

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

Por no haber aceptado la ponencia presentada por el Magistrado Guillermo Vargas Ayala, se procede a presentar nueva ponencia con base en los antecedentes elaborados para decidir en única instancia la demanda promovida por el ciudadano JOSÉ GERMÁN PALENCIA HERRERA en ejercicio de la acción pública de nulidad contra el artículo 8° (incluidos sus dos párrafos) de la Resolución 00005-Jurídica-CP5 de 2 de marzo de 2009 *"Por medio de la cual se establecen procedimientos para el control de tráfico marítimo en la Capitanía de Puerto de Cartagena"*, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima - Capitanía de Puerto de Cartagena.

I. LA DEMANDA

I.1.- Pretensiones

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

Solicita el accionante se declare la nulidad del artículo 8° (incluidos los párrafos 1 y 2) de la Resolución 00005-Jurídica-CP5 de 2 de marzo de 2009 "*Por medio de la cual se establecen procedimientos para el control de tráfico marítimo en la Capitanía de Puerto de Cartagena*", expedida por el Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima - Capitanía de Puerto de Cartagena, cuyo tenor literal es el siguiente:

"ARTÍCULO 8°.- LÍMITE DE MANIOBRAS POR PILOTO PRÁCTICO. La Capitanía de Puerto de Cartagena teniendo en cuenta los promedios estadísticos del año anterior y las tendencias de maniobras proyectadas para el puerto establecerá un número máximo de maniobras como límite mensual para cada piloto práctico, el cual será informado anualmente el día primero de febrero de cada año.

PARÁGRAFO 1°.- Para el año 2009 se establece en treinta y ocho (38) maniobras mensuales de maniobras (sic) por piloto práctico.

PARÁGRAFO 2°.- El número máximo de maniobras establecidas en este artículo incluye las efectuadas en otras jurisdicciones."

I.2. Hechos en que se funda la demanda.-

1.- El artículo 8° acusado establece que los pilotos prácticos no podrán realizar más de 38 maniobras por mes, lo cual se funda en los promedios estadísticos del año anterior y las tendencias de maniobras proyectadas para el puerto.

2.- La Resolución parcialmente acusada señala que su objeto es dar cumplimiento a la competencia otorgada para fijar requisitos, procedimientos y criterios generales a los que deben someterse las empresas y pilotos prestadores del servicio de practicaaje, tal como lo

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

señaló el Tribunal Administrativo de Bolívar en providencia de 4 de diciembre de 2008, al resolver la acción de cumplimiento interpuesta por el señor Jairo Santamaría y otros en contra de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

3.- Para establecer un número máximo de maniobras y específicamente un límite de 38 maniobras para el año 2009, el acto acusado dice fundarse en el artículo 3° del Decreto Ley 2324 de 1984, el artículo 42 de la Ley 458 de 2001 y el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007, que modificó el artículo 26 del Decreto 1466 de 2004.

4.- El acto acusado además de prohibir a los pilotos prácticos realizar la maniobra 39 en el año 2009 advierte que de realizarla tendrán sanciones conforme lo dispone el artículo 15, el cual remite al artículo 80 del Decreto 2324 de 1984.

I.3.- Normas violadas y concepto de la violación.-

En la demanda se afirma que con la expedición del acto administrativo parcialmente acusado, se infringen las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 84, 113, 121, 122, 123, 150, 152, 153 y 189 de la Constitución Política; 11 (numeral 5°) y 20 (numerales 6° y 8°) del Decreto Ley 2324 de 1984; 1°, 2° (numerales 4, 5, 12, 22, 25, 26 y 29), 15 (numerales 3° y 5°), 42, 43, 61, 62 y 63 de la Ley 658 de 2001; y 1° (numeral 11), 22, 25 y 26 del Decreto 1466 de 2004 (el último modificado por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007), por razones que se concretan en los cargos de **violación de normas superiores** y **falsa motivación**, los cuales se resumen así:

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

I. 3.1. Violación de normas superiores por falta de competencia para expedir el acto acusado. En sustento de esta acusación afirmó:

(i) Que el artículo 26 del Decreto 1466 de 2004 (modificado por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007) no le confiere facultad alguna al Capitán de Puerto de Cartagena para dictar una disposición que establezca un número máximo determinado de maniobras mensuales como límite por piloto práctico, lo que significa la prohibición a los pilotos prácticos realizar 39 o más maniobras so pena de imponerles una sanción, o limitar su derecho al trabajo, pues dicha norma se circunscribe a efectuar una distribución uniforme del trabajo (servicio de practicaje), repartiendo a los pilotos prácticos en tres grupos: *-en período de servicio, en período de reposo y en período de vacaciones-* y para cumplir con una precisa finalidad *-disponibilidad continua del servicio, mantenimiento de un mínimo de maniobras por piloto para garantizar la continua práctica y habilitación del piloto práctico y prevención de la fatiga del mismo durante la ejecución del servicio-*, sin que pueda crear un cuarto grupo en el que se ubique a los pilotos que tienen que realizar solo 38 maniobras al mes y que se inhabilitarían si hicieran una más.

(ii) Que la prohibición de realizar más de 38 maniobras mensuales impide que en el evento en que se requiera de pilotos prácticos para la prestación continua del servicio, éstos no puedan prestarlo por haber sido inhabilitados no obstante haber cumplido las normas técnicas acerca de la fatiga, único limitante natural del número de maniobras.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

(iii) Que dicha prohibición tampoco es un mecanismo para que los pilotos mantengan un número mínimo de maniobras, pues el artículo 25 del Decreto 1466 de 2004 establece el número de maniobras que debe realizar cada piloto en el año y su fijación no es competencia de la Capitanía del Puerto sino de la Autoridad Marítima Nacional; que para el anotado propósito lo único que se le permite al Capitán de Puerto por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007, es distribuir a los pilotos en los respectivos grupos de período de servicio, reposo y vacaciones; que la normativa citada sanciona e inhabilita a los pilotos que no cumplen con ese mínimo de maniobras anuales pero no autoriza restricciones arbitrarias al ejercicio de la actividad de pilotaje práctico.

(iv) Que la prohibición comentada tampoco está acorde con el objetivo de la prevención de la fatiga en el piloto práctico durante la ejecución del servicio, y que al relacionar ese número máximo establecido en la resolución demandada con las reglas señaladas en el Oficio núm. 7496 DIMAR-DIGEN-810 de 21 de noviembre de 2002 -referido al Plan de Gestión de la Fatiga para el Servicio de Practicaje- se advierte una evidente contradicción, pues atendiendo a las instrucciones o recomendaciones del plan un piloto práctico puede hacer en el mes un número mayor, igual o menor a 38 maniobras, dependiendo de la duración específica de cada maniobra que se realiza, siendo imposible *a priori* determinar el número de maniobras que puede alcanzar a realizar en el mes un piloto práctico.

