



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil quince (2015)

**Radicación: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)**

**Actor: C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A UNIBAN**

**Demandado: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**

**Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares deprecada por el accionante en el escrito de demanda respecto de algunos actos administrativos dictados por la Vicepresidencia de Estructuración de la Agencia Nacional de Infraestructura.

**ANTECEDENTES**

1.- En escrito del 26 de septiembre de 2014 la Sociedad C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A. Uniban solicitó se declarara la nulidad de las siguientes decisiones administrativas: i) Decisión de 27 de mayo de 2013, radicado de salida número 2013-702-007800-01 dictado por la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI, ii) el acto administrativo ficto o presunto fruto del silencio administrativo configurado por no haberse dado resulta a los recursos propuestos contra la anterior decisión, iii) Resolución 1527 de 20 de diciembre de 2013 de la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI y iv) Resolución 720 de 27 de mayo de 2014 de la Vicepresidencia de Estructuración de ANI.

Mediante la primera de estas decisiones, dirigida a Unibán S.A y Proban S.A, la ANI señaló que "los permisos a ustedes concedidos debían ser remplazados por la respectiva homologación o la solicitud de concesión y ya que la homologación no fue



Expediente: 11001-03-26-000-2014 00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

presentada en los 18 meses de plazo que la ley otorgaba, es procedente que hagan la solicitud de concesión fluvial" y, además, anotó que mientras que surte dicho trámite las sociedades podrían solicitar una "autorización temporal contemplada en el artículo 30 del Decreto 4735 de 2009" (fls 205-206, c1).

La tercera decisión, la Resolución 1527 de 20 de diciembre de 2013, decidió "Negar la solicitud de homologación de permiso de operación de muelles fluviales para actividades portuarias fluviales presentada por la sociedad C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A "C.I Uniban S.A", identificada con Nit. 890.904.224-2" (fls 249-252, c1).

Y finalmente, la Resolución 720 de 27 de mayo de 2014, que desató en sentido desfavorable el recurso de reposición propuesto contra la anterior resolución, confirmó la decisión inicial (fls 253-266, c1).

Consecuentemente, a título de restablecimiento del derecho, el accionante solicitó se declarara que la Sociedad Uniban "presentó la solicitud de homologación de los puertos de Zungo y Nueva Colonia en términos, es decir que dicha solicitud no fue extemporánea" y que "la ANI debe continuar con el procedimiento administrativo de homologación de los Puertos de Zungo y Nueva Colonia. (fls 2-3, c1)."

2.- Mediante auto de 10 de noviembre de 2014 (fls 274-277, c1) el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a los demandados e intervinientes y concediendo el término establecido por la Ley para su contestación.

3.- Mediante proveído de la misma fecha se corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar elevada por la parte accionante. Dicho término transcurrió entre el 12 y el 19 de diciembre de 2014 (fl 42, cdno cautelares).

Dentro de la oportunidad la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI manifestó su oposición a la cautela deprecada (fl 26-41, cdno cautelares).



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Baraneros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

4.- Mediante auto de 13 de enero de 2015 (fl 43, cdno cautelares), se fijó el 22 de enero de 2015 a las 2.35 p.m como fecha y hora para celebrar la audiencia preliminar en donde se escucharán las alegaciones de las partes sobre la medida cautelar peticionada.

En el curso de dicha actuación los intervinientes expusieron oralmente sus consideraciones sobre la medida cautelar.

## CONSIDERACIONES

### 1.- Competencia

1.1.- Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto comoquiera que se enmarca dentro del supuesto normativo del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su numeral primero, al prescribir que el Consejo de Estado conocerá "por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales (...) 2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional."

1.2.- De esta manera, al verificarse que la acción contenciosa adelantada corresponde a una petición de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de unos actos administrativos expedidos por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI que carecen de cuantía, se concluye que la competencia para tramitar y decidir el *sub lite* corresponde a la Sección Tercera de esta Corporación.

1.3.- Igualmente, es competente este Despacho para proferir la decisión sobre la medida cautelar solicitada en atención a que el *sub lite* es un juicio contencioso adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:



Expediente: 11001-03-26 C00-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

"Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 125. Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia. (...)".

## 2.- La audiencia preliminar convocada.

2.1.- Mediante los autos de 10 de noviembre de 2014 este Despacho admitió la demanda y ordenó correr traslado a las demandadas de la solicitud de medida cautelar. En estas mismas providencias (especialmente en el auto admisorio) se hizo referencia a la convocatoria a las partes a una audiencia preliminar en la cual el Magistrado Ponente, con asistencia de las partes del proceso, escuchó los argumentos jurídicos de cada uno de ellos.

2.2.- Sobre esto, el Despacho encuentra suficientemente justificado y acorde al ordenamiento jurídico la convocatoria a esta audiencia preliminar. El acto de escuchar a las partes en audiencia se ajusta el principio de tutela judicial efectiva<sup>1</sup>, ya que constituye una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia C-318 de 30 de junio de 1998: "[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio". Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002: "[...] [e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de *indefensión* frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal" [puede verse también, sentencia C-207 de 2003]. Corte Constitucional, sentencia T-247 de 10 de abril de 2007: "[...] El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que "[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena 'garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia', está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas." De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo".



