

TRANSPORTE MARITIMO-Solicitud de reserva de carga / RESERVA DE CARGA-Procedimiento para otorgarla / PROCEDIMIENTO PARA OTORGAR RESERVA DE CARGA- Audiencia pública y consulta con los organismos de comercio exterior / NORMAS PROCESALES- Carácter de orden publico, obligatoriedad

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: SAMUEL BUITRAGO HURTADO

Bogotá, D. E., catorce (14) de julio (07) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)

Radicación número: 3742

Actor: MARITIMAS ESLAIT Y COMPAÑIA.

Demandado: DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA Y OTRO

Referencia: Expediente No. 3742. Autoridades Nacionales.

La Sociedad Marítima Eslait y Cía. en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que consagraba el artículo 67 de la [Ley 167 de 1941](#), solicitó la nulidad de las resoluciones número 080 de 6 de febrero de 1981 y 139 de 31 de marzo del mismo año, dictadas por el Director General Marítimo y Portuario, y la número 1449 de 21 de mayo de 1981 emanada del Ministerio de Defensa Nacional. Como restablecimiento del derecho solicita que se vuelva "a la legalidad existente hasta el momento de la expedición de la resolución 1449 de 1981 del Ministerio de Defensa y por esta vía el restablecimiento automático de la situación jurídica subjetiva desconocida por este acto ilegal".

I

LOS ACTOS ACUSADOS.

1.— La resolución 080 de 6 de febrero de 1981 fue dictada por el Director General Marítimo y Portuario "en uso de sus facultades legales" y por medio de ella se autoriza a la Sociedad Compañía Agropecuaria y Marítima SANTA ROSA LTDA. "LINEAS AGROMAR LTDA", para ampliar los servicios y las rutas marítimas autorizadas mediante las resoluciones DIMAR-208 de 2 de julio de 1974, DIMAR-055 del 20 de febrero de 1974 y DIMAR-143 del 6 de mayo de 1976 a los puertos que se indican en el artículo 1o de la resolución. Por el artículo 2o. desestima las oposiciones presentadas por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA y por la SOCIEDAD MARITIMAS ESLAIT LTDA. Por el 3o. se autoriza la aplicación de las normas vigentes sobre reserva de carga a los transportes que se realicen entre los puertos mencionados en el artículo 1o y los puertos colombianos contemplados en las Resoluciones DIMAR antes mencionadas. Se impone en el artículo 4o. la obligación a LINEAS AGROMAR LTDA, de prestar los servicios en forma regular, eficaz y continua y con una frecuencia mensual y se dice que el incumplimiento de esta obligación acarreará las sanciones a que hubiere lugar

incluso la cancelación inmediata de la autorización. Por último, se dispone la notificación de la resolución a las entidades indicadas en el artículo 5o. y se establece que su vigencia será de dos años a partir de la fecha de su ejecutoria.

En los considerandos de la resolución comentada se dice que se aplicó el procedimiento establecido en el artículo 85 del [Decreto Ley 2349 de 1971](#) y que fueron consultados los organismos de comercio exterior INCOMEX y PROEXPO, los cuales se manifestaron de acuerdo con lo solicitado por LINEAS AGROMAR LTDA. Se alude también a la oposición presentada por la actora en este proceso y por la FLOTA MERCANTE oposición basada fundamentalmente en que con la autorización solicitada se conformaría una ruta paralela con perjuicio tanto para ellas como para la compañía solicitante, y que los servicios prestados por ellas hasta ese momento habían sido en forma regular, eficaz y continua.