(v) Que en ningún aparte de las normas citadas se establece la facultad consistente en que el Capitán de Puerto restrinja o limite el número máximo de maniobras que un piloto práctico pueda realizar durante el mes.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

(vi) Que el Capitán del Puerto de Cartagena ha hecho uso de una potestad que no tiene porque ni la Constitución Política, ni la ley ni el reglamento se la han otorgado, y que por ello el acto expedido con fundamento en ella está viciado de nulidad por falta de competencia material, por desconocer lo dispuesto en los artículos 121, 122 y 123 de la C.P.

(vii) Que la función de control y vigilancia en la prestación del servicio público marítimo y fluvial de practicaje atribuida por el artículo 22 del Decreto 1466 de 2004 a la Autoridad Marítima Nacional y que ésta ejerce a través de las Capitanías de Puerto no faculta a los Capitanes de Puerto para establecer un número máximo de maniobras a los pilotos prácticos ni para regular la actividad marítima de practicaje, asunto éste reservado al legislador; el Capitán de Puerto de Cartagena al crear la norma que establece un número máximo de maniobras como límite mensual por piloto práctico se erige en legislador y crea una limitación al derecho fundamental al trabajo, desconociendo el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política e igualmente lo dispuesto en los artículos 113 y 150 de ese estatuto.

(viii) Que se infringe el artículo 11 numeral 5° del Decreto Ley 2324 de 1984, pues esta norma autoriza la imposición de multas o sanciones contempladas en la ley y en los decretos, pero no en un acto como el parcialmente acusado, el cual establece en su artículo 15 una sanción por desconocimiento de la prohibición a los pilotos prácticos de realizar maniobras más allá del número máximo autorizado (consagrada en su artículo 8°).

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

(ix) Que con la disposición demandada el Capitán del Puerto de Cartagena creó una falta disciplinaria, atribución exclusiva del legislador y no de las autoridades administrativas, lo cual vulnera no solo el artículo 113 sino los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, ya que mientras todos los asociados responden por infringir la Constitución y la ley los pilotos prácticos en el Puerto de Cartagena responden por ello mismo y por faltas creadas por un acto administrativo y se deben someter a una única autoridad que concentra todas las funciones como es la Capitanía de Puerto, quien en las respectivas actuaciones que se abran será además juez y parte, ya que es parte integrante en el desarrollo de cada maniobra.

(x) Que se desconocen los numerales 6° y 8 del artículo 20 del Decreto Ley 2324 de 1984 que solo atribuyen a las Capitanías de Puerto las funciones de dirigir y supervisar el servicio de practica e investigar las infracciones a la ley y a los decretos, pero nunca la función de regular ese servicio como se hace en el acto demandado al establecer la prohibición de un tope máximo de maniobras mensuales por parte de los pilotos prácticos y mucho menos la de crear faltas disciplinarias e imponer sanciones por incurrir en ellas. Por ende, como el Capitán de Puerto de Cartagena al expedir el acto demandado se extralimita en sus funciones es claro que vulnera lo dispuesto en los artículos 113, 121, 122, 123 y 150 de la Constitución Política.

(xi) Que se vulnera la Ley 658 de 2001 en sus siguientes disposiciones: **a)** el artículo 1°, que establece que su objeto es establecer los procedimientos para controlar,

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

vigilar y autorizar la actividad marítima y fluvial de practicaje, pues más que ello en el acto demandado se regula esa actividad y se limita el ejercicio del derecho fundamental al trabajo¹; **b)** el artículo 2° en sus numerales 4° y 5° que respectivamente definen a la actividad marítima y fluvial de practicaje como un servicio público y señalan las funciones de la Autoridad Marítima Nacional, puesto que más que dirigir, vigilar o controlar esa actividad la regula cuando prohíbe a los pilotos prácticos realizar más de 38 maniobras mensuales; **c)** el artículo 15 en sus numerales 3° y 5° relativos a la obligación de los pilotos prácticos de cumplir con la legislación marítima vigente y las normas técnicas inherentes a su actividad, por cuanto que les impone a aquellos un deber de no hacer (no realizar más de 38 maniobras) no contemplado dentro de sus deberes legales; **d)** el artículo 42, toda vez que la prohibición impuesta en el acto acusado supera los límites de la facultad de controlar y de dar instrucciones y recomendaciones a los pilotos prácticos; **e)** el artículo 43, sobre registro de licencias y control de maniobras de practicaje, porque con la citada prohibición el Capitán de Puerto se extralimita en su función de control; y **f)** los artículos 61 a 63 que se refieren a la facultad disciplinaria, a las faltas disciplinarias y a las sanciones, respectivamente, en razón a la creación de una falta y una sanción administrativas cuando una y otra solo pueden ser las señaladas en la ley.

¹ Aclaró que si lo que pretende el acto acusado es reglamentar este artículo 1° igualmente el Capitán de Puerto de Cartagena estaría usurpando funciones de otra autoridad, pues la potestad reglamentaria está en cabeza del Presidente de la República, de acuerdo con lo establecido en artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

(xii) Que la norma parcialmente acusada al establecer la prohibición de realizar más de 38 maniobras al mes por piloto práctico infringe las siguientes disposiciones de la Constitución Política: **a)** artículo 1° en concordancia con los artículos 25 y 150, 152 y 153, porque la norma acusada constituye una limitación al ejercicio lícito de la actividad de los pilotos prácticos y ésta solo la puede imponer el legislador a través de una ley estatutaria; **b)** los artículos 4°, 113, 121, 122 y 150 porque la Administración no sometió sus actos al principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico; **c)** el artículo 6°, en cuanto que el Capitán de Puerto de Cartagena se extralimitó en sus funciones de control y vigilancia y se abrogó la facultad de regular la actividad de practicaaje, y en tanto que por virtud de ello los particulares (pilotos prácticos) ya no sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes sino por vulnerar los actos administrativos que discrecionalmente expide dicha autoridad; **d)** el artículo 84, al establecerse un requisito adicional a los pilotos prácticos para ejercer su oficio; y **e)** el artículo 150, porque las prohibiciones solo pueden ser establecidas o autorizadas u ordenadas por el legislador y ni la Ley 650 de 2001 ni el Decreto Ley 2324 de 1984 ni los Decretos 1466 de 2004 y 3703 de 2007 autorizan al Capitán de Puerto para establecer un número máximo de maniobras por mes como límite de maniobras por piloto práctico; ese marco legal solamente autoriza a la Autoridad Marítima Nacional para establecer un número mínimo de pilotos por puerto y un número mínimo de maniobras por piloto en el año.