Expediente: 11001 03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Uraba S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

cada una de las partes; la inmediación garantiza el ejercicio imparcial<sup>2</sup> de la administración de justicia y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el Juez, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas frente a la medida cautelar, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; y, por último, la convocatoria a esta audiencia preliminar deviene en útil, también, por el hecho que a través de esta se permite a todos los intervinientes en el proceso contencioso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229, así como aquellos convencionales establecidos en los artículos 8.1<sup>3</sup> y 25<sup>4</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14<sup>5</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3.- Resta entonces, recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, cuando afirmó que: "que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio.", mientras que la

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-361 de 2001: "[...]"Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado. .... Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta "se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial." Los principios de independencia e imparcialidad judicial, garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales". Corte Constitucional, auto 091 de 2003: "[...] La garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad judicial, impone que la autoridad competente para resolver un asunto se encuentre ajena a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su decisión, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones institucionales" Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile "[...]146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia". Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L.V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28: "[...] supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice"

<sup>3</sup> Artículo 8.1. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

<sup>4</sup> "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"

<sup>5</sup> "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

sentencia C-124 de 2011 precisó que la *“audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la intermediación, la concentración y la publicidad.”*. Así, las mencionadas finalidades que se persiguen con la realización de la audiencia preliminar convocada por el Despacho<sup>6</sup> cumplen con las garantías constitucionales y convencionales señaladas.

2.4.- Dicho lo anterior, pasa el Despacho a abordar la solicitud de suspensión provisional solicitada.

### 3.- Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.1.- Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren *“necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia<sup>7-8</sup>; comoquiera que se busca evitar que la

<sup>6</sup> A esta argumentación se debe adicionar lo establecido en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 270 de 1996 que establece: *“Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.”*

<sup>7</sup> Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

<sup>8</sup> “4 (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*.”

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Union de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

duración del proceso afecte al que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda "la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón"<sup>9</sup>.

3.2.- El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar "se pretende evitar "hechos consumados" y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional."<sup>10</sup>.

3.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

3.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de

considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas ("La Pica"). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

<sup>9</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

<sup>10</sup> SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: "ordenar que se mantenga la situación...", "suspender un procedimiento o actuación administrativa...", "suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo"; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite "ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos" y, por último, "impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer".

3.5.- Por último, el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas "medidas cautelares de urgencia", establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código).

3.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos<sup>11</sup>, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

<sup>11</sup> Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: "la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C I Unión de Bananeros de Uriabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

3.7.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

"Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar. En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos"<sup>12</sup>.

3.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-00971.



llamadas a satisfacer, implican que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos<sup>13</sup>.

**3.9.- Criterio de aplicación.** Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptar la medida solicitada así como de modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez abordarlo teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, lo da a entender, además de las exigencias constitucionales y convencionales, la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela 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" (artículo 231 CPayCA) (Resaltado propio).

3.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de

<sup>13</sup> Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada "medida liminar" comentada por Berizonce en los siguientes términos "La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2°). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7°, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.". BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados référé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el "juge des référés" y consistente en i) un référé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5°). ii) un référé de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6°) y iii) el référé conservativo, dirigido a adoptar las "medidas útiles" en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7°). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014]. El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].



Expediente 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*<sup>14</sup>, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad<sup>15</sup>. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

"1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho<sup>16</sup>, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple "habilitación" normativa a la autoridad para la

<sup>14</sup> Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que "siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

<sup>15</sup> En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

<sup>16</sup> MEL KEVIK, Bjarne. Rawls y Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: "El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respeta al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos".



Expediente: 11001-03-26 000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de "libertad de selección", arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho<sup>17</sup>, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad<sup>18</sup>.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización<sup>19</sup>, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial<sup>20</sup>. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. "Deber ideal", en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

<sup>20</sup> STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

<sup>21</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada "El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos", dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática", en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; "Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo", en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Liza (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; "Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa", Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano,



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control. Nulidad y restablecimiento del derecho  
C I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

3.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación<sup>22</sup>, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos<sup>23</sup> (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAYCA da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

"Que, adicionalmente, se cumpla con 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."

Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); "El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración", en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013. pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

<sup>22</sup> La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiero decir que "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro". ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epilogo). 2º edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008. p. 529

<sup>23</sup> A través de una escala triádica de leve, medio o intenso.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

3.12.- Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### **4.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.**

4.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos<sup>24</sup>. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un juzgamiento provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho<sup>25</sup>

4.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, "cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud", figura que ha sido

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez: "La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos -y por consiguiente el perjuicio- se han consumado".

<sup>25</sup> SANJOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo. T.III, 3ª reimpr., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.



ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación<sup>26</sup> en los siguientes términos:

"... 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 administrativa 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,<sup>27</sup> 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, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; 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,<sup>28</sup> argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta<sup>29</sup> la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,<sup>30</sup> el hecho de 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 la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos 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

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Camboa. Exp. 38.924.

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-064 de 2010.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 38.475)



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

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 solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A.”