2. — La Resolución 00239 de 31 de marzo de 1981. Esta resolución fue dictada también por el Director General Marítimo y Portuario para resolver el recurso de reposición interpuesto por la Flota Mercante contra la primera, la cual confirma en todas sus partes y se concede el recurso de apelación para ante el señor Ministro de Defensa Nacional. Rechaza los recursos interpuestos por Marítimas Eslait. En la motivación de esta resolución se afirma entre otras cosas, que las rutas que asigna la División General Marítima y Portuaria no pueden constituir privilegios o exclusividad de acuerdo a lo establecido por el artículo 31 de la Constitución Nacional y se enfatiza que los servicios autorizados hasta la fecha no son suficientes y las tarifas de precios son muy onerosas para los usuarios, lo cual facilita que las cargas sean tomadas por armadores extranjeros con perjuicio para el desarrollo de la Marina Mercantil Nacional, razón por la cual estima conveniente la participación de otras empresas navieras colombianas en el tráfico.

3. — La Resolución 1449 de 21 de mayo de 1981. Fue dictada por el Ministro de Defensa Nacional para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la primera resolución acusada, la cual confirma en todas sus partes afirmando que el servicio autorizado contribuirá al desarrollo de la Marina Mercante Grancolombiana y al comercio exterior del país sin hacer ruinoso la operación de otros armadores colombianos.

II

LA DEMANDA

1. — El capítulo referente a los hechos de la acción los divide la demanda en la siguiente forma: a). — Consideraciones de orden legal, en donde alude a las disposiciones que tienen que ver con la Dirección General Marítima y Portuaria y sus funciones y con la Marina Mercante Colombiana. Se refiere al procedimiento que de acuerdo con esas disposiciones debe seguirse entre la solicitud para servir un tráfico y la resolución del Director General Marítimo y Portuario, b). — Situación jurídica concreta de Marítimas Eslait Cía. en donde trata lo relativo a su existencia legal y a las resoluciones que la autorizan a prestar el servicio de transporte marítimo de y hacia Puertos Colombianos, a saber, las números 370 de 20 de abril de 1979 y 945 de 16 de diciembre de 1980, c). — El contenido de las resoluciones impugnadas, el cual reproduce y analiza.

2.— Como disposiciones violadas cita las siguientes: de la Constitución Nacional, los artículos 20,26,45 y 63; del [Decreto 2733 de 1959](#) los artículos 1,10,11,12,13 y 16; de la [Ley 167 de 1941](#) el

artículo 282, en concordancia con los artículos 85 numeral 5o. y 351 del Código de Procedimiento Civil; del [Decreto Ley 2349 de 1971](#) los artículos 3, 4 numeral 5o., letra g), 76, 77, 83, 85 y 86.

3. — El concepto de violación general está centrado en la idea de que a raíz de las dos resoluciones ya citadas que le dieron a la demandante el derecho a servir el tráfico de y hacia puertos colombianos en los que en tales resoluciones se especifican, ella tenía derecho a movilizar, junto con la Flota Mercante Grancolombiana S.A., el primer 50% de toda la carga de importación y exportación que se transportara por las rutas marítimas descritas en las mismas. Por medio de las resoluciones impugnadas se le recortó la participación de la demandante en ese tráfico, ya que también se asignó el servicio de varios de sus puertos como, los de Miami y Panamá City de los EE.UU. de Norteamérica, al armador Líneas AGROMAR Ltda. Como la segunda de las resoluciones impugnadas (la número 239) rechazó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación presentados a nombre de Marítimas Eslait "por no ser adecuada su presentación", dice el demandante, que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional ya que se le condenó sin haberse seguido el debido proceso, y todo a pesar de que en la primera de las resoluciones acusadas se le había admitido la misma representación que posteriormente se le negó.

