



192
201

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C julio siete (7) de dos mil once (2011)

Radicación: 47001-23-31-000-1994-03901-01 (18.762)
Actor: SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTA MARTA S. A.
Demandado: LA NACIÓN – SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS
Proceso: Acción contractual
Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Portuaria de Santa Marta S. A. contra la sentencia del 16 de diciembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1 – Lo pretendido

En demanda presentada el 12 de octubre de 1994¹ contra La Nación – Superintendencia General de Puertos, la sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A. pidió que se

¹ Folio 15 del c. No. 1.



declarara la nulidad de las Resoluciones números 618 del 21 de junio de 1994 y 714 del 13 de julio de 1994, por medio de las cuales la demandada interpretó unilateralmente el párrafo cuarto de la cláusula tercera del contrato de concesión No. 006 de 1993 y resolvió el recurso de reposición que la demandante propuso contra aquel acto administrativo.

Solicita en consecuencia que se condene a la accionada a reembolsar no solo la suma de \$48.526.485 que se ordenó reintegrar en los actos acusados sino también todas aquellas otras sumas de dinero que la demandada haya percibido por concepto del servicio de fondeo de naves en el área objeto de la concesión, desde que quedaron en firme los actos demandados y hasta cuando se de cumplimiento a la sentencia.

Pide además que las sumas que reclama deben ser actualizadas y pagadas con intereses.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

Mediante el acto administrativo No. 395 del 7 de mayo de 1993 la Nación – Superintendencia General de Puertos otorgó en concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta las playas, los terrenos de bajamar, las zonas accesorias de aquella y de éstos y los activos de la Empresa de Puertos de Colombia en liquidación, ubicados en el Puerto de Santa Marta.

El párrafo tercero (3º) del artículo segundo (2º) de la mencionada Resolución señaló que *"las áreas de fondeo son las definidas por la autoridad marítima, la cual para tal fin, publica la carta de navegación del puerto con sus respectivas convenciones"*.

El 24 de junio de 1993 se celebró el contrato de concesión portuaria No. 006 de 1993 el que fuera protocolizado mediante la escritura pública No 5.270 del 15 de diciembre de 1993, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta.



El parágrafo cuarto de la cláusula tercera del contrato No. 006 de 1993 expresó que *"las áreas de fondeo son las definidas por la autoridad marítima, la cual para tal fin, publica la carta de navegación del puerto con sus respectivas convenciones"*.

En ejecución del contrato, y dentro del área de la concesión, la concesionaria prestó y facturó el servicio de fondeo a los usuarios que lo requerían.

La concedente conminó a la concesionaria para que se abstuviera de prestar y facturar el servicio de fondeo pues consideraba que ello no estaba incluido en la concesión.

Mediante el Oficio No. 941157 del 5 de abril de 1994 la Superintendencia General de Puertos informó a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta que el parágrafo cuarto de la cláusula tercera se refiere a que las naves sólo pueden fondear en las áreas delimitada por la DIMAR pero que no está autorizando el cobro por ello.

Dijo además el Oficio que los buques que fondeen fuera del área de maniobra de la Sociedad Portuaria deben solicitar permiso a la Superintendencia General de Puertos quien facturará el valor correspondiente a esa operación.

La concesionaria replicó por escrito afirmando que la zona de fondeo está dentro del área de maniobra y que su proceder se ajusta a los términos de la concesión.

Por medio del Oficio No. 941509 del 11 de mayo de 1994 la Superintendencia General de Puertos comunicó a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta que el sentido del parágrafo cuarto del artículo tercero del contrato es informativo en cuanto a la delimitación de las áreas de fondeo pero no las entrega en concesión por no ser una zona accesoria de Colpuertos ni ser susceptible de concesión, por lo que es de la exclusiva competencia de la Superintendencia el uso de la zona de fondeo y el cobro de los valores por su utilización.

Como las partes no se pusieron de acuerdo sobre si las zonas de fondeo estaban comprendidas dentro del contrato de concesión, la Superintendencia General de Puertos,



previo el procedimiento legal, mediante la Resolución No. 618 del 21 de junio de 1994 interpretó unilateralmente el parágrafo cuarto de la cláusula tercera del contrato en el sentido de establecer que la zona de fondeo se encontraba excluida de la concesión, que la Superintendencia era la única competente para cobrar la tarifa por su utilización y que la Sociedad Portuaria de Santa Marta debía reintegrar las sumas de dinero que había cobrado ilegalmente por concepto de fondeo.

Este acto fue recurrido por vía de reposición pero fue confirmado por medio de la Resolución No 714 del 13 de julio de 1994.

3. El trámite procesal

Admitida que fue la demanda y noticiados el Ministerio de Transporte y la Superintendencia General de Puertos del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y dentro del término la demandada le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y de celebrar una audiencia de conciliación que resultó fracasada por la ausencia de ánimo conciliatorio, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo aprovechó la demandante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 16 de diciembre de 1999 el Tribunal Administrativo del Magdalena decidió negar las pretensiones de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

El fallador de primera instancia empieza por recordar la definición de contrato de concesión que trae el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y repasa las cláusulas primera y



segunda del contrato que contienen el objeto y las áreas entregadas en concesión, respectivamente.

Luego de considerar el dictamen pericial que obra a los folios 1 a 12 del cuaderno número dos (2) y de analizar conjuntamente el contrato que celebraron las partes y los actos administrativos acusados, concluye que efectivamente la Superintendencia General de Puertos no otorgó en concesión el área de fondeo.