4.3.- En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un proceso contencioso administrativo en esta misma providencia se hace énfasis en lo siguiente:

“La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”<sup>31</sup>

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”<sup>32</sup>

4.4.- Su procedencia está determinada por la evidente, ostensible, notoria o palmaria vulneración del ordenamiento jurídico, establecida mediante la confrontación de un acto administrativo con el universo normativo superior al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

4.5.- Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada sobre los dos pilares fundamentales sobre los

<sup>31</sup> Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

cualos se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

4.6.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación de la ley y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

4.7.- También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la manifiesta infracción exigida en la norma.

#### **4.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.**

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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.  
 (...)”

4.9.- De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que 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 y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

4.10 - Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

#### **5.- Los cargos esgrimidos por el actor.**

5.1.- La parte demandante elevó la solicitud de suspensión provisional respecto de la Comunicación de 27 de mayo de 2013, radicado de salida 2013-702-007800-1 de la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI, ii) el acto administrativo ficto o presunto fruto del silencio administrativo configurado por no haberse dado resulta a los recursos propuestos contra la anterior decisión, iii) Resolución 1527 de 20 de diciembre de 2013 de la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI, mediante el cual se y iv) Resolución 720 de 27 de mayo de 2014 de la Vicepresidencia de Estructuración de ANI. Además, se solicita se decrete la suspensión del procedimiento o actuación administrativa en el trámite de homologación de los puertos de Zungo y Nueva Colonia, operados y administrados por C.I Uniban S.A.

5.2.- La parte demandante expuso que en virtud del artículo 64 de la Ley 1242 de 5 de agosto de 2008, se estableció la homologación para los operadores portuarios fluviales, estableciendo que quienes a la fecha operen o administren muelles fluviales bajo modalidad distinta 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".

5.3.- Advierte que la ley no define lo que se debe entender por homologación, no señaló ante quien se solicita ni el procedimiento a surtir, razón por la cual "el administrado no podría de manera alguna solicitar la homologación".



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

5.4.- Manifiesta que el 2 de diciembre de 2009 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4735 donde se señala cuál es la autoridad competente y el trámite para la homologación. Alega el actor que, a su juicio, el término de dieciocho (18) meses de que trata la Ley 1242 de 2008 sólo debe contarse a partir de la expedición del mentado Decreto. En todo caso, para la fecha aún no se había definido lo que debía entenderse por homologación.

5.5.- Menciona que por escrito de 19 de marzo de 2010 Uniban S.A solicitó ante el Inco la homologación.

5.6.- Mediante comunicación de 27 de mayo de 2013 radicado de salida 2013-702-007800-1 la Vicepresidencia de Estructuración de la Agencia Nacional de Infraestructura se informa a Uniban S.A que la solicitud de homologación fue presentada de manera extemporánea, toda vez que el término de dieciocho (18) meses inició con la entrada en vigencia de la Ley 1242 de 2008. Esta comunicación fue remitida por correo a la demandante sin obrar citación para notificación.

5.7.- Uniban S.A presentó recurso de reposición y apelación contra la anterior comunicación, manifestando que a la fecha se configuró un silencio administrativo negativo, al no reconocerle valor a una comunicación que remitió la Agencia Nacional de Infraestructura sin obrar citación para notificación.

5.8.- Posteriormente la ANI dictó la Resolución 1527 de 20 de diciembre de 2013, mediante la cual negó la homologación solicitada por el actor. Contra esta decisión Uniban formuló recurso de reposición, el cual fue resuelto con la Resolución No. 720 de 27 de mayo de 2014, en sentido confirmatorio.

5.9.- La parte demandante considera violado el artículo 29 constitucional ya que no se podía afirmar la extemporaneidad de la solicitud de homologación de la Sociedad accionante, ya que se desconocía el significado del término homologar, así como el procedimiento y la autoridad ante la cuál debía llevarse a cabo tal trámite. Igualmente, la parte accionante considera que se viola el artículo 83 de la Constitución dada la caótica normatividad que rige la materia.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

## **6.- El escrito de oposición a la prosperidad de la medida cautelar.**

6.1.- La Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, en escrito de 19 de diciembre de 2014 (fls 26-41, c1) solicitó se denegara la medida cautelar. Consideró que la medida no persigue ningún efecto práctico, dado que obligaría a la proseguir el trámite administrativo, lo cual sería constitutivo de prejuzgamiento. Igualmente, señaló que la solicitud carece de sustento probatorio.

6.2.- Además, aduce que se hace necesaria una confrontación legal palmaria, sin que implique mayores esfuerzos para el Despacho, cosa que no se observa en el caso.

## **7.- Problema jurídico**

7.1.- Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir (el decreto de la medida de suspensión provisional y suspensión de procedimiento administrativo), el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se contrae a si en sede cautelar resulta procedente suspender los efectos de las decisiones administrativas de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI que computaron el término de que trata el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008 desde su entrada en vigencia y, como consecuencia, declararon extemporánea la solicitud de homologación de C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban S.A.

## **8.- Las normas legales y reglamentarias que regulan el asunto.**

Conforme a lo narrado, se tiene que la Ley 1242 de 2008 "Código Nacional de Navegación y actividades portuarias y fluviales", establece en el inciso primero del artículo 64 el deber para quienes administren u operen puertos o muelles fluviales bajo cualquier modalidad diferente a la concesión de homologarse, para lo cual se les concedió un plazo de dieciocho (18) meses "a partir de la promulgación de la presente ley" o, en su defecto, de solicitar la concesión portuaria.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c/ Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

Posteriormente el Decreto 4735 de 2 de diciembre de 2009 se encargó de regular el trámite a seguir así como la autoridad administrativa ante la cual se debía llevar a cabo (el Instituto Nacional de Concesiones – Inco).

