



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre (12) de dos mil catorce (2014).

Radicación: 11001-03-26-000-2014-00149-00 (52439)
Actor: Promotora Bananera S.A.
Demandado: Agencia Nacional de Infraestructura-ANI
Naturaleza: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Decide el despacho la solicitud de medida cautelar presentada por el actor, orientada a que se suspendan provisionalmente los efectos de i) los actos administrativos contenidos en la comunicación del 27 de marzo de 2013, con radicación 2013-702-007800-1 y en las resoluciones n.º 1529 del 20 de diciembre de 2013 y 719 del 27 de mayo de 2014, proferidos por la entidad demandada; ii) los actos fictos resultantes del silencio administrativo negativo que habría operado frente a los recursos interpuestos por la actora, contra la decisión contenida en la citada comunicación del 27 de marzo de 2013 y iii) *“el procedimiento o actuación administrativa consistente en el trámite de homologación de los puertos Zungo y Nueva Colonia, operados y administrados por Probán”*.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad Promotora Bananera S.A, a través de apoderado, solicita que se

anulen los actos administrativos atrás señalados y, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la actora presentó oportunamente la solicitud de homologación de los puertos de Zungo y Nueva Colonia y que la entidad demandada *"...debe continuar con el procedimiento administrativo de homologación"* de esos puertos.

El actor fundamenta las pretensiones, en síntesis, en las siguientes razones:

i) el 31 de julio de 1998, mediante la resolución n.º 2426 de esa fecha, el Ministerio de Transporte otorgó permiso, por término indefinido, a la sociedad Promotora Bananera S.A. para *"...la operación portuaria fluvial de los Muelles de Zungo y Turbo, sector de Urabá, respectivamente, de carácter privado destinados a la comercialización de banano"*, bajo el régimen de la Ley 1ª de 1991;

ii) la Ley 1242, expedida para adoptar el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales, el 5 de agosto de 2008, dispuso, en el artículo 64, que *"[l]a concesión sobre los puertos fluviales a cargo de la Nación o de entidades competentes y la de los puertos privados que se construyan se regirán conforme a los procedimientos establecidos en la Ley 1ª de 1991 y las normas que la reglamenten o modifiquen"*, al tiempo que señaló que *"[l]os particulares que administren u operen puertos o muelles fluviales bajo cualquier modalidad diferente a la concesión tendrán un plazo de 18 meses a partir de la promulgación de la presente ley para que se homologuen o soliciten la concesión portuaria"*; sin que se haya ocupado de definir los alcances, el procedimiento, los requisitos y la autoridad competente para adelantar la homologación y los efectos de no solicitar u obtener esa decisión;

iii) el 2 de diciembre de 2009, esto es 16 meses después de entrada en vigencia la Ley 1242, mediante el Decreto 4735 de esa fecha el Gobierno nacional reglamentó el trámite de las homologaciones (arts. 37 y ss.), sin definir el alcance de la medida, el procedimiento y los requisitos exigibles;

iv) el 19 de marzo de 2010, Proban S.A., actuando de conformidad con las disposiciones del artículo 37 del Decreto 4735 de 2009, presentó ante el "INCO" solicitud de homologación de los puertos el Zungo y Nueva Colonia de su propiedad; iniciado el trámite, la entidad dispuso suspenderlo mientras el Ministerio de Transporte regulaba lo concerniente a la contraprestación por la realización de las actividades portuarias fluviales ejecutadas en inmuebles privados, se resolvían aspectos de orden técnico, financiero y jurídico y se implementaban *"...las estrategias y/o mecanismos que le permitan cumplir con el procesamiento de las solicitudes de homologación de una forma más eficiente y en concordancia con las políticas del sector"*, tal como lo dispuso mediante la resolución n.º 387 del 29 de julio de 2011;

v) posteriormente, con la expedición del Decreto reglamentario 2079 de 2010, se definió en qué consiste la homologación y se ordenó tramitar las solicitudes *"...cuando las actividades se desarrollen en inmuebles de dominio privado"*, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 4735 de 2009;

vi) el 27 de marzo de 2013, mediante la comunicación n.º 2013-702-007800-1 de esa fecha, la Agencia Nacional de Infraestructura, que asumió las funciones relativas a las homologaciones, informó a Probán S.A. que su solicitud fue presentada extemporáneamente y que, en consecuencia, solamente podía optar por la concesión;

