



ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL - Reglamentos / COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA DIMAR – Para dirigir y controlar las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación y la seguridad de la vida en el mar / COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA DIMAR – Para autorizar y controlar actividades relacionadas con el arribo, atraque, maniobra, fondeo, remolque y zarpe de las naves y los artefactos navales en aguas colombianas / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se crea una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zuñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada al no vislumbrarse prima facie falta de competencia de la DIMAR para expedir el acto acusado

[E]l solicitante afirma que la DIMAR no tenía competencia para expedir actos administrativos tendientes a apoyar el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas de particulares. [...] Sobre el punto, en relación con las actividades turísticas y recreativas, prima facie no se observa una falta de competencia, pues de acuerdo con el artículo 4º del Decreto Ley 2324 de 1984, la DIMAR tiene como objetivo: “ejecutar la política del Gobierno en materia marítima y tiene por objeto la dirección, coordinación y control de las actividades marítimas (...).Ahora, el numeral 12 del artículo 3 del decreto en cita, establece dentro de las actividades marítimas, “la recreación y el deporte náutico”. Sobre las actividades recreativas y turísticas en general, se advierte que el numeral 5 del artículo 5 del Decreto Ley 2324 de 1984 determina que la Dirección General Marítima tiene la función de dirigir y controlar las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación en general y la seguridad de la vida humana en el mar. El numeral 8 del mismo artículo establece que es función de la Dirección General Marítima: autorizar y controlar las actividades relacionadas con el arribo, atraque, maniobra, fondeo, remolque y zarpe de las naves y artefactos navales en aguas Colombianas. En consecuencia, prima facie no se observa una falta de competencia de la DIMAR para expedir un acto administrativo con implicaciones en materia turística y recreativa, en tanto que dicha entidad se encuentra facultada para regular una serie de actividades que, en esta etapa procesal, no se advierte prima facie que sean ajenas al turismo y a la recreación, tales como: la seguridad de la vida humana en el mar, el arribo, atraque, maniobra, fondeo, remolque y zarpe de las naves y artefactos navales.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se crea una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zuñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA – Concepto / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – En el medio de control de controversias contractuales / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – Quienes pueden demandar la eventual modificación de un contrato de concesión portuaria son las partes contratantes / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada al no advertirse legitimación para demandar la eventual modificación de un contrato de concesión portuaria

El solicitante explicó que la DIMAR carece de competencia para modificar el contrato de concesión portuaria celebrado por la DRUMOND y ECOPETROL, toda vez que el Decreto 2324 de 1984, por medio del cual se reorganiza la Dirección General Marítima, enumera las funciones que le corresponde cumplir a esta entidad y en ninguna de ellas se establece que el Director tenga competencia para modificar contratos de concesión portuaria. También adujo que no se tuvo en



cuenta el trámite previsto en la Resolución núm. 0489 de 2015 expedida por la DIMAR para el otorgamiento de concesiones portuarias. Sobre el particular, el Despacho prima facie advierte que no observa el interés que corresponde al solicitante para alegar dicha situación, en atención a que quienes se encuentran legitimados para demandar la eventual modificación de las condiciones de un contrato de concesión portuaria son las partes contractuales, en este caso la DRUMOND y ECOPETROL. El solicitante no actúa en nombre y representación de ellas. [...] Resulta importante destacar que el artículo 141 del CPACA, para el medio de control de controversias contractuales, dispuso que: “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión (...)” Como puede apreciarse, del tenor literal de la norma transcrita, se desprende que la legitimación en la causa por activa en el medio de control de controversias contractuales, como regla general, la tienen las partes contratantes. En este sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha señalado que “la acción de controversias contractuales procede para “cualquiera de las partes en un contrato estatal”, lo cual significa que la legitimación en la causa por activa -vale decir, la vocación procesal para demandar en ejercicio de esa vía judicial- recae en quien ostente la calidad de parte en un contrato celebrado con el Estado.” En el caso bajo examen, el señor Jeinson Chávez Jiménez alega que, como consecuencia del acto administrativo acusado, se modificó el contrato de concesión celebrado por la DRUMOND y ECOPETROL. Sin embargo, él no acredita qué interés le asiste en dicho contrato, motivo por el cual no se observa legitimación alguna para alegar la invocada modificación del contrato. [Por otro lado] A juicio del actor, se vulnera el artículo 1602 del Código Civil, el cual preceptúa que los contratos son ley para las partes y que solo pueden variarse bilateralmente o por mandato legal, pues los contratos de concesión portuaria celebrados por ECOPETROL y DRUMOND fueron modificados por la DIMAR, sin contar con la participación de estas empresas. En este caso, tal como se expuso en líneas anteriores, la modificación de las condiciones de un contrato estatal es un asunto que solamente pueden alegar las partes contratantes afectadas con aquella y para ello se tiene el medio de control de controversias contractuales regulado en el artículo 141 del CPACA.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se crea una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zuñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Improcedente al no advertirse sustentación que permita la comparación normativa para deducir la presunta violación

El solicitante afirmó que se viola el artículo 82 de la Constitución Política, el cual prevé que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. [...] Respecto de este cargo, se considera que no están presentes los requisitos señalados en los artículos 229 y 231 del C.P.A.C.A. para que sea procedente el decreto de la suspensión provisional solicitada, toda vez que no se sustentó en la forma en que lo ordena la citada disposición, omisión ésta que hace imposible efectuar la comparación normativa para deducir de ella la medida cautelar que nos ocupa. En efecto, de la lectura de la solicitud de suspensión provisional se advierte que la parte actora no realizó la confrontación del acto demandado frente a las normas constitucionales y legales que explican los alcances del espacio público. No precisa cómo se configura una afectación del espacio público en el caso concreto, de forma que se pueda vislumbrar si hay mérito para decretar la medida cautelar. Igualmente, las resoluciones que invoca (017 de 2017, 0408 de 2015, y 0489 de 2015), aunque son de carácter general,



son dictada por la propia DIMAR, entidad demandada en este proceso. Esto implica examinar si aquellas resoluciones constituyen normas de carácter superior para el caso concreto, pues prima facie no es una autoridad de superior jerarquía a la aquí demandada la que las expidió, asunto que será objeto de estudio en el proceso. [...] Visto lo anterior, no prospera el cargo planteado por el solicitante en este punto, pues no explicó el concepto de la violación para lograr obtener la suspensión provisional del acto acusado. [...] [E]n relación con las normas citadas por el actor sobre la presunta vulneración del derecho al debido proceso administrativo, el Despacho observa igualmente que no están presentes los requisitos señalados en los artículos 229 y 231 del C.P.A.C.A. para que sea procedente el decreto de la suspensión provisional solicitada, toda vez que no se sustentó en la forma en que lo ordenan las citadas disposiciones, omisión ésta que hace imposible efectuar la comparación normativa para deducir de ella la medida cautelar que nos ocupa. En efecto, de la lectura de las disposiciones se advierte que la parte actora no realizó la confrontación del acto demandado frente a las normas constitucionales y legales relativas al debido proceso en el trámite administrativo, adelantado para la expedición del acto acusado. El Despacho reitera que la exigencia de sustentar en forma expresa y concreta la solicitud de suspensión provisional se explica por su propia naturaleza, dado que constituye una excepción al principio de legalidad de los actos administrativos y al carácter ejecutorio de los mismos.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Respecto del acto por medio del cual se crea una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zuñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta / REQUISITO DE REALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA – Para otorgar concesiones, permisos y autorizaciones en las aguas, terrenos de bajamar y playas / ACTO QUE CREA UNA ZONA DE FONDEO – No se observa que en él se haga una concesión o autorización para la explotación de bienes marítimos de uso público / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada al no advertirse prima facie que para adoptar el acto acusado se debía hacer una consulta previa