Señala que el mencionado dictamen pericial indica las zonas accesorias que se encuentran dentro de los linderos descritos en la cláusula tercera del contrato de concesión así como las accesorias que están por fuera de tales alinderaciones, destacándose que la zona de fondeo que se menciona en el párrafo cuarto está dentro de las segundas y no dentro de las primeras.

En estas circunstancias, dice el Tribunal, la Superintendencia de Puertos tenía razón al interpretar el contrato para darle mayor claridad en su ejecución.

Finalmente el Tribunal expresa que de acuerdo con la Ley 01 de 1991 la Superintendencia tenía facultades para fijar tarifas de fondeo y recibir su pago porque los derechos que estaban a favor de Colpuertos pasaron a la Nación por conducto de la Superintendencia.

Luego, la concesionaria no estaba facultada para facturar y cobrar el servicio de fondeo.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra esta decisión se alzó la demandante Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A.



Sostiene la recurrente que la cláusula primera del contrato le concede el derecho a usar y utilizar temporalmente, entre otras cosas, las zonas accesorias a las playas y terrenos de bajamar así como los demás bienes relacionados en las cláusulas tercera y quinta.

Agrega que el párrafo cuarto de la cláusula tercera dice que las áreas de fondeo son las definidas por la autoridad marítima.

Dice además que el dictamen pericial indica que partiendo de la base de que lo accesorio es lo que depende de lo principal o que se le une por accidente, se concluye que las zonas accesorias son las que están destinadas al apoyo de la función principal del puerto que es efectuar el embarco y desembarco de personal y cargue y descargue de mercancía, naves o artefactos navales y son, entre otras, el área de fondeo para las naves que están en espera de muelle, o de naves que no pueden atracar en los muelles por restricción de calado o cuarentena.

Así que entonces, argumenta la recurrente, el área de fondeo es una zona accesoria del terminal marítimo de Santa Marta y se encuentra dentro del área para maniobras de fondeo pues así se desprende del literal E a) del dictamen.

En consecuencia los actos acusados son nulos porque no interpretan sino que modifican el contrato.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Agente del Ministerio Público opina que la sentencia del Tribunal debe ser revocada para en su lugar anular los actos acusados.

Argumenta el Ministerio Público que si se aprecia en su conjunto el clausulado del contrato, al interpretar el párrafo se puede concluir que el área de fondeo sí hace parte de la concesión pues el objeto del negocio es la operación de un puerto y dentro de sus actividades está la de fondeo.



Dice además la Señora Procuradora Delegada que de acuerdo con la Ley 1 de 1991 la operación de fondeo debe ser realizada por las Sociedades Portuarias pues la ley no las excluyó de esta actividad, razón por la cual la Superintendencia General de Puertos sólo puede asumirla temporalmente cuando la sociedad portuaria encargada no quiera o no pueda prestar ese servicio.

En consecuencia, agrega, los actos acusados están falsamente motivados pues se sostienen en que la actividad de fondeo sólo puede ser realizada directamente por la Superintendencia General de Puertos.

Concluye entonces que los actos demandados son nulos por la anterior razón pero fundamentalmente porque so pretexto de interpretar lo que hacen es modificar el contrato.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo procesalmente actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

1. La normatividad aplicable

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

El contrato que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrado en el año de 1993, esto es cuando aún estaba vigente el Decreto 222 de 1983.



En consecuencia, al referido contrato le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 222 de 1983.

También son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 1 de 1991, el Decreto 2681 de 1991 y en el Decreto Reglamentario 838 de 1992.

1. 1 El artículo 24 del citado Decreto preveía:

"Cuando surgieren discrepancias sobre la interpretación de las cláusulas del contrato que puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo, la entidad pública convocará al contratista y le expondrá su criterio sobre la mejor manera de adelantar el cumplimiento del contrato.

Se sentará un acta con los resultados de la reunión; si no existiera acuerdo, la entidad pública, señalará la forma como el contrato debe continuar y ser ejecutado, mediante resolución motivada que se notificará conforme al Decreto ley 2733 de 1959, o las normas que lo sustituyan.

Contra la resolución que esto defina sólo procederá el recurso de reposición; en firme la decisión, el cumplimiento del contrato se hará conforme allí se disponga, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista.

PARAGRAFO. La interpretación que conforme a este artículo pueden hacer las entidades públicas no excluye el arbitramento que se pacte en los contratos y se hará teniendo en cuenta el objeto de los mismos, el conjunto de sus cláusulas y los principios de hermenéutica prescritos en la ley. Su finalidad es de interés público pero a través de ella no podrán introducirse modificaciones a los contratos.



Si se hubiere pactado arbitramento, no podrá: acudirse a él sin que previamente se haya cumplido lo relativo a la interpretación unilateral y lo resuelto en esta etapa no podrá ser objeto de arbitramento."

Este precepto fue reproducido en líneas generales por el artículo 15 de la Ley 80 de 1993² que dispone:

"Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia."

Según el precepto vigente al momento de la celebración del contrato, esto es el artículo 24 del Decreto 222 de 1983, el ejercicio válido de la potestad de la entidad estatal de interpretar unilateralmente el contrato suponía la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que el contrato se encontrara todavía en ejecución; b) Que existieran discrepancias sobre la interpretación de alguna o algunas de las cláusulas contractuales; c) Que esas discrepancias tuvieran la virtualidad de paralizar el contrato o perturbar su ejecución; d) Que previamente se hubiera citado al contratista para escuchar su punto de vista y propugnar por un acuerdo sobre la interpretación que debía dársele a la cláusula o cláusulas discutidas; e) Que no se hubiera logrado acuerdo alguno sobre el entendimiento de la estipulación o estipulaciones materia de la divergencia; f) Que mediante la interpretación unilateral no se introdujeran modificaciones al contrato; y e) Que la interpretación unilateral de la entidad se adoptara mediante acto administrativo debidamente motivado.

La razón de ser de todas estas exigencias está en que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general.

² Cuyas disposiciones, en su mayoría, entraron a regir el 1º de enero de 1994, según lo dispuso su artículo 81.



En efecto, la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos determina que la pronta y eficaz ejecución del objeto contractual sea un asunto esencial y privilegiado en la contratación estatal y por lo tanto no puede permitirse que las divergencias sobre el alcance de las estipulaciones negociales conduzcan a la paralización o inejecución del contrato.

1. 2 El artículo 49 del Decreto 222 de 1983 preveía que *"...los contratos celebrados por la Nación cuya cuantía sea o exceda de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) o su equivalente en moneda extranjera, requieren concepto favorable del Consejo de Ministros previo el estudio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Los celebrados por otras entidades públicas requerirán el concepto mencionado cuando así lo disponga expresamente el presente estatuto."*

El artículo 50 por su parte expresaba que *"Los contratos de la Nación cuya cuantía sea o exceda de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000.00) o su equivalente en moneda extranjera deben someterse a la revisión de legalidad del Consejo de Estado. Los celebrados por otras entidades públicas se someterán a esta revisión cuando así lo disponga expresamente el presente estatuto."*

1. 3 Según el numeral 5.2 del artículo 5º de la Ley 1 de 1991 *"...La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos."*

Ahora, de conformidad con el artículo 14 de esta Ley *"la concesión se otorgará por medio de resolución motivada a la sociedad anunciada por el solicitante favorecido. En*



la resolución se indicarán con toda exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza", previsión ésta que reiteran los Decretos 2681 de 1991 y 838 de 1992 en sus artículos 4º y 15º, respectivamente, al señalar que: "ARTÍCULO 4o. FUNCIONES. La Superintendencia General de Puertos ejercerá las siguientes funciones: ... 10. Tramitar y celebrar a nombre de la Nación los contratos administrativos de concesiones portuarias de conformidad con el ordinal 5.2 del artículo 5o. de la Ley 01 de 1991" y "ARTICULO 15. CONTENIDO DE LA RESOLUCION APROBATORIA. La resolución que apruebe la solicitud deberá contener un análisis de la petición y de todos sus documentos; de los escritos de oposición; de las propuestas alternativas; de los conceptos de las autoridades así como de las razones de conveniencia para el país. La parte resolutive contendrá entre otros, las siguientes decisiones: 1. Los límites exactos y las características físicas de la zona que es objeto de la concesión..."

1.4 Pues bien, y a manera de síntesis, de la normatividad atrás reseñada emergen estas dos ideas que constituyen la base de la solución del asunto que aquí se revisa:

- a) El poder excepcional que tienen las entidades estatales de interpretar unilateralmente el contrato no supone, en ningún caso, la facultad de modificarlo al amparo de ésta potestad.
- b) La concesión portuaria se otorga por medio de resolución motivada que debe contener "los límites exactos y las características físicas de la zona que es objeto de la concesión" y por consiguiente la entidad estatal concedente predispone la extensión y en general los términos de lo concedido, razón esta por la que la carga de claridad en estos puntos es principalmente de su cuenta.



2. Las reglas de interpretación de los contratos³

2.1 Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.

Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales.

Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la

³ Cfr. M. BIANCA. *Derecho civil. El contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, p. 429 y siguientes; L. CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*. Aguilar, Madrid 1956, p. 607 y siguientes; W. FLUME. *El negocio jurídico*. Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 351 y siguientes; F. DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio jurídico*. Editorial Civitas, Madrid 1997, p. 73 y siguientes; E. BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 237 y siguientes; F. MESSINEO. *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1952, p. 87 y siguientes; G. STOLFI. *Teoría del negocio jurídico*. Editorial Revista de derecho Privado, Madrid 1959, p. 285 y siguientes; G. ALPA. *L'interpretazione del contratto*. Giuffrè Editore, Milano 1983; L. FERRI. *Lecciones sobre el contrato*. Editorial Jurídica Grijley, Lima 2004, p. 143 y siguientes; J. MELICH-ORSINI. *Doctrina general del contrato*. Editorial jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 335 y siguientes; L. DIEZ-PICAZO. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. T. I. Civitas, Madrid 1993, p. 367 y siguientes; S. CIFUENTES. *Negocio jurídico*. Editorial Astrea, Buenos Aires 2004, p. 333 y siguientes; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI y U. NATOLI. *Derecho civil*. T. I, v. 2, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1992, p. 975 y siguientes; D. FRANCO VICTORIA. *Introducción a la interpretación de los contratos*. En Rivista di Diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina. Roma e América. Diritto Romano Comune, V. 21. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2006, p. 124 – 156.



doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).

Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).

2.2 La regla de interpretación contra el predisponente o *proferentem* contenida en el inciso final del artículo 1624 del Código Civil es de rancia raigambre pues se remonta al derecho romano clásico.



En efecto, Celso expresaba que *"cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula"*⁴, opinión ésta que reiteraba Ulpiano al señalar que *"cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas contra el estipulante"*⁵.