vii) el 11 de julio siguiente, Probán S.A. ejerció oportunamente los recursos contra el acto contenido en la comunicación citada, sin que se le notificara oportunamente la decisión de los mismos;

viii) el 20 de diciembre de 2013, mediante la resolución 1529 de esa fecha, la Agencia Nacional de Infraestructura decidió negar la solicitud de homologación presentada por Probán S.A, *"...sin expresar las razones por las cuales se niega la misma"* y

ix) el 27 de mayo de 2014, con la resolución n.º 719 expedida en esa fecha

para resolver el recurso de reposición, la entidad demandada confirmó la decisión de negar la solicitud de homologación, fundada en que Probán S.A. la presentó extemporáneamente.

2. Solicitud de medida cautelar de urgencia

Con el escrito de la demanda, fundado en las disposiciones de los artículos 230 y 238 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A.C.A-, el actor solicita la suspensión provisional de i) las decisiones de que tratan la comunicación del 27 de marzo de 2013, con radicación 2013-702-007800-1 y las resoluciones n.º 1529 del 20 de diciembre de 2013 y 719 del 27 de mayo de 2014, proferidas por la demandada; ii) los actos fictos resultantes del silencio negativo que se produjo respecto de los recursos ejercidos contra la citada comunicación del 27 de marzo de 2013 y iii) del *"...procedimiento o actuación administrativa consistente en el trámite de homologación de los puertos Zungo y Nueva Colonia, operados y administrados por Probán"* –fls. 239 a 260-.

A juicio del actor, de la sola comparación de los textos resulta evidente que los actos son contrarios a las disposiciones de los artículos 29 y 83 constitucionales, 64 de la Ley 1242 de 2008, 37 del Decreto 4735 de 2009 y 4º del 2079 de 2010, porque i) en ellas no se sanciona con el rechazo por extemporaneidad, de las solicitudes presentadas después de los 18 meses de vigencia de la Ley 1242; ii) la exigencia de este plazo desde antes de la entrada en vigencia del Decreto reglamentario 4735 de 2009 resulta contraria al debido proceso y la buena fe; iii) el citado Decreto 2079 de 2010 dispuso el deber de tramitar las solicitudes y no el rechazo, iv) *"...no hay razón alguna para predicar la extemporaneidad"*, en cuanto la solicitud fue presentada con sujeción a las disposiciones reglamentarias y v) las resoluciones 1529 de 2013 y 719 de 2014 fueron proferidas por la entidad demandada sin competencia, pues para entonces ya había decidido, como lo hizo a través de la citada comunicación del 27 de marzo de 2012.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con las disposiciones del artículo 238 constitucional, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial.

Y disponen los artículos 229 y 230 del C.P.A.C.A. que en los procesos declarativos, antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, el magistrado ponente podrá decretar, a petición de parte debidamente sustentada y en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre ellas la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, sin que esa decisión implique prejuzgamiento.

Asimismo, el artículo 231 *ibidem* dispone que la suspensión provisional del acto administrativo cuya nulidad se pretende procede i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, ii) 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.

Señala la norma citada –se destaca–:

“Art. 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. 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.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.

Además, dispone el ordenamiento que la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado podrá ser adoptada de urgencia, desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, “...cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto”, caso en el cual deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, sin que proceda la caución y sin perjuicio de los recursos a que haya lugar -arts. 232 y 234-.

Por su parte, la Sala Plena de la Corporación ha señalado que la decisión sobre la medida cautelar orientada a impedir provisionalmente que el acto siga produciendo efectos, debe estar fundada en la confrontación con las normas invocadas y apoyada en la interpretación de la ley y el análisis de las pruebas allegadas con la solicitud, que permitan dar cuenta de las razones por las cuales se considera que la violación es evidente, ostensible o notoria.

Así lo precisó la Corporación:

3. Antes de proceder a resolver los cargos formulados la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

3.1. Debe dejarse sentado que todo lo atinente al fondo del asunto que se cuestiona en este proceso será materia de la sentencia que haya de proferirse y, por consiguiente, no serán considerados los argumentos que traen los recurrentes sobre el centro de la cuestión litigiosa porque ésta es objeto de la decisión final y no de un recurso de reposición.

3.2. De conformidad con lo previsto en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, la procedencia de la medida de suspensión provisional depende de que se reúnan concurrentemente los siguientes requisitos:

- a) Que se solicite expresamente y se sustente, antes de que sea admitida la demanda o su reforma;
- b) Que haya una infracción a normas jerárquicamente superiores, lo que será suficiente si se trata de una acción de simple nulidad, pues si se trata de acciones sustancialmente subjetivas, debe demostrarse, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor;
- c) Que esa infracción sea manifiesta, esto es, que se ponga al descubierto a partir de un análisis objetivo, de tal suerte que emerja de manera patente, clara y evidente y que no se requiera de argumentaciones de fondo que sean propias de un fallo definitivo.

Pero lo que últimamente se acaba de afirmar no significa en manera alguna que la providencia que la contenga no sea motivada.

En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativo que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,¹ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho.

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesorio porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,² argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta³ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación⁴, el hecho de

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992

² Corte Constitucional. Sentencia T-064 de 2010.

³ Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).

exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante el análisis de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud⁵.

En el escrito de demanda el actor invocó como violadas las disposiciones de los artículos 29 y 83 constitucionales; 64 de la Ley 1242 de 2008; 37 del Decreto 4735 de 2009 y 4° del 2079 de 2010 y señaló que, de la confrontación de los actos demandados, se advierte ostensiblemente la vulneración de esas disposiciones, en síntesis porque i) no estas no imponen negar por extemporaneidad las solicitudes presentadas después de los 18 meses de vigencia de la Ley 1242; ii) resulta contrario a la buena exigir el plazo de los 18 meses desde antes de la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional; iii) las disposiciones del Decreto 2079 de 2010 ordenan tramitar las solicitudes sin sujeción a plazo alguno, iv) la solicitud fue presentada con sujeción a las disposiciones que reglamentaron el trámite y v) las resoluciones 1529 de 2013 y 719 de 2014 adolecen del vicio de falta de competencia.

En efecto, el actor sustentó la solicitud de suspensión provisional en los

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 22 de marzo de 2011, Radicación. 11001-03-26-000-2010-0036-01 (38.924) C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

siguientes términos –se destaca–:

3.1. Defectos constitucionales y legales de la comunicación distinguida con el radicado de salida 2013-702-007800-1 (...) y el acto ficto que la confirma

A continuación pasamos a expresar las razones por las cuales **al rompe** se colige la inconstitucionalidad de la prédica de la extemporaneidad.

La Ley 1242 de 2008 sólo alude al término homologar en el aparte final del artículo 64, sin definir por parte alguna dicho término, ni las obligaciones, ni derechos que de él se derivan (término este que no puede ser entendido en un sentido natural y obvio)... y que solo es definido (...) en los términos del artículo 3° del Decreto 2079 de 9 de junio de 2010, es decir incluso con posterioridad al momento en que Probán S.A. presentó ante el INCO la solicitud de homologación (...).

La Ley 1242 de 2008 guarda absoluto silencio respecto del procedimiento que deben seguir los particulares que administren u operen puertos o muelles fluviales bajo cualquier modalidad diferente a la concesión a efectos de obtener la homologación, pese a que establece en el artículo 64 un plazo de 18 meses a partir de la promulgación de la Ley para que dichos particulares se homologuen o soliciten la concesión portuaria (...).

En conclusión la Ley 1242 de 2008 no define la homologación, no señala el trámite que debe seguirse para obtener la homologación, ni señala la autoridad competente para otorgar la homologación.

Bastaría con decir lo anterior para concluir que dados estos antecedentes normativos el cumplimiento de la obligación de homologarse dentro del término de 18 meses contado a partir de la promulgación de la Ley 1242, es imposible al tenor de lo que prevé el artículo 1532 del Código Civil, pues la obligación como tal está sometida al cumplimiento de unas condiciones que resulta concebidas en términos ininteligibles y además es legalmente imposible en la medida en que ninguna persona está obligada a cumplir dentro de un plazo determinado con una obligación que no se define y que se desconoce ante qué autoridad y por qué procedimiento se sitúa (...)

Resulta de la mayor importancia reproducir el artículo 37 [del Decreto 4735 de 2009]:

Artículo 37. Trámite de las homologaciones de que trata el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008, todas las personas o entidades que con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley citada, tuvieran vigente acto administrativo de construcción y operación de muelles, puertos o embarcaderos en vías fluviales, deberán adelantar el trámite de homologación previsto en este capítulo.

Se eximen de esta obligación quienes ya hubieran solicitado homologación y el proceso de hubiera surtido de conformidad con las disposiciones exigidas por la respectiva entidad.

Basta con leer dicho artículo, se reitera independientemente del debido o indebido ejercicio de la potestad reglamentaria, para establecer que el

administrado, tal y como antes se afirmó, solo podía cumplir con la obligación ante la autoridad competente la homologación, a partir del 2 de diciembre de 2009, pues con anterioridad a dicha fecha el administrado no podía ni física ni legalmente homologarse (...).

Es claro que a través de dicha norma jurídica lo que señala es que las personas que tuvieran permisos para operar muelles privados fluviales, debían solicitar la homologación y no podían solicitar otra cosa, es decir no podían solicitar la concesión. Así las cosas se solicitó lo que debía solicitarse, y no solo se solicitó en la debida oportunidad, sino que no existía ni existe razón para exigirle a una persona en tales circunstancias que solicite la concesión. La violación de dicho artículo es pues evidente.

(...)

Se viola el artículo 29 de la Constitución... porque es evidente que no se puede predicar que la homologación solicitada por Probán S.A. es extemporánea por no haberse presentado dentro de los 18 meses siguientes a la promulgación de la Ley 1242 de 5 de agosto de 2008, término que se vencía el 5 de febrero de 2010; ya que para ese momento se desconocía el significado del término homologar (...).

Se viola igualmente el artículo 29 de la Constitución... en la medida en que la Ley 1242 de 2008, no señala ante quién se solicita la "homologación", es decir no señala ante qué autoridad debe iniciarse la actuación administrativa o debe rituarse el proceso, cosa que únicamente se consagra en el artículo 2° del Decreto 4735 de 2009 (...).

En el peor de los casos, el término de 18 meses debía contabilizarse, en lo que a este tópico hace, a partir de la expedición del Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009 (...).

Se viola igualmente el artículo 29 de la Constitución... en relación con el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008 por cuanto el artículo 64, de manera muy extraña señala "tendrán un plazo de 18 meses a partir de la promulgación de la presente ley para que se homologuen o soliciten la concesión portuaria. Pese a todos los defectos advertidos, tal y como se ha señalado, la norma no se refiere a solicitud alguna de homologación, o sea que en principio no existe ni siquiera la obligación de solicitar la homologación, sino simplemente de homologarse, cómo, ante quién o por qué procedimiento, nadie lo sabe (...) Así las cosas, no existe un debido proceso para la homologación... no existe la posibilidad de observar la plenitud de las formas propias de cada juicio... no existe debido proceso y por ende nunca habría empezado a correr plazo alguno para la homologación y sí que menos pueda afirmarse que la solicitud que presentó Probán S.A. fue extemporánea.

Se viola igualmente el artículo 29 de la Constitución... en relación con el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008, y en relación con el artículo 150, numerales 1° y 2° de la Constitución... porque... nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y ante el juez o tribunal competente y resulta ser, de una manera muy simple, que el artículo 64 de la Ley 1242 no señala por parte qué sucede si los particulares que administren u operen muelles o puertos fluviales bajo cualquier modalidad diferente de la concesión, no se homologan dentro del pazo de 18 meses a partir de la promulgación de la ley; es decir la ley no señala qué sucede si no

se homologa, si como consecuencia de la no homologación dentro del plazo ya dicho, esta se puede declarar extemporánea o no y si que menos qué sanciones se pueden imponer a quien no se homologa (...). Así las cosas manifestar que no se concede la homologación porque esta fue supuestamente extemporánea constituye una violación más que evidente al derecho de defensa (...).

Recapitulando todos los comentarios anteriores, es obvia la violación del artículo 83 de la Constitución... en primer lugar porque si se entiende "se homologue" tal y como está previsto en el artículo 64 de la Ley 1242, como el hecho de que la autoridad pública pueda conceder cuando ella quiera la homologación, poco importaría el término en que se presente la solicitud porque aún si se hubiera definido la homologación; si se hubiera señalado la autoridad competente para otorgarla, si se hubieran determinado los procedimientos, hubiera bastado con que la autoridad pública no homologara dentro de los 18 meses contados a partir de la promulgación de la ley los muelles de PROBAN S.A. y se hubiera visto desvirtuada totalmente la pretensión de la misma (...).

Igualmente se viola el artículo 83 de la Constitución... en la medida en que atendiendo a la caótica normatividad citada, no había lugar a declarar la extemporaneidad de la solicitud de homologación en la medida en que la buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorgar la palabra dada, constituyendo una guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad (...) es un hecho que no podía predicarse la obligación de solicitar la homologación... cuando solo en los términos del Decreto 4735 de diciembre 2 de 2009 se determina la competencia y el procedimiento genérico para solicitar la homologación (arts. 37, 38, 39 y 40) y cuando solo en los términos de los artículos 3° y 4° del Decreto 2079 de 9 de julio de 2010 se define la homologación y más aún se señala que se tramitará de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 4735 (...).

Se viola igualmente por falta de aplicación el artículo 37 del Decreto 4735 de 2009, en relación con el artículo 4° del Decreto 2079 de 9 de junio de 2010, porque basta leer los textos de dichos artículos para concluir que solamente a partir de la publicación del Decreto 4735, en mención, se podía adelantar el trámite de homologación previsto en el capítulo VII de dicho Decreto, y que solo a partir de la incorporación de dicho artículo al ordenamiento podía contabilizarse el término de 18 meses para solicitar la homologación. Dicho artículo señala "deberán adelantar el trámite de homologación previsto en este capítulo" y conste que para ese entonces no se había aún definido en qué consistía la homologación (...).

Cabe advertir que el Decreto 4735 de 2009 no define la homologación, razón por la cual, incluso el término de 18 meses solo podría contabilizarse a partir del 9 de junio de 2010, es decir de la entrada en vigor del Decreto 2079, decreto que define la homologación y que señala que esta procede cuando las actividades portuarias se desarrollen en inmuebles de dominio privado como resulta serlo en el caso que nos ocupa.

En conclusión no hay razón alguna para predicar la extemporaneidad.

Para finalizar se impone manifestar que al tenor de lo previsto en el artículo 37 del Decreto 4735 de 2009, PROBAN S.A. no está legitimado en la causa

para solicitar la concesión (...).

3.2. Defectos constitucionales y legales propios a las resoluciones 1529 de 2013 y 719 de 2014.

(...) existe una causal de inconstitucionalidad propia a ambos actos, como lo es el hecho absolutamente evidente de que la ANI ya había resuelto el tema de la extemporaneidad desde el momento en que remitió a PROBAN S.A. la comunicación distinguida con el radicado de salida 2013-702-007800-1 (...) la cual constituye un acto definitivo del cual se dio por notificado PROBAN S.A. al interponer los recursos contra el mismo, acto este que impedía continuar con la actuación, resultando, entonces, totalmente absurdo que en los términos de las resoluciones 1529 de 20 de diciembre de 2013 y 719 de 27 de mayo de 2014, vuelva a proceder la ANI a predicarse sobre la extemporaneidad (sic) de la solicitud de homologación, tema este que ya estaba concluido.

El artículo 29 de la Constitución... señala que la decisión debe provenir "de un juez o tribunal competente" y es evidente que el caso que nos ocupa la ANI había perdido competencia para decidir sobre un asunto que ya había decidido, es decir que actuó por fuera de su competencia temporal o competencia rationi temporis (...).

De donde, a juicio del despacho, el actor cumplió la carga procesal en relación con la medida cautelar, si se considera que la solicitó al presentar la demanda; fundada en la violación de las disposiciones de los artículos 29 y 83 constitucionales, 64 de la Ley 1242 de 2008, 37 del Decreto 4735 de 2009 y 4° del Decreto 2079 de 2010, que considera flagrante, en cuanto los actos impugnados negaron, por extemporánea, la solicitud presentada con sujeción a esa normatividad.

Procede, en consecuencia, que, a efectos de decidir sobre la medida cautelar, el despacho determine si los actos demandados fueron expedidos con violación manifiesta de las disposiciones invocadas por el actor. De conformidad con los criterios legales y jurisprudenciales reseñados, se procederá al análisis de los actos impugnados y su confrontación con las normas invocadas, apoyada en la interpretación de la ley y el análisis de las pruebas allegadas con la solicitud, que permitan dar cuenta de las razones por las cuales se considera que la violación es evidente, ostensible o notoria.

a) La violación ostensible del artículo 4° del Decreto 2079 de 2010

El actor sostiene la violación flagrante de las disposiciones del artículo 4° del Decreto 2079 de 2010, por haberse declarado extemporánea la solicitud de homologación, siendo que aquellas dispusieron expresamente el deber de tramitarla, en tanto se trataba de actividades desarrolladas en inmuebles de dominio privado, con sujeción a lo previsto el artículo 37 del Decreto 4735 de diciembre 2 de 2009.

Obra en el expediente copia de la resolución n.° 2426 de 1998, expedida por el Ministerio de Transporte para permitir a Proban S.A. la operación portuaria fluvial de los Muelles de Zungo y Turbo, que ostentan “*carácter privado*” y están destinados a la comercialización de banano.

Asimismo, los actos demandados, allegados al expediente, dan cuenta de que invocando esa condición de inmuebles privados, con fundamento en las disposiciones de los artículos 64 de la Ley 1242 de 2008 y 37 del Decreto 3745 de 2009, Probán S.A. presentó al INCO la solicitud de homologación de los muelles Zungo y Nueva Colonia, cuyo conocimiento asumió la entidad demandada.

En esos mismo actos se lee que i) mediante comunicación 2013-702-007300-1, del 27 de mayo de 2013, la entidad manifestó a la actora que “*los permisos a ustedes concedidos debían ser reemplazados por la respectiva homologación o la solicitud de concesión y ya que la homologación no fue presentada en los 18 meses de plazo que la ley le otorgaba, es procedente que hagan la solicitud de concesión fluvial (...)*” –fl. 156-; ii) en respuesta a los recursos de reposición y apelación ejercidos por la actora contra la anterior decisión, la demandada se pronunció, con la comunicación 2013-702-020493-1, en el sentido de que “*...no procede revocar acto alguno ya que lo que se profirió por parte de esta Agencia fue una comunicación que permitiera a la sociedad C.I. Probán S.A. adelantar el trámite de la solicitud de concesión y tampoco procede continuar con el trámite de homologación iniciado por C.I. Proban S.A. sobre los muelles Zungo y Nueva Colonia*”,

dada la extemporaneidad de la solicitud; iii) con la resolución n.º 1529 de 2013, la Agencia Nacional de Infraestructura negó "...la solicitud de homologación de permiso de operación de muebles fluviales para actividades portuarias fluviales presentada por la sociedad Promotora Bananera S.A.-C.I. PROBÁN S.A.", aduciendo que con la citada comunicación del 27 de marzo de 2013, se informó a Probán S.A., que "...una vez revisada la documentación de las solicitudes de homologación de los permisos de operación para actividades portuarias fluviales, se verificó que las mismas se encontraban extemporáneas conforma a lo estipulado en el artículo 64 de la Ley 1242 del 5 de agosto de 2010, por radicarse en el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) el día 19 de marzo de 2010, estando por fuera del plazo legal de los 18 meses, a partir de la promulgación de la citada Ley 1242" y iv) mediante la resolución 719 de 2014, se decidió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar la anterior decisión.

Conforme con este último acto, la entidad demandada negó la solicitud de homologación presentada por la actora, fundada en la extemporaneidad, así:

Para concluir es pertinente manifestar que:

- *La solicitud de homologación fue radicada... el día 19 de marzo de 2010 (...).*
- *Que para la fecha de radicación de la solicitud de homologación de la sociedad C.I. Proban S.A. la ley aplicable era la Ley 1242 de 2008, el Decreto 4735 de 2008, fue así como se radicó y se manifestó por parte de C.I. Probán S.A. en la primera página de la solicitud de concesión portuaria que "con base en el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008 y de los artículos 37 y siguientes del Decreto 2009".*
- *La ley se presume conocida por las partes acorde con lo establecido en el artículo 9 del Código Civil (...).*
- *Que la Ley 1242 de 2008 establecía un plazo de 18 meses (...).*
- *Que es obvio que la solicitud se encontraba extemporánea.*
- *Que por ende la motivación no está en la determinación tomada por el*

Comité de contratación sino en los 28 considerandos y más específicamente en los artículos 2 y 3 de la Resolución 1529 del 12 de diciembre de 2013.

- Que a pesar de ser obvia la extemporaneidad esta Agencia mediante comunicación con radicación 2013-702-020493-1 del 12 de diciembre de 2013, en los numerales 2.5 y 2.6 explicó en detalle los argumentos que explican la extemporaneidad, argumentos que ya fueron transcritos.
- Que al ser obvio y conocido por el solicitante e incorporada la comunicación con radicado 2013-702-020493-1 del 12 de diciembre de 2013, en la resolución número 1529 del 20 de diciembre de 2013, sí se dieron los motivos de la negación de la solicitud de homologación –fs. 215 y 216-.

Acreditado, como está sumariamente, que se trataba de la homologación para actividades que se desarrollan en inmuebles de dominio privado, la solicitud debía tramitarse, de conformidad con las disposiciones del artículo 4° del Decreto 2079, expedido el 9 de junio de 2010, esto es después del vencimiento del plazo de los 18 meses dispuesto en el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008 y vigente –ese Decreto- cuando la administración se pronunció, el 27 de marzo de 2013, sobre la extemporaneidad de la solicitud.

En efecto, el citado artículo 4° dispone –se destaca-:

Obligatoriedad de las Homologaciones. La solicitud de homologación deberá tramitarse cuando las actividades se desarrollen en inmuebles de dominio privado y se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del Decreto 4735 de diciembre 2 de 2009.

Y el citado artículo 37 del Decreto 4735 de 2009, establece –se destaca-:

Artículo 37. Trámite de las homologaciones de que trata el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008, todas las personas o entidades que con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley citada, tuvieran vigente acto administrativo de construcción y operación de muelles, puertos o embarcaderos en vías fluviales, deberán adelantar el trámite de homologación previsto en este capítulo.

Se eximen de esta obligación quienes ya hubieran solicitado homologación

y el proceso de hubiera surtido de conformidad con las disposiciones exigidas por la respectiva entidad.

Habiendo dispuesto el artículo 4° del Decreto 2079 de 2010, después del vencimiento del plazo previsto en el artículo 18 de la Ley 1242 de 2008, el deber de tramitar la solicitud de homologación *"cuando las actividades se desarrollen en inmuebles de dominio privado"*, huelga concluir la vulneración manifiesta de esas disposiciones con la expedición de los actos administrativos demandados, en cuanto con ellos se negó, por extemporaneidad, la solicitud presentada de conformidad con las disposiciones del artículo 37 del Decreto 4735 de 2009, pese a que el citado artículo 4° del Decreto 2079 de 2010 exigió, expresamente, tramitar esas solicitudes.

Ahora, el despacho advierte claramente la vulneración en relación con la comunicación n.º 2013-702-007800-1, del 27 de mayo de 2013 y las resoluciones 1529 del mismo año y 719 de 2014. No así respecto de los actos fictos invocados por el actor, en cuanto su existencia corresponde ser definida en la decisión de fondo del presente asunto.

b) No se evidencia la violación ostensible del debido proceso, de la buena fe y la ilegalidad del acto por falta de competencia

A juicio del actor, con los actos demandados se vulneraron las disposiciones constitucionales sobre el debido proceso y la buena fe, en cuanto no resulta posible exigir al administrado el cumplimiento de un deber, sin haberse establecido previamente las normas y trámite para decidir. Asimismo, que, en cuanto ya había decidido el asunto, la demandada procedió sin competencia a expedir las resoluciones demandadas.

Para la Sala resulta evidente que de la sola confrontación de los actos demandados con las disposiciones de los artículos 29 y 83 constitucionales, 64 de la Ley 1242 de 2008, 37 del Decreto 4735 de 2009 y 4° del Decreto 2079 de 2010, no resulta posible deducir la vulneración del debido proceso

y la buena fe; tampoco la falta de competencia. Aspectos estos que corresponde enteramente al juicio que habrá de realizarse en la sentencia que decida de fondo el asunto. Sin perjuicio de la ostensible vulneración del artículo 4º del Decreto 2079 de 2010, que, como ya se señaló, amerita la suspensión de los actos señalados.

c) La acreditación del perjuicio

De conformidad con las disposiciones del artículo 231 del C.P.A.C.A., “[c]uando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”. Requisito que la parte actora cumplió, si se considera que i) el perjuicio invocado consiste en habérsela privado del derecho a que se tramite y decida de fondo la solicitud de homologación de los puertos privados Zungo y Nueva Colonia y ii) el restablecimiento se orienta a que se ordene a la demandada continuar con el trámite de la solicitud negada por extemporánea.

En efecto, está acreditado i) que la actora presentó ante la entidad demandada solicitud de homologación aplicable a actividades que se desarrollan en inmuebles privados y ii) que la solicitud debe tramitarse, como lo ordenan las disposiciones del artículo 4º del Decreto 2079 de 2010. Derecho que la demandada negó a la actora con los actos demandados.

d) Urgencia de la medida cautelar

Establecida, como está, la ostensible violación de las disposiciones del artículo 4º del Decreto 2079 de 2010, por haberse negado el trámite de la solicitud de homologación que estas normas ordenan adelantar, procede la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las decisiones contenidas en la comunicación con radicación 2013-702-

007800-1, del 27 de mayo de 2013 y las resoluciones 1529 del mismo año y 719 de 2014.

Ahora, de acuerdo con la solicitud del actor, la medida cautelar se orienta, además, a que se suspenda el trámite mientras se decide de fondo, todo ello con el fin de no afectar la operación comercial de los puertos privados Zungo y Nueva Colonia, de las que, según afirma, depende la explotación comercial del banano, de importancia económica y social para la región, como lo acreditan sumariamente los elementos probatorios allegados al proceso con la demanda.

En efecto, con la demanda se allegó i) informe rendido por un ingeniero mecánico al servicio de C.I. UNIBAN S.A., matriz de la compañía Proban S.A., en el que da cuenta de que los muelles Zungo y Nueva Colonia están operación con *"cargue y descargue de mercancías y en su mayor parte de banano y plátano de exportación... desde hace cerca de 20 años"* –fls. 110 a 113-; ii) informe rendido por contadora pública, que da cuenta de las inversiones ejecutadas, los resultados económicos y financieros, así como la mano de obra requerida en la operación de los mencionados muelles –fls. 149 a 155- y iii) carta de la Agencia Nacional de Infraestructura en la que da cuenta de *"la gran importancia económica para el país del sector agropecuario y bananero en la zona del Urabá"*, que tiene la operación de los muelles privados y la necesidad de la concesión para continuar operando –fls 156 y 157-.

De conformidad con las disposiciones del artículo 234 del C.P.A.C.A., la medida cautelar procede de urgencia, cuando se evidencia que no es posible agotar previamente el trámite dispuesto en el artículo 233 ibídem, esto es la decisión sobre la admisión de la demanda, la notificación del auto admisorio (3 días), el traslado de la solicitud de la medida cautelar a la demandada (5 días) y la decisión de la medida cautelar (10 días); requisito que se cumple en este caso, dado que entre la fecha de reparto del proceso y la fecha de adopción de la medida cautelar con sujeción al trámite señalado, pueden resultar afectadas las actividades económicas atrás señaladas, a las que sirve la operación de los muelles el Zungo y Nueva Colonia. Perjuicios que pueden ser evitados con las medidas cautelares de que tratan las disposiciones de los artículos 238 constitucional y 229 del C.P.A.C.A., en cuanto orientadas a proteger eficazmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Siendo así, el despacho decretará las medidas cautelares de urgencia, consistentes i) en la suspensión provisional de los efectos de las decisiones contenidas en la comunicación con radicación 2013-702-007800-1, del 27 de mayo de 2013 y las resoluciones 1529 del mismo año y 719 de 2014 expedidas por la Agencia Nacional de Infraestructura y ii) la orden de suspender provisionalmente el trámite de la solicitud de homologación presentada por C.I. Probán S.A. ante la Agencia Nacional de Infraestructura.

Por lo anterior,

RESUELVE:

1. **DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES URGENTES** consistentes i) en la suspensión provisional de los efectos de las decisiones contenidas en la comunicación con radicación 2013-702-007800-1, del 27 de mayo de 2013 y las resoluciones 1529 del mismo año y 719 de 2014, expedidas por la Agencia Nacional de Infraestructura y ii) la orden de suspender provisionalmente el trámite de la solicitud de homologación presentada por C.I. Probán S.A. ante esa misma entidad.

2. La medida cautelar aquí adoptada deberá **COMUNICARSE INMEDIATAMENTE** por Secretaría a la Agencia Nacional de Infraestructura, entidad que deberá cumplirla en los términos del artículo 234 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Consejera de Estado