I.3.2. Falsa motivación. Cargo que fundamenta así:

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

(i) Ninguna de las normas citadas en las consideraciones del acto parcialmente demandado constituye motivo o fundamento para que el Capitán de Puerto de Cartagena establezca la prohibición a los pilotos prácticos de realizar más de 38 maniobras al mes.

(ii) La fórmula que se indica en la norma acusada para obtener el número máximo de maniobras no está consagrada ni autorizada en ninguna norma; que tal fórmula toma como constante el número de pilotos prácticos en periodo de servicio y en periodo de reposo cuando por ley ese número es variable, si se tiene en cuenta que el número de pilotos que se puede conocer no es el número máximo sino el número mínimo que aquella autorice; y que si en gracia de discusión se admite la facultad para determinar esa fórmula, la contenida en el acto acusado tiene una evidente contradicción, pues aunque en él se expresa que el tráfico marítimo que se espera para el año 2009 es superior al efectuado en 2008, se fija en 38 el número máximo de maniobras por mes para cada piloto práctico, que es el mismo número que se determinó para el año 2008 a través de la Resolución 001 de 29 de febrero de 2008.

(iii) El acto administrativo objeto de censura se expidió para *"dar cumplimiento con la competencia otorgada, en el sentido de fijar los requisitos, procedimientos y criterios generales a los que deben someterse las empresas y pilotos prestadores del servicio de practicaje, tal y como fue expuesto por el Tribunal Administrativo de Bolívar el día 4 de diciembre de 2008, con ponencia de la Magistrada Carmen Amparo Ponce Delgado, al resolver la acción de cumplimiento*

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

interpuesta por el señor Jairo Santamaría y otros en contra de la Capitanía de Puerto de Cartagena”.

(iv) Ello no constituye fundamento alguno para que se hubiera establecido la prohibición de que los pilotos prácticos no puedan realizar más de 38 maniobras al mes, en cuanto que: **a)** antes de esa sentencia en los años 2006, 2007 y 2008 ya se había establecido tal prohibición, de modo tal que aceptar dicha providencia como motivo para sustentar la prohibición de no realizar maniobras por encima del límite fijado sería aceptar que ocurrió primero tal prohibición y luego el hecho que la generó, lo cual obviamente es contrario a toda lógica; y **b)** la citada sentencia en modo alguno otorga competencia al Capitán de Puerto de Cartagena para establecer una prohibición de esa naturaleza, ya que su alcance se contrae solo a señalar que la acción de cumplimiento en el caso que se examinó era improcedente y que la Capitanía de Puerto había cumplido con sus obligaciones en lo que tiene que ver con la actividad de practicaje.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1. Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima - Capitanía de Puerto de Cartagena.

El apoderado de la **Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima - Capitanía de Puerto de Cartagena** acudió al proceso para defender la legalidad del acto parcialmente acusado y en ese sentido manifestó:

- Existe una completa subordinación y armonía normativa entre el acto administrativo expedido por

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

la Capitanía de Puerto de Cartagena y el Decreto Reglamentario expedido por el Gobierno Nacional, el cual a su vez desarrolla la Ley emitida por el Legislador, y que la facultad reglamentaria residual del Capitán de Puerto se encuentra expresamente establecida en normas de superior jerarquía, las cuales fundamentan su competencia y la motivación del acto acusado².

- Es errado el argumento del actor según el cual la Autoridad Marítima administra justicia frente a los

² Esta afirmación la hizo luego de citar lo dispuesto en los artículos 42 y 64 de Ley 658 de 2001 y 26 del Decreto 1466 de 2004 (modificado por el Decreto 3703 de 2007). Estas normas son del siguiente tenor literal:

Ley 658 de 2001 "Por la cual se regula la actividad marítima y fluvial de practicaje como servicio público en las áreas Marítimas y Fluviales de jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional":

"ARTÍCULO 42. CONTROL DE LA ACTIVIDAD MARÍTIMA DE PRACTICAJE. El control de la actividad marítima de practicaje a nivel local corresponde a la Capitanía de Puerto de la jurisdicción. El Capitán de Puerto llevará el control de los pilotos prácticos y de las empresas de practicaje y emitirá las instrucciones o recomendaciones pertinentes con el fin de garantizar en forma segura la prestación de este servicio público, la seguridad de la navegación, de las tripulaciones y la prevención de contaminación del medio marino".

"ARTÍCULO 64. REGLAMENTACIÓN. El Gobierno Nacional, ejercerá la potestad reglamentaria mediante la expedición de los Decretos necesarios para la cumplida ejecución y desarrollo de la presente ley."

Decreto 1466 de 2004 "Por el cual se reglamenta la Ley 658 del 14 de junio de 2001": "ARTÍCULO 26. DISTRIBUCIÓN DEL SERVICIO DE PRACTICAJE. <Artículo modificado por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> El Capitán de Puerto establecerá en la respectiva jurisdicción una distribución uniforme del trabajo, de acuerdo con las condiciones específicas del puerto o zonas de pilotaje, en la cual los pilotos estarán obligatoriamente distribuidos en grupos, con el objetivo de garantizar: || 1. Disponibilidad continua del servicio. || 2. Mantenimiento de un mínimo de maniobras por piloto, para mantener la continua práctica y habilitación del piloto práctico. || 3. La prevención de fatiga en el Piloto Práctico durante la ejecución del servicio. || Para efectos de lo anterior, los pilotos se dividirán en los siguientes grupos: || a) Pilotos en período de servicio; || b) Pilotos en período de reposo; || c) Pilotos en período de vacaciones. || **PARÁGRAFO.** Los factores que se deben tener en cuenta para la determinación de los períodos de servicio, reposo y vacaciones son la interrelación de: || a) Duración de la maniobra; || b) Número de maniobras efectuadas versus tiempo entre maniobras; || c) Período de servicio versus tiempo de descanso; || d) Tiempo de descanso."

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

pilotos prácticos³, pues lo que ésta tiene reconocido, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, es una facultad sancionatoria consagrada en normas de rango legal (Ley 658 de 2001, artículo 61 y Decreto Ley 2324 de 1984, artículo 80), las cuales establecen una facultad disciplinaria (entendida como facultad sancionatoria administrativa) en cabeza de la Dirección General Marítima.