El solicitante afirmó que se vulnera el artículo 46 del CPACA, pues dicha norma ordena la realización de una consulta previa cuando la Constitución o la ley lo prescriban. Manifestó que la propia DIMAR previó en la Resolución 0489 de 2015 que, en la fase de pre factibilidad para otorgar un permiso, autorización o concesión, se hace necesaria la consulta previa, la cual no se efectuó en el caso concreto. Sobre el punto, el Despacho advierte que una vez consultada la Resolución 0489 de 2015, se observa que dicha norma en su artículo segundo hace referencia a la pre factibilidad, consistente en la primera etapa del trámite que se debe adelantar para obtener concesiones, permisos y autorizaciones en los bienes de uso público para Marinas y Clubes Náuticos. En dicho trámite, en términos generales, el interesado en realizar un proyecto sobre bienes de uso público para marinas y clubes náuticos debe presentar una solicitud ante la DIMAR, en la cual explique la zona y las dimensiones del proyecto, para ser sometido a estudio y obtener el permiso correspondiente. En este procedimiento se observa que la DIMAR solicita concepto a varias entidades acerca de la viabilidad del proyecto. Al respecto, el Despacho advierte que en esta etapa procesal, prima facie no se observa que la resolución acusada obedezca a una autorización o concesión para la explotación de un bien de uso público para Marinas y Clubes Náuticos, respecto del cual sea exigible el requisito de la consulta a la que hace alusión el solicitante, pues como ya se explicó, a primera vista, el acto administrativo simplemente adiciona una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga; ordena a las sociedades



portuarias y titulares de licencias o autorizaciones en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta realizar la respectiva actualización del Plan General de Ayudas a la Navegación, y establece que las áreas de fondeo serán graficadas en las Cartas Náuticas de uso oficial. De la lectura de lo anterior, en principio no se observa el otorgamiento de una autorización o concesión para que un particular explote un bien de uso público, respecto del cual se tenía que adelantar el trámite indicado por el accionante, pues el acto administrativo no está dirigido a un sujeto particular y concreto sino en general para todas las embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga. En consecuencia, en esta etapa procesal no se tiene certeza acerca de lo afirmado por el actor, esto es, que para adoptar el acto acusado se debía hacer lo que él denomina una consulta previa.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – No se puede equiparar con la demanda, tienen finalidades distintas / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Finalidad / DEMANDA – Finalidad

No se puede equiparar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado con la demanda, pues mientras que con la primera se persigue suspender los efectos de un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico superior, con la segunda se busca la expulsión del ordenamiento jurídico de un acto administrativo, al configurarse alguna de las causales de nulidad. De ahí que el inciso segundo del artículo 233 del CPACA prevea la autonomía de la medida cautelar respecto de la demanda, cuando afirma que “(...) El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda. (...)”. Al respecto, la Sección Primera ha establecido que: “la característica primordial de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es impedir que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide su legalidad en el proceso.”

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada frente al acto del acto por medio del cual se crea una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta porque no se invocan las normas de carácter superior que se estiman vulneradas / FALSA MOTIVACIÓN – Constituye una de las causales de anulación invocadas: Su determinación requiere un análisis de fondo / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada porque se debe realizar un estudio de fondo que no es propio de esta etapa procesal

En el caso concreto, la parte actora no invoca alguna norma de jerarquía superior que se advierta infringida como consecuencia de la presunta falsa motivación del acto acusado. Luego, el examen sobre la falsa motivación constituye una de las causales por las cuales puede declararse eventualmente la nulidad del acto acusado e implica un pronunciamiento de fondo. Para ello, habrán de examinarse las pruebas obrantes en el expediente, sujetas al derecho de contradicción de las partes y, con base en tales elementos, concluir si se incurre en tal vicio de nulidad y adoptar la decisión que corresponda en fallo definitivo. En este orden de ideas, en esta etapa procesal no se cuentan con los suficientes elementos de juicio que permitan evidenciar una vulneración de las normas invocadas en la solicitud, razón por la cual, habrá que esperar el transcurso del proceso para valorar en su integridad los antecedentes administrativos del acto acusado, las pruebas que se



practiquen y las alegaciones de las partes y con ello poder concluir en fallo definitivo si la resolución expedida por la DIMAR es o no contraria al ordenamiento jurídico superior, teniendo en cuenta que la decisión sobre la medida cautelar no constituye prejuzgamiento.

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias Consejo de Estado, Secciones Primera y Tercera, de 14 de noviembre de 2013, Radicación 11001-03-24-000-2016-00213-00, C.P. María Elizabeth García González; y 13 de noviembre de 2018, Radicación 11001-03-24-000-2016-00057-00, C.P. Oswaldo Giraldo López; y 21 de octubre de 2013, Radicación 11001-03-24-000-2012-00317-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala; 28 de febrero de 2018, Radicación 88001-23-33-000-2015-00002-01, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; y 5 de julio de 2018, Radicación 5001-23-31-000-2001-00251-02, C.P. María Adriana Marín.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1602 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 47 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 137 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 141 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / DECRETO LEY 2324 DE 1984 – ARTÍCULO 3 / DECRETO LEY 2324 DE 1984 – ARTÍCULO 4 / DECRETO LEY 2324 DE 1984 – ARTÍCULO 5

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 0630-2015 DE 2015 (6 de octubre) DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR) (No suspendida)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00100-00

Actor: JEINSON DE JESÚS CHÁVEZ JIMÉNEZ

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA, DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR)

Referencia: Medio de control de nulidad

Referencia: Niega suspensión provisional.

I. SOLICITUD

El señor Jeinson de Jesús Chávez Jiménez, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad establecido por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución núm. (0630-2015)



MD-DIMAR-SUBDEMAR-GINSEM-ASEM de 6 de octubre de 2015, “*Por la cual se modifican las Resoluciones números 372 del 13 de septiembre de 2001, 0405 del 11 de octubre de 2001, y se adiciona la Resolución número 0473 del 22 de septiembre de 2014, en el sentido de crear una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta*”, expedida por la Nación – Ministerio de Defensa, Dirección General Marítima (DIMAR).

I.1. El acto demandado es el siguiente:

“RESOLUCIÓN NÚMERO (0630-2015) MD-DIMAR-SUBDEMAR-GINSEM-ASEM 6 DE OCTUBRE DE 2015
D.O. 49.679, octubre 28 de 2015

“*Por la cual se modifican las Resoluciones números 372 del 13 de septiembre de 2001, 0405 del 11 de octubre de 2001, y se adiciona la Resolución número 0473 del 22 de septiembre de 2014, en el sentido de crear una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta.*”

El Director General Marítimo,

en uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por el numeral 24 del artículo 5° del Decreto Ley 2324 de 1984 y los numerales 1, 2 y 6 del artículo 2° del Decreto número 5057 de 2009, y

CONSIDERANDO:

*Que el numeral 24 del artículo 5° del Decreto Ley 2324 de 1984, establece como una función y atribución de la Dirección General Marítima, entre otras, “**Establecer las zonas de fondeo de naves y artefactos navales**”.*

Que los numerales 1 y 2 del artículo 2° del Decreto número 5057 de 2009, se le atribuyen al Despacho del Director General Marítimo las funciones de: “Dirigir las actividades de la Dirección General Marítima y el funcionamiento de sus dependencias y personal con sujeción a la ley, los decretos y reglamentos”, así como “Vigilar el cumplimiento del presente decreto y normas concordantes y firmar los actos, resoluciones, fallos y demás documentos que le correspondan de acuerdo con sus funciones”.

Que el numeral 6 de la norma ibídem, dispone como función del Director General Marítimo: “Establecer mediante acto administrativo las zonas de fondeo de naves y artefactos navales, así como expedir la Cartografía Náutica Oficial y los mapas temáticos en áreas de su jurisdicción”.

Que de acuerdo con la Resolución número 17 del 2 de febrero de 2007, define como áreas de fondeo, aquellas zonas previamente establecidas



por la Dirección General Marítima, debidamente señalizadas en la Cartografía Náutica Nacional. Asimismo, la norma en cita contempla que excepcionalmente la Autoridad Marítima Nacional mediante acto administrativo, podrá habilitar, autorizar y modificar el uso de otras áreas de fondeo, cuando las circunstancias así lo requieran;

Que mediante Resolución número 372 del 13 de septiembre de 2001, la Dirección General Marítima estableció áreas de fondeo, áreas de cuarentena y áreas restringidas en aguas marítimas jurisdiccionales colombianas del Mar Caribe, Archipiélago de San Andrés y Providencia y Océano Pacífico, graficadas en las Cartas Náuticas de uso oficial publicadas por la Dirección General Marítima;

Que mediante Resolución número 405 del 11 de octubre de 2001, la Dirección General Marítima estableció las áreas de fondeo para yates y veleros en la Bahía de Taganga y la Bahía de Gaira (sector de Rodadero) ubicada en el departamento del Magdalena, en la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta;

Que mediante Resolución número 473 del 22 de septiembre de 2014, la Dirección General Marítima modificó las Resoluciones números 372 de 2001, 0405 de 2001 y se establecieron áreas de fondeo, áreas de cuarentena y áreas restringidas en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta;

Que con el propósito de facilitar el desarrollo de las actividades marítimas y portuarias en la zona de operaciones de Puerto Zúñiga, que involucra los Terminales Portuarios de Ecopetrol Puerto Nuevo, Drummond y las zonas de fondeo Alfa y Bravo, así como apoyar el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas, la Sociedad Transportes Marítimos Arboleda Hermanos S.A.S., mediante Solicitud TMARS373-2015, Radicado número 142015103333 del 3 de junio de 2015, requirió a esta Dirección General Marítima la asignación de una zona de fondeo para embarcaciones menores en el citado sector;

Que mediante Memorando número 251623R Jul/15 MD-DIMAR-SUBDEMAR-CIOHARHID 20.3, el Director del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe (CIOH), con fundamento en la carta náutica 246 Puerto Zúñiga, emitió concepto favorable para la creación de una zona de fondeo para embarcaciones menores en el citado sector;

Que mediante Concepto Técnico número 014-A-SUBDEMAR-GINSEN-ASEM del 26 de agosto de 2015, el Grupo de Investigación Científica y Señalización Marítima (Ginsem) de la Dirección General Marítima, emitió concepto técnico favorable para la creación de una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector Puerto Zúñiga, jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta;

Que en mérito de lo anterior, el Director General Marítimo,

RESUELVE:

Artículo 1º. Modificar el artículo 1º de la Resolución número 0473 del 22 de septiembre de 2014, en el sentido de **adicionar una zona de**



fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga, Magdalena, jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta, en las siguientes coordenadas:

CP4 - GOLFO - Naves menores Puerto Zúñiga.

<i>Puntos</i>	<i>Latitud</i>	<i>Longitud</i>
A	11°06.400' N	74°13.574 W
B	11°06.400' N	74°13.600 W
C	11°06.420' N	74°13.600' W
D	11°06.420' N	74°13.574 W

Carta de referencia 246 Puerto Zúñiga 1ra. Ed. Dic., 2014.

Artículo 2º. *Las Sociedades Portuarias y titulares de licencias o autorizaciones en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta deben realizar la respectiva actualización del Plan General de Ayudas a la Navegación, donde se incluyan los reposicionamientos requeridos de las boyas y demás ayudas utilizadas, el cual debe ser presentado a esta Dirección General dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la publicación del presente acto.*

Artículo 3º. *Las áreas de fondeo establecidas serán graficadas en las Cartas Náuticas de uso oficial, publicadas por la Dirección General Marítima.*

Artículo 4º. *La presente resolución empieza a regir a partir de su publicación en el Diario Oficial y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

Comuníquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 6 de octubre de 2015.

Original firmado Vicealmirante

PABLO EMILIO ROMERO ROJAS
Director General Marítimo (E)™

I.2. Fundamentos de la solicitud

En cuaderno aparte, el ciudadano Jeinson de Jesús Chávez Jiménez pidió la suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en las siguientes razones:

I.2.1. Competencia para la expedición del acto acusado



Explicó que se vulnera el inciso 2º del artículo 123 de la Constitución Política, toda vez que el Director General de la DIMAR ejerció funciones por fuera del marco legal, pues el Decreto 2324 de 1984, por medio del cual se reorganiza la Dirección General Marítima enumera las funciones que le corresponde cumplir a esta entidad y en ninguna de ellas se establece que el Director tenga competencia para modificar concesiones portuarias o para expedir actos administrativos tendientes a apoyar el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas de particulares.

En relación con las concesiones portuarias de la Drumond y Ecopetrol, señaló que en los considerandos del acto acusado se indicó:

*“Que con el propósito de facilitar el desarrollo de las actividades marítimas y portuarias en la zona de operaciones de Puerto Zúñiga, **que involucra los Terminales Portuarios de Ecopetrol Puerto Nuevo, Drummond y las zonas de fondeo Alfa y Bravo**, así como apoyar el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas, la Sociedad Transportes Marítimos Arboleda Hermanos S.A.S., mediante Solicitud TMARS373-2015, Radicado número 142015103333 del 3 de junio de 2015, requirió a esta Dirección General Marítima la asignación de una zona de fondeo para embarcaciones menores en el citado sector.”*

En este sentido, afirmó que se vulneró la Resolución núm. 0489 de 2015, *“mediante la cual se establecen los criterios y **procedimiento para el trámite de concesiones, permisos y autorizaciones en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público para Marinas, Clubes Náuticos y Bases Náuticas**”*, toda vez que para la expedición del acto acusado no se siguió el trámite allí previsto.