Seguidamente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2079 de 9 de junio de 2010 con el cual se regularon otros aspectos de la homologación y se definió ésta como “el reconocimiento que efectúa la autoridad competente a través de acto administrativo, del derecho o facultad para realizar actividades portuarias fluviales utilizando las infraestructuras físicas detalladas en el artículo 4° de la citada ley.”.

#### **9.- Los actos administrativos cuya suspensión de efectos se solicita.**

9.1.- Mediante la comunicación de 27 de mayo de 2013, radicado de saluda 2013-702-007800-1 la Agencia Nacional de Infraestructura “comunicó” a la Sociedad demandante y a Proban S.A, entre otros, los siguientes aspectos relacionados con la extemporaneidad de la solicitud de homologación portuaria:

“Debido a la gran importancia económica para el país del sector agropecuario y bananero en la zona del Urabá y teniendo en cuenta que en virtud del artículo 64 de la Ley 1242 de 2008 que establece: “...Los 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”. los permisos a ustedes concedidos debían ser remplazados 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 otorgaba, es procedente que hagan la solicitud de concesión fluvial para lo cual, si se encuentran interesados, deberán allegar una solicitud con los siguientes documentos acorde con lo estipulado en el artículo 9 del Decreto 4735 de 2009 (...)” (fl 205, c1).

9.2.- La Resolución No. 1527 de 20 de diciembre de 2013, expedida por el Vicepresidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, que resolvió negar la solicitud de homologación portuaria fluvial presentada por C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban S.A el 19 de marzo de 2010, consideró, entre otras cuestiones, lo siguiente respecto a la solicitud:

“23. Que esta Agencia envió carta el día 12 de diciembre de 2013, bajo el radicado No. 2013-702-020494-01 contestando el oficio de fecha 11 de julio de 2013, titulado “Recurso de reposición y de Apelación contra decisión del 27 de mayo de 2013,



radicado salida número: 2013-702-007800-1, de la autoría de Beatriz Eugenia Morales Vélez, Vicepresidente de Estructuración de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.” En el cual se aclara la improcedencia del recurso al no ser la comunicación un acto de carácter definitivo y la Agencia expuso su interpretación sobre la homologación y extemporaneidad.

24. Que el comité de contratación recomendó negar la solicitud de homologación radicada por la sociedad bananera C.I Uniban S.A el día 17 de diciembre de 2013.” (fl 252, c1)

9.3.- Finalmente, la misma dependencia dictó, desatando el recurso de reposición propuesto por la sociedad acá demandante, la Resolución No. 720 de 27 de mayo de 2014 en donde se anotaron, *inter alia*, las siguientes consideramos conclusivas sobre el tema objeto de pronunciamiento judicial:

“Para concluir es pertinente manifestar que:

- La solicitud de homologación fue radicada por la sociedad C.I Uniban S.A se radico (sic) ante el INCO el día 19 de marzo de 2010, bajo el radicado No. 2014-409-006238-2.

- Que para la fecha de radicación de la solicitud de homologación de la sociedad C.I Uniban S.A, la ley aplicable era la ley 1242 de 2008, el decreto 4739 de 2009, fue así como se radico (sic) y se manifestó por parte de C.I Uniban 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 4735 de 2009" (Negrillas fuera del texto original).

- La ley se presumen conocida por las partes acorde con lo establecido en el artículo 9 del Código Civil el cual afirma "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa".

- Que la Ley 1242 de 2008 establecía un plazo de 18 meses, así:

"La 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. Los 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."

- 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 (sic) 3 y 23 de la Resolución No. 1527 del 20 de diciembre de 2013.

- A pesar de ser obvia la extemporaneidad esta Agencia mediante comunicación con radicado: 2013-702-020494-01 del 12 de diciembre de 2013, en los numerales 2.5 y



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

2.6 explico (sic) 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 2013-702-020494-1 del 12 de diciembre de 2013, en la resolución número 1527 del 20 de diciembre de 2013, si se dieron los motivos de la negación de la solicitud.

- Que a pesar de haberse dado los motivos de la negación no hay argumentos que desvirtúen la extemporaneidad o que dejen claro que hubiera podido tramitarse." (fls 265 vto y 266, c1).

#### 10.- Caso en concreto.

10.1.- Vista la anterior normativa, es preciso señalar que las decisiones administrativas cuestionadas por vía judicial declararon la extemporaneidad de la solicitud de homologación presentada el 19 de marzo de 2010 por C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban S.A ante el Instituto Nacional de Concesiones – Inco (Hoy ANI), ya que, a su juicio, el término de dieciocho (18) meses de que hace referencia la Ley 1242 de 2008 inició desde la fecha de expedición de la misma, esto es, desde el 5 de agosto de 2008 (Diario Oficial No. 47072 de 2008) y hasta el 5 de febrero de 2010.

10.2.- Así, en criterio del Despacho es claro que las decisiones atacadas violan flagrantemente el ordenamiento jurídico, dado que so pretexto de una interpretación textualista, exegética y a todas luces ilógicas, partieron de un supuesto erróneo, esto es, el de exigir un deber imposible de satisfacer por parte del administrado.

10.3.- Y es que aunque *prima facie* las decisiones de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI constituyen estricta aplicación del artículo 64 de la Ley 1242 de 2008, el Despacho encuentra que, inclusive, a nivel reglamentario, la conclusión a la que llegó la entidad es absurdamente contraevidente si se tiene en cuenta que el término de dieciocho (18) meses de la mencionada Ley feneció el 5 de febrero de 2010 y cuatro (4) meses después se expidió el Decreto 2079 de 9 de junio de 2010 "por medio del cual se reglamenta el régimen de Homologaciones previsto en el artículo 64 de la Ley 1242 de 2008...", donde se define lo que debe entenderse por homologación, los principios que rigen ese procedimiento, el plazo de las homologaciones, las



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151 00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

garantías y contraprestaciones, entre otros aspectos medulares para la operatividad de la figura.

10.4.- Acaso ello no quiere decir que el ejecutivo entendió que para el 9 de junio de 2010 aún era posible para los interesados presentar las solicitudes de homologación del artículo 64 de la Ley 1242 de 2008?. Pues bien, el que se hubiere expedido el Decreto 2079 de 2010 lleva al Despacho a considerar que el término de homologación no pudo haber iniciado el 5 de agosto de 2008, como lo prohija la ANI en sus decisiones administrativas.

10.5.- En todo caso, si se llega a reparar la anterior argumentación [cuestión que no fue abordada por la accionada], el Despacho tiene bastante claro que la Administración falló en su deber de aplicar la totalidad del ordenamiento jurídico y, con preferencia, los principios y valores jurídicos que convencional<sup>33</sup> y constitucionalmente se encuentran consagrados en el sistema de derecho positivo colombiano.

<sup>33</sup> El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1° de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1° de septiembre de 2010; Caso Vélez Loor Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1° de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1° de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Río Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2013; Caso J Vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014; Caso Norin Catriman y Otros Vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014; Caso de las personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana sentencia de 28 de agosto de 2014; Caso Rochac Hernández y Otros Vs. El Salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

10.6.- A partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que los procedimientos de la administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma o en la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o sustancial; contrario a ello, resulta apenas obvio que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho la Administración y los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la "profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad."<sup>34</sup>

10.7.- Súmese que el concepto del principio de legalidad, immanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formales legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad<sup>35</sup>. Es por ello que le es exigible a la administración concretar dichos principios y valores supraleales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos humanos fundamentales.

10.8.- Y es bajo los anteriores elementos jurídicos que se advierte que en este caso los actos demandados violan la razonabilidad que deben seguir las decisiones de la administración, pues acusando una interpretación literal del artículo 64 de la Ley 1242 de 2008, la Agencia Nacional de Infraestructura ANI arribó a una conclusión insostenible como es que pese a no conocerse en qué consistía (para ese entonces) la llamada homologación, ante cuál autoridad se tramita y cuál es el procedimiento a seguir, era exigible a toda persona que administren u operen puertos o muelles fluviales bajo cualquier modalidad diferente a la concesión – en un entorno de total incertidumbre

Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso *Gelman Vs Uruguay*.

<sup>34</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 137.

<sup>35</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Ibid.*, p. 60 "es indudable que el principio de legalidad ha evolucionado nuevamente, esta vez de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad. Ocho cambio sustancial es el resultado directo e inmediato de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en las últimas décadas, con el fin de proteger la dignidad humana, como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos"



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

normativa – cumplir con ese deber legal, sin detenerse siquiera a evaluar las condiciones de razonabilidad de dicha conclusión, esto es, si resultaba plausible frente a los principios y valores constitucionales, y particularmente el del debido proceso administrativo, exigir el cumplimiento de un deber legal carente del necesario desarrollo reglamentario.

10.9.- Así impuesta, la sanción de la administración (el rechazo por ser extemporáneo) se explica más por la falta de desarrollo normativo aunado a una lectura exegética e irrazonable que a una desidia, negligencia, desinterés o incuria de la parte interesada.

10.10.- Ya ha dicho la Corte Constitucional que frente a la interpretación de las normas jurídicas se impone a los operadores jurídicos el deber de no seguir aquellos entendimientos que llevan a un absurdo o contrarían la finalidad objetiva que se persigue; es necesario, "buscar el sentido razonable de la disposición dentro de un contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática – finalísima"<sup>36</sup>, al igual que esta Corporación ha defendido la necesidad de llevar a cabo aplicaciones razonables del ordenamiento por parte de los operadores jurídicos; así, en auto de 19 de mayo de 2014, se sostuvo:

"7.4.2.- En cuanto al deber de motivación de las decisiones que adopten las autoridades administrativas se tiene que la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la configuración de esta exigencia se ajusta a la cláusula de Estado de Derecho, el principio del debido proceso administrativo, el principio democrático y el de publicidad<sup>37</sup>; así mismo, ha llamado la atención sobre el hecho de que no se trata de cualquier tipo de motivación sino que ésta debe satisfacer rigurosos requerimientos como es el hecho de mostrar una justificación interna y otra externa<sup>38</sup>, que hagan ver que la decisión además de ser racional satisface los postulados de la razonabilidad; en términos del Tribunal Constitucional: "deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de "racionalidad", sino también en reglas de carácter valorativo, pues con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la "razonabilidad" se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas."<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencia C-011 de 1994.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010. Reiterado en T-204 de 2012, entre otras. En esta última se indicó: "Derivado de lo anterior, la motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico."