Téngase en cuenta que en Roma el estipulante presentaba el texto de la *stipulatio* y el *promissor* adhería a lo predispuesto, circunstancias éstas que determinaron que los jurisconsultos opinaran que las oscuridades debían interpretarse en contra de quien redactó la estipulación pues *"fue libre para emplear con latitud las palabras."*⁶

Pues bien, en términos actuales y de una manera más general podríamos afirmar que las cláusulas oscuras deben interpretarse en contra de quien las redactó o dispuso porque siendo de su cuenta la confección de la cláusula se impone con más vigor en él la carga de la claridad pues así lo exige la buena fé contractual, en especial si se tiene en cuenta el deber de información y el deber que tiene todo contratante de velar no sólo por su propio interés sino también por el interés del otro ya que el contrato cumple finalmente con una función económica y social.

Ya se comprenderá entonces que estos deberes se aquilatan cuando se trata de la satisfacción del interés general mediante la prestación de los servicios públicos y se utilizan para ello los esquemas contractuales.

Pero por supuesto, se reitera, esta regla de interpretación que se viene comentando es de carácter subsidiario pues sólo puede acudir a ella si no es posible dilucidar en primer lugar con las otras reglas la común intención de los contratantes.

⁴ D. 34.5. 26 (27).

⁵ D. 45.1.38.18.

⁶ D. 45.1.99 pr.



3. La cuestión litigiosa y su solución en ésta instancia

3.1 Recordemos que en este asunto se pretende que se decrete la nulidad de las Resoluciones números 618 del 21 de junio de 1994 y 714 del 13 de julio de 1994, por medio de las cuales la demandada interpretó unilateralmente el parágrafo cuarto de la cláusula tercera del contrato de concesión No. 006 de 1993 y resolvió el recurso de reposición que la demandante propuso contra aquel acto administrativo.

Según la cláusula primera del Contrato de Concesión No. 006 de 1993 *"la Superintendencia en virtud del presente contrato, otorga a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE SANTA MARTA S. A., una concesión portuaria en los siguientes términos: a) Se otorga a EL CONCESIONARIO (sic) el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, descritos en la Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Décima Primera de este contrato, a favor de la Nación y del Municipio de Santa Marta donde operará el mencionado puerto. El puerto ser (sic) de servicio público, habilitado para el comercio exterior y para prestar servicio a toda clase de carga. b) Se otorga a EL CONCESIONARIO (sic) el derecho a utilizar temporalmente los muelles, patios, vías, bodegas y demás bienes relacionados en las Cláusulas Tercera y Quinta del presente contrato, a cambio de la contraprestación de que trata la Cláusula Décima Primera del mismo, a favor de la Nación exclusivamente."*

La cláusula tercera del citado contrato de concesión se encabeza con las siguientes expresiones: *"DESCRIPCION EXACTA DE LA UBIBACION, LINDEROS Y EXTENSION DE LAS ZONAS ACCESORIAS EN DONDE SE ENCUENTRAN LOS BIENES DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA - EN LQUIDACION - ENTREGADOS EN CONCESION."* y el parágrafo cuarto de la mencionada cláusula tercera dice literalmente que *"las áreas de fondeo son las definidas por la autoridad marítima, la cual para tal fin, publica la carta de navegación del puerto con sus respectivas convenciones."*



Pues bien, estando en plena ejecución el contrato, la demandada Superintendencia General de Puertos argumentando que ninguna sociedad portuaria puede cobrar tarifa alguna por la prestación del servicio de fondeo pues esto es del resorte exclusivo de la Superintendencia General de Puertos, resuelve en la Resolución acusada interpretar unilateralmente el párrafo cuarto de la cláusula tercera del Contrato de Concesión No. 006 de 1993 en el sentido de entender que la mención que allí se hace del área de fondeo *"es a título informativo"* pues se *"se refiere únicamente a la delimitación del área de fondeo por parte de la Dirección General Marítima – DIMAR – como autoridad marítima"*.

Así que entonces lo que debe dilucidarse fundamentalmente es si, de acuerdo con el Contrato de Concesión No. 006 de 1993, el área de fondeo del Puerto de Santa Marta hace parte de las zonas que fueron entregadas en concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A.

3.2 La cuestión litigiosa por sí misma ya pone en evidencia que no se conoce claramente la común intención de los contratantes en lo que hace referencia a si el área de fondeo del puerto de Santa Marta hace parte de la concesión, razón por la cual la principal regla subjetiva de interpretación no permite entender ni afirmativa ni negativamente este aspecto.

Ahora, no resulta útil en este asunto aquella regla que permite interpretar un contrato por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia toda vez que en plenario no aparece demostración alguna de la existencia de ese otro negocio que permitiría darle luces al que aquí es materia del debate.

Tampoco presta utilidad la regla que reconduce el asunto teniendo en cuenta la aplicación práctica que las partes hayan hecho de la cuestión que debe ser interpretada porque ya en los albores de la ejecución del contrato la demandada entendía que el área de fondeo no hacía parte de la concesión mientras que la demandante entendía lo contrario, tal como se demuestra con la expedición de la



Resolución acusada y con la oposición que hizo y ha hecho la concesionaria, situación aquella que impide hablar de una aplicación práctica de la cuestión.

Si acudimos a la interpretación integral del clausulado, esto es interpretando unas cláusulas por otras, la ambigüedad persiste porque de ellas resulta plausible y razonable, habida cuenta de las expresiones utilizadas, entender tanto como lo uno como lo otro, es decir que su lectura no nos conduce decididamente ni a la afirmativa ni a la negativa de lo cuestionado por lo que la regla de la coherencia hermenéutica nos deja en el punto de partida.

Finalmente no resultan pertinentes las dos reglas subjetivas restantes porque aquí no se trata ni de interpretar un caso que se ha expresado para explicar una obligación de alguna de las partes ni del entendimiento de expresiones generales que dan la apariencia de estar comprendiendo asuntos extraños a lo contratado.

3. 3 Estando la situación de ésta manera se abren paso las reglas objetivas o subsidiarias para desentrañar el sentido de lo pactado en torno al área de fondeo del Puerto de Santa Marta.

3. 3. 1 Sea lo primero advertir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley 1 de 1991 *"Se consideran actividades portuarias la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias"*.

Ahora, de acuerdo con el artículo 5.2 de la ley 1 de 1991 *"la concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas*



accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos".

Se desprende entonces de estos preceptos que el fondeo de embarcaciones es una de las operaciones de un puerto y que por consiguiente ha de entenderse que esta actividad quedó comprendida dentro de lo regulado por estas normas, razón por la que no resulta extraño ni ilegal que un área de fondeo pueda ser dada en concesión pues esta actividad hace parte de las operaciones portuarias.

En efecto, si por fondeo se entiende aquella actividad que realiza una nave consistente en asegurarse al fondo del océano mientras está a la espera de muelle, o por no poder acceder al puerto por restricciones de calado o de cuarentena, resulta evidente que fondear es una actividad que hace parte de la operación de un puerto pues resulta imprescindible para otras actividades tales como el abastecimiento, el embarque y desembarque de pasajeros y mercancía, etc.

Luego, si de acuerdo con la Ley 1 de 1991 la operación de un puerto es una actividad portuaria y si la concesión portuaria es un contrato en virtud del cual la Nación permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal las zonas principales y accesorias para, entre otras cosas, la operación de un puerto, es obvio que las zonas de fondeo sí pueden ser objeto de concesión y que no es cierto que sólo la Superintendencia General de Puertos puede prestar el servicio de fondeo.

En consecuencia, cuando las Resoluciones acusadas se fundamentan en que las zonas de fondeo no pueden ser concedidas y que la Superintendencia General de Puertos es la única que puede realizar esta operación portuaria, es evidente que están falsamente motivadas y ya por esta razón emerge su ilegalidad.

3. 3. 2. Ya se dijo que de conformidad con los artículos 14 de la Ley 1 de 1991 y 15 del Decreto 838 de 1992 la concesión portuaria debe otorgarse por medio de resolución debidamente motivada en la que se deben indicar *"con toda exactitud los límites, las*



características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza", previsiones que finalmente significan que la Superintendencia General de Puertos es la que predispone, extiende o redacta las cláusulas inherentes a los límites y a los términos de la concesión y siendo de su cuenta la confección de la extensión y términos de este aspecto, se impone con más vigor en ella la carga de la claridad.

Con otras palabras, siendo la Superintendencia General de Puertos la predisponente ha debido ser clara al predisponer ya que si uno de los términos de la concesión era que dentro de ésta no quedara comprendida el área de fondeo del Puerto de Santa Marta, ha debido expresarlo de manera clara e inequívoca pues de no hacerlo así cualquiera ambigüedad que no pueda ser superada mediante las reglas subjetivas de interpretación deben ser resueltas en su contra, esto es *contra proferentem*.

Y esto es lo que precisamente ocurre en este asunto porque, de un lado, las reglas subjetivas de interpretación, como ya se vio, no permiten determinar si fue, o no, querer común de los contratantes que el área de fondeo del Puerto de Santa Marta quedara comprendido dentro de la concesión y, de otro lado, porque la Superintendencia General de Puerto, a pesar de ser la predisponente, al fijar los términos de la concesión no hizo claridad sobre el punto y dio lugar a la ambigüedad, razón por la cual hay que interpretar el asunto en su contra, es decir entender que la zona de fondeo del Puerto de Santa Marta sí quedó comprendida dentro del contrato de concesión.

3. 4. En consecuencia, si la zona de fondeo del Puerto de Santa Marta sí está comprendida dentro de la concesión, cuando la Superintendencia General de Puertos mediante la Resolución acusada dice interpretar el parágrafo cuarto de la cláusula tercera del Contrato de Concesión No. 006 de 1993 en el sentido de entender que la mención que allí se hace del área de fondeo es simplemente informativa, que es tanto como decir que ella no es parte de la concesión, lo que en verdad hace es modificar el contrato al amparo de una supuesta interpretación.

Y como quiera que de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 24 del decreto 222 de 1983 aplicable a este caso, el contrato no puede ser modificado mediante el ejercicio de



la potestad excepcional de interpretación unilateral, se sigue que las Resoluciones demandadas son nulas por contravenir la ley.

Resulta entonces, en síntesis, que los actos administrativos demandados son nulos no sólo por estar falsamente motivados sino también porque modifican los términos del contrato al amparo de la potestad de interpretarlo unilateralmente.

Como así no lo vio y decidió el Tribunal es conclusión obligada que debe revocarse la sentencia apelada para en su lugar decretar la nulidad de los actos acusados.

3. 5. La Superintendencia General de Puertos en los actos demandados ordenó que la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta reintegrara las sumas de dinero que ésta había recaudado por la actividad de fondeo, lo que hizo el 26 de julio de 1994 en cuantía de \$48.526.485,⁷ y como quiera que el área de fondeo sí hace parte de la concesión y que son nulos los actos administrativos que contienen la orden de reintegro, se ordenará que la demandada reembolse debidamente actualizada la suma de \$48.526.485.

Por estas mismas razones se condenará a la demandada a que le pague a la demandante Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta, debidamente actualizadas, las sumas de dinero que aparecen demostradas en el expediente como percibidas por aquella por concepto de la prestación del servicio de fondeo en la zona de Santa Marta.

Estas sumas de dinero se encuentran relacionadas en el expediente adjuntas a la comunicación No. 001-234-97 remitida por la Superintendencia General de Puertos⁸ y se circunscriben al periodo comprendido dentro de los meses de julio de 1994 y agosto de 1997, razón por la cual la condena se limita a las de este lapso pues no hay pruebas que demuestren lo percibido en los restantes periodos.

⁷ Folios 86 y 87 del c. No. 1.

⁸ Folios 308 a 396 del c. No. 1.



Se toma como punto de partida lo percibido a partir del 18 de julio de 1994, fecha en que se notificó la Resolución que agotó la vía gubernativa,⁹ incluyendo solamente las sumas de dinero que en esa relación aparecen recibidas por fondeo en la zona de Santa Marta.

Hechas las sumatorias correspondientes se llega a los siguientes resultados: a) Año de 1994: Julio, \$17.363.869.52; agosto, \$5.036.025.68; septiembre, \$7.625.166; octubre, \$10.323.746; noviembre, \$6.187.613; y diciembre, \$14.605.225; b) Año de 1995: enero, \$17.239.859; febrero, \$6.433.676; marzo, \$13.515.704; abril, \$9.477.561; mayo, \$19.979.521; junio, \$11.086.781; julio, \$623.871; agosto, \$18.130.604; septiembre, \$11.168.279; octubre, \$11.027.387; noviembre, \$12.059.583; y diciembre, \$28.414.055; c) Año de 1996: enero, \$14.286.334; febrero, \$23.937.783; marzo, \$17.047.390; abril, \$21.882.376; mayo, \$20.756.640; junio, \$4.356.400; julio, \$12.423.990; agosto, \$24.090.962; septiembre, \$30.152.024; octubre, \$23.139.193; noviembre, \$26.525.907; y diciembre, \$18.929.165; d) Año de 1997: enero, \$9.254.327; febrero, \$37.067.244; marzo, \$33.821.303; abril, \$25.795.435; mayo, \$14.391.400; junio, \$16.827.353; julio, \$24.834.647; y agosto, \$27.553.743.

Para actualizar las sumas de dinero que aquí se ordenan reembolsar o pagar se aplicará la consabida fórmula

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Los índices iniciales son respectivamente los siguientes:

a) Año de 1994: Julio, 47.3; agosto, 47.76; septiembre, 48.428; octubre, 48.82; noviembre, 49.37; y diciembre, 50.10; b) Año de 1995: enero, 51.03; febrero, 52.83;

⁹ Folio 74 del c. No. 1.



marzo, 54.21; abril, 55.43; mayo, 56.35; junio, 57.03; julio, 57.47; agosto, 57.84; septiembre, 58.33; octubre, 58.84; noviembre, 59.31; y diciembre, 59.86; c) Año de 1996: enero, 61.36; febrero, 63.82; marzo, 65.17; abril, 66.46; mayo, 67.49; junio, 68.26; julio, 69.30; agosto, 70.06; septiembre, 70.90; octubre, 71.71; noviembre, 72.29; y diciembre, 72.81; d) Año de 1997: enero, 74.02; febrero, 76.33; marzo, 77.51; abril, 78.77; mayo, 80.05; junio, 81.01; julio, 81.69; y agosto, 82.63.

El índice final es 107.55.

Como el régimen aplicable es el Decreto 222 de 1983, se reconocerán intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual sobre las sumas de dinero que se ordenan reembolsar o pagar.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

A. DECRETAR LA NULIDAD de las Resoluciones números 618 del 21 de junio de 1994 y 714 del 13 de julio de 1994 expedidas por la Superintendencia General de Puertos, por medio de las cuales la demandada interpretó unilateralmente el Parágrafo cuarto de la cláusula tercera del Contrato de Concesión No. 006 de 1993 y resolvió el recurso de reposición que la aquí demandante propuso contra aquel acto administrativo.

B. ORDENAR que la Superintendencia General de Puertos **REEMBOLSE** a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A. la suma de **CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO**



PESOS (\$48.526.485), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **CIENTO DIEZ MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS (\$110.338.762.40).**

C. CONDENAR a la Superintendencia General de Puertos a **PAGAR** a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta S. A. las sumas de dinero que aparecen demostradas como percibidas por la demandada por concepto de la prestación del servicio de fondeo en el área objeto de la concesión portuaria, las que se discriminan y actualizan así:

1 - La suma de **DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$17.363.869.52)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$39.481.694.85)** y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de julio de 1994;

2 - La suma de **CINCO MILLONES TREINTA Y SEIS MIL VEINTICINCO PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$5.036.025.68)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **ONCE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS (\$11.340.547.77)** y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de agosto de 1994;

3 - La suma de **SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS (\$7.625.166)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **DIEZ Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CINCUENTA Y DOS PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$16.986.052.26)** y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de septiembre de 1994;

4 - La suma de **DIEZ MILLONES TRESCIENTOS VEINTITRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$10.323.746)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO**



QUINCE PESOS CON DIEZ Y SEIS CENTAVOS (\$22.743.115.16) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de octubre de 1994;

5 - La suma de SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS TRECE PESOS (\$6.187.613), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$13.479.395.95) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de noviembre de 1994;

6 - La suma de CATORCE MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$14.605.225), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$31.353.132.70) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de diciembre de 1994;

7 - La suma de DIEZ Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$17.239.859), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$36.334.447.09) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de enero de 1995;

8 - La suma de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$6.433.676), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TRECE MILLONES NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS (\$13.097.517.58) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de febrero de 1995;

9 - La suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS (\$13.515.704), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL CUATROCIENTOS



NOVENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y DOS CENTAVOS (\$26.814.498.52)
y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de marzo de 1995;

10 - La suma de **NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$9.477.561)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$18.389.169.86)** y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de abril de 1995;

11 - La suma de **DIEZ Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIUN PESOS (\$19.979.521)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL CINCUENTA Y DOS PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$38.133.052.05)** y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de mayo de 1995;

12 - La suma de **ONCE MILLONES OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$11.086.781)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **VEINTE MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$20.908.000.99)** y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de junio de 1995;

13 - La suma de **SEISCIENTOS VEINTITRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$623.871)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **UN MILLÓN CIENTO SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$1.167.519.15)** y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de julio de 1995;

14 - La suma de **DIECIOCHO MILLONES CIENTO TREINTA MIL SEISCIENTOS CUATRO PESOS (\$18.130.604)**, suma ésta que ya actualizada asciende hoy a **TREINTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS SESENTA**



Y SIETE PESOS CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$33.712.767.29) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de agosto de 1995;

15 - La suma de ONCE MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$11.168.279), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON VEINTICUATRO CENTAVOS (\$20.592.292.24) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de septiembre de 1995;

16 - La suma de ONCE MILLONES VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$11.027.387), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$20.156.279.26) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de octubre de 1995;

17 - La suma de DOCE MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$12.059.583), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTIUN MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS (\$21.868.287.83) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de noviembre de 1995;

18 - La suma de VEINTIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$28.414.055), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a CINCUENTA UN MILLONES CINCUENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$51.051.313.31) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de diciembre de 1995;

19 - La suma de CATORCE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$14.286.334), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTICINCO MILLONES CUARENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON VEINTIOCHO CENTAVOS (\$25.040.665.28) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de enero de 1996;



20 - La suma de VEINTITRES MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$23.937.783), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$40.340.152.95) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de febrero de 1996;

21 - La suma de DIECISIETE MILLONES CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS (\$17.047.390), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTIOCHO MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS (\$28.133.294.37) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de marzo de 1996;

22 - La suma de VEINTIUN MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$21.882.376), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS DIECIOCHO PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$35.411.518.79) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de abril de 1996;

23 - La suma de VEINTE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$20.756.640), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y TRES MILLONES SETENTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (\$33.077.146.71) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de mayo de 1996;

24 - La suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$4.356.400), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CATORCE PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS (\$6.863.914.73) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de junio de 1996;



25 - La suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTITRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS (\$12.423.990), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$19.281.387.07) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de julio de 1996;

26 - La suma de VEINTICUATRO MILLONES NOVENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$24.090.962), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS (\$36.982.343.17) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de agosto de 1996;

27 - La suma de TREINTA MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL VEINTICUATRO PESOS (\$30.152.024), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$45.738.366.44) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de septiembre de 1996;

28 - La suma de VEINTITRES MILLONES CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO NOVENTA Y TRES PESOS (\$23.139.193), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$34.703.949.33) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de octubre de 1996;

29 - La suma de VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS (\$26.525.907), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTE PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$39.464.120.87) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de noviembre de 1996;



30 - La suma de DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTINUEVE MIL CIENTO SESENTA Y CINCO PESOS (\$18.929.165), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTISIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$27.960.880.31) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de diciembre de 1996;

31 - La suma de NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$9.254.327), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TRECE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$13.446.404.60) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de enero de 1997;

32 - La suma de TREINTA Y SIETE MILLONES SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$37.067.244), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$52.228.246.98) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de febrero de 1997;

33 - La suma de TREINTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIUN MIL TRESCIENTOS TRES PESOS (\$33.821.303), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTINUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO PESOS CON DIEZ CENTAVOS (\$46.929.185.10) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de marzo de 1997;

34 - La suma de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$25.795.435), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$35.220.249.26) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de abril de 1997;



35 - La suma de CATORCE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$14.391.400), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS (\$19.335.353.77) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de mayo de 1997;

36 - La suma de DIECISEIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$16.827.353), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a VEINTIDOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS (\$22.340.227.31) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de junio de 1997;

37 - La suma de VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$24.834.647), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$32.696.367.79) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de julio de 1997;

38 - La suma de VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$27.553.743), suma ésta que ya actualizada asciende hoy a TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON SEIS CENTAVOS (\$35.863.549.06) y que corresponde al servicio de fondeo percibido en el mes de agosto de 1997.

D. Se reconocen intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual sobre las sumas de dinero que se ordenan reembolsar o pagar.



Expediente 18.762
Acción Contractual
Recurso de Apelación

SEGUNDO: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

Salvo voto

Olga Valle de la Hoz
OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

FA

1803

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
Subsección C**

Consejero: Enrique Gil Botero

Bogotá D.C., agosto once (11) de dos mil once (2011)

Exp.: 18.762
Actor: Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta
Demandado: La Nación-Superintendencia General de Puertos
Acción: Contractual

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, salvo mi voto en relación con la sentencia proferida el 7 de julio de 2011, en el proceso de la referencia –CP. Jaime Orlado Santofimio-, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me condujeron a disentir de la mayoría.

1. Síntesis del problema

La Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta solicitó que se declare la nulidad de las resoluciones No. 618 de 1994 y 714 del mismo año proferidas por la Superintendencia General de Puertos, mediante las cuales la entidad pública interpretó el contrato No. 006 de 1993, cuyo objeto fue la entrega en concesión del Puerto de Santa Marta.

Las resoluciones citadas dispusieron que el concesionario no podía cobrar para su beneficio el "servicio de fondeo", como de facto lo venía haciendo a los usuarios del mismo, porque esta posibilidad correspondía a la Superintendencia General de Puertos.

En efecto, el contratista entendió que la concesión le asignaba el derecho a prestar este servicio, y por eso podía cobrarlo a las embarcaciones que lo necesitaban. Esta interpretación se amparó en el parágrafo de la cláusula cuarta, que dispone: "Las áreas de fondeo son las definidas por la autoridad marítima, la cual para tal fin, publica la carta de navegación del puerto con sus respectivas convenciones."

La Superintendencia, por el contrario, consideró que esta disposición no establece que el servicio de fondeo lo podía explotar el concesionario. Sólo dispone que las áreas que la integran las define la autoridad marítima.

La Sala, por su parte, concluyó: "se desprende entonces de estos preceptos que el fondeo de embarcaciones es una de las operaciones de un puerto y que por consiguiente ha de entenderse que esta actividad quedó comprendida dentro de lo regulado por estas normas, razón por la que no resulta extraño ni ilegal que un área de fondeo pueda ser dada en concesión pues esta actividad hace parte de las operaciones portuarias." -fl. 18 de la sentencia-

Agregó que no existiendo claridad en el contrato, la ambigüedad de sus cláusulas debe interpretarse en contra de quien las redactó, es decir, la Superintendencia General de Puertos, y por eso ha de entenderse que la zona de fondeo quedó incluida en el contrato de concesión.

Por estas razones se anularon los actos administrativos demandados, y se le ordenó a la entidad estatal pagar al actor los valores percibidos por aquella actividad.

2. Mi diferencia con la Sala: la determinación de las áreas que se incluyen en la concesión Portuaria.

El problema que ofrecía este proceso se reducía a determinar si el servicio de fondeo, en el Puerto de Santa Marta, lo podía operar el concesionario -Sociedad

Portuaria Regional de Santa Marta- o si debía hacerlo el contratante -la Nación-Superintendencia General de Puertos-.

La Sala resolvió incorrectamente el problema, porque debió revisar el alcance de la concesión otorgada, es decir, las actividades que comprende y los terrenos y puntos geográficos ubicados en el mar que le fueron encomendados, para determinar si también le asignaron al concesionario las áreas de fondeo -que corresponden a un espacio físico ubicado en éste, donde las embarcaciones realizan maniobras y permanecen en él, a cambio de una suma de dinero-.

Para definir este asunto, con precisión, era necesario analizar varias cláusulas del contrato. La primera, que dispuso: "la Superintendencia en virtud del presente contrato otorga a la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta una concesión portuaria en los siguientes términos (...)"; la segunda, que determinó el "área entregada en concesión", describiendo el globo de terreno que la compone, en forma técnica y detallada: "Descripción de la línea de playa y zona de bajamar. La zona de bajamar que se encuentra en concesión se desarrolla a lo largo del perfil interior de la península que cierra la bahía rematando en la denominada Punta Betín. Dentro de esta línea se encuentran construidos los muelles Roll-on Roll-off, zona frente al sector Ancón y al patio 4, zona sin construir y los muelles No. 4 y 5. La longitud promedio de esta playa y zona de bajamar que se entrega en concesión es de 1.372 metros sobre la cual se realizó el cálculo de la contraprestación." -fl. 25 vto., cdno. de pruebas-.

Además, la cláusula tercera hizo una "Descripción exacta de la ubicación", identificando puntos cardinales, puntos físicos y líneas, de la misma forma como se describen los inmuebles convencionales.

A partir de estas cláusulas la Sala debió hacer un estudio más sencillo: determinar si la "zona de fondeo" quedó incluida en las áreas de terreno y de mar entregadas al concesionario. Si quedó incorporada, sencillamente hacía parte de la concesión, y por tanto el actor las podía explotar económicamente;

pero si no quedó, entonces su derecho a explotarlas no proviene del contrato, es decir, no se puede reclamar.

La respuesta al problema la dio el peritazgo -¿cuál otra prueba podía determinar si el área en discusión pertenecía o no a las entregadas al concesionario?-. Allí se precisaron las zonas que se encontraban dentro de los linderos descritos en la cláusula tercera del contrato, y también las:

"Zonas accesorias que se encuentran por fuera de los linderos descritos en la cláusula tercera del contrato de concesión:

"a) Área de fondeo mencionada en el parágrafo cuarto de al cláusula tercera como zona accesorio (su descripción y ubicación se mencionará en el literal D de este informe." -fl. 6 cdno. de pruebas-

En estos términos, la Sala erró, porque consideró que el concesionario tenía derecho a explotar un área que no hacía parte de la concesión. Con ello amplió la concesión, alteró el equilibrio económico del contrato -en contra del Estado- y modificó el esquema financiero elaborado por el concesionario para recuperar su inversión.

Por esta razón, no cabe duda que la Nación-Superintendencia General de Puertos era la entidad que podía explotar la zona de fondeo de los barcos, y la Sala alteró el alcance del negocio.

En estos términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Enrique Gil Botero