- Es una apreciación personal del actor la afirmación según la cual no hay congruencia entre la parte motiva y la resolutive del acto acusado, toda vez que la Capitanía de Puerto de Cartagena siempre ha realizado el control de la actividad de practicaaje dentro del marco establecido en la Ley 658 de 2001 y desde al año 2006 ha venido analizando estadísticamente la situación en dicho puerto.
- El párrafo del artículo 4° de la Ley 658 de 2001 dejó en manos de la Autoridad Marítima Nacional la determinación de ciertos procedimientos así como de la forma y condiciones en que debe prestarse el servicio público de practicaaje.
- Lo único que se pretendió con la fijación de un número máximo de 38 maniobras fue dejar sentado un límite con miras a la seguridad de la vida en el mar, a la protección de los bienes y a la seguridad personal del piloto, garantizando además una

³ Aclaró que la Dirección General Marítima ejerce excepcionalmente una función de tipo jurisdiccional pero tratándose de las investigaciones por siniestros marítimos, de conformidad con el artículo 116 de la C.P. en concordancia con el Decreto ley 2324 de 1984, tal como lo ha precisado la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto núm. 1604 de 4 de noviembre de 2004.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

distribución uniforme del trabajo igualitaria para todos, tal como lo dispone el artículo 22 del Decreto 1466 de 2004, modificado por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007, independientemente de las estrategias comerciales de las empresas, como quiera que en la actividad de practicaaje lo que prima es la seguridad y la eficiencia.

- El acto acusado no vulnera la normativa superior invocada en la demanda, por el contrario, existe completa armonía con ella si se tiene en cuenta que el artículo 42 de la Ley 658 de 2001 deja en manos del Capitán de Puerto el control de los pilotos y de las empresas de practicaaje y el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007 lo faculta para establecer una distribución uniforme del trabajo, siendo esto último precisamente lo señalado en la resolución atacada.
- El derecho al trabajo está establecido en nuestra Carta Política como un derecho fundamental, es una obligación social que debe ser cumplida con responsabilidad, en particular cuando lleva implícita la prestación de un servicio público, razón por la cual el practicaaje es una actividad que debe ser regulada y vigilada como hasta ahora ha sido por parte de la Autoridad Marítima Nacional y las Capitanías de Puerto.
- El Consejo de Estado en la consulta núm. 1876 del 10 de abril de 2008 la Constitución Política señaló que corresponde a las autoridades públicas, incluido el Legislador, la obligación de intervenir la economía y en particular los servicios públicos como el

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

practicaje para asegurar su prestación eficiente y el cumplimiento de los fines del Estado.

- El Capitán de Puerto de Cartagena, como Autoridad Marítima Regional, tiene las facultades para sancionar a los pilotos prácticos que infrinjan las disposiciones establecidas en materia mercante, tal como lo dispone el artículo 61 de la Ley 658 de 2001, en concordancia con el artículo 76 del Decreto 2324 de 1984.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad procesal intervino solamente el demandante para reiterar, en lo fundamental, las razones expresadas en la demanda. (Fls. 170 a 194)

El Ministerio Público, a través del Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa⁴, se mostró partidario de declarar la nulidad del aparte normativo acusado y en apoyo de ello expresó lo siguiente:

(i) El practicaaje comercial es un servicio público y en consecuencia se somete al régimen jurídico que fije la ley para su oportuna y eficiente prestación, y su régimen legal se encuentra contenido en la Ley 658 de 2001⁵.

(ii) El artículo 42 de la Ley 658 de 2001, fundamento del acto administrativo, dispone que el control de la

⁴ Delegado por el Procurador General de la Nación mediante Resolución núm. 194 de 8 de junio de 2011 para intervenir ante la Sección Primera y la Sala Plena del Consejo de Estado.

⁵ Citó en este aparte lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto núm. 1876 de 10 de abril de 2008.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

actividad marítima de practica a nivel local le corresponde a la Capitanía de Puerto de la jurisdicción, y que ésta tiene la facultad de emitir instrucciones o recomendaciones con la finalidad de garantizar en forma segura la prestación de este servicio público, la seguridad de la navegación, de las tripulaciones y la prevención de contaminación del medio marino.

(iii) La Ley 658 de 2001 fue reglamentada por el Decreto 1466 de 10 de mayo de 2004 y éste a su vez modificado por el Decreto 3703 de 2007, y de esta normativa se destaca lo siguiente: (a) otorga a la Autoridad Marítima Nacional, a través de las Capitanías de Puerto, la facultad de ejercer el control y vigilancia en la prestación del servicio público marítimo y fluvial de practica; y (b) el Capitán de Puerto tiene la potestad de establecer en su jurisdicción la distribución uniforme del trabajo de acuerdo con las condiciones específicas del puerto o zonas de pilotaje, en la cual los pilotos estarán obligatoriamente distribuidos en grupos, para garantizar la disponibilidad continua del servicio, el mantenimiento de un mínimo de maniobras por piloto, la continua práctica y habilitación del piloto práctico y la prevención de fatiga en éste durante la ejecución del servicio.

(iv) Al analizar el artículo 42 de la Ley 658 de 2001 y el artículo 26 del Decreto 1466 de 2004 (en la forma en que fue modificado por el artículo 11 del Decreto 3703), se tiene que el Capitán de Puerto de Cartagena está plenamente facultado para establecer la distribución uniforme del trabajo, atendiendo los criterios de disponibilidad continua del servicio, el mantenimiento de un mínimo de maniobras por piloto para mantener la

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

continua práctica y habilitación del piloto práctico, así como la prevención de fatiga en el piloto práctico durante la ejecución del servicio, y por ello, en principio, la medida adoptada en el artículo 8° de la Resolución 00005-JURIDICA-CP5 podría tener fundamento en dichas normas, atendiendo que el establecimiento de un límite de maniobras por piloto práctico respondería a una distribución uniforme del trabajo con miras a prevenir la fatiga en aquél.

(v) De acuerdo con lo establecido por el artículo 20 de la Ley 658 de 2001 para el ejercicio de la profesión de piloto práctico se debe tener licencia expedida para la Autoridad Marítima Nacional.

(vi) Aunque el artículo 26 de la Constitución Política consagra el derecho a elegir profesión u oficio (en este caso al practicaaje marítimo), su ejercicio es susceptible de mayor restricción, toda vez que se involucra con los derechos de los demás y el interés social.

(vii) La limitación al ejercicio de la *profesión* de piloto práctico marítimo y del derecho al trabajo pudiere estar justificada por la relación intrínseca que existe entre esta actividad, el derecho a la vida de la gente del mar, la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente y la seguridad del transporte marítimo nacional e internacional, la restricción implementada por la norma enjuiciada no hace parte del régimen jurídico que regula la actividad marítima y fluvial de practicaaje como servicio público (y el ejercicio de la *profesión*) y al no haber sido adoptada por el legislador, su expedición por parte de la Capitanía de Puerto transgrede los artículos 4, 25, 26, 121,150 (numeral 23) de la

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

Constitución Política, así como los artículos 42 de la Ley 658 de 2001 y 22 y 26 (modificado por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007) del Decreto 1466 de 2004.

(viii) La supuesta violación de los artículos 61 a 63 de la Ley 658 de 2001 se sustenta en una lectura de las disposiciones acusadas con el artículo 15 del acto administrativo acusado, el cual no fue demandado, y por ello no tiene vocación de prosperidad.

IV.- CONSIDERACIONES

IV.1.- El acto acusado.

Se demanda en este proceso la nulidad del artículo 8° (incluidos sus dos párrafos) de la Resolución 00005-Jurídica-CP5 de 2 de marzo de 2009 "*Por medio de la cual se establecen procedimientos para el control de tráfico marítimo en la Capitanía de Puerto de Cartagena*", expedida por el Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General Marítima - Capitanía de Puerto de Cartagena. El texto de esta norma es del siguiente tenor literal:

"RESOLUCIÓN NRO. 00005-JURIDICA-CP5
02-MARZO-2009

Por medio de la cual se establecen procedimientos
para el control de tráfico marítimo en la Capitanía
de Puerto de Cartagena

EL CAPITÁN DE PUERTO DE CARTAGENA
En uso de sus facultades legales y en especial la
contenida en el artículo 11 del Decreto 3703 de
2007,

CONSIDERANDO

Que el servicio público de practicaaje constituye una herramienta determinante en la seguridad del

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

tráfico marítimo y consecuentemente representa una garantía para el desarrollo de las actividades marítimas de conservación, preservación y protección del medio marino, tal como se establece en el artículo 3º del Decreto-ley 2324 de 1984;

Que el artículo 42 de la Ley 658 de 2001, establece que el control de la actividad marítima de practicaje a nivel local corresponde a la Capitanía de Puerto de la jurisdicción, efecto para el cual el Capitán de Puerto llevará el control de los pilotos prácticos y de las empresas de practicaje y emitirá las instrucciones o recomendaciones pertinentes con el fin de garantizar en forma segura la prestación de este servicio público, la seguridad de la navegación, de las tripulaciones y la prevención de contaminación del medio marino;

Que el artículo 11 del decreto 3703 de 2007, que modificó el artículo 26 del Decreto 1466 de 2004, contempla [...]

Que la disposición en mención establece que los pilotos prácticos se dividirán en tres grupos, en periodo de servicio, en periodo de reposo y en periodo de vacaciones, detalla en el parágrafo los factores que se deben tener en cuenta para determinar estos periodos;

Que se requiere establecer unos procedimientos para el desarrollo de la actividad de practicaje en la jurisdicción de Cartagena en aras a garantizar en forma segura la prestación de este servicio público;

Que para obtener el número máximo de maniobras mensuales por piloto practico, se establece la relación entre las maniobras promedio anuales para un mes sobre el número de pilotos prácticos de los grupos en periodo de servicio y en periodo de reposo, no teniéndose en cuenta los del periodo de vacaciones;

Que debido a las proyecciones del Tráfico Marítimo para el Puerto de Cartagena, fundamentadas especialmente en las obras de infraestructura realizadas y por ejecutar, el tráfico marítimo se incrementó durante el año 2008, mostrando una tendencia a aumentar durante el presente año;

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

Que en el año 2008 en el Puerto de Cartagena las maniobras de practicaje han aumentado en relación con el año 2007.

Que el objetivo de la presente resolución es dar cumplimiento con la competencia otorgada, en el sentido de fijar los requisitos, procedimientos y criterios generales a los que deben someterse las empresas y pilotos prestadoras del servicio de practicaje, tal y como fue expuesto por el Tribunal Administrativo de Bolívar el día 4 de diciembre de 2008, con ponencia de la magistrada Carmen Amparo Ponce Delgado, al resolver la Acción de cumplimiento interpuesta por el señor Jairo Santamaría y otros en contra de la Capitanía de Puerto de Cartagena;

Que en mérito de lo anterior, se ratificó las competencias del Capitán de Puerto de Cartagena en emitir la presente resolución,

RESUELVE:

[...]

ARTÍCULO 8°.- LÍMITE DE MANIOBRAS POR PILOTO PRÁCTICO. La Capitanía de Puerto de Cartagena teniendo en cuenta los promedios estadísticos del año anterior y las tendencias de maniobras proyectadas para el puerto establecerá un número máximo de maniobras como límite mensual para cada piloto práctico, el cual será informado anualmente el día primero de febrero de cada año.

PARÁGRAFO 1°.- Para el año 2009 se establece en treinta y ocho (38) maniobras mensuales de maniobras (sic) por piloto práctico.

PARÁGRAFO 2°.- El número máximo de maniobras establecidas en este artículo incluye las efectuadas en otras jurisdicciones.

IV.2 El problema jurídico a resolver

Se cuestiona en el presente caso si la Capitanía de Puerto de Cartagena tenía competencia para establecer un número máximo de maniobras (38) como límite mensual para cada

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

piloto práctico, si la respuesta a este asunto es afirmativa, establecer si la resolución parcialmente acusada se encuentra falsamente motivada frente a los cargos formulados.

IV.3 El caso concreto

Para resolver el problema jurídico señalado la Sala dividirá su examen en los siguientes temas: i) Competencia de la Capitanía de Puerto para establecer el límite de maniobras para cada piloto práctico en el mes. ii) Si acorde con el ordenamiento jurídico que le sirvió de fundamento el acto parcialmente acusado fue falsamente motivado.

IV.3.1. Naturaleza de la actividad de practicaje marítimo.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto núm. 1876 de 10 de abril de 2008⁶ se refirió a esta actividad en los siguientes términos:

"1. El practicaje marítimo en el ámbito Internacional. Aspectos generales.

(...)

Actualmente, la mayoría de las legislaciones definen el practicaje como una actividad de asesoría que presta un experto, el piloto práctico, al capitán sin la cual un buque no puede entrar o salir de un determinado puerto o canal en condiciones de seguridad [...], quien tiene *"que integrar, en tiempo real, innumerables variables interactivas que influyen en el comportamiento de la nave en maniobra (...) tan pronto arriba al puente, asimila la información proporcionada por el*

⁶ Consejero Ponente Dr. Gustavo Aponte Santos.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

Capitán; analiza el comportamiento de la nave y prevé los efectos sobre ésta de las condiciones meteorológicas y oceanográficas presentes en el área; aquilata la capacidad profesional de la tripulación; valora el apoyo que pueden prestar los remolcadores y lanchas; apela a su propio conocimiento y experiencia sobre el arte de la maniobra; compara la situación presente con experiencias anteriores para (...) tomar las decisiones"
[...].

Internacionalmente, el servicio de practicaaje está catalogado como un servicio del cual depende la seguridad de la vida humana en el mar, del medio ambiente acuático y del tráfico marítimo y fluvial. Teniendo en cuenta la relación intrínseca de este servicio con la seguridad marítima, la legislación comparada tiende a otorgarle el carácter de servicio público regulado y controlado por cada Estado.
[...]

2. El servicio de practicaaje marítimo y fluvial. Marco legal

El régimen legal del servicio de practicaaje marítimo y fluvial está contenido en el decreto ley 2324 de 1984, por el cual se reestructuró la Dirección General Marítima, la ley 658 de 2001, por la cual se reguló la actividad de practicaaje como un servicio público, el decreto reglamentario 1466 de 2004, modificado por el decreto 3703 de 2007 y las resoluciones expedidas por la Dirección General Marítima 00050 de 2002, 357 de 2003, 183 de 2005 y 119 de 2007 sobre las tarifas autorizadas para este servicio.
[...]

3. El practicaaje marítimo y fluvial como un servicio público.

El decreto ley 2324 de 1984, por el cual se reorganizó la Dirección General Marítima, clasificó la actividad de practicaaje como un servicio auxiliar de la navegación y lo elevó a la categoría de servicio público [...].

En concordancia con lo anterior, el legislador consciente de que el practicaaje marítimo "es

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
 Asunto: acción pública de nulidad
 Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

obligatorio internacionalmente en aguas marítimas y fluviales, jurisdiccionales, debido a que las condiciones de navegación en espacios restringidos demanda conocimientos especializados y detallados de cada puerto"[], y de la relación intrínseca que existe entre esta actividad, el derecho a la vida de la gente del mar, la protección de la diversidad e integridad del medio ambiente y la seguridad del transporte marítimo nacional e internacional, en la ley 658 de 2001, mantuvo el carácter de servicio público de esta actividad [...].

4. Régimen constitucional y los principios que presiden la intervención del Estado en los servicios públicos.

[E]l artículo 334 de la Carta consagra que el Estado debe intervenir "por mandato de la ley", entre otras actividades económicas, en "**los servicios públicos** y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano" y, los artículos 365 y 150 numeral 23 de la Constitución Política, prevén:

"Artículo 365.- Los servicios públicos con inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitante del territorio nacional.

"Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...)". (Negrilla fuera de texto).

"Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 23.-"Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos". (Negrilla fuera de texto).

A la luz de las normas citadas, es claro que la Constitución Política impone a las autoridades

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

públicas, incluido el Legislador, la obligación de intervenir en la economía y en particular, en los servicios públicos para asegurar su prestación eficiente y el cumplimiento de los fines del Estado. [...] Así las cosas, la consecuencia jurídica de elevar el practicaje marítimo y fluvial a la categoría de servicio público es que dicha actividad está sometida al régimen jurídico que fije la ley para su oportuna y eficiente prestación.

[...]

El legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, concibió en la ley 658 de 2001, el servicio público de practicaje marítimo y fluvial en función de la actividad de asesoría que prestan los pilotos prácticos a los capitanes de los buques para la realización de maniobras de practicaje en aguas marítimas y fluviales a través de las empresas de practicaje habilitadas para prestar comercialmente estos servicios. (Las mayúsculas sostenidas, negrillas y cursivas corresponden al texto original)

IV.3.2 El cargo de incompetencia.

La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido. Es la situación inversa de la capacidad propia de los particulares, en cuanto estos pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido. La competencia, como regla última para la distribución y delimitación material de la autoridad estatal y de la consecuente responsabilidad, se deriva de los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución y, en lo que tiene que ver con las actuaciones administrativas, en los artículos 31, 33 y 84 del C.C.A. fundamentalmente⁷.

⁷ Según el artículo 6° de la C.P., los servidores públicos son responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, además de serlo por infringir la Constitución y la ley. El artículo 121 ibídem establece que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, y el 122 prevé que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento. Los

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

El vicio de incompetencia se presenta cuando el acto administrativo es expedido por fuera de la esfera de atribuciones que la Constitución, la ley o el reglamento le han asignado al servidor público o particular habilitado para el efecto, que lo profiere.

Se aduce en la demanda que las disposiciones acusadas son violatorias de la ley, toda vez que el Capitán de Puerto de Cartagena no tiene atribuida competencia alguna para señalar el *número de maniobras máximas por mes* que puede realizar un piloto práctico. En criterio del actor, dicha limitación implica una *regulación* que el régimen jurídico del servicio público de practicaaje no consagra y constituye además una *restricción del derecho al trabajo*, la cual está reservada al legislador.

La Resolución 00005-Jurídica-CP5 de 2 de marzo de 2009 "*Por medio de la cual se establecen procedimientos para el control de tráfico marítimo en la Capitanía de Puerto de Cartagena*", fue expedida por el Capitán de Puerto de Cartagena en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas en el artículo 42 de la Ley 658 de 2001 y 11 del Decreto 3703 de 2007, que modificó el artículo 26 del Decreto 1466 de 2004, relativas respectivamente al "CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE PRACTICAJE" y a la "DISTRIBUCIÓN DEL SERVICIO DE PRACTICAJE".

artículos 31, 33 y 84 del C.C.A., por su parte y en su orden, establecen la condición de que las peticiones tengan relación directa con las actividades a cargo de la autoridad a la que se dirige para que ésta deba hacer efectivo el derecho de petición; el deber que tiene el funcionario no competente de enviar al competente la petición que se haya dirigido a él, y la incompetencia como causal de nulidad de los actos administrativos.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

Como se examinó previamente, la actividad marítima y fluvial de practicaaje es un servicio público que como tal se encuentra sometido al régimen jurídico que fije la ley y su regulación, control y vigilancia corresponde al Estado.

La Ley 658 de 2001, dispone en los artículos 2° numeral 4° y 42:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la aplicación de la presente ley se entenderá por:
(...)

4. Actividad marítima y fluvial de practicaaje. Es un servicio público inherente a la finalidad social del Estado. La Autoridad Marítima Nacional en coordinación con la entidad encargada de vigilar y controlar los terminales portuarios, debe asegurar su prestación y garantizar el desarrollo de esta actividad en su jurisdicción en forma eficiente y continua.

20. Libro de control de pilotos prácticos. Es aquel en el cual la Capitanía de Puerto registra la autorización para recibir entrenamiento a los aspirantes a piloto práctico y al piloto práctico por cambio de categoría y/o de jurisdicción, así como la expedición de las licencias y las maniobras efectuadas.

ARTÍCULO 42. CONTROL DE LA ACTIVIDAD MARÍTIMA DE PRACTICAJE. El control de la actividad marítima de practicaaje a nivel local corresponde a la Capitanía de Puerto de la jurisdicción. El Capitán de Puerto llevará el control de los pilotos prácticos y de las empresas de practicaaje y emitirá las instrucciones o recomendaciones pertinentes con el fin de garantizar en forma segura la prestación de este servicio público, la seguridad de la navegación, de las tripulaciones y la prevención de contaminación del medio marino. (se destaca)

En desarrollo de esta disposición el Presidente de la República expidió el Decreto 1466 de 2004, el cual dispone en el artículo 22:

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

ART. 22. -**Ejercicio del control de la actividad marítima de practicaje.** La autoridad marítima nacional a través de las capitanías de puerto ejercerá el control y vigilancia en la prestación del servicio público marítimo y fluvial de practicaje de manera que se garantice su prestación de forma segura, continua y eficiente, procurando que se cuente permanentemente con un número mínimo de pilotos prácticos debidamente licenciados para cada jurisdicción, con la infraestructura y equipos adecuados, que garanticen la seguridad de la vida en el mar, la seguridad de las embarcaciones, de las instalaciones portuarias, la protección del medio ambiente y el beneficio público de acuerdo con lo establecido en el presente decreto y en la ley.

El Artículo 20 del Decreto 2324 de 1984, por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria, dispone:

Artículo 20. **Capitanías de Puerto.** Son funciones de las Capitanías de Puerto.

1. Ejercer la autoridad marítima y Portuaria en su jurisdicción.
2. Hacer cumplir las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias.
3. Conceptuar y tramitar ante la Dirección General Marítima y Portuaria, las solicitudes de licencias, matrículas y patentes de navegación.
4. Verificar los exámenes para expedir licencias.
5. Expedir licencias de navegación para el personal de mar,
6. Dirigir y supervisar el servicio de practicaje.
7. Autorizar el arribo y zarpe de naves e inspeccionar el funcionamiento de las mismas.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

8. Investigar, aún de oficio, los siniestros y accidentes marítimos, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos que regulan las actividades marítimas y la marina mercante colombiana y, dictar fallos de Primer Grado e imponer las sanciones respectivas.

9. Cumplir las funciones establecidas en el Decreto 978 de 1974.

10. Las demás que le señalen la ley y los reglamentos.

Por otro lado, el artículo 26 de dicho reglamento, modificado por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007, señala:

Artículo 11. Modificar el artículo 26 del Decreto 1466 de 2004, el cual quedará así:

"Artículo 26. *Distribución del servicio de practica*. El Capitán de Puerto establecerá en la respectiva jurisdicción una distribución uniforme del trabajo, de acuerdo con las condiciones específicas del puerto o zonas de pilotaje, en la cual los pilotos estarán obligatoriamente distribuidos en grupos, con el objetivo de garantizar

1. Disponibilidad continua del servicio.
2. Mantenimiento de un mínimo de maniobras por piloto, para mantener la continua práctica y habilitación del piloto práctico.
3. La prevención de fatiga en el Piloto Práctico durante la ejecución del servicio.

Para efectos de lo anterior, los pilotos se dividirán en los siguientes grupos

- a) Pilotos en período de servicio;
- b) Pilotos en período de reposo;
- c) Pilotos en período de vacaciones.

Parágrafo. Los factores que se deben tener en cuenta para la determinación de los períodos de

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

servicio, reposo y vacaciones son la interrelación de

a) Duración de la maniobra; b) Número de maniobras efectuadas versus tiempo entre maniobras; c) Período de servicio versus tiempo de descanso; d) Tiempo de descanso.

Si bien las disposiciones transcritas no señalan expresamente que corresponda al Capitán de Puerto señalar un *límite máximo de maniobras mensuales* por piloto práctico, como autoridad marítima local le corresponde el control y vigilancia de la prestación del servicio público marítimo y fluvial de practicaaje con miras a garantizar el servicio de forma segura, continua y eficiente, procurando la permanencia de un número mínimo de pilotos prácticos debidamente licenciados para su jurisdicción, con la infraestructura y equipos adecuados, que garanticen la seguridad de las personas en el mar, la seguridad de las embarcaciones, de las instalaciones portuarias, así como la protección del medio marino y el beneficio público de acuerdo con lo establecido en la ley y el reglamento.

La competencia asignada a esta autoridad en materia de control de la actividad marítima y fluvial de practicaaje se refiere al *número de maniobras* efectuadas por cada piloto práctico y al registro de éstas en el libro de control⁸, con el objeto de verificar que cada piloto realice un *número mínimo de maniobras* para mantener su continua práctica y habilitación, aspecto que constituye uno de los propósitos de la distribución del servicio de practicaaje que le corresponde efectuar al Capitán de Puerto.

⁸ Ley 658 de 2001, art. 43.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

La Sala en este sentido considera que el tema de la regulación y control de esta actividad por tratarse de un servicio público referido a la seguridad de las personas en altamar, así como a la protección del medio marino corresponde a la Capitanía de Puerto en su respectiva jurisdicción.

De esa forma, contando con un número de pilotos prácticos que atiendan la demanda del servicio de pilotaje práctico y respetándose por ellos las normas sobre distribución uniforme del trabajo y fatiga, se procura por la ley y el reglamento que la prestación de ese servicio público se lleve a cabo en condiciones de seguridad. En este régimen jurídico la prevención de la fatiga en el piloto práctico como medio para lograr la seguridad en la prestación del servicio de practicaaje está vinculada con el número máximo de maniobras mensuales que realice, como se reglamenta a través del acto demandado.

La fijación de un número máximo de maniobras por mes por piloto práctico, resulta conveniente y necesario para garantizar la seguridad en la prestación del servicio público de practicaaje, de modo tal que sea el Capitán de Puerto, en este caso de Cartagena, en ejercicio de su facultad de control y vigilancia quien lo determine.

En el anterior contexto normativo, encuentra la Sala que no se configura el vicio de falta de competencia alegado en la demanda, pues corresponde al Capitán de Puerto de Cartagena supervisar el servicio de practicaaje⁹ y ejercer el control y vigilancia en la prestación del servicio público marítimo y fluvial de practicaaje y en

⁹ Decreto 2324 de 1984, art. 20.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

desarrollo de dicha potestad emitir las instrucciones o recomendaciones pertinentes con el fin de garantizar la seguridad en la prestación de ese servicio público y la protección del medio marino¹⁰.

Siendo esto así, la Capitanía de Puerto al establecer una limitación al ejercicio de la actividad de practicaaje a través del artículo 8° de la Resolución 00005-Jurídica-CP5 de 2 de marzo de 2009 y fijar un número de 38 maniobras máximas por mes a los pilotos prácticos, se ajustó a las funciones a ella atribuidas por virtud de la ley y el reglamento.

De otra parte, la violación de cualquiera de las disposiciones de la Ley 658 de 2001 constituye una infracción administrativa, tal como lo prevé expresamente esta norma (art. 62-1). Una de esas disposiciones legales señala que los pilotos prácticos están obligados a "*[a]catar las disposiciones de la Autoridad Marítima Nacional, así como las instrucciones y/o recomendaciones del Capitán de Puerto o de su representante en lo referente a la actividad marítima de practicaaje*" (art. 15 núm. 5).

En ese sentido, es claro que el desconocimiento de las instrucciones y/o recomendaciones del Capitán de Puerto relativas a la actividad marítima de practicaaje, como las contenidas en la Resolución 00005 Jurídica -CP5 de 2 de marzo de 2009 del Capitán de Puerto de Cartagena¹¹,

¹⁰ Ley 658 de 2001, art. 42 y Decreto 1466 de 2004, art. 22.

¹¹ La Resolución demandada contiene distintas instrucciones y/o recomendaciones en materia de la actividad marítima de practicaaje, relativas, entre otros aspectos, a la información sobre arribos y zarpes, al reporte sobre el inicio de la maniobra de practicaaje a la estación de control de tráfico marítimo, al tiempo de descanso obligatorio de los pilotos, a la programación de los grupos de

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

constituyen el desconocimiento de un deber que impone la ley a los pilotos prácticos y, como tal, es una conducta considerada como una infracción que da lugar a las correlativas sanciones previstas por el legislador extraordinario en el Decreto-Ley 2324 de 1984.

IV.3.4 Falsa motivación

Cargo que fundamenta así:

Afirma el accionante que ninguna de las normas citadas en las consideraciones del acto parcialmente demandado constituye motivo o fundamento para que el Capitán de Puerto de Cartagena establezca la prohibición a los pilotos prácticos de realizar más de 38 maniobras al mes.

Al respecto la Sala considera que contrario a lo manifestado por el actor, la normatividad que regula la actividad del practicaaje está establecida para que la autoridad nacional y la autoridad de puerto se complementen, de manera subordinada y armónica para que el Capitán de Puerto pueda ejercer sus funciones acorde con lo dispuesto en el D.L. 2324 de 1984.

Si bien es cierto la fórmula que se indica en la norma acusada para obtener el número máximo de maniobras no está consagrada expresamente en disposición alguna, ella resulta de un análisis razonado de las necesidades del servicio y proporcional a la norma que le sirve de fundamento, de acuerdo no sólo con los promedios de la actividad en el año anterior, sino que además toma como

pilotos, al reporte diario de maniobras y al transporte marítimo del piloto práctico.

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

constante el número de pilotos prácticos en periodo de servicio y en periodo de reposo, que también puede variar pero siempre sobre la base de un número mínimo autorizado por la ley.

De esta forma se logra ejercer el control sobre la actividad de practicaje prevista en la Ley 658 de 2001, que dejó en manos de la Autoridad Marítima Nacional la determinación de ciertos procedimientos así como de la forma y condiciones en que debe prestarse el servicio público de practicaje y a la autoridad de Puerto lo relativo a la actividad propia de Cartagena acorde con sus propias especificidades.

Así, al fijar un número máximo de 38 maniobras la autoridad portuaria pretende dejar sentado un límite con miras a la seguridad de la vida en el mar, la protección del medio marino y la propia seguridad del piloto, garantizando además una distribución uniforme y equitativa del trabajo, tal como lo dispone el artículo 22 del Decreto 1466 de 2004, modificado por el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007, ajeno a la actividad comercial de las empresas, como quiera que en la actividad de practicaje lo que debe prevalecer es la seguridad y la eficiencia por tratarse de un servicio público cuyo control y vigilancia está en cabeza del Estado.

En estos términos la Sala reitera que la disposición contenida en el artículo 8° y sus párrafos no vulnera la normativa superior invocada en la demanda, más aún si se tiene en cuenta que corresponde a la Capitanía de Puerto el control de los pilotos y de las empresas de practicaje según lo dispone el artículo 42 de la Ley 658

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

de 2001 y el artículo 11 del Decreto 3703 de 2007 lo faculta para establecer una distribución uniforme del trabajo, asuntos que quedaron plasmados en la norma objeto de debate.

El hecho de que la acción de nulidad se haya promovido en acatamiento a lo resuelto en la acción de cumplimiento cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Administrativo de Bolívar y en cuya decisión¹² se dispuso declarar improcedente la acción porque lo que realmente se pretendía era la nulidad parcial del acto acusado, como argumento de la falsa motivación resulta irrelevante, por cuanto ese es el objeto del presente proceso y es en éste donde se hará en respectivo pronunciamiento sobre la pretensión de nulidad invocada.

IV.4.- Conclusión

De acuerdo con las consideraciones expuestas, la Sala denegará las súplicas de la demanda al no haberse desvirtuado la legalidad del artículo 8° (incluidos sus dos párrafos) de la Resolución 00005-Jurídica-CP5 de 2 de marzo de 2009 expedida por la Capitanía de Puerto de Cartagena.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹² Ver sentencia de 4 de diciembre de 2008, con ponencia de la Magistrada Carmen Amparo Ponce Delgado, al resolver la acción de cumplimiento interpuesta por el señor Jairo Santamaría y otros en contra de la Capitanía de Puerto de Cartagena (fl. 63).

REF: Exp.núm.110010324000200900603 00
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: JOSE GERMAN PALENCIA HERRERA

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las consideraciones hechas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ARCHÍVESE el expediente una vez en firme este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZÁLEZ
Salva el voto**

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA
Presidente**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA