

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación núm.: 11001 0324 000 **2015 00201 00**

Actor: **JAVIER RAMÍREZ GÓMEZ**

Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE

LEY 1437 DE 2011

El Despacho decide sobre la solicitud de suspensión provisional presentada por Javier Ramírez Gómez respecto de la Resolución No. 2272 de 6 de agosto de 2014 proferida por el Ministerio de Transporte. El acto censurado reguló el procedimiento para la movilización de carga de terceros por puertos privados.

I. La solicitud de suspensión provisional

1.1. En cuaderno separado de la demanda la parte actora solicita la suspensión provisional del citado acto administrativo que señala lo siguiente:

RESOLUCIÓN 2272 DE 2014

Por medio de la cual se dicta una medida temporal y excepcional para los puertos concesionados de servicio privado

CONSIDERANDO:

Que con fundamento en lo establecido en el artículo 1 o de la Ley 1ª de 1991, la Dirección General de la Actividad Portuaria, pública y privada, está a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla, en consecuencia la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, es de interés público.

Que el numeral 5.1 del artículo 5 o de la Ley 1ª de 1991 dispone que 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.

Que en virtud del Decreto 101 de 2000 fueron trasladadas al Ministerio de Transporte, las competencias en materia de concesiones portuarias.

Que conforme lo establece el artículo 5 o del Decreto 4735 de 2009, podrán otorgarse concesiones a las sociedades portuarias y a las sociedades que necesitaren de una zona de uso público como actividad conexas o complementaria, dentro de su cadena productiva.

Que mediante el Decreto 1099 de 2013, se Adoptó el Plan de Expansión Portuaria para un país más moderno, contenido en el Documento Conpes 3744 del 15 de abril de 2013, el cual señala: "... del total de la capacidad instalada del país, tan solo el 39% corresponde a servicios de uso público" y que "..... el creciente tráfico portuario producto del comercio exterior colombiano representa presiones para la capacidad portuaria actual".

Que se hace necesario regular la movilización de carga de terceros por puertos de servicio privado, como una medida temporal y excepcional encaminada a garantizar el servicio portuario que requieran las sociedades no vinculadas jurídica o económicamente, con la finalidad de proveer el acceso universal al servicio.

Que el contenido de la presente resolución, fue publicado en la página web del Ministerio de Transporte, el día 30 de julio del 2014, en cumplimiento a lo determinado en el numeral 8 del artículo 8 o de la Ley 1437 de 2011, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas.

Que los comentarios recibidos fueron evaluados, atendidos y los pertinentes fueron incorporados en el contenido del presente acto administrativo.

Que en mérito de lo expuesto,

ARTÍCULO 1: Cuando por los puertos de servicio privado, otorgados en concesión u homologados, se requiera movilizar de manera temporal y excepcional, cargamentos de importación, exportación, fluviales y/o de cabotaje, diferente a hidrocarburos y de propiedad de terceros, deberán presentar ante la Agencia Nacional de Infraestructura una solicitud de autorización por el término máximo de 5 años, suscrita por su representante legal o apoderado, en la que se acrediten los siguientes requisitos y condiciones:

1. El contrato de concesión portuaria de servicio privado vigente.
2. Solicitud de autorización para la prestación de los servicios portuarios en el puerto privado por escrito en la cual se señale: i) que se sujeta a lo dispuesto en su reglamento de condiciones técnicas de operación para la

prestación de los servicios, y ii) que acredita que en los puertos de servicio público existentes en la zona portuaria en la cual se pretende movilizar la carga, no se puede operar en los términos y condiciones técnicas requeridas por el tercero, atendiendo a la logística propia de su negocio y a la razonabilidad financiera del mismo.

Se deberá acompañar la solicitud de autorización con un documento suscrito por el Representante Legal del tercero interesado, en el cual declare ante la Agencia Nacional de Infraestructura, o quien haga sus veces que la información que soporta la solicitud es veraz y que mantendrá indemne a la entidad concedente frente a cualquier reclamación económica o daño que surja como consecuencia de la información que soporta la solicitud de autorización de cargue, sin perjuicio que el tercero sea convocado por la citada entidad ante cualquier reclamación.

En el acto administrativo en virtud del cual se resuelva la solicitud al puerto de servicio privado se vinculará al tercero interesado para todos los efectos que se deriven de la autorización y la Agencia Nacional de Infraestructura se reserva la facultad de solicitar las garantías que para el efecto considere pertinentes.

3. El tipo de carga a movilizar del tercero, deberá encontrarse autorizada en el contrato de concesión portuaria y poder operarse por las instalaciones actuales del puerto privado, esto es, que la movilización de la carga no debe requerir la realización de inversiones adicionales o la modificación de las condiciones en las cuales se otorgó el contrato de concesión portuaria.

4. Acreditar que el volumen de carga a movilizar de terceros no supera el veinticinco por ciento (25%) del volumen de carga propia movilizada por el terminal

privado durante el año calendario inmediatamente anterior a la solicitud.

ARTÍCULO 2: La Agencia Nacional de Infraestructura resolverá la solicitud mediante acto administrativo, dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación, en el cual se indicará como mínimo el objeto, el alcance, término de la autorización, así como las obligaciones relacionadas con tarifas, liquidación y pago de la contraprestación.

ARTÍCULO 3: Los titulares de los contratos de concesión portuaria para puertos de servicio privado a quienes se les autorice temporal y excepcionalmente movilizar por sus instalaciones carga de terceros, deberán pagar una contraprestación adicional correspondiente al componente variable de la metodología establecida en el Documento Conpes 3744 de 2013, adoptado mediante Decreto 1099 de 2013, o la norma que la modifique, sustituya o derogue.

Adicionalmente, el concesionario deberá informar mensualmente a la Superintendencia de Puertos y Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura, los volúmenes movilizados en el mes inmediatamente anterior, discriminando la carga propia de la carga de terceros no vinculados jurídica o económicamente.

ARTÍCULO 4: La prestación de los servicios portuarios derivados de la movilización de cargos de terceros por los puertos de servicio privado, se sujetará al régimen tarifario de los puertos de servicio público de la zona, contenido en la Ley 1 de 1991 y demás normas reglamentarias.

Conforme lo anterior, el concesionario deberá presentar a la Superintendencia de Puertos y Transporte las tarifas a cobrar por la operación de la carga de terceros, así como las modificaciones a las mismas cuando ello sea necesario, dentro de los quince (15) días siguientes a la

ejecutoria de la resolución que autorice la movilización de dichas cargas.

La Superintendencia de Puertos y Transporte tendrá un plazo máximo de dos (2) meses para pronunciarse. Hasta tanto esta entidad no apruebe las tarifas presentadas por el puerto, no podrán ser cobradas.

ARTÍCULO 5: La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

1.2. A juicio de la parte actora el Ministerio de Transporte incurrió en falsa motivación porque las normas que invocó como fundamento para la expedición de la Resolución censurada no le otorgan tal facultad. (Decreto 101 del 2000, artículo 2 del Decreto 087 de 2010 y artículo 4 del Decreto 4735 de 2009).

1.3. Además señala que también se vulneró el principio de reserva legal porque la prestación del servicio público portuario solo puede ser regulado por el legislador, por lo tanto, considera vulnerado los artículos 150-numeral 23 y 365 de la Constitución.

1.4. Por último, manifiesta que la Resolución demandada está creando una nueva figura, la cual denomina “puertos mixtos”, al permitir que terceros que no son los operadores originares de los puertos privados transporte sus mercancías por dichos puertos. Por lo anterior estima vulnerados los artículos 1, 5, 9, 10, 12, 14, 17, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 1 de 1991 porque estas disposiciones solo crearon los puertos de

servicios públicos y privados, el procedimiento para su creación y la regulación para su funcionamiento.

II.- Traslado de la solicitud al demandado

Mediante autos calendados el 22 de julio de 2015 se admitió la demanda de la referencia y se ordenó correr traslado a la entidad demandada para que se pronunciara sobre la solicitud de suspensión provisional.

III.- Ministerio de Transporte

3.1. El Ministerio de Transporte¹ pidió negar la suspensión provisional solicitada por el actor. Señaló que no desconoció la reserva legal establecida en los artículos 150-numeral 23 y 365 de la Constitución Política porque la Resolución controvertida no creó nuevas reglas para la concesión de puertos privados ni modificó las reglas establecidas en la Ley 1 de 1991.

3.2. Aduce que la Resolución controvertida parte del supuesto jurídico que existe una concesión para el manejo de un puerto privado, por lo tanto, antes de que se pueda autorizar el transporte de mercancías de un tercero se debe cumplir todos los requisitos establecidos en la Ley 1 de 1991 para la concesión de puertos privados.

¹ Mediante memorial recibido en la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación el día 31 de julio del 2015. Ver folios 21 a 28 de este cuaderno.

3.3. Señala que la definición de puerto privado establecida en el artículo 5.14. de la Ley 1 de 1991 no es vinculante, por lo tanto considera que esta ley no prohíbe expresamente que por esta clase de puertos se pueda transportar mercancías de terceros.

IV. Consideraciones de las medidas cautelares en el CPACA

En el Artículo 229 del CPACA se describen las medidas cautelares así:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.”

“La decisión sobre la medida cautelar no significa prejuzgamiento.”

“La medida cautelar en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los intereses colectivos y en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

De la anterior definición se puede concluir que:

- El Juez puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que **considere necesaria(s)** para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- Las medidas anticipadas pueden ser solicitadas y decretadas en **cualquier** clase de proceso **declarativo** que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos.
- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, **en cualquier estado del proceso.**
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener **relación directa y necesaria con las pretensiones** de la demanda.
- En las **acciones populares y de tutela** el Juez puede decretar **de oficio** las medidas cautelares.
- El Juez deberá **motivar** debidamente la medida.
- El decreto de medidas cautelares **no constituye prejuzgamiento.** En efecto, con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que “[/]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

De lo que se trata, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces “*la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite*”². Una suerte de presunción *iure et de iure* sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. La jurisprudencia ya ha señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o “*prejuzgamiento*” de la causa³. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia.

Requisitos para decretar la suspensión provisional de actuaciones administrativas.

² GONZALEZ REY, Sergio. “Comentario a los artículos 229-241 CPACA”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 492.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que era la única medida cautelar prevista en el CCA, continuó en el CPACA. En efecto:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera *manifiesta* y apreciada por *confrontación directa* con el acto demandado. Así, no permitía que el Juez pudiera realizar un estudio del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible, y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

Ahora bien, el Código ha establecido que la medida de **suspensión** de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

El CPACA⁴ define un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en acciones de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del derecho- y define de forma general los requerimientos que debe hacer el Juez en los demás eventos. En efecto el inciso primero del Artículo 231 del CPACA, ordena:

“Artículo 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de *“una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto”*⁵. Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la *“manifiesta infracción”* hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que *“la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas*

⁴ Inciso primero del Artículo 231 del CPACA.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

*invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud*⁶.

En este sentido se observa que, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

Lógicamente esta regulación especial de la suspensión provisional no puede significar que en los juicios de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho únicamente resulte procedente esta medida cautelar. Dado el principio general sentado por el Código⁷ respecto de la posibilidad de decretar las medidas que mejor se ajusten a las particularidades del caso cuando quiera que se cumplan los requisitos previstos para ello se impone entender que la suspensión provisional de un acto administrativo puede verse acompañada de otras medidas previas: sería el caso, por ejemplo, de una de tipo suspensivo de la actuación si se está, por hipótesis, frente a la solicitud de suspensión de la licencia ambiental para la construcción de una obra, cuya paralización podrá también requerirse; o de tipo anticipativo si se está, por ejemplo, frente a una reclamación contra un acto que deniega el reconocimiento de un derecho, cuya suspensión se solicita,

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁷ Artículo 229 del CPACA.

y se acompaña del pedido de anticipación de reconocimiento provisional del derecho.

V.- Caso concreto

5.1. La disposición cuya suspensión se solicita es la Resolución No. 2272 del 6 de agosto del 2014 la cual reguló el procedimiento para permitir que en los puertos privados se pueda transportar mercancía de sociedades no vinculadas ni jurídicamente ni económicamente a la sociedad concesionaria del puerto.

5.2. La actora estima que debe suspenderse la Resolución demandada porque desconoció el principio de reserva legal, incurrió en falsa motivación y desconoció los artículos 1,5, 9, 10, 12, 14, 17, 19, 20, 21 y 22 de la Ley 1 de 1991. :

5.3. El Despacho considera que en principio parece que la Resolución controvertida desconoció los artículos 5.14. y 5.24. de la Ley 1 de 1991. Estas disposiciones establecen lo siguiente:

5.14. Puerto de servicio privado. Es aquel en donde **sólo** se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura.

5.24. Vinculación jurídica o económica. Es la que existe entre una sociedad matriz y su filial o subordinada, en los términos del art. 261 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), y de las normas

que lo completen o reformen. (Negrillas fuera del texto original)

5.4 El acto acusado permite que empresas sin relación económica, ni jurídica, con la sociedad concesionaria a la que se le otorgó la concesión del puerto privado, transporten por éstos sus mercancías, en contravía de lo establecido en el artículo 5.14. de la Ley 1 de 1991, que define los puertos privados como aquellos en los cuales solo se puede transportar mercancía de la sociedad concesionaria o de las sociedades jurídica o económicamente vinculadas a ésta.

5.5. Por lo anterior, el Despacho considera que de conformidad con el artículo 231 del C.P.A.C.A. en principio hay suficiente evidencia fáctica y jurídica de que el Ministerio de Transporte excedió la potestad reglamentaria al regular el transporte de mercancía de terceros por puertos privados y por ende se cumplen los presupuestos mencionados en el acápite anterior para decretar la suspensión provisional del acto censurado, como en efecto se hará.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria

RESUELVE

DECRETAR la suspensión provisional de la Resolución No. 2272 del 06 de agosto del 2014, expedida por el Ministerio de Transporte.



Notifíquese y cúmplase,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Consejero de Estado