En torno al desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas de particulares, manifestó que es inconcebible que la DIMAR, so pretexto de una supuesta facilitación de actividades portuarias relacionadas con industrias petrolera y carbonífera, que jamás le fue solicitada, apoye el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas de una persona jurídica privada, pretermitiendo el acatamiento de las diferentes disposiciones legales y reglamentarias que gobiernan estos temas.



Estimó entonces que el acto acusado con su regulación violó los mandatos del artículo 12¹ de la Ley 1558 de 2012, por medio del cual se crean los Comités locales para la Organización de las Playas, integrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Dirección General Marítima – Dimar, y la respectiva autoridad distrital o municipal, quienes establecen las franjas en las zonas de playas destinadas al baño, al descanso, a la recreación, a las ventas de bienes de consumo por parte de los turistas y a la prestación de otros servicios relacionados con las actividades de aprovechamiento del tiempo libre que desarrollen los usuarios de las playas.

También adujo que se desconoció la Resolución 0408 de 2015, *“mediante la cual se establecen disposiciones de seguridad para el ejercicio de las actividades marítimas de recreación y deportes náuticos en Colombia”*, en la cual se definió a la Marina o Club Náutico como la empresa que presta servicios marítimos a naves de recreo o deportivas y a sus ocupantes, con instalaciones en tierra o agua. Definió deportes náuticos y actividades recreativas, bajo las modalidades de a nivel de agua (navegación de recreo o deportiva a vela, en bote etc.); por encima del nivel del agua que comprende entre otro el kitesurf, parasailing, fly board; y por debajo del agua (buceo recreativo, natación subacuática).

Relató que con la regulación prevista en el acto acusado también se omite lo preceptuado en el Decreto 1766 de 2013, por el cual se reglamenta el funcionamiento de los Comités Locales para la Organización de las Playas, de que trata el artículo 12 de la Ley 1558 de 2012.

I.2.2. Espacio Público

Esgrimió una presunta violación del artículo 82 de la Constitución Política, el cual prevé que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

¹ Créanse los Comités locales para la Organización de las Playas, integrados por el funcionario designado por cada una de las siguientes entidades: el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Dirección General Marítima – Dimar, y la respectiva autoridad distrital o municipal, quienes tendrán como función la de establecer franjas en las zonas de playas destinadas al baño, al descanso, a la recreación, a las ventas de bienes de consumo por parte de los turistas y a la prestación de otros servicios relacionados con las actividades de aprovechamiento del tiempo libre que desarrollen los usuarios de las playas.

El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de estos Comités.



Presentó la definición de espacio público que prevé el artículo 5º de la Ley 9º de 1989, según la cual, las áreas necesarias para la preservación y conservación de las playas marinas, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetales, arenas y corales, y en general, por todas las zonas existentes proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente, constituyen espacio público.

Indicó que, para efectos de satisfacer dicho deber constitucional, a los funcionarios públicos les corresponde cumplir estrictamente con las disposiciones, leyes y decretos que regulan materias como a las que omitió observar el señor director de la DIMAR.

Este incumplimiento constitucional se patentiza, según él, al dejar de aplicar resoluciones expedidas por la misma entidad, estas son, las Resoluciones 017 de 2017, *“mediante la cual se establecen las tarifas por algunos servicios que presta la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional”*, 0408 de 2015, *“mediante la cual se establecen disposiciones de seguridad para el ejercicio de las actividades marítimas de recreación y deportes náuticos en Colombia”*, y 0489 de 2015, *“mediante la cual se establecen los criterios y procedimiento para el trámite de concesiones, permisos y autorizaciones en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público para Marinas, Clubes Náuticos y Bases Náuticas.”*

I.2.3. Consulta previa

Manifestó que se vulnera el artículo 46 del CPACA, el cual ordena la realización de una consulta obligatoria antes de adoptar una decisión administrativa, toda vez que en este caso no se efectuó dicha consulta.

Expuso que la DIMAR también ha vulnerado su propio reglamento, como quiera que en la Resolución 0489 de 2015, mediante la cual se establecen los criterios y el procedimiento para el trámite de concesiones, permisos y autorizaciones en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público, estableció que en la fase de pre factibilidad para otorgar un permiso, autorización o concesión, es indispensable tramitar una consulta, antes de la expedición del acto administrativo correspondiente, la cual no se realizó en el caso del acto acusado.



I.2.4. Debido proceso administrativo

Expuso que se vulnera el artículo 3 del CPACA, el cual preceptúa el debido proceso administrativo, según el cual, *“Las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la Ley”*.

Manifestó que en la exposición fáctica precisó cómo la DIMAR vulneró sus competencias y, además, *“pretermitió la legalidad imperante en punto al otorgamiento de autorizaciones para desarrollar actividades relacionadas con el turismo y recreaciones marítimas.”*

Aseguró que la DIMAR no tuvo en cuenta las siguientes normas:

“1) Para la modificación de los términos contractuales de una concesión portuaria, está reglada por la Ley 1º de 1991: requiriéndose la presencia de los titulares de la Concesión. 2) La Ley 1158 de 2012, creó Comités para controlar y organizar las actividades en la playa y zonas aledañas. 3) El Decreto reglamentario 1766 de 2016 reglamentó lo anterior. 4) La Resolución 0408 de 2015 expedida por la DIMAR que regulariza las actividades recreativas náuticas. 5) La Resolución 0489 de 2015 proferida por la DIMAR establece el trámite que debe observarse para obtener permisos y autorizaciones por actividades en las aguas marinas. 6) El texto de la Resolución 17 de 2007 emitida por la DIMAR contiene las normas que regulan los FONDEOS MARÍTIMOS y sus tarifas.”

I.2.5. Pacta sunt servanda

Indicó que se vulnera el artículo 1602 del Código Civil el cual preceptúa que los contratos son ley para las partes y que solo pueden variarse bilateralmente o por mandato legal, por cuanto los contratos de concesión portuaria celebrados por ECOPEPETROL y DRUMOND fueron modificados por la DIMAR con la expedición del acto acusado, sin contar con la participación de estas empresas.

I.2.6. Falsa motivación

Manifestó que se viola el artículo 137 del CPACA, en tanto que el acto acusado tiene falsa motivación, como quiera que la causa o razón de la decisión no tiene coherencia con lo que resuelve. Explicó que la creación de un fondeo marítimo no guarda relación con actividades turísticas y recreativas las cuales constituyen uno



de los fundamentos del acto acusado. *“Ninguna norma jurídica le otorga válido viático a la DIMAR para apoyar actividades de particulares.”*

II. Traslado de la solicitud al demandado

II.1. Durante el término del traslado de la medida cautelar, el apoderado de la parte demandada, Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima, pidió negar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

II.1.1. Competencia de la DIMAR

Relató que en la parte motiva del acto acusado se explicó que la DIMAR sí tiene competencia para expedir estos actos administrativos de conformidad con lo preceptuado en el numeral 24 del artículo 5 del Decreto Ley 2324 de 1984, el cual prevé una función a cargo de dicha entidad consistente en: *“establecer las zonas de fondeo de naves y artefactos navales”*.

Explicó que los numerales 1º y 2º del artículo 2º del Decreto 5057 de 2009 le atribuyen al Despacho del Director General Marítimo las funciones de dirigir las actividades de la Dirección General Marítima y el funcionamiento de sus dependencias y personal, así como vigilar el cumplimiento de dicho decreto y normas concordantes de acuerdo con sus funciones.

Indicó que el numeral 6º del artículo 2 del citado decreto asigna como función del Director General Marítimo: *“Establecer mediante acto administrativo las zonas de fondeo de naves y artefactos navales, así como expedir la Cartografía Náutica Oficial y los mapas temáticos en áreas de su jurisdicción”*.

Aseguró que, de acuerdo con la Resolución núm. 17 del 2 de febrero de 2007, las áreas de fondeo son aquellas zonas previamente establecidas por la Dirección General Marítima debidamente señalizadas en la Cartografía Náutica Nacional. Así mismo, la norma contempla que, excepcionalmente, la Autoridad Marítima Nacional, mediante acto administrativo, podrá habilitar, autorizar y modificar el uso de otras áreas de fondeo cuando las circunstancias así lo requieran.



En relación con la función de expedir actos administrativos tendientes a apoyar el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas de particulares, aclaró que el numeral 12 del artículo 3 del Decreto Ley 2324 de 1984 establece dentro de las actividades marítimas, la recreación y el deporte náutico.

Manifestó que el numeral 5 del artículo 5 del Decreto Ley 2324 de 1984, determina que la Dirección General Marítima tiene la función de regular, dirigir y controlar las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación en general y la seguridad de la vida humana en el mar.

El numeral 8 del artículo 5 del Decreto Ley 2324 de 1984, establece que es función de la Dirección General Marítima: autorizar y controlar las actividades relacionadas con el arribo, atraque, maniobra, fondeo, remolque y zarpe de las naves y artefactos navales en aguas Colombianas.

II.1.2. Consulta previa

Respecto a la omisión de consulta previa en la expedición del acto administrativo demandado, indicó que no existe norma alguna que imponga la obligación que se deba agotar la consulta previa por parte de la Autoridad Marítima para establecer zonas de fondeo en aguas marítimas colombianas. La resolución demandada no corresponde a una concesión de bienes de uso público de la Nación en jurisdicción de la DIMAR, actuación administrativa que, según el caso, sí podría requerir de la consulta previa.

II.1.3. Espacio público

Explicó que la Resolución núm. 630 de 6 de octubre de 2015, expedida por la DIMAR, no corresponde a una concesión de bienes de uso público de la Nación en jurisdicción de la DIMAR, actuación administrativa que, según el caso, podría requerir de consulta previa.

II.1.4. Debido proceso administrativo

Explicó que el acto administrativo demandado se expidió con base en las funciones y competencias que tiene la DIMAR para establecer zonas de fondeo cuando las circunstancias así lo requieran, por lo que las normas citadas por el



demandante en relación con la presunta violación del derecho al debido proceso administrativo no son aplicables para este caso.

II.1.5. *Pacta Sunt Servanda*

Afirmó que no es cierto que el acto administrativo haya modificado las concesiones portuarias relacionadas con las empresas Ecopetrol y Drumond, por cuanto es claro que el objeto de la resolución demandada es crear una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta.

También indicó que la DIMAR no tiene dentro de sus funciones la competencia legal para otorgar concesiones, autorizaciones temporales y modificaciones a los contratos sobre bienes de uso público para el desarrollo de actividades portuarias, lo cual le corresponde a la Agencia Nacional de Infraestructura o a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (CORMAGDALENA), en las zonas de su jurisdicción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 474 de 2015.

II.1.6. Falsa motivación

En cuanto a la presunta falsa motivación del acto acusado explicó que no es cierto, toda vez que en su parte motiva se explicaron las razones fácticas y jurídicas que llevaron a la expedición del mismo. Dichas razones dan cuenta que el acto se profirió con base en conceptos técnicos favorables que demostraban la necesidad de crear una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta.

Por último, expuso que no se anexó con la solicitud prueba alguna que demuestre que el acto acusado transgrede las normas de orden superior, por el contrario, la solicitud de pruebas que hace el accionante tiene por objeto demostrar un hecho inexistente, esto es, afirmar que el acto administrativo demandado modificó los contratos de concesión de los puertos de DRUMOND y ECOPETROL, lo cual no es cierto.

III. CONSIDERACIONES



III.1. Las medidas cautelares:

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

La Ley 1437 de 2011 definió un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en el medio de control de nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho-, indicando en el inciso primero del artículo 231 lo siguiente:

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

En este sentido, la medida de suspensión provisional pretende evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide su constitucionalidad y legalidad y para su procedencia resulta necesario que del análisis efectuado por el juez se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

III.2 Análisis

La parte accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución núm. 0630 de 6 de octubre de 2015, “*Por la cual se modifican las Resoluciones números 372 del 13 de septiembre de 2001, 0405 del 11 de octubre de 2001, y se adiciona la Resolución número 0473 del 22 de septiembre de 2014, en el sentido de crear una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta*”, expedida por la Nación – Ministerio de Defensa, Dirección General Marítima (DIMAR).



Para determinar la procedencia de la solicitud de suspensión provisional, el Despacho examinará cada uno de los cargos planteados en la solicitud.

III.2.1. Competencia

III.2.1.1. Modificación de un contrato estatal

El solicitante explicó que la DIMAR carece de competencia para modificar el contrato de concesión portuaria celebrado por la DRUMOND y ECOPETROL, toda vez que el Decreto 2324 de 1984, por medio del cual se reorganiza la Dirección General Marítima, enumera las funciones que le corresponde cumplir a esta entidad y en ninguna de ellas se establece que el Director tenga competencia para modificar contratos de concesión portuaria. También adujo que no se tuvo en cuenta el trámite previsto en la Resolución núm. 0489 de 2015 expedida por la DIMAR para el otorgamiento de concesiones portuarias.

Sobre el particular, el Despacho *prima facie* advierte que no observa el interés que corresponde al solicitante para alegar dicha situación, en atención a que quienes se encuentran legitimados para demandar la eventual modificación de las condiciones de un contrato de concesión portuaria son las partes contractuales, en este caso la DRUMOND y ECOPETROL. El solicitante no actúa en nombre y representación de ellas.

De acuerdo con la Sección Tercera del Consejo de Estado, “*La legitimación en la causa consiste en la calidad que ostenta una persona para formular (activa) o contradecir (pasiva) las pretensiones de una demanda, en virtud de una relación jurídica sustancial derivada de la participación (por acción u omisión) en una circunstancia fáctica o en una situación jurídica que puede ser de índole contractual, legal o reglamentaria.*”²

Resulta importante destacar que el artículo 141 del CPACA, para el medio de control de controversias contractuales, dispuso que: “**Cualquiera de las partes de**

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 88001-23-33-000-2015-00002-01(60408), actor: Cooperativa de Trabajo Asociado de Salud de San Andrés Islas – COOPASSAI CTA, Demandado: Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM– y otro.



un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión (...).”

Como puede apreciarse, del tenor literal de la norma transcrita, se desprende que la legitimación en la causa por activa en el medio de control de controversias contractuales, como regla general, la tienen las partes contratantes. En este sentido, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Corporación ha señalado que *“la acción de controversias contractuales procede para “cualquiera de las partes en un contrato estatal”, lo cual significa que la legitimación en la causa por activa -vale decir, la vocación procesal para demandar en ejercicio de esa vía judicial- recae en quien ostente la calidad de parte en un contrato celebrado con el Estado.”*³ (Se destaca)

En el caso bajo examen, el señor Jeinson Chávez Jiménez alega que, como consecuencia del acto administrativo acusado, se modificó el contrato de concesión celebrado por la DRUMOND y ECOPETROL. Sin embargo, él no acredita qué interés le asiste en dicho contrato, motivo por el cual no se observa legitimación alguna para alegar la invocada modificación del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, de una lectura inicial del resuelve del acto acusado, *prima facie* no se evidencia la modificación de un contrato de concesión, pues el acto demandado simplemente adiciona una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga; ordena a las sociedades portuarias y titulares de licencias o autorizaciones en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta realizar la respectiva actualización del Plan General de Ayudas a la Navegación, y establece que las áreas de fondeo serán graficadas en las Cartas Náuticas de uso oficial. El acto en ninguna parte dispone la modificación de contrato alguno.

III.2.1.2. Actividades turísticas y recreativas

Por otro lado, el solicitante afirma que la DIMAR no tenía competencia para expedir actos administrativos tendientes a apoyar el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas de particulares.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera Ponente: María Adriana Marín, Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 5001-23-31-000-2001-00251-02(39995), actor: Ricardo Barón Perdomo, Demandado: Departamento de Vaupés y Coinco Ltda.



Es de anotar que en los fundamentos del acto acusado, se indicó como uno de sus propósitos: “*facilitar el desarrollo de las actividades marítimas y portuarias en la zona de operaciones de Puerto Zúñiga, que involucra los Terminales Portuarios de Ecopetrol Puerto Nuevo, Drummond y las zonas de fondeo Alfa y Bravo, así como apoyar el desarrollo, control y organización de actividades turísticas y recreativas, la Sociedad Transportes Marítimos Arboleda Hermanos S.A.S., mediante Solicitud TMARS373-2015, Radicado número 142015103333 del 3 de junio de 2015.*”

Sobre el punto, en relación con las actividades turísticas y recreativas, *prima facie* no se observa una falta de competencia, pues de acuerdo con el artículo 4º del Decreto Ley 2324 de 1984, la DIMAR tiene como objetivo: “*ejecutar la política del Gobierno en materia marítima y tiene por objeto la dirección, coordinación y control de las actividades marítimas* (...). (Se destaca). Ahora, el numeral 12 del artículo 3 del decreto en cita, establece dentro de las actividades marítimas, “*la recreación y el deporte náutico*”. (Se destaca)

Sobre las actividades recreativas y turísticas en general, se advierte que el numeral 5 del artículo 5 del Decreto Ley 2324 de 1984 determina que la Dirección General Marítima tiene la función de dirigir y controlar las actividades relacionadas con **la seguridad de la navegación en general y la seguridad de la vida humana en el mar**. El numeral 8 del mismo artículo establece que es función de la Dirección General Marítima: autorizar y controlar las actividades relacionadas con **el arribo, atraque, maniobra, fondeo, remolque y zarpe de las naves y artefactos navales en aguas Colombianas**.

En consecuencia, *prima facie* no se observa una falta de competencia de la DIMAR para expedir un acto administrativo con implicaciones en materia turística y recreativa, en tanto que dicha entidad se encuentra facultada para regular una serie de actividades que, en esta etapa procesal, no se advierte *prima facie* que sean ajenas al turismo y a la recreación, tales como: la seguridad de la vida humana en el mar, el arribo, atraque, maniobra, **fondeo**, remolque y zarpe de las naves y artefactos navales.

III.2.2. Pacta sunt servanda



A juicio del actor, se vulnera el artículo 1602 del Código Civil, el cual preceptúa que los contratos son ley para las partes y que solo pueden variarse bilateralmente o por mandato legal, pues los contratos de concesión portuaria celebrados por ECOPETROL y DRUMOND fueron modificados por la DIMAR, sin contar con la participación de estas empresas.

En este caso, tal como se expuso en líneas anteriores, la modificación de las condiciones de un contrato estatal es un asunto que solamente pueden alegar las partes contratantes afectadas con aquella y para ello se tiene el medio de control de controversias contractuales regulado en el artículo 141 del CPACA.

III.2.3. Espacio público

El solicitante afirmó que se viola el artículo 82 de la Constitución Política, el cual prevé que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Este incumplimiento constitucional se patentiza, según él, al dejar de aplicar resoluciones expedidas por la misma entidad; estas son, las Resoluciones 017 de 2017, *“mediante la cual se establecen las tarifas por algunos servicios que presta la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional”*; 0408 de 2015, *“mediante la cual se establecen disposiciones de seguridad para el ejercicio de las actividades marítimas de recreación y deportes náuticos en Colombia”*, y 0489 de 2015, *“mediante la cual se establecen los criterios y procedimiento para el trámite de concesiones, permisos y autorizaciones en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público para Marinas, Clubes Náuticos y Bases Náuticas.”*

Respecto de este cargo, se considera que no están presentes los requisitos señalados en los artículos 229 y 231 del C.P.A.C.A. para que sea procedente el decreto de la suspensión provisional solicitada, toda vez que no se sustentó en la forma en que lo ordena la citada disposición, omisión ésta que hace imposible efectuar la comparación normativa para deducir de ella la medida cautelar que nos ocupa.

En efecto, de la lectura de la solicitud de suspensión provisional se advierte que la parte actora no realizó la confrontación del acto demandado frente a las normas constitucionales y legales que explican los alcances del espacio público. No



precisa cómo se configura una afectación del espacio público en el caso concreto, de forma que se pueda vislumbrar si hay mérito para decretar la medida cautelar. Igualmente, las resoluciones que invoca (017 de 2017, 0408 de 2015, y 0489 de 2015), aunque son de carácter general, son dictada por la propia DIMAR, entidad demandada en este proceso. Esto implica examinar si aquellas resoluciones constituyen normas de carácter superior para el caso concreto, pues *prima facie* no es una autoridad de superior jerarquía a la aquí demandada la que las expidió, asunto que será objeto de estudio en el proceso.

Ahora bien, la exigencia de sustentar en forma expresa y concreta la solicitud de suspensión provisional se explica por su propia naturaleza, dado que constituye una excepción al principio de legalidad de los actos administrativos y al carácter ejecutorio de los mismos.

Ha sido criterio reiterado de esta Corporación señalar que, para la prosperidad de la suspensión provisional, deben indicarse en forma precisa y concreta las disposiciones que se consideran manifiestamente infringidas por el acto acusado y **expresar el concepto de su violación**, sin que sea suficiente para el efecto solicitar simplemente el decreto de la medida como lo hace la parte actora, sin explicar cuál es la razón normativa para que se acceda a ello. Resulta altamente útil traer a colación el análisis que hizo el Despacho en auto del 21 de octubre de 2013 expedido en el proceso número 11001 0324 000 2012 00317 00, en el cual se abordó el tema en un asunto semejante:

*“En efecto, el requisito consistente en la sustentación de la medida cautelar no se encuentra en el artículo 231 del CPACA que trae a colación el recurrente, sino en el artículo 229 ejusdem cuyo contenido y alcance fueron explicados en el auto recurrido. Con todo, esta disposición advierte que las medidas cautelares, dentro de las que se encuentra la suspensión provisional, pueden ser decretadas **a solicitud de parte debidamente sustentada**, lo que equivale a decir que la solicitud debe ser suficientemente argumentada por quien la solicite.*

Cosa distinta es que en la demanda se indiquen las normas violadas y el concepto de la violación, ya que esto comporta uno de los requisitos exigidos para este tipo de líbelos según lo dispone el artículo 162 numeral 4 del CPACA, requisito que no puede confundirse con el establecido en el comentado artículo 229.

*En el mismo sentido, el alcance de la expresión “procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado” contenida en artículo 231 *Ibíd*, se encuentra dirigida a explicar que la solicitud de suspensión provisional*



puede ser presentada en el líbello introductorio o en un escrito aparte, y no a que la sustentación de la medida cautelar quede suplida con el concepto de violación de las normas indicadas en la demanda, dado que, se reitera, se trata de dos requisitos distintos para fines procesales disimiles: uno, el que se refiere a fundamentar jurídicamente la pretensión de nulidad del acto, el otro, a explicar las razones por las cuales el acto debe ser suspendido provisionalmente.

Lo anterior no quiere decir que los argumentos para cada uno de los fines procesales mencionados puedan coincidir, es más, si lo deseado por la actora era que el concepto de violación expuesto en la demanda sirviera de fundamento de la solicitud de suspensión provisional así debió expresarlo, máxime si se tiene en cuenta que en el escrito de la demanda dedicó un capítulo aparte a la suspensión provisional dentro del cual inscribió un subtítulo denominado “FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL”⁴, que fue al que se atuvo este Despacho para resolver la medida.

En otras palabras, la actora en su demanda dedicó un capítulo para sustentar la medida cautelar, a esa sustentación se remitieron la entidad demandada y el Despacho para descorrer el traslado y resolver la medida, sin embargo, ahora, viendo que esa sustentación en varios de sus apartes fue insuficiente, pretende que se tengan como tales los argumentos que utilizó para otros fines procesales.

Finalmente sobre este punto, debe ponerse de relieve que la sustentación de la solicitud de suspensión provisional no constituye un exceso ritual, se trata de la observancia de una carga procesal en cabeza de la actora cuyo cumplimiento es el deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia⁵ y a su vez la carga que exige la ley para que, entre otras, se garantice el derecho de defensa de la entidad que expidió el acto.

A propósito del derecho de defensa de la entidad demandada, no se puede perder de vista que la nueva codificación trajo consigo la obligación de correr traslado a la parte demandada de la solicitud de suspensión, en ese orden, la carga impuesta para que se sustente la medida también se encuentra dirigida a que la entidad que profirió el acto conozca a ciencia cierta las razones esgrimidas por el actor para poder ejercer eficientemente su derecho de defensa. En ese contexto, no puede tenerse como sustentación de la medida cautelar la sola afirmación de que el acto administrativo desconoce normas de rango superior.

Por todo lo dicho, el Despacho confirmará la decisión recurrida toda vez que se ha podido constar que en esos precisos aspectos la actora omitió realizar la fundamentación de la medida cautelar según lo dispuesto en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011.”

⁴ Folio 94 cuaderno principal.

⁵ En ese sentido el artículo 103 inciso 4 de la Ley 1437 de 2011 dispone. “Artículo 103: (...) Quien acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este código.”



Visto lo anterior, no prospera el cargo planteado por el solicitante en este punto, pues no explicó el concepto de la violación para lograr obtener la suspensión provisional del acto acusado.

III.2.4. Consulta previa

El solicitante afirmó que se vulnera el artículo 46 del CPACA, pues dicha norma ordena la realización de una consulta previa cuando la Constitución o la ley lo prescriban. Manifestó que la propia DIMAR previó en la Resolución 0489 de 2015 que, en la fase de pre factibilidad para otorgar un permiso, autorización o concesión, se hace necesaria la consulta previa, la cual no se efectuó en el caso concreto.

Sobre el punto, el Despacho advierte que una vez consultada la Resolución 0489 de 2015, se observa que dicha norma en su artículo segundo hace referencia a la pre factibilidad, consistente en la primera etapa del trámite que se debe adelantar para obtener concesiones, permisos y autorizaciones en los bienes de uso público para Marinas y Clubes Náuticos.

En dicho trámite, en términos generales, el interesado en realizar un proyecto sobre bienes de uso público para marinas y clubes náuticos debe presentar una solicitud ante la DIMAR, en la cual explique la zona y las dimensiones del proyecto, para ser sometido a estudio y obtener el permiso correspondiente. En este procedimiento se observa que la DIMAR solicita concepto a varias entidades acerca de la viabilidad del proyecto.

Al respecto, el Despacho advierte que en esta etapa procesal, *prima facie* no se observa que la resolución acusada obedezca a una autorización o concesión para la explotación de un bien de uso público para Marinas y Clubes Náuticos, respecto del cual sea exigible el requisito de la consulta a la que hace alusión el solicitante, pues como ya se explicó, a primera vista, el acto administrativo simplemente adiciona una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga; ordena a las sociedades portuarias y titulares de licencias o autorizaciones en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta realizar la respectiva actualización del Plan General de Ayudas a la Navegación, y establece que las áreas de fondeo serán graficadas en las Cartas Náuticas de uso oficial.



De la lectura de lo anterior, en principio no se observa el otorgamiento de una autorización o concesión para que un particular explote un bien de uso público, respecto del cual se tenía que adelantar el trámite indicado por el accionante, pues el acto administrativo no está dirigido a un sujeto particular y concreto sino en general para todas las embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga.

En consecuencia, en esta etapa procesal no se tiene certeza acerca de lo afirmado por el actor, esto es, que para adoptar el acto acusado se debía hacer lo que él denomina una consulta previa.

III.2.5. Debido proceso administrativo

El solicitante expuso que se vulnera el artículo 3º del CPACA el cual preceptúa el debido proceso administrativo, toda vez que no se tuvo en cuenta la Ley 1º de 1991⁶, la Ley 1158 de 2012⁷, el Decreto reglamentario 1766 de 2016⁸, y las Resoluciones números 17 de 2007, 0408 y 0489 de 2015 expedidas por la DIMAR.

A su juicio, en la exposición fáctica precisó cómo la DIMAR vulneró sus competencias y, además, *“pretermitió la legalidad imperante en punto al otorgamiento de autorizaciones para desarrollar actividades relacionadas con el turismo y recreaciones marítimas.”*

En primer lugar, el Despacho observa que el cargo planteado por el solicitante ya fue resuelto en el acápite de competencia, pues allí se le indicó que, en relación con la facultad para modificar un contrato de concesión portuaria, el solicitante carecía de interés en la causa por activa para alegar dicha situación y que *prima facie*, en atención a lo resultó en el acto acusado, no se observaba la modificación de contrato alguno.

En segundo lugar, respecto del trámite administrativo que se debe seguir para otorgar autorizaciones relacionadas con el desarrollo de actividades turísticas y recreativas, del contenido de lo resultó en el acto acusado no se observa autorización alguna a un particular para el desarrollo de actividades turísticas o

⁶ “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”

⁷ “Por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 -Ley General de Turismo, la Ley 1101 de 2006 y se dictan otras disposiciones”

⁸ “por el cual se modifican unos artículos de los Capítulos 1 y 2 del Título 5 de la Parte 13 del Libro 2 del Decreto Único del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural 1071 de 2015”



recreativas. Otro asunto es que el acto acusado pueda tener implicaciones en materia turística y recreativa, en atención a las competencias generales que le otorgan los referidos artículos 3º, 4º y 5 del Decreto Ley 2324 de 1984 para que la DIMAR dirija, coordine y controle actividades relacionadas con la recreación, el deporte náutico, la seguridad de la navegación en general, y el arribo, atraque, maniobra, fondeo, remolque y zarpe de las naves y artefactos navales en aguas Colombianas.

Ahora bien, en relación con las normas citadas por el actor sobre la presunta vulneración del derecho al debido proceso administrativo, el Despacho observa igualmente que no están presentes los requisitos señalados en los artículos 229 y 231 del C.P.A.C.A. para que sea procedente el decreto de la suspensión provisional solicitada, toda vez que no se sustentó en la forma en que lo ordenan las citadas disposiciones, omisión ésta que hace imposible efectuar la comparación normativa para deducir de ella la medida cautelar que nos ocupa.

En efecto, de la lectura de las disposiciones se advierte que la parte actora no realizó la confrontación del acto demandado frente a las normas constitucionales y legales relativas al debido proceso en el trámite administrativo, adelantado para la expedición del acto acusado.

El Despacho reitera que la exigencia de sustentar en forma expresa y concreta la solicitud de suspensión provisional se explica por su propia naturaleza, dado que constituye una excepción al principio de legalidad de los actos administrativos y al carácter ejecutorio de los mismos.

Como se expuso en líneas anteriores, ha sido criterio reiterado de esta Corporación señalar que, para la prosperidad de la suspensión provisional, deben indicarse en forma precisa y concreta las disposiciones que se consideran manifiestamente infringidas por el acto acusado y expresar el concepto de su violación, sin que sea suficiente para el efecto solicitar simplemente el decreto de la medida como lo hace la parte actora, sin explicar cuál es la razón normativa para que se acceda a ello.

Visto lo anterior, tampoco prospera el cargo planteado por el solicitante en este punto.



III.2.6. Falsa motivación

El solicitante manifiesta que se viola el artículo 137 del CPACA, en tanto que la causa o razón del acto acusado no tiene coherencia con su sustento jurídico, pues un fondeo marítimo no guarda relación con actividades turísticas y recreativas, los fundamentos jurídicos expuestos en la parte resolutive no corresponden a las materias que regulan estas actividades recreativas y turísticas.

Sobre el punto, el Despacho se permite resaltar que el artículo 231 del CPACA restringe la procedencia de la medida cautelar a la “(...) *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 (...)*” (Se destaca)

No se puede equiparar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado con la demanda, pues mientras que con la primera se persigue suspender los efectos de un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico superior, con la segunda se busca la expulsión del ordenamiento jurídico de un acto administrativo, al configurarse alguna de las causales de nulidad. De ahí que el inciso segundo del artículo 233 del CPACA prevea la autonomía de la medida cautelar respecto de la demanda, cuando afirma que “(...) *El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda. (...)*”

Al respecto, la Sección Primera ha establecido que: “*la característica primordial de la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es impedir que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide su legalidad en el proceso.*”⁹ (Se destaca)

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00213-00. Actor: Zeida EraZO. Demandado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.



En sentido semejante, en auto proferido el 13 de noviembre de 2018¹⁰, se indicó:

*“En el marco de las diversas medidas cautelares establecidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹¹ se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada por los artículos 229 y siguientes del CPACA, la cual se caracteriza por su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, que **pretende evitar que actos evidentemente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso en el que se hubiere decretado la medida**, con el fin de proteger los intereses generales dentro de un Estado Social de Derecho¹².*

Respecto a esta medida cautelar, la Ley 1437 de 2011 expresamente hace referencia a la confrontación de legalidad que debe efectuar el juez, esto es, el análisis inicial de legalidad del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas, sin que ello constituya un prejuzgamiento. Frente a la manera en la que el juez debe abordar ese análisis inicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente número. 2014-03799), indicó: “[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. [...]”.

Como se advierte, la medida cautelar de suspensión provisional se caracteriza por suspender los efectos jurídicos de actos administrativos que *prima facie* vulneran las normas superiores invocadas en la solicitud.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00057-00, Actor: LUIS ALFONSO ARIAS GARCÍA, Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

¹¹ El artículo 230 del CPACA señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelares: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “vulnerante o amenazante”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (numeral 4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (numeral 5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el Juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (parágrafo).

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, Auto de 15 de diciembre de 2017, Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00163-00, Actor: Lina Marcela Muñoz Ávila y Otros.



En el caso concreto, la parte actora no invoca alguna norma de jerarquía superior que se advierta infringida como consecuencia de la presunta falsa motivación del acto acusado. Luego, el examen sobre la falsa motivación constituye una de las causales por las cuales puede declararse eventualmente la nulidad del acto acusado e implica un pronunciamiento de fondo. Para ello, habrán de examinarse las pruebas obrantes en el expediente, sujetas al derecho de contradicción de las partes y, con base en tales elementos, concluir si se incurre en tal vicio de nulidad y adoptar la decisión que corresponda en fallo definitivo.

En este orden de ideas, en esta etapa procesal no se cuentan con los suficientes elementos de juicio que permitan evidenciar una vulneración de las normas invocadas en la solicitud, razón por la cual, habrá que esperar el transcurso del proceso para valorar en su integridad los antecedentes administrativos del acto acusado, las pruebas que se practiquen y las alegaciones de las partes y con ello poder concluir en fallo definitivo si la resolución expedida por la DIMAR es o no contraria al ordenamiento jurídico superior, teniendo en cuenta que la decisión sobre la medida cautelar no constituye prejuzgamiento.

Por otro lado, a folio 32 obra poder otorgado por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional en favor de la abogada Luisa Fernanda Mojica Bohórquez. Teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 75 del Código General del Proceso, el Despacho le reconocerá personería a la mencionada profesional del derecho.

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

RESUELVE

Primero: NEGAR la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución núm. 360-2015 de 6 de octubre de 2015, *“Por la cual se modifican las Resoluciones números 372 del 13 de septiembre de 2001, 0405 del 11 de octubre de 2001, y se adiciona la Resolución número 0473 del 22 de septiembre de 2014, en el sentido de crear una zona de fondeo para embarcaciones menores en el sector de Puerto Zúñiga, en jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Santa Marta”*, expedida por la Nación – Ministerio de Defensa, Dirección General Marítima (DIMAR).



Radicado: 11001-03-24-000-2017-00100-00
Demandante: Jeinson de Jesús Chávez Jiménez

Segundo: Reconocer a la profesional del derecho Luisa Fernanda Mojica Bohórquez, como apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima (DIMAR).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado