límite natural de los decretos reglamentarios y el ejercicio de la potestad depende de su contenido”*¹⁰. Mientras que si se le da mayor peso al segundo de los principios¹¹ habría de imperar es la disposición reglamentaria. Lo anterior sin perjuicio de la necesidad de considerar que tal conflicto (y su solución) presupone definir si cualquier autoridad –sin ser de hecho Juez de la jurisdicción Contenciosa Administrativa– dando prioridad por ejemplo al principio de jerarquía puede dejar de lado la aplicación del acto administrativo (Decreto) de forma que aplicando la ley (y por ello considerando ilegal el decreto) pueda exigir la aludida licencia para el otorgamiento de la concesión.

En la búsqueda de una solución al mencionado conflicto es pertinente reconocer (en aplicación del principio de interpretación conforme a precedentes) que la doctrina emanada de la Corte Constitucional Colombiana se ha orientado a precisar que la excepción de ilegalidad no es de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano de la misma forma y con los mismos efectos que la excepción de inconstitucionalidad¹². De esto resulta que no existiría *“la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador”*¹³.

Con base en lo anterior, podría considerarse que conforme a la jurisprudencia constitucional, debería concluirse, en defensa del principio de legalidad del acto administrativo, y hasta o en la medida de que el mismo sea suspendido o anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que la licencia ambiental en materia de concesión portuaria se constituye es en un requisito o condición previa para el ejercicio de los derechos que surja de la concesión

otorgada, de forma que habría de concluir que no lo es para que la autoridad competente otorgue tal concesión portuaria.

Podría pensarse que ésta no fue la intención de Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1220 de 2005, máxime cuando existe una disposición legal (superior) que prescribe algo diferente. Pero, lamentablemente la redacción misma de tal decreto es la que condujo a tal contradicción, que habría de ser judicialmente superada con la declaratoria de invalidez del mismo.

Otro tanto cabe decir de la concesión fluvial, modalidad especial de concesión, que siguiendo de cerca lo establecido en el Acuerdo No. 130 del 24 de enero de 2007 expedido por la Junta Directiva de Cormagdalena, y siguiendo el derrotero atrás reseñado sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, le resulta aplicable el artículo 17 de dicho Acuerdo de forma que solo y en la medida en que se *“obtenga la licencia ambiental y/o la aprobación del Plan de Manejo Ambiental”* se *“otorgará formalmente la concesión”*.

9 Y la consecuencia es considerar que la licencia ambiental es requisito para el otorgamiento de la concesión portuaria.

10 HERRERA, Aleksey. Aspectos generales del Derecho Administrativo Colombiano. Barranquilla. Ediciones Uninorte. 2002. Pág. 31.

11 De lo que se concluye que la licencia no es requisito sine qua non para el otorgamiento de la concesión, más si para el ejercicio de los derechos que de la misma emane.

12 Sentencia C- 037 de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

13 Argumento No. 23 de la Sentencia C- 037 de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa



BIBLIOGRAFÍA

Cormagdalena. Acuerdo 130 de 2007.

Decreto 1220 de 2005

Ley 01 de 1991,

Ley 99 de 1993.

HERRERA, Aleksey. *Aspectos generales del Derecho Administrativo colombiano*. Barranquilla. Ediciones Uninorte. 2002

MENDOZA TORRES, Arnaldo. *Los contratos de la administración pública*. Barranquilla, Ediciones Uninorte. 2005

Sentencia C-474 de 1994

Sentencia C- 037 de 2000.