En cuanto a la violación de los artículos ya citados del [Decreto Ley 2349 de 1971](#) que crea la Dirección General Marítima y Portuaria, esta radica fundamentalmente en que "no se cumplió el procedimiento detallado en el artículo 85, que era necesario cumplir antes de proceder a dictar la primera resolución impugnada". Dice que no se acreditó el carácter de servicio público del transporte marítimo que AGROMAR se proponía prestar, que la Dirección General Marítima y Portuaria no estudió si los tráficados autorizados ya estaban suficientemente servidos por Marítimas Eslait y Cía. Y, fundamentalmente que la Dirección General no convocó a la demandante y a Línea AGROMAR Ltda. a audiencia previamente a su decisión (artículo 85-8), lo que "constituye una de las más graves violaciones de este procedimiento", por cuanto la Dirección General Marítima y Portuaria dejó de oír a la demandante "que por ello no pudo expresar su posición frente a esa dependencia del Estado y tampoco le fue permitido hacerlo frente al armador solicitante, en especie de diálogo franco y amplio con posibilidad de interrogar y contra interrogar a manera de careo ... y explicar los perjuicios que le causaba la intromisión de un nuevo armador en la ruta que venía sirviendo".

Con relación a las otras disposiciones del mismo decreto que cita como violadas, agrega que no se le exigió a Líneas AGROMAR un estudio con el contenido específico que exigen dichas normas considerándose de tal manera, sin mayor análisis, que la prestación del servicio por la demandante no estaba siendo eficaz, regular y continuo.

Como de acuerdo con lo anterior la autoridad administrativa omitió el cumplimiento de sus funciones, resultaron violados también los artículos 20 y 63 de la Constitución.

Finalmente, la violación del artículo 45 de la Constitución, de las normas del [Decreto Ley 2733 de 1959](#) y el artículo 282 de la [Ley 167 de 1941](#) en concordancia con las normas mencionadas del Código Civil, estaría dada según la demanda por haberse rechazado un límite por inadecuada representación la intervención de la demandante, cuando, de haber mediado tal circunstancia, solo hubiera debido inadmitirse la misma para dar lugar a que el interesado subsanara la deficiencia.

III

1. ALEGATO DE LAS PARTES

La apoderada de Líneas AGROMAR Ltda. en su alegato de conclusión analiza cada uno de los cargos formulados por la demandante y recuerda en su favor las funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria contenidas en el artículo 3o. del [Decreto 2349 de 1971](#), complementadas por lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del mismo decreto.

Enfatiza que la Dirección Marítima y Portuaria tiene la función de ejecutar la política del Estado en materia de regulación y control de todas las actividades marítimas y portuarias en su jurisdicción, e intervenir en la aplicación de las normas sobre marina mercante para alcanzar los fines de fomento y defensa de la actividad, mediante su cuidadosa racionalización y adecuada coordinación de los servicios portuarios y de transporte interno.

Este fomento, defensa y racionalización, implica de conformidad con los diversos numerales del artículo 3o. del citado decreto, que la DIMAR debe distribuir adecuada y equitativamente la carga entre armadores colombianos y distribuir también el tráfico y las líneas evitando el derroche de esfuerzo por paralelismo y otro fenómeno.

Es el caso concreto de Líneas AGROMAR, dice la impugnadora, "que las pruebas aportadas permiten establecer fácil y claramente, la conveniencia para los intereses nacionales y de la marina mercante del país del otorgamiento de nuevas rutas a LINEAS AGROMAR LTDA. con protección de la ley sobre reserva de carga, pues las estadísticas remitidas por la DIMAR (folios 310 a 326) muestran que la bandera colombiana sólo transportó una mínima parte de la carga generada, con lo cual se reitera el estudio que acompañó la interesada en su petición, donde además consta especialmente que Marítimas Eslait no prestó servicio alguno".

Del estudio que la DIMAR está obligada a hacer e hizo contando con sus propios archivos que posee en virtud del cumplimiento de las demás funciones que la ley le ha asignado, "está demostrado sin lugar a dudas que Marítimas Eslait no estaba en condiciones de ofrecer un servicio regular y eficaz ni conveniente a los intereses del país, de la marina mercante colombiana ni de los usuarios, pues no había transportado lo que corresponde a la bandera colombiana en virtud de la ley de reserva de carga".

"Era, pues, clara la situación y válida la afirmación contenida en la resolución No. 80 demandada, en cuanto en ella se dijo que "... los servidores de transporte marítimo de Centroamérica y Suramérica (Pacífico) se encuentran insuficientes, lo cual perjudica los intereses del comercio exterior del país".

Finalmente la apoderada de AGROMAR Limitada hace una larga exposición en torno del contenido del numeral 8o. del artículo 85 del [Decreto 2349 de 1971](#) que se refiere a que la DIMAR debe decidir previa audiencia con las partes y en consulta con los organismos de comercio exterior. Trata de demostrar la apoderada cómo la referida audiencia de que habla el numeral 8o. antes citado no constituye una etapa procesal sino un principio según el cual todas las partes interesadas en un proceso o actuación deben ser oídas.

Tal preocupación acerca de la naturaleza de dicha audiencia tiene que ver con la decisión de esta Corporación de fecha 15 de julio de 1982, que anuló unas resoluciones proferidas por la DIMAR por no haberse verificado, previa a su expedición, la referida audiencia.

III

2. ALEGATO DE LA DEMANDANTE

En su escrito de conclusión el apoderado de la demandante hace un resumen de cada uno de los cargos formulados en el texto de la demanda y resalta lo relativo a la obligación en que se encontraba la autoridad administrativa de observar el procedimiento previo a la expedición de los actos acusados. Dice lo siguiente: "sorprende que con testimonios y mediante una inspección judicial mi distinguida contraparte pretenda probar contra una regla de procedimiento y por ende de orden público para subsanar las irregularidades de un acto administrativo yo no atribuyo esta conducta a ingenuidad. Estoy seguro que mi distinguida contraparte conoce el artículo 8o. del Código Civil: "La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna por inveterada y general que sea". Pienso más bien que tan destacada jurista aplica muy bien el aforismo que enseña que "los días trabajan por el hombre": la demora aprovecha el armador que se lucra mientras explota la ruta".

IV

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado coincidiendo con lo afirmado por la apoderada de la parte impugnadora, pide que no se acceda a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos básicos: los actos acusados fueron expedidos de acuerdo con las disposiciones legales sobre funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria; la solicitud hecha por LINEAS AGROMAR LIMITADA y el desarrollo del trámite hasta concluir con la expedición de los actos, se cumplieron según las normas del [Decreto 2349 de 1971](#). En cuanto a la obligación de celebrar la audiencia con las partes, dice que como antes de la sentencia de esta Corporación de fecha 15 de julio de 1982, por error común aceptado por las partes y por la administración tal audiencia no se celebraba, en el presente caso debe también ser tenido como un error "en ninguna manera imputable ni ocasionado por actuación de las partes y menos que pudiera convertirse en detrimento del peticionario, cuya gestión y actitud se ha ajustado plenamente a las normas legales y a la colaboración para el logro de sus pretendidos derechos".

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En dos grupos se pueden ordenar los cargos que se formulan contra los actos impugnados: 1o.— El que hace relación a la inobservancia del procedimiento legal previo a la expedición de las resoluciones por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria, y 2o.— El que alude al desconocimiento del derecho de defensa y del debido proceso señalado constitucionalmente.

Se procede a analizar el primer aspecto: Dice el artículo 85 numeral 8o. del [Decreto 2349 de 1971](#) "Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones"

(orgánico de la Marina Mercante) lo siguiente: Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 2o. numeral 19 y 20 del presente decreto (que se refiere a las funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria, entre las cuales está la de recibir y tramitar las solicitudes presentadas por armadores colombianos para la aplicación de las normas legales sobre reserva de carga) se seguirá el siguiente procedimiento:

1o. — El armador colombiano interesado debe presentar a la Dirección General Marítima y Portuaria una solicitud formal.

2o. — Acreditar el carácter de servicio público del transporte marítimo que está prestando o se propone prestar.

3o. — Prestar a la Dirección General Marítima y Portuaria, sus itinerarios y continuar remitiéndolos mensualmente.

4o. — Cumplir, si es el caso, los requisitos relacionados con naves de bandera extranjera al servicio de los armadores colombianos.

5o. — Si el solicitante desea pedir aprobación para asociar armadores extranjeros, deberá acompañar copia auténtica de los acuerdos correspondientes y acreditar las condiciones señaladas en el presente decreto. Si se trata de asociar armadores latinoamericanos, deberán acreditarse también las condiciones exigidas en el artículo 81 del presente decreto.

6o. — Especificar para cuál o cuales de los tráficos solicita el armador colombiano la aplicación de la reserva de carga. Antes de otorgar la autorización respectiva, la Dirección General Marítima y Portuaria deberá estudiar si los citados tráficos están suficientemente servidos por otro armador colombiano y si así fuere, podrá ordenar al peticionario que se abstenga de servir el mismo tráfico y no recomendará la aplicación de la ley de Reserva de Carga si se llegare a precisar que hay perjuicio para los intereses nacionales con el establecimiento de un doble servicio.

7o. — Una vez que el peticionario allegue toda la documentación requerida, la Dirección General Marítima y Portuaria comunicará por medio de avisos públicos a costa del interesado, la índole de la solicitud que está sometida a estudio con el fin de que, si hubiere oposición, esta pueda presentarse por quien se sienta afectado en sus intereses.

8o. — La Dirección General Marítima y Portuaria decidirá previa audiencia con las partes y en consulta con los organismos de comercio exterior, la conveniencia de la aplicación de la reserva de carga en aquellos tráficos en los cuales se ha solicitado, o si esta se va a aplicar solo para beneficio de determinados armadores colombianos. En todo caso, la Dirección General Marítima y Portuaria buscará y procurará la racionalización de los tráficos para impedir la dispersión de esfuerzos a través de competencias entre armadores colombianos.

"PARAGRAFO. — Cuando se determine el incumplimiento de la ley sobre Reserva de Carga, se impondrá al beneficiario, importador o exportador, multas cuyo monto puede ser igual a una vez el importe pagado por fletes en el tráfico correspondiente, de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno.

Como se dijo anteriormente, con relación a esta última obligación procedimental, la demanda hizo hincapié en su inobservancia, tanto en el texto de la misma como en el alegato de conclusión, y por lo mismo señaló entre las normas violadas la que acaba de transcribirse.

En el documento que obra a folio 332 del cuaderno 1 que contiene el acta de inspección judicial practicada en las dependencias de la Dirección General Marítima y Portuaria, se lee lo siguiente: "no existe constancia de la celebración de audiencias públicas o especiales en determinadas fechas tal como se expresa en la solicitud de la prueba, entre la vigencia del [Decreto 2349 de 1971](#) (diciembre 3) hasta el mes de febrero de 1981, fecha de expedición de la resolución acusada".

Así mismo, tampoco obra dentro del proceso la constancia o la certificación que permita restarle validez al cargo formulado, el que, por lo que acaba de expresarse, aparece comprobado mediante el acta de inspección judicial.

Además, en los testimonios rendidos por el Almirante Gustavo Angel Mejía, Director General Marítimo y Portuario, Capitán Guillermo León Eslava, Secretario General de la DIMAR y Capitán de Corbeta Publio Alfonso Medina Bernal, Asesor en Transporte Marítimo, a petición de la parte impugnadora (folios 344 a 353) se reconoce la no realización de Audiencias Públicas formales desde el año de 1971, dentro de los trámites para la concesión de rutas y reserva de carga. Dice el primero de los nombrados, que esa costumbre obedeció a criterios de los antiguos directores y posiblemente a la interpretación que en ese entonces le dieron los asesores jurídicos a la norma legal, considerando posiblemente que con la publicación del edicto era suficiente para que se enteraran las partes interesadas. El segundo afirma que protocolariamente no estaba consagrada en el [Decreto 2349 de 1971](#) la mencionada audiencia para efectos de la reserva de carga; pero que conocida una sentencia del Consejo de Estado en la cual se planteaba la dicotomía en el procedimiento en cuanto a ruta y reserva de carga, se iniciaron las audiencias. Y el tercero manifiesta que las audiencias se comenzaron a practicar a partir de mediados de 1981, después de un fallo del Consejo de Estado al respecto; que antes no se practicaban ya que la Dirección General Marítima y Portuaria consideraba que no era necesario, puesto que al ser publicada la solicitud no era necesario hacerla.

El Código de Procedimiento Civil es claro al señalar por medio del artículo 6o. que las normas procesales son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. De acuerdo con lo anterior, es claro que la audiencia de que se viene hablando, consagrada en el artículo 85 numeral 8o. del [Decreto 2340 de 1971](#), debió haberse celebrado pues está contemplada expresamente en dicha norma. Por ello, no puede argumentarse como lo hace la apoderada de Líneas AGROMAR Ltda., que solo se trata de un principio y no propiamente de "un procedimiento en el sentido estricto y judicial de la palabra". Tal principio consistiría en la simple obligación que tiene la Dirección General de oír oportunamente a los representantes de la Empresa y a los armadores colombianos. Pero es claro que en el presente caso ese principio se cumple cuando en el procedimiento para el otorgamiento de tráfico se establece ya la posibilidad de presentar oposiciones a las solicitudes formuladas, (artículo 85-87). Si la audiencia consagrada, significara solamente la invocación de un principio, es lógico que al haberse cumplido este por medio del derecho a la oposición (artículo 85-87), la ley no se habría ocupado de establecer en la misma norma y con posterioridad, la obligación de celebrar la audiencia referida.

En tal sentido, en un caso similar (expediente 3410, sentencia de 15 de julio de 1982), con ponencia de quien redacta la presente providencia esta Corporación dijo: "Se podrá argüir que habiendo

existido la oposición y habiéndose presentado en ella los razonamientos del actor, resultaba ya inútil la audiencia señalada por el numeral 8o. Sin embargo, como se sabe, las normas procesales son de orden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento (artículo 6o. del Código de Procedimiento Civil) y no es permitido a ninguna persona desestimarlas so pretexto de su aparente inutilidad. En ellas radica la seguridad jurídica; se puede decir que el procedimiento es sinónimo de seguridad y su inobservancia es causal de nulidad de lo actuado..." no escapa al impugnador que una cosa es la publicación de la solicitud y la autorización a que se refiere el numeral 7o. del artículo 85 del decreto 2349, y otra la audiencia con las partes y la consulta con los organismos de comercio exterior ordenados por el numeral 8o. del mismo artículo. Lo uno no exime lo otro, porque son momentos diferentes del procedimiento ordenado por el decreto extraordinario 2349, que como se dijo es de obligatorio cumplimiento".

La prosperidad del cargo anterior es suficiente para que en esta ocasión se declare la nulidad de las resoluciones acusadas, sin necesidad de entrar a considerar cada uno de los demás cargos formulados en la extensa demanda.

En cuanto al restablecimiento del derecho, como éste se produce de modo automático, considera la Sala que no es necesario hacer un especial pronunciamiento sobre el particular.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y en desacuerdo con el precepto del señor Fiscal Primero de la Corporación,

FALLA:

1.— Se declara la nulidad de las resoluciones números 080 de 6 de febrero de 1981 y 239 de 31 de marzo del mismo año, expedidas ambas por el Director General Marítimo y Portuario y la número 1449 de 21 de mayo de 1981 proferida por el señor Ministro de Defensa Nacional.

2. — En cuanto al restablecimiento del derecho, estése a lo expresado en la parte motiva de esta providencia sobre el mismo.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 6 de julio de 1984.

SAMUEL BUITRAGO HURTADO, JACOBO PEREZ ESCOBAR, MARIO ENRIQUE PEREZ VELASCO, SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

LORENZO ROJAS SURMAY, SECRETARIO