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-472 de 2011.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia C-472 de 2011.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

7.4.3.- En este orden de ideas, la labor de interpretar el ordenamiento jurídico y justificar la toma de decisiones se concibe como un ejercicio complejo consistente en el ofrecimiento de las mejores razones en apoyo de una determinada postura jurídica. Así, la interpretación es inacabada, evolutiva y constructiva<sup>40</sup>, (por oposición a aquellas posturas que la consideran como una mera aprehensión de un significado previo dado por el creador de la disposición).

7.4.4.- Lo anterior encuentra pleno sentido cuando se entiende que los jueces y los funcionarios administrativos, quienes tienen poder decisorio, tienen la obligación jurídica y política de erradicar la arbitrariedad en la toma de decisiones<sup>41</sup>; razón por la cual ellos y, en general, todos los partícipes de la práctica jurídica tienen la obligación de fundamentar de manera racional y razonable las posturas que defienden; más aún cuando, en la mayoría de los casos, es claro que la adopción de una decisión jurídica no se sigue lógicamente a partir de un ejercicio de subsunción de una norma jurídica en un caso concreto<sup>42</sup>.

7.4.5.- Es por esta razón que se ha dicho que la formulación de argumentos jurídicos consistentes pueden ser explicados a partir de un método de doble razonamiento, comoquiera que debe existir una justificación externa<sup>43</sup>, en donde el operador proponga a la luz del ordenamiento vigente la fundamentación de las premisas mayores que empleará como referente normativo para adoptar la decisión; mientras que, hecho lo anterior, deberá exponer una justificación interna<sup>44</sup>, que implica la aplicación lógico deductiva de las premisas mayores a los hechos que se encuentran acreditados en un caso. Este último punto puede revestir las características propias de un razonamiento

<sup>40</sup> Este es el punto de vista defendido por R. Dworkin, para quien la interpretación es un proceso continuo donde el Juez debe tener en consideración crítica la cadena interpretativa que le precede para resolver un asunto, comoquiera que debe tener empeño en hacer mejor progresivamente la práctica jurídica. Sostiene dicho autor: "Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. "debe" interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral". DWORKIN, Ronald. "Cómo el derecho se parece a la literatura" En: RODRÍGUEZ, Cesar (Ed.) La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin. Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167.

<sup>41</sup> "En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima - en el sentido amplio de la palabra." AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

<sup>42</sup> Son acertadas las palabras de Lorenz quien afirmó que "ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente". ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23. De esta postura es partícipe Nino quien afirmó que "la tarea de precisar los textos vagos o ambiguos, eliminar las lagunas y las contradicciones, determinar los precedentes relevantes, etc., por lo común no está guiada por reglas precisas de segundo nivel y, cuando lo está, (...) no es infrecuente que se tropiece con reglas competitivas que aportan soluciones divergentes". NINO, Carlos Santiago. Op. Cit. p. 293.

<sup>43</sup> "El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo." ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica ... Op. Cit. p. 222.

<sup>44</sup> "En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas. (...) Los problemas ligados con la justificación interna han sido discutidos bajo el rótulo de "silogismo jurídico". ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Op. Cit. p. 214.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

estructurado como un silogismo, por lo cual son plenamente aplicables los argumentos lógico deductivos así como sus respectivas falacias.

7.4.6.- Al hilo de esta última consideración, es importante resaltar que las decisiones judiciales adoptadas deben satisfacer una pretensión de corrección, la cual consiste en que lo decidido debe considerarse, sin más, como racionalmente fundamentado a la luz del ordenamiento jurídico vigente<sup>45</sup>. Su justificación reside en el hecho de que un ordenamiento jurídico<sup>46</sup> y las decisiones de sus operadores debe aspirar a ser justos, de modo tal que si, por ejemplo, una decisión falta a esa pretensión ello "no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente"<sup>47</sup> "48

10.11.- Considera, entonces, el Despacho que comoquiera que fruto de esa lectura irrazonable y exegética de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI se impidió proseguir el trámite administrativo de homologación por parte de C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban, es claro que se presentó una evidente y manifiesta violación del derecho fundamental, convencional y constitucional, al debido proceso administrativo.

10.12.- Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el artículo 8, sobre garantías judiciales, establece garantías que son aplicables a todo tipo de procedimientos, sean estos de naturaleza judicial o administrativa<sup>49</sup>. Particularmente ha sostenido que dichos órganos "tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana"<sup>50</sup> o que "las decisiones que adopten los órganos internos que

<sup>45</sup> "No se pretende que el enunciado jurídico sea sin más racional, sino sólo de que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado." Teoría de la argumentación, Op. Cit, p. 208. Sobre este punto Aarnio sostiene: "Muy a menudo, la justificación se refiere - y tiene que referirse - a diferentes tipos de razones materiales, o bien a razones teleológicas o a razones de corrección. En la práctica, esto significa, entre otras cosas, que el derecho tiene que estar conectado con valores y valoraciones. Dicho brevemente: existe una combinación entre derecho y moral. Este mismo rasgo impone precondiciones especiales a la teoría moderna de la interpretación jurídica." Aarnio, Aulis. Lo racional como razonable. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 15.

<sup>46</sup> "La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material." ALEXY, Robert. El concepto y validez del derecho. 2º edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p. 21.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica ... Op. Cit, p. 209.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente de 19 de mayo de 2014, exp. 50219.

<sup>49</sup> "cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal." Caso Baena Ricardo c. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Igualmente, en el caso Claude Reyes c. Chile, en sentencia de 19 de septiembre de 2006, la Corte sostuvo: "El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos."

<sup>50</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein c. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001.



Expediente: 11001 03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Uraba S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”<sup>51</sup>.

10.13.- En este contexto, se tiene que los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva; igualmente, se destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que *“se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”* (Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987); y comentando el artículo 25 de la Convención ha señalado que *“La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”* (Caso Castillo Páez c. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, entre otros casos); pues en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos<sup>52</sup>.

10.14.- Con toda razón ha dicho la Corte Interamericana que *“El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados”*<sup>53</sup>, pues lo contrario sería tanto como considerar a las cartas de derechos humanos o fundamentales como proclamas retóricas carentes de vinculatoriedad jurídica que dejarían inerte a su titular cuando sus derechos le sean conculcados, algo inaceptable en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como el que, normativamente, pretende serlo el colombiano.

<sup>51</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Claude Reyes c. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>52</sup> Véase Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002.

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

10.15.- A su turno, conforme al artículo 29 constitucional<sup>54</sup>, el derecho fundamental al debido proceso constituye un principio jurídico que guía las actuaciones de la administración pública "complementando la finalidad primordial de todas las actuaciones administrativas, cual es la de la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al Derecho material"<sup>55</sup>, razón por la cual en virtud de tal cometido se pretende garantizar que la administración se ajuste a las reglas previstas en el ordenamiento jurídico, adopte decisiones justas, evite las dilaciones injustificadas de los procedimientos y, sobre todo, que dé aplicación a los principios constitucionales que rigen la función pública, como son los la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, conforme a las notas del artículo 209 constitucional<sup>56-57</sup>.

10.16.- Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que el objeto de la garantía del debido proceso administrativo "es i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, ii) la validez de sus actuaciones, y iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"<sup>58</sup>, al tiempo que ha sostenido que "el debido proceso administrativo representa un límite jurídico al ejercicio del poder

<sup>54</sup> Constitución Política. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

<sup>55</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Ibid, p. 92.

<sup>56</sup> Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

<sup>57</sup> "1.7.- Pero además existe una legitimidad democrática para la Administración que no es otra que aquella que se deriva de las funciones que le asignó el constituyente, las que se encuentran, fundamental aunque no exclusivamente, en el artículo 209 constitucional, tales como: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas.

1.8.- En este orden de ideas resulta claro que en el orden constitucional colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción.<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-279 de 2007.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

político, en la medida en que las autoridades públicas únicamente podrán actuar dentro de los ámbitos establecidos por el sistema normativo<sup>59</sup>

10.17.- Así, se advierte una violación flagrante de las decisiones administrativas demandadas con el artículo 29 constitucional y el 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referentes al debido proceso administrativo, dada la carencia de razonabilidad de las decisiones, con lo cual se impidió la continuación del trámite administrativo que C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A adelantó ante la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, conforme a la solicitud que fue radicada por dicha sociedad ante el, entonces, Instituto Nacional de Concesiones – Inco el 19 de marzo de 2010.

10.18.- Fijado lo anterior, pasa el Despacho a analizar el segundo requisito legal establecido en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que se acredite sumariamente un perjuicio para el actor.

10.19.- Al respecto, en el expediente se encuentra copia de la Resolución 2415 de 14 de febrero de 2014 de la Superintendencia de Puertos y Transporte mediante la cual se resolvió abrir investigación a la empresa Comercializadora Internacional Unión de Bananeros de Urabá S.A . C.I Uniban S.A, teniendo como fundamento los siguientes cargos: i) la no disposición del permiso portuario expedido por el Instituto Nacional de Concesiones – Inco "al no solicitar el trámite de concesión portuaria fluvial sino un trámite de homologación, que es extemporáneo", ii) "la presunta evasión de pago de la Tasa de Vigilancia y de la contraprestación portuaria" y iii) "la presunta no disposición de un reglamento de condiciones técnicas de operación aprobado por la Agencia Nacional de Infraestructura".

10.20.- Además, el Despacho hace suyos los argumentos que expuso el Agente del Ministerio Público en el curso de la audiencia preliminar, en donde advirtió que dada la naturaleza de la actividad económica desarrollada por la demandante – producción y comercialización de bananos – es claro que se trata de un actividad orientada hacia la exportación de dicho producto agrícola, de modo entonces que ante la imposibilidad de

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia T-796 de 2006.



obtener la homologación para seguir operando los puertos fluviales de Zungo y Nueva Colonia se afectaría gravemente la actividad de la empresa, impactando negativamente la economía de la región e, inclusive, del país. Ello se demuestra sumariamente con el informe rendido por un contador público quien certificó, previa revisión de los libros de contabilidad, que los ingresos brutos de C.I. Unibán S.A como resultado de las operaciones portuarias en los últimos años han sido los siguientes:

Año 2004	\$16,276,332,158
Año 2005	\$16,416,282,244
Año 2006	\$19,420,218,244
Año 2007	\$28,259,801,782
Año 2008	\$39,827,767,443
Año 2009	\$46,885,712,763
Año 2010	\$44,752,707,698
Año 2011	\$41,199,912,208
Año 2012	\$41,860,820,894
Año 2013	\$54,002,281,468
<b>Total</b>	<b>\$348,901,837,090</b>

" (fl 189, c1)

10.21.- Los anteriores elementos de juicio resultan suficientes para que el Despacho encuentre acreditado sumariamente el perjuicio inminente que implicaría la no suspensión de los actos administrativos demandados, dado el impacto económico negativo que tendría en la sociedad demandante la paralización de las actividades portuarias fluviales de los puertos de Zungo y Nueva Colonia.

#### **11.- La medida cautelar de suspensión del procedimiento administrativo.**

11.1.- Por otra parte, la Sociedad accionante solicitó se decretara la suspensión del procedimiento administrativo de homologación, como correlato de la declaratoria de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C/ Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

11.2.- El Despacho encuentra lógico y justificado este pedimento cautelar dado que i) guarda relación directa e inescindible con el objeto de la Litis; ii) conforme a lo expuesto arriba, la demanda se encuentra razonablemente fundada en derecho; iii) se hace necesaria dado que con la suspensión del procedimiento administrativo se evita que las partes (ANI y Sociedad Uniban S.A) incurran en gastos innecesarios, y, finalmente, iv) a fin de garantizar los efectos del fallo se requiere que el procedimiento administrativo no continúe su curso hasta tanto se defina con fuerza de cosa juzgada la legalidad de las decisiones enjuiciadas.

11.3.- Dado que lo que se seguiría con el decreto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sería la continuación del procedimiento administrativo de homologación, el Despacho encuentra justificado el decreto de la medida de suspensión del procedimiento administrativo mientras se adopta una decisión definitiva en sede judicial

11.4.- Con el decreto de esta medida de suspensión del procedimiento administrativo se pretende salvaguardar el *status quo* existente en el momento anterior al proferimiento de los actos administrativos demandados.

11.5.- Así las cosas, el Despacho accederá al decreto de esta medida cautelar.

12.- Finalmente, reitera el Despacho que la decisión tomada en el *sub lite* no constituye un prejuzgamiento tal como lo precisa el inciso segundo del artículo 229 del Código: "La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento", además, por cuanto lo decidido en esta providencia desarrolla la jurisprudencia fijada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación que, bajo la vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, estableció que la interpretación y argumentación constituyen herramientas imprescindibles en la labor judicial y, por ello, no pueden estar ausentes al momento del análisis jurídico en materia de suspensión provisional:

"La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
 Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
 C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente "la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella."<sup>60</sup>

**Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: "manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma"), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho."<sup>61</sup> (Resaltado propio).**

Así las cosas, puesto de presente la violación del debido proceso administrativo por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI en la Comunicación de 27 de mayo de 2013, radicado de salida número 2013-702-007800-01 dictado por la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI, el acto administrativo ficto o presunto fruto del silencio administrativo configurado por no haberse dado resulta a los recursos propuestos contra la anterior decisión, Resolución 1527 de 20 de diciembre de 2013 de la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI y Resolución 720 de 27 de mayo de 2014 de la Vicepresidencia de Estructuración de ANI; acreditado sumariamente el perjuicio que implicaría para la Sociedad demandante no suspender los efectos de los actos administrativos, verificada la necesidad de suspender el procedimiento administrativo de homologación y habiendo considerado que una decisión de esta naturaleza no implica prejuzgamiento,

En mérito de lo expuesto,

## RESUELVE

**PRIMERO: DECRETAR** la suspensión provisional de los efectos de las siguientes decisiones administrativas dictadas por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI: i) Comunicación de 27 de mayo de 2013, radicado de salida número 2013-702-007800-01

<sup>60</sup> Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.



Expediente: 11001-03-26-000-2014-00151-00 (52440)  
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban c. Agencia Nacional de Infraestructura - ANI

dictado por la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI, ii) el acto administrativo ficto o presunto fruto del silencio administrativo configurado por no haberse dado resulta a los recursos propuestos contra la anterior decisión, iii) Resolución 1527 de 20 de diciembre de 2013 de la Vicepresidencia de Estructuración de la ANI y iv) Resolución 720 de 27 de mayo de 2014 de la Vicepresidencia de Estructuración de ANI.

**SEGUNDO: DECRETAR** la suspensión del procedimiento administrativo de homologación adelantado por C.I Unión de Bananeros de Urabá S.A Uniban S.A ante la Agencia Nacional de Infraestructura respecto de los puertos fluviales de Zungo y Nueva Colonia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**