

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001 03 24 000 2008 00181 00

Actor: MAX DE JESÚS RANGEL FUENTES

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Referencia: Configura un exceso en la potestad reglamentaria el acto administrativo que al definir el alcance de la palabra simultaneidad para explicar la incompatibilidad de la actividad de practicaje contenida en la ley, discrimina en personas naturales (la condición de piloto práctico oficial en servicio activo con la prestación de la actividad en empresas de practicaje y la de piloto práctico con la de inspector del Estado Rector de Puerto) y personas jurídicas (la condición de empresa de practicaje con al de agente marítimo, operador de remolcador y demás operadores portuarios)

Configura un exceso en la potestad reglamentaria el acto administrativo que reglamenta el régimen de incompatibilidades contemplado en la ley para desempeñar la actividad de practicaje, si introduce una excepción a tales prohibiciones que no se encuentra prevista en la norma legal consistente en que esa actividad sea desarrollada como secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero energéticos siempre que se demuestre que esas empresas realizan todo el proceso productivo.

La Sala procede a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por el Max de Jesús Rangel Fuentes contra el artículo 27 del Decreto 1466 de 2004 y el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007, expedidos por las entidades demandadas.

I. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., el señor Max de Jesús Rangel Fuentes solicitó a la Corporación que accediera a decretar la nulidad de las mencionadas disposiciones.

1.1. Los actos cuestionados

“MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

DECRETO 1466 DE 2004

(mayo 10)

D.O. No. 45.545

Por el cual se reglamenta la Ley 658 del 14 de junio de 2001.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 64 de la Ley 658 de 2001,

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 27. SIMULTANEIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD DE PRACTICAJE. El término "simultaneidad" contenido en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, se refiere a la concurrencia en una misma persona de las siguientes calidades:

1. En una persona natural la condición de Piloto Práctico oficial en servicio activo, con la prestación de la actividad en empresas de practicaje. Así mismo, ser Piloto Práctico e Inspector del Estado Rector de Puerto.

2. En una persona jurídica la condición de empresa de practicaje con la de agente marítimo y/o operador de remolcador y/o demás operadores portuarios, a menos que esa actividad sea desarrollada como secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero-energéticos. En este caso, dichas personas jurídicas deberán acreditar ante la Autoridad Marítima que realizan la totalidad del citado proceso productivo”.

“DECRETO 3703 DE 2007
(septiembre 24)

por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1466 de 2004 y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial la que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia,

DECRETA:

(...)

Artículo 12. Modificar el numeral 2 del artículo 27 del Decreto 1466 de 2004, el cual quedará así:

“2. En una persona jurídica la condición de empresa de practicaje con la de agente marítimo y/o operador de remolcador y/o demás operadores portuarios, a menos que esa actividad sea desarrollada como secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero-energéticos. En este caso, dichas personas jurídicas deberán acreditar ante la Autoridad Marítima que realizan la totalidad del citado proceso productivo”.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

El actor señala como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 121, numeral 1º del artículo 150, numeral 11 del artículo 189, 333 y 365 de la Constitución Política; Código de Minas; artículo 3 del Decreto Ley 2324 de 1984; y artículos 6, numerales 2, 25, 47 y 48 del artículo 12 de la Ley 658 de 2001.

Al explicar el concepto de la violación de las normas que se acaban de enunciar el demandante, tras hacer una explicación reiterada de sus objeciones, expone de manera reiterada en varios acápites de la demanda las siguientes razones:

1.2.1. Violación del Principio de Reserva Legal y del artículo 121 de la Constitución Política

Aseguró que el Decreto 3707 de 2007 legisló en materia de servicios públicos siendo que es una facultad atribuida exclusivamente al Congreso, y que además derogó una incompatibilidad creada por la Ley 658 de 2001 en el artículo 25, numeral 2, literal a), específicamente la actividad de “amarrador”, y creando la figura del “proceso productivo de explotación minero energético” como secundario o complementario de la actividad marítima y fluvial de practicaje como servicio público, cuestión que califica de absurda.

Indicó que el artículo 12 del mencionado Decreto es contrario a los intereses legítimos de los Pilotos Prácticos de Colombia, quienes sienten preocupación porque de generalizarse la expedición de licencias de explotación comercial en la actividad del practicaje a las empresas que se dediquen al proceso de explotación de recursos naturales minero energéticos, su actividad se verá muy influida por las presiones económicas, lo que no les permitirá un juicio y una toma de decisiones independientes, como lo ordena el numeral 11 del artículo 1 del Decreto 1466 de 2004¹. Esto a su vez, implicaría

¹ “**Artículo 1º. Definiciones.** Para efectos del presente decreto, se establecen las siguientes definiciones:

(...)

11. **Servicio de practicaje.** Es el conjunto de actividades de asesoría al Capitán de un buque, debidas al experto conocimiento de las particularidades locales y cualquier clase de maniobra con embarcaciones, en las aguas restringidas de un puerto o área marítima y fluvial de practicaje, con el fin de asegurar unos niveles óptimos en la gestión de los riesgos involucrados de la navegación restringida incluyendo la necesidad de un juicio independiente de las presiones comerciales inherentes al transporte marítimo y así asegurar la protección de vidas, bienes y medio ambiente.

grandes riesgos para la vida humana en el mar, la protección del medio marino, y la protección de la carga, buques e instalaciones portuarias.

Destacó que el Piloto Práctico no era persona de minas ni agente de la minería, sino prestador de un servicio público, tal y como consta en el artículo 124 del Decreto Ley 2324 de 1984.

1.2.2. Violación del artículo 13 de la Constitución Política

De lo expuesto en el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 se desprende violación del derecho a la igualdad, en la medida en que se permite que las empresas que se dedican a la explotación de recursos minero energéticos desarrollen la actividad marítima y fluvial del practicaaje; no obstante, las empresas de practicaaje que no estén vinculadas a empresas de explotación de los mencionados recursos no pueden desarrollar ninguna otra actividad.

1.2.3. Violación del artículo 365 de la Constitución Política

Al respecto reiteró que se estaba reglamentando un servicio público y que tal facultad era privativa del Legislador. Así explicó el cargo el actor:

“El inciso 2º. del Art. 365 de la Constitución Política dice que:

“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley...”

El Decreto 3703 de 2012 “reguló” el Practicaaje como secundario o complementario de la explotación minera, o viceversa, y en esta forma transgredió claras disposiciones constitucionales:

Se configura así la violación de las normas constitucionales que atribuyen al legislador la facultad de expedir normas relativas a los servicios públicos, así como de la que prohíbe a las autoridades ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y las leyes (Art. 121)”²

1.2.4. Violación del artículo 333 Superior

Indicó que la interpretación consignada en el artículo 12 del Decreto 3703 de 2012 es absurda, pues no es concebible que una empresa minera tenga como actividad secundaria el servicio público de practicaaje. Literalmente adujo lo que a continuación se transcribe:

“El artículo 333 de la Constitución Política nos enseña:

“ARTÍCULO 333: La actividad y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”.

El artículo 12 del Decreto 30703 de 2007 exige como requisito para poder OBVIAR la INCOMPATIBILIDAD establecida en el Numeral 2 del Artículo 25 de la Ley 658 de 2001, el que la Empresa de Practicaaje se dedique en forma secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero energéticos, o en una implementación ad absurdum, que una empresa de esta última clase, es decir, minera, tenga como actividad secundaria o complementaria el servicio público del Practicaaje.

El Presidente de la República, a través del Decreto cuestionado exige este requisito para obviar la incompatibilidad, sin que ello esté establecido en la Ley 658 de 2001.”³

1.2.5. Violación del numeral 2º del artículo 150 de la Carta Fundamental

Indicó que a través del artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 el Presidente de la República interpretó el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, derogando la incompatibilidad de la actividad de amarrador con la actividad de practicaaje, en contravía de lo establecido en el numeral 2 del artículo 150 constitucional.

1.2.6. Violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política

El cargo lo sustenta así:

Está constituido por el Piloto Práctico, la lancha de Práctico, la estación de Pilotos y el servicio de amarre”.

² Folio 77 de este Cuaderno.

³ Folios 77 y 78 ibídem.

“El Artículo 12 del Decreto 3703 de 2007, que modificó del (Sic) Numeral 2 del Artículo 27 del Decreto 1466 de 2004 y adicionó INVERSAMENTE a su espíritu el Numeral 2 del Artículo 25 de la Ley 658 de 2001 vulnera el artículo 189, Numeral 11 de la Constitución política (Sic), toda vez que al ejercer la potestad reglamentaria el Presidente de la República no puede exceder o desbordar la norma reglamentada, ni reducir o restringir sus alcances. La transgresión de las normas superiores en que aquí ha incurrido el Presidente en su ejercicio reglamentario radica, pues, en el claro exceso de tal potestad.”⁴

1.2.7. Violación del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001

1.2.7.1. La norma legal en cita dispone como incompatibilidad del practicaje el ejercicio como operador portuario para la prestación de otro servicio, sin diferenciar entre persona natural y persona jurídica. La siguiente es la disposición enunciada:

“Artículo 25. Inhabilidades e incompatibilidades de la actividad marítima de practicaje. Se entienden incorporadas a la presente ley además de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Política y en la ley, las siguientes:

(...)

2. Incompatibilidades. Ejercer en forma simultánea.

- a) La actividad de agente marítimo, operador de remolcador o amarrador;
- b) El cargo de Inspector del Estado Rector del Puerto;
- c) El piloto práctico oficial en servicio activo, la prestación de la actividad en empresas de practicaje;
- d) Ejercer en forma simultánea, como operador portuario para la prestación de otro servicio”.

A juicio del demandante, la incompatibilidad debe entenderse referida a personas jurídicas solamente, debido a que según lo dispuesto en el numeral 24 del artículo 2 de la misma Ley, sólo estas pueden ejercer como operadores portuarios; veamos:

“Artículo 2o. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente ley se entenderá por:

(...)

24. Operador portuario. Es la empresa que presta servicios en los terminales portuarios, directamente relacionados con la entidad portuaria, en los términos establecidos en el numeral 5.9 del artículo 5o de la Ley 1ª del diez (10) de enero de 1991.”. (Subrayas de la Sala).

Agregó que la norma tampoco distinguía entre los servicios portuarios ni entre diversos operadores portuarios que eran incompatibles, de lo cual infería que todos los servicios portuarios y todos los operadores portuarios se enmarcaban en la prohibición.

El accionante entiende la norma de la incompatibilidad como que la voluntad del Legislador fue precisamente desligar el practicaje de cualquier otra actividad, porque se trata de un servicio público altamente especializado y de mucho riesgo, que debe sustraerse del afán de lucro y competencia comercial, de ahí que la expresión “licencia de explotación comercial” resulte ser inapropiada por el contexto general de la ley que regula ese servicio.

Indicó que la exégesis de la disposición en comento permite afirmar que respecto de todas las personas jurídicas, sean estas “sociedades” o “empresas”, el practicaje es incompatible con la prestación de cualquier otro servicio portuario.

“Por consiguiente la incompatibilidad contenida en el ordinal d) del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, está ordenada para todo tipo de EMPRESA y respecto de todo tipo de SERVICIO PORTUARIO”⁵.

Sobre el punto agregó que:

⁴ Folio 79 ibídem.

⁵ Folio 52 de este Cuaderno.

“En cuanto a las INHABILIDADES, que están contenidas en el Numeral 1 del Artículo 25 de la misma Ley [Ley 658 de 2001], no hay duda a que se refieren exclusivamente a personas naturales, pero no así las INCOMPATIBILIDADES, de las cuales las contenidas en el Numeral 2, literales “b)” y “c)” del Artículo 25 en cita, se refieren a PERSONAS NATURALES, en tanto que las contenidas en los literales “a)” y “d)” de dicho numeral están dirigidas a las siguientes clases de personas:

c) En cuanto a la indicada en el literal “d)” de las INCOMPATIBILIDADES (“Ejercer en forma simultánea, como operador portuario para la prestación de otro servicio), ya se vio que está dirigida solamente a las EMPRESAS porque a la luz del Numeral 24 del Artículo 2º de la Ley 658 de 2001 solamente las empresas pueden ser operadores portuarios (“24. Operador portuario. Es la empresa que presta servicios en los terminales portuarios, directamente relacionados con la entidad portuario, en los términos establecidos en el numeral 5.9 del artículo 5º de la Ley 1ª del diez (10) de enero de 1991).

d) Las indicadas en el literal “a)” de las INCOMPATIBILIDADES (“Ejercer en forma simultánea...” “La actividad de agente marítimo, operador de remolcador o amarrador) van dirigidos también a las EMPRESAS o SOCIEDADES, pues aunque el Artículo 1490 del Código de Comercio prevé que el “AGENTE MARÍTIMO” PUEDE SER UNA PERSONA NATURAL O JURÍDICA (“Cuando el agente marítimo sea una sociedad, el sesenta por ciento del capital social, por lo menos, deberá pertenecer a personas naturales colombianas”), ello nunca ocurrido en nuestro medio, pues siempre han sido SOCIEDADES las que desempeñan dicho rol. Y en cuanto a las actividades de OPERADOR DE REMOLCADOR y de AMARRADOR, estas han sido siempre, sin excepción, desempeñadas por sociedades o Empresas, es decir, mediante una empresa de amarre o una empresa operadora de remolcadores”⁶.

1.2.7.2. Vistas así las cosas, para el accionante no tiene sentido que el artículo 27 del Decreto 1466 de 2004 haya dispuesto que la incompatibilidad se da en una persona natural por la condición de piloto práctico oficial en servicio activo, con la prestación de la actividad en empresas de practicaje, y la de ser piloto práctico e inspector del estado rector del puerto, pues eso ya estaba contemplado en forma clara en los literales c) y d) del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001.

Lo que sí merece reproche, en sentir del demandante, es que el artículo 17 acusado, disponga que la incompatibilidad se da “en una persona jurídica de la condición de empresa de practicaje con la de agente marítimo”, puesto que la Ley 658 de 2001 permite que una persona natural tenga la condición de agente marítimo.

Resaltó que el artículo 27 del Decreto 1466 de 2004 eliminó la incompatibilidad relacionada con la actividad de amarrador contemplada en el artículo 25 de la Ley 658 de 2001, lo cual también merece declaración de nulidad.

1.2.7.3. En lo que hace al Decreto 3703 de 2007, el actor adujo que el artículo 12 deja la puerta abierta para que un piloto, que es persona natural, pueda ser agente marítimo, pues esta última actividad puede ser desempeñada por una persona natural, de acuerdo con el artículo 1490 del Código de Comercio, o que pueda ser piloto práctico y operador de remolcador mediante una empresa unipersonal. Todo ello, en consideración a que el artículo 12 del citado Decreto circunscribe solamente la incompatibilidad respecto de las personas jurídicas y no respecto de las personas naturales.

Sostuvo que el Decreto 3703 viola la ley porque cambia la expresión original “operador portuario para la prestación de otro servicio” por la expresión “demás operadores portuarios”, con lo cual el Presidente de la República concreta la incompatibilidad no en la prestación de cualquier otro tipo de servicio portuario, como lo dispone claramente la ley, sino en la condición de persona jurídica y en la condición de operador portuario, es decir, algo que no está contemplado en el texto legal.

Respecto de la misma disposición precisó que la norma reglamentaria agregó una expresión contraria al espíritu de la Ley 658 de 2001 consistente en una salvedad no contemplada allí, sin que medie para esos efectos ningún criterio sensato ni lógico para determinar si un proceso de explotación minera puede ser complementario del practicaje, dado que eso riñe con el sentido común. Al respecto enlistó las siguientes razones de nulidad:

“1º.- La Explotación de recursos naturales minero energéticos, no es una actividad marítima ni portuaria, y por ende no puede ser secundaria ni complementaria del Practicaje, ni éste puede ser secundario ni complementario de la primera.

⁶ Folio 53 ibídem.

2º.- La Ley 658/01 establece que el Practicaje es una actividad controlada y vigilada por la Autoridad Marítima Nacional, mientras que el “PROCESO PRODUCTIVO DE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES MINERO-ENERGÉTICOS” no es un servicio público, ni es una actividad inherente a la finalidad social del Estado, sino solamente a su finalidad económica.

3º.- La Ley 658/01 establece que el Practicaje es una actividad controlada y vigilada por la Autoridad Marítima Nacional, mientras que el “PROCESO PRODUCTIVO DE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS MINERO ENERGÉTICOS” no es siquiera “UNA ACTIVIDAD” sino “UN PROCESO”, y no está en modo alguno vigilado ni controlado por la Autoridad Marítima Nacional.

4º.- Según la Ley 658/01 el objeto social de toda Empresa de Practicaje es la prestación del servicio público de practicaje, mientras que los “PROCESOS PRODUCTIVOS DE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES MINERO-ENERGÉTICOS” no tienen dentro de su objeto la prestación del servicio de practicaje así como tampoco el Practicaje tiene como objeto los “PROCESOS PRODUCTIVOS DE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES MINERO-ENERGÉTICOS”.

5º.- La Ley 658/01 le quitó a las Empresas de Practicaje el carácter de OPERADORES PORTUARIOS, como ya se explicó, y lo definió con (Sic) una ACTIVIDAD MARÍTIMA Y FLUVIAL, lo que quiere decir que la Ley 650 de 2001 modificó el numeral 5.9 del artículo 5º del Estatuto de Puertos (Ley 01 de 1991), y por ello significa que el Practicaje es UNA ACTIVIDAD MARÍTIMA, en tanto ningún “PROCESO PRODUCTIVO DE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES MINERO – ENERGÉTICOS” es ACTIVIDAD MARÍTIMA, así que el Practicaje no puede ser SECUNDARIO NI COMPLEMENTARIO de dicho proceso de explotación minero, ni viceversa.

6º.- La Ley 658/01 consagra que el Practicaje es el ejercicio de la actividad del Piloto Práctico, mientras que el “PROCESO PRODUCTIVO DE EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES MINERO-ENERGÉTICOS” es el ejercicio de la actividad de los Mineros.”⁷.

1.2.8. Violación del numeral 12 del artículo 2, artículo 47 y parágrafo del artículo 48 de la Ley 658 de 2001

1.2.8.1. Según lo dispone el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007, primero se debe constituir en empresa de practicaje para luego tener como actividad secundaria el proceso productivo de explotación de recursos naturales minero energéticos. No obstante, Carbones del Cerrejón Limited violó lo dicho, toda vez que siendo un operador portuario y sin tener previamente la calidad de empresa de practicaje, le dieron ese carácter.

Las cosas así expuestas vulneran el contenido del numeral 12 del artículo 2º de la mencionada ley, puesto que allí se dispone que las empresas de practicaje deben tener como objeto social “la prestación de la actividad marítima y fluvial de practicaje”, más no el proceso productivo de explotación de recursos naturales minero energéticos, ni ningún otro, de allí las incompatibilidades.

Indica la norma legal que las empresas de practicaje deben estar equipadas por uno o varios pilotos y no de mineros, lo cual indica que el Legislador quiso crear este especialísimo tipo de empresas, a punto de indicar por quién o por quiénes debe estar integrada una empresa de practicaje, lo que no ocurre con otras empresas o sociedades.

1.2.8.2. Señaló que el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 vulneraba igualmente los artículos 47 y 48 de la Ley 658, pues esta última norma señala como única función de las empresas de practicaje, el practicaje:

“Artículo 47. Función de las empresas de practicaje. Es función de las empresas de practicaje, desarrollar la actividad marítima de practicaje en la jurisdicción o jurisdicciones autorizadas por la Autoridad Marítima Nacional”.

“Artículo 48. Requisitos para expedición, registro, renovación y/o ampliación de la licencia de explotación comercial Para efectos de expedir, registrar, renovar y/o ampliar la licencia de explotación comercial para las jurisdicciones diferentes a la inicialmente autorizada, el interesado por intermedio de la Capitanía de Puerto respectiva debe diligenciar el formato que expide la Autoridad Marítima Nacional para el efecto acompañado de los siguientes documentos.

(...)

Parágrafo. Los Estatutos internos de las empresas de practicaje deberán estar en concordancia con lo dispuesto en la presente ley para poder acceder a la licencia de explotación comercial”.

⁷ Folios 57 a 58 de este Cuaderno.

Si ello es así, el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 desconoce las normas porque dispone que las empresas de practicaje pueden tener una actividad secundaria.

Señaló que de acuerdo con la Ley 658 de 2001 la empresa de practicaje debe estar equipada por uno o varios pilotos prácticos y no habla de uno o varios mineros, lo que quiere decir que el Legislador quiso crear este especialísimo tipo de empresas, al punto que indicó por quién o por quiénes debían estar integradas.

Precisó que cuando el artículo 47 de la mencionada ley se refería a las funciones de las empresas de practicaje no manifestaba nada en relación con los procesos productivos de explotación de recursos naturales minero energéticos, por lo que el Decreto 3703 también excedió la potestad reglamentaria en este aspecto.

1.2.9. Violación del artículo 17 de la Ley 658 de 2001

La enunciada disposición enumera cuáles son las actividades complementarias del practicaje sin que se encuentre allí la de explotación de recursos naturales minero energéticos, motivo que respalda la petición de nulidad por desconocimiento del artículo 47 ibídem.

1.2.10. Violación del artículo 12 de la Ley 12 de 1981

Los artículos 8, 15, 42 y 60 de la Ley 658 de 2011 imponen a los pilotos prácticos y a las empresas de practicaje la obligación de preservar el medio marino, evitar la contaminación y denunciar conductas que puedan llegar a producir tal fenómeno. Entonces, si las empresas de practicaje también explotan recursos minero energéticos podrán generar contaminación y tendrán que denunciarse ellas mismas por cuanto es falta disciplinaria, lo que las convertiría en juez y parte al mismo tiempo.

No obstante, el demandante aduce que ello no va a acontecer pues equivaldría a imponer cargas que no les conviene llevar a las empresas explotadoras de recursos minero energéticos, y entonces, ante la omisión, el peso recaería en el medio marino.

Al respecto transcribió los artículos I a VI del Protocolo I de la Ley 12 de 1981 y el artículo 6 de esa misma ley, sin explicar la razón de su vulneración.

1.2.11. Violación del Código de Minas

Viol

Destacó que el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 vulneraba el mencionado estatuto al reglamentar la actividad minera como complementaria o secundario del practicaje.

“El Presidente de la República no tiene facultades para reglamentar el CÓDIGO DE MINAS, y mucho menos podía hacerlo fundado en una facultad que deviene de la regulación normativa de un SERVICIO PÚBLICO como el Practicaje.

El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, con Ponencia del Consejero Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros, Radicación número: 11318, lo siguiente (Sic):

“La facultad de reclamar las leyes es propia del Gobierno, deriva directamente del texto constitucional. Así, el ejecutivo en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la C.N. desarrolla las normas de naturaleza legal, la vuelve más funcional y operativa para su cumplida ejecución.

No obstante esa potestad normativa de la administración está limitada por el propio legislador en razón de la materia, aunque pueda ejercerla en cualquier tiempo. Esto quiere decir que el Ejecutivo al ejercer la potestad reglamentaria no puede desconocer la Constitución ni el contenido o las pautas trazadas en la ley ni reglamentar normas que no ejecuta la administración, pero el legislador a su vez no puede limitar el tiempo para su ejercicio”.

En esta forma se violó igualmente el Artículo 150, Numeral 2 de la Constitución Política que a la letra dice:

“ARTÍCULO 150: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

2- Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”⁸

⁸ Folio 94 de este Cuaderno.

1.2.12. Violación del artículo 6 de la Ley 658 de 2001 y del artículo 3 del Decreto Ley 2324 de 1984

1.2.12.1. El artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 viola el artículo 6 de la Ley 658 de 2001 porque impide que el capitán del buque o el armador o el agente marítimo solicite la prestación del servicio de practicaaje. El artículo 6º en cita, dice:

“Artículo 6o. Solicitud de practicaaje marítimo. El servicio público de practicaaje deberá ser solicitado directamente por el Capitán del buque o en su defecto por el armador de éste, o el Agente Marítimo, con el fin que se coordine la prestación eficiente y oportuna del servicio. Tratándose de buques de guerra de las Armadas extranjeras, además de lo anterior, se debe cumplir con lo establecido en numeral 4 del artículo 173 o en su defecto con el numeral 7 del artículo 189 de la Constitución Política, si a ello hay lugar”.

Al disponer la norma atacada que una empresa pueda tener la explotación minero energética como secundaria o complementaria del Practicaaje, le permite a dicha empresa desarrollar esta actividad sin que exista la obligación de que el mencionado servicio sea solicitado “en forma libre por el capitán del buque o en su defecto por el armador de éste, o el Agente Marítimo”⁹. Indicó que de aplicar la norma acusada habría una especie de “odioso contrato de CONDICIONES UNIFORMES”¹⁰ entre todos los barcos dedicados al transporte del carbón de forzosa adhesión, o en caso de que sea solicitado por ellos, excluye la posibilidad para dichos capitanes, armadores o agentes marítimos de una decisión libre y voluntaria en la escogencia de la empresa de practicaaje, y más aún, excluye la posibilidad de que otra empresa de practicaaje pueda existir en la jurisdicción correspondiente.

1.2.12.2. El numeral 10 del artículo 3º del Decreto 2324 de 1984 contempla como actividad marítima “los sistemas de exploración, explotación y prospección de los recursos naturales del medio marino”, pero la sociedad Carbones del Cerrejón Limited, que es operador portuario, no extrae carbón del medio marino sino del medio terrestre, y como el numeral 11 del artículo 5º ibídem también admite el practicaaje como actividad marítima, entonces la mencionada sociedad se está valiendo de lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 para vulnerar la primera disposición mencionada en este párrafo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional propuso excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Posteriormente se ocupó del análisis de los cargos sosteniendo que no existía razones que respaldaran la solicitud de nulidad del artículo 27 del Decreto 1466 de 2004, sino que todas las aparentes razones iban dirigidas a atacar el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007, cuestión ésta que debía ser tenida en cuenta a la hora de resolver sobre la legalidad de las decisiones que se impugnaban.

Resultó que no existía coherencia en los fundamentos expuestos en la demanda ni el desarrollo de un concepto de violación de las normas que se limitaba a transcribir el actor en su libelo.

2.2. No obstante, adujo que no era cierto que se hubiese modificado el régimen de incompatibilidades del servicio de practicaaje, sino que se había fijado el alcance de la palabra “simultaneidad”.

Explicó que la razón de esa incompatibilidad era permitir que las empresas de explotación de recursos minero energéticos, cuya actividad incorpora toda la cadena logística, es decir, que extraen, procesan, almacenan, transportan a puerto, comercializan internacionalmente, embarcan y finalmente exportan su producto, puedan optimizar sus costos de operación, teniendo su propio recurso humano técnico en cada fase del proceso o procesos, su propia flota de buques especializados (propios o fletados), agentes marítimos, remolcadores, incluyendo a sus propios pilotos prácticos y con procedimientos logísticos eficientes, considerando que la exportación de dichos productos tiene carácter de interés nacional para el Estado dada su innegable importancia estratégica para el desarrollo industrial y económico del país.

Observó que la incompatibilidad fue concebida con estricto carácter excepcional ya que el requisito para poder invocarla es que el practicaaje haga parte de la totalidad de la cadena logística de la

⁹ Folio 72 ibídem.

¹⁰ Ibídem.

sociedad que explota el aludido recurso minero y que realice al mismo tiempo todos los casos que conlleva desde la extracción hasta su exportación final.

2.3. Sostuvo que el artículo 27 del Decreto 1466 de 2004 no eliminó el concepto de amarradores, sino que debían entenderse incluidos por el mandato contenido en el artículo 25 de la Ley 658 de 2001.

2.4. Aclaró que el término de operador portuario deviene de la Ley 1 de 1991, la cual fue recogida a su vez por el artículo 2 de la Ley 658 de 2001, sin que para el efecto se refiera a operadores portuarios como personas naturales sino como empresas.

Indicó que “el servicio de amarre y desamarre en instalaciones portuarias se presta a través de operadores portuarios, según lo dispone el Decreto 2091 de 1992 y la Resolución número 0478 de 1999 emitida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, por tanto se necesita de una licencia para prestar dicho servicio”¹¹.

2.5. Sobre el punto de las incompatibilidades expresó que para que acontezcan se requiere de dos factores, la tacha legal para el ejercicio de una función determinada o de uno o más cargos, y en el caso del practicaaje hace referencia a la función o servicio de practicaaje y al cargo de piloto práctico en una maniobra determinada.

En ese orden, no es cierto que el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007 haya permitido que los pilotos prácticos puedan ser agentes marítimos u operadores de remolcador, teniendo en cuenta el mismo desarrollo del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001.

2.6. Sobre el caso de la licencia otorgada a Carbones del Cerrejón Limited, afirmó que hacer una valoración sobre ese caso específico desborda la materia de la presente acción pública pues se trata de un acto particular y concreto que tiene un instrumento procesal distinto para ser enjuiciado.

2.7. Destacó que con la expedición de la Ley 658 de 2001 no se reguló el ejercicio de la profesión de piloto práctico sino la prestación del servicio público de practicaaje, luego sobre este cargo no hay razones de prosperidad. Al respecto hizo un recuento de los antecedentes normativos de dicha ley.

2.8. Se refirió al caso de la sociedad SERMARES Ltda., en lo que parece ser una equivocación de parte de la apoderada pues esa sociedad no tiene nada qué ver con los supuestos que han ocupado hasta ahora la atención de la Sala.

2.9. Se refirió al cargo octavo sin identificar claramente el argumento que pretendía controvertir manifestando que: “No se considera coherente el cargo, el claro (Sic) que las normas acusadas no hacen referencia a la Ley 685 de 2001, sino al servicio público de practicaaje regulado en la Ley 658 de 2001”¹².

2.10. En lo que hace a los cargos de vulneración de los principios constitucionales, indicó que en sí misma la norma no prevé consecuencia jurídica o práctica alguna que lleve a concluir que las incompatibilidades allí contempladas afecten el estado de derecho, la cláusula exclusiva de competencia en cabeza del Legislador, ni las normas relativas al derecho a la igualdad.

2.11. Finalmente precisó que no existía vulneración del numeral 12 de la Ley 156 de 1887, en lo que también parecer ser otro desacierto de la apoderada del Ministerio, por cuanto al respecto no se han expuesto cargos de ninguna índole.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguna de las partes allegó escrito de alegaciones.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público que actúa como delegado ante esta Corporación, después de hacer un análisis de los cargos planteados en la demanda y los argumentos de la contestación, solicitó acceder a las pretensiones en atención a que la norma acusada sí amplía el alcance de lo dispuesto en el literal d) del numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, al incluir una

¹¹ Folio 227 ibídem.

¹² Folio 232 ibídem.

excepción a las incompatibilidades no prevista en la norma legal, configurando así un exceso en la potestad reglamentaria, pues esa determinación sólo podía adoptarla el Legislador. En ese mismo sentido señaló que se vulneraba el numeral 11 del artículo 189, 121 y 365 Superior. El siguiente fue el análisis esgrimido:

“El Decreto acusado dio alcance al término “simultaneidad”, señalando que dicho término (Sic) se refiere a la concurrencia, en una misma persona jurídica, del ejercicio de la actividad de practicaje con la de, entre otras funciones, la de operador portuario, estableciendo como excepción a la aplicación de la incompatibilidad que la actividad de operador portuario sea desarrollada como secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero-energéticos.

Como lo expone el demandante, la incompatibilidad establecida en el literal d) del numeral 2º del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, se establece en la forma general para todo aquel que actúe como operador portuario, sin consagrar excepciones, lo que hace evidente la trasgresión de dicho artículo al contempla una excepción que la norma reglamentada no ha establecido”.¹³

En relación con la alegada vulneración de los artículos 2 (numeral 12), 47 y 48 de la Ley 658 de 2001, el Ministerio Público fue del parecer que los actos acusados no vulneraban tales normativas, toda vez que las mismas consagran lo que debe ser objeto de las empresas de practicaje y los requisitos para la expedición, registro, renovación y/o ampliación de la licencia de explotación comercial, lo cual no guarda relación con las incompatibilidades para el ejercicio de otras actividades u oficios concurrentes con el desarrollo de la actividad de practicaje. Lo propio concluyó de la acusación de trasgresión del artículo 6 de la Ley 658 de 2001 y del artículo 3º del Decreto 2324 de 1989.

En lo atinente al cargo de desconocimiento de la Ley 12 de 1981 indicó que el demandante no realizaba ninguna argumentación en relación con su violación lo que impedía hacer el estudio correspondiente.

Consideró que no había claridad, certeza, especificidad y pertinencia de las razones esgrimidas para sustentar la vulneración del artículo 25 de la Ley 685 de 2001.

V. DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Co
mpetencia.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

6.2. Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda

Al respecto, lo primero que observa la Sala es que la excepción formulada se orientó a reclamar del demandante la precisión de las normas que consideraba violadas junto con la correspondiente fundamentación, todo ello en el marco de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, para lo cual la apoderada de la demandada citó jurisprudencia y doctrina sobre el alcance de dicho instrumento procesal, cuando la impetrada fue la de nulidad simple, circunstancia que impondría desecharla en consideración a que no existe argumento que tenga incidencia directa con la naturaleza de la controversia que nos ocupa.

No obstante, y entendiendo que lo anotado obedeció a un error involuntario de parte del Ministerio al basarse en un caso ajeno a este litigio, lo que halla la Sala es que, contrario a lo afirmado en cuanto a la carencia de argumentos claros sobre la carga de enlistar las normas violadas y el respectivo concepto, el libelo de la demanda sí contiene un listado de las razones que, a juicio del actor, resultan suficientes para concluir que los actos censurados son ilegales.

¹³ Folios 256 vuelto y 257 de este Cuaderno.

Ahora, aunque algunas de ellas no son del todo comprensibles, sí se encuentra coherencia en la argumentación que lleva al accionante a acudir a esta jurisdicción para hacer el reproche de nulidad que nos ocupa, y que permite abordar los problemas jurídicos que se esbozan a continuación.

Es pertinente aclarar, antes de abordar el fondo del asunto, que tampoco encuentra asidero la manifestación de la demandada en cuanto que no se propusieron cargos en contra del Decreto 1466 de 2004 y en cambio sí contra el Decreto 3703 de 2007, pues de la lectura del libelo introductorio se desprende claramente que el actor elaboró juicios de validez para las dos disposiciones, circunstancia que por demás, enerva la expuesta con anterioridad, pues deja entrever que la presunta ineptitud sustantiva de la demanda es inexistente.

6.3. Cuestión previa

Halla razón la Sala al Ministerio de Defensa cuando aludió a la improcedencia del estudio de los cargos de cara a lo expuesto en relación con los permisos otorgados a la sociedad Carbones del Cerrejón Limited, pues asuntos de índole subjetiva y concreta escapan al examen de legalidad propuesto en el marco de la acción de simple nulidad impetrada. Es por ello que en adelante se abordarán los argumentos que se dirigen a atacar la validez de los Decretos 1466 de 2004 y 3703 de 2007 proferidos por el Presidente de la República.

6.4. Problemas jurídicos

Para el pronunciamiento sobre la petición de nulidad de los actos acusados, la Sala observa que los cargos y la defensa discrepan esencialmente en el alcance de la potestad reglamentaria en materia de servicios públicos y en definir el concepto de la palabra “simultaneidad” contenida en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001.

Al respecto, pueden formularse los siguientes problemas jurídicos:

¿Configura un exceso en la potestad reglamentaria el acto administrativo que al definir el alcance de la palabra simultaneidad para explicar la incompatibilidad de la actividad de practicaaje contenida en la ley, discrimina en personas naturales (la condición de piloto práctico oficial en servicio activo con la prestación de la actividad en empresas de practicaaje y la de piloto práctico con la de inspector del Estado Rector de Puerto) y personas jurídicas (la condición de empresa de practicaaje con al de agente marítimo, operador de remolcador y demás operadores portuarios)?

¿ Configura un exceso en la potestad reglamentaria el acto administrativo que reglamenta el régimen de incompatibilidades contemplado en la ley para desempeñar la actividad de practicaaje, si introduce una excepción a tales prohibiciones que no se encuentra prevista en la norma legal consistente en que esa actividad sea desarrollada como secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero energéticos siempre que se demuestre que esas empresas realizan todo el proceso productivo?

Discernir esos aspectos impone determinar primero el concepto del practicaaje y si ello envuelve la prestación de un servicio público, como se entrará a abordar en seguida:

6.5. Practicaaje. Concepto

6.5.1. El practicaaje ha sido entendido como la actividad de asesoría que presta un experto, llamado piloto práctico, al capitán de un buque para entrar y salir de un determinado puerto o canal en condiciones de seguridad. Tal entendimiento puede extraerse de la lectura de las definiciones del artículo 2 de la Ley 658 de 2001 y de lo dispuesto en el artículo 14 ibídem, que son del siguiente tenor:

“Artículo 2o. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente ley se entenderá por:

(...)

12. Empresa de practicaaje. Es la que se constituye conforme a las leyes nacionales, cuyo objeto social es la prestación de la actividad marítima y fluvial de practicaaje, la cual deberá estar debidamente equipada e integrada por uno o varios pilotos prácticos con licencia vigente, requiriendo para su funcionamiento el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Autoridad Marítima Nacional y la expedición de la licencia correspondiente.

13. Entrenamiento de practicaje. Es la preparación personalizada que recibe el aspirante a piloto práctico o el piloto práctico para cambio de categoría con el fin de completar maniobras de practicaje para obtener la licencia correspondiente.

(...)

25. Piloto práctico. Es la persona experta en el conocimiento de las condiciones meteorológicas, oceanográficas e hidrográficas de la jurisdicción de una capitanía de puerto marítima o fluvial específica, de la reglamentación internacional para prevenir abordajes, de las ayudas a la navegación circundantes y capacitada para atender las consultas de los capitanes de los buques, atender el entrenamiento de los aspirantes a piloto práctico y de los pilotos prácticos por cambio de categoría y/o de jurisdicción, el cual debe estar acreditado con la licencia que expide la Autoridad Marítima Nacional, en la categoría correspondiente.

26. Practicaje. Es el ejercicio de la actividad del piloto práctico”. (Subrayas de la Sala).

“Artículo 14. Función del piloto práctico. Es la de asesorar al Capitán del buque en la maniobra de practicaje y no lo reemplaza en el mando del mismo”.

El concepto emitido el 10 de abril de 2018 por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el expediente número 11001-03-16-000-2008-00005-00 (1876), ilustró con precisión la noción de esta actividad; veamos:

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

El practicaje es una actividad tan antigua como la navegación. Los antecesores de los pilotos prácticos eran individuos cuyos conocimientos sobre la profundidad de las aguas, las corrientes, las condiciones del viento y del fondo marino, indispensables para el tránsito de un buque o una nave por un determinado puerto, se adquirían por la experiencia, en tiempos en que navegar era una aventura sumamente riesgosa.

Con el fin comprender el alcance de esta figura, vale la pena, traer a colación algunos de sus antecedentes históricos y referencias en el derecho marítimo internacional:

“En Inglaterra, país marítimo por excelencia, los sistemas de practicaje se remontan al siglo XIV. Tuvieron origen en la formación de “Hermandades” o asociaciones de prácticos en los puertos más importantes. Estas asociaciones eran de un número de miembros limitado por lo que a ellas sólo podían acceder individuos relacionados por lazos de familia o de amistad con los que ya pertenecían a ellas. El objeto de esta exclusividad era formar en cada jurisdicción un cuerpo de prácticos debidamente capacitados para impedir que individuos extraños que no conocían las características de los puertos atentaran contra la seguridad de la navegación.”¹⁴(Negrillas fuera de texto)

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,¹⁵ quien tiene “que integrar, en tiempo

¹⁴ Gaceta de Congreso 176 del 31 de mayo de 1999.

¹⁵ En la legislación española, por ejemplo, se entiende por practicaje “**el servicio de asesoramiento a capitanes de buques y artefactos flotantes para facilitar su entrada y salida y las maniobras náuticas dentro de los límites geográficos de la zona de practicaje en condiciones de seguridad** y en los términos que se establecen en esta Ley, en el reglamento del servicio y en el pliego regulador del mismo. Este servicio se prestará a bordo de los buques, incluyéndose en el mismo las instrucciones impartidas por los prácticos desde el momento en que partan de la estación de practicaje para prestar el servicio”. En Argentina, el reglamento de los servicios de practicaje y pilotaje en puertos y canales señala que éstas son tareas que “**realiza a bordo de los buques el personal habilitado para asesorar al capitán en navegación y reglamentación**, en las zonas declaradas de practicaje o pilotaje obligatorio o facultativo (...)”.-Decreto 2694 de 1991-.

El reglamento de practicaje y remolcaje de la República de El Salvador, señala que la finalidad del servicio de practicaje es lograr que “**las maniobras en zonas de practicaje obligatorio se efectúen de manera, que se garantice la seguridad del buque y de las instalaciones marítimas portuarias mediante un práctico autorizado debidamente (...) que preste asesoría al capitán del buque en aspectos de navegación, ruta, gobierno, maniobras y cumplimiento de las disposiciones de seguridad**”. Acuerdo No. 4 Acta 56 de 2006.

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 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”.¹⁶

La Organización Marítima Internacional –OMI- (organismo de las Naciones Unidas encargado de los asuntos marítimos y la protección del medio marino) ha reconocido la importancia de “emplear prácticos competentes en los accesos a puertos y otras zonas donde es necesario contar con un conocimiento local especializado (resolución A 159 (ES.IV)” y la necesidad de que los Estados organicen los servicios de practica y adopten normas de seguridad para prevenir la ocurrencia de siniestros marítimos por errores en la navegación.¹⁷

Internacionalmente, el servicio de practica 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.

Adicionalmente, observa la Sala, que a nivel internacional no existe un tratamiento uniforme sobre las actividades que forman parte del servicio de practica, pues, mientras en algunos países con tradición marítima se incluye dentro de su estructura tarifaria del mismo, el servicio de transporte del piloto práctico al buque y servicio de amarre y desamarre de la nave al puerto, en otros, éstos son servicios adicionales al practica propiamente dicho, el cual, se concibe en términos de la asesoría que presta el piloto práctico al capitán del buque en las maniobras que debe efectuar la nave en un determinado puerto o canal.^{18 19}

Congreso de la Asociación Internacional de Practica Marítimo (IMPA) en Cuba “Sin el trabajo de los prácticos no pueden entrar los buques a los puertos, que son el reflejo de la economía nacional”.

¹⁶El practica en Chile. Maximización de la contribución del practica de puerto. El ámbito de la Seguridad Marítima y del Medio Ambiente Acuático.

¹⁷ Documento publicado por la OMI. “La Omi y la Seguridad de la Navegación”. Enero de 1998. <http://www.imo.org>. “El registro de siniestros marítimos del Lloyd’s, edición correspondiente a 1958 –años anteriores al periodo de sesiones de la Asamblea de la OMI- señalaba que el 16% del tonelaje de buques mercantes siniestrados ese año (56000 tb) se había perdido por abordajes, y un 32% adicional (115000 bt) por colisiones con restos de naufragios sumergidos. La inmensa mayoría de estos siniestros (...) fue causada total o parcialmente por errores o deficiencias de carácter náutico. (...) históricamente, los peores desastres marítimos han sido resultado de abordajes u otros accidentes atribuibles a errores de navegación.”.

¹⁸ <http://www.pan Canal.com/esp/maritime/tariff/1060-0000.html>

A título de ejemplo, encuentra la Sala que la Autoridad del Canal de Panamá, al regular la tarifa oficial del servicio marítimo de practica, incluye estos dos servicios, en los siguientes términos:

“Para los tránsitos en los que se solicita o es necesario que el práctico aborde o desembarque cuando el buque se encuentra fuera del rompeolas del sector Atlántico, se cobrará por el practica mar afuera (renglón 1060.5060 del listado de tarifas), **más el servicio de lancha (renglón 1800.0100)**. (...)

“Si después de transitar el Canal, se solicita o es necesario que **el práctico preste los servicios de atraque en el muelle, de amarre o de anclaje del buque**, o de practica más allá de los puntos terminales mencionados arriba, la embarcación pagará el practica de puerto contenido en el renglón 1060.5010 del listado de tarifas, más la tarifa de lancha 1800.0100). (...)

“Los cargos por practica de puerto son en adición a los que correspondan de mar afuera, misceláneos o especiales, y se cobrarán, independientemente de si uno o más prácticos realizan el servicio. Los cargos de practica de puerto cubren el servicio de un solo práctico. En el caso de que un movimiento requiera el uso de más prácticos, se aplicarán cargos adicionales. Los cargos por retrasos en movimientos de puerto son en adición a los cargos de practica de puerto.

(3) El servicio de lancha para el practica de puerto se cobra a la tarifa estipulada en el renglón 1800.0100.

“Amarraderos: Se aplicará un sólo cargo de practica cuando las embarcaciones utilicen los amarraderos de la Autoridad del Canal, salvo cuando se relacione con los requisitos de operación del tránsito, tal como lo defina el Gerente de la Sección de Administración de Tráfico y Arqueo de Naves, a las tarifas del renglón 1060.5010, más la tarifa por el servicio de lanchas (renglón 1800.0100 (...))”

¹⁹Ley 48 de 2003. Artículo 60. Concepto y clases de servicios básicos. 1. Son servicios básicos aquellas actividades comerciales que permiten la realización de las operaciones de tráfico portuario. (...) 2. Los

Esta breve reseña, permite a la Sala señalar que, si bien es cierto, el servicio de practica je marítimo se define esencialmente como la asesoría que presta el piloto práctico al capitán de un buque en las maniobras de practica je, también lo es, que le corresponde a cada Estado determinar su alcance y ejercer el control y la vigilancia del mismo, para garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, del medio ambiente marítimo y de la navegación en general.”. (Subrayas de la Sala).

6.5.2.

Con la expedición del Decreto Ley 2324 de 1984 dicha actividad se elevó al rango de servicio público, dadas las condiciones de seguridad que debían ser garantizadas y el conocimiento especializado de quienes pretendieran desempeñarla. El artículo 124 ibídem así lo dispuso:

“Artículo 124. Practica je. El practica je en aguas jurisdiccionales nacionales constituye un servicio público regulado y controlado por la Autoridad Marítima.” (Subrayas de la Sala).

Tal carácter fue reafirmado posteriormente por la Ley 658 de 2001, pues en su mismo encabezado definió el tema de la siguiente manera: “Por la cual se regula la actividad marítima fluvial de practica je como servicio público en las áreas Marítimas y Fluviales de jurisdicción de la Autoridad Marítima Nacional”. Allí se delimitó todo el régimen del practica je marítimo o fluvial, su obligatoriedad o no, su clasificación, categorías, aptitudes de los pilotos prácticos, obligaciones, entre otros.

En lo pertinente los siguientes artículos se refieren este tópico de la siguiente manera:

“Artículo 2o. Definiciones. Para efectos de la aplicación de la presente ley se entenderá por:

(...)

4. Actividad marítima y fluvial de practica je. 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.

(...)

14. Evaluación de admisión. Es la prueba que realiza el Capitán de Puerto al aspirante a piloto práctico, sobre los aspectos teóricos relacionados directamente con la prestación del servicio público de practica je para una jurisdicción específica en la fecha que determine la Autoridad Marítima Nacional”. (Subrayas de la Sala).

También el Legislador precisó lo relacionado con la necesidad de obtener una licencia para desarrollar la actividad marítima de practica je en la jurisdicción correspondiente²⁰, los permisos especiales para la entrada y salida de puertos sin piloto práctico junto con los requerimientos que son exigidos para esa eventualidad²¹, la autorización y requisitos de funcionamiento de las empresas de practica je²², las inhabilidades e incompatibilidades, entre otros.

Es claro entonces que la labor desempeñada por los pilotos prácticos configura la prestación de un servicio público, y si ello es así, su regulación le corresponde en primer término al Congreso de la República en aplicación de los mandatos constitucionales de los artículos 365 y 150 numeral 23:

“Artículo 365.- Los servicios públicos con inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes 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. (...). (Subrayas de la Sala).

servicios básicos son los siguientes: a. **Servicio de practica je.** b. Servicios técnico-náuticos: 1. Remolque portuario. 2. Amarre y desamarre de buques.

²⁰ Artículos 27 a 29 de la Ley 68 de 2001.

²¹ Artículos 31 a 33 ibídem.

²² Artículos 46 a 60 ibídem.

“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”. (Subrayas de la Sala).

En ese orden, y en armonía con lo dispuesto en los artículos 333 y 334 de la Carta Fundamental, el desarrollo legislativo de la Ley 658 de 2001 obedeció a 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 Estado²³, lo cual deja como consecuencia que es ese régimen en el cual se debe desenvolver la prestación de dicho servicio.

Con todo, la Sala concluye que el practicaaje es entonces un servicio público regulado por la ley, cuyo control corresponde a la Dirección General Marítima Portuaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º del Decreto Ley 2324 de 1984:

“Artículo 5o. Funciones y atribuciones. La Dirección General Marítima y Portuaria tiene las siguientes funciones:

(...)

11. Autorizar, inscribir y controlar el ejercicio profesional de las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades marítimas en especial las de practicaaje, remolque, agenciamiento marítimo, corretaje de naves y de carga, portuarias, estiba, dragado, clasificación, reconocimiento, bucería, salvamento y comunicaciones marítimas y expedir las licencias que correspondan”. (Subrayas de la Sala).

6.5.3. Planteado así el escenario de regulación legal, la pregunta que sigue es si la actividad del practicaaje es pasible de la reglamentación que previene el numeral 11 del artículo 189 constitucional.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 64 de la Ley 658 de 2001, corresponde al Gobierno Nacional reglamentarla:

“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.

Al respecto, es menester precisar que la potestad reglamentaria, como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Sala, se emplea para aclarar la norma legal y precisar aspectos técnicos de la misma. Sobre el punto, la Sala acotó:

“[I]as facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189 numeral 11 de la Carta (...) fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes (...) al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia. En ese contexto, ha de entenderse que las potestades a que alude el artículo constitucional anteriormente transcrito, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu”²⁴.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 2 de septiembre de 2010, Rad. No.: 11001-03-24-000-2007-00265-00. C.P.: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. En sentido similar, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias del 15 de julio de 1994, Rad. 5393 y del 26 de agosto de 1994, Rad. 5312B. C.P.: Guillermo Chahín Lizcano; así como las sentencias de la Sección Tercera, Subsección B, del 29 de agosto de 2013, Rad. 11001032600020050007600(32293). C.P. Danilo Rojas Betancourth; y de esta Sección, las sentencias del 6 de junio de 2013, Rad. 11001 03 24 000 2006 00284 00. C.P.: María Claudia Rojas Lasso; 21 de noviembre de 2013, Rad. 11001032400020120035000. C.P.: Guillermo Vargas Ayala; 30 de agosto de 2012, Rad. 11001032400020060039800, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; y de 7 de junio de 2012, Rad. 11001032400020070033300. C.P.: María Elizabeth García González. También se destaca la importancia de la competencia y del respeto a los límites que fija el texto legal reglamentado, de

En lo que hace a la reglamentación de la Ley 658 de 2001, lo que se halla en el ordenamiento jurídico es que se han expedido los Decretos 1466 de 2004, modificado por el Decreto 3703 de 2007 y las Resoluciones 00050 de 2002, 357 de 2003, 183 de 2005 y 119 de 2007 sobre las tarifas autorizadas para este servicio, todas expedidas por la Dirección General Marítima.

Los dos primeros actos son los que se cuestionan parcialmente en esta sede, importando para el caso lo relacionado con el régimen de incompatibilidades, aspecto éste que se entrará a analizar.

6.6. Reglamentación. Decreto 1466 de 2004 y Decreto 3703 de 2007

Visto el régimen legal que enmarca la actividad de practicaje, es imperioso abordar los cargos expuestos por el actor en relación con el exceso en la potestad reglamentaria del artículo 25 de la Ley 658 de 2001.

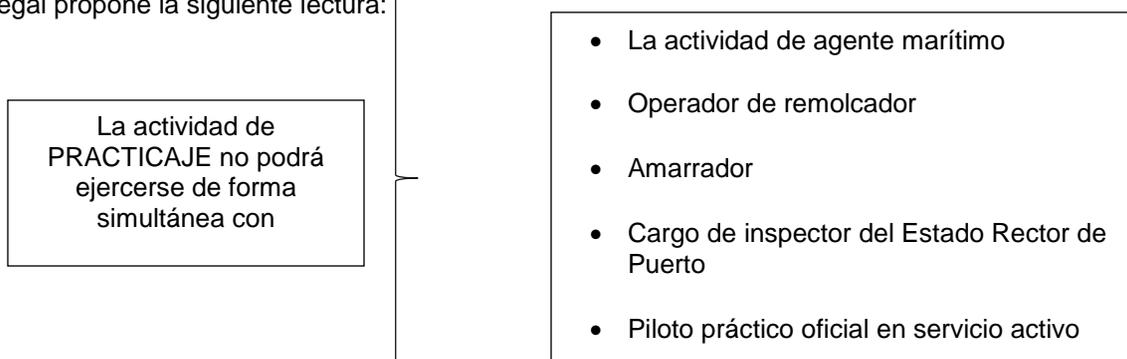
Para lograr ese objetivo, el siguiente cuadro es ilustrativo del caso:

LEY 658 DE 2001	DECRETO 1466 DE 2004	DECRETO 3703 DE 2007
<p>“Artículo 25. Inhabilidades e incompatibilidades de la actividad marítima de practicaje. Se entienden incorporadas a la presente ley además de las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Política y en la ley, las siguientes:</p> <p>1. Inhabilidades</p> <p>a) Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad por el tiempo que dure ésta;</p> <p>b) Hallarse en interdicción judicial; Tener suspendida o cancelada la licencia de piloto práctico por la Autoridad Marítima Nacional;</p> <p>c) Padecer de incapacidad física o mental transitoria o permanente que comprometa el desempeño seguro de la actividad de practicaje;</p> <p>d) Presentar documentación falsa o adulterada;</p> <p>2. Incompatibilidades. Ejercer en forma simultánea.</p> <p>a) La actividad de agente marítimo, operador de remolcador o amarrador;</p> <p>b) El cargo de Inspector del Estado Rector del Puerto;</p>	<p>Artículo 27. Simultaneidad en el ejercicio de la actividad de practicaje. El término "simultaneidad" contenido en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, se refiere a la concurrencia en una misma persona de las siguientes calidades:</p> <p>1. En una persona natural la condición de Piloto Práctico oficial en servicio activo, con la prestación de la actividad en empresas de practicaje. Así mismo, ser Piloto Práctico e Inspector del Estado Rector de Puerto.</p> <p>2. En una persona jurídica de la condición de empresa de practicaje con la de agente</p>	<p>Artículo 12. Modificar el numeral 2 del artículo 27 del Decreto 1466 de 2004, el cual quedará así:</p>

la Sección Primera, entre otras, las sentencias del 29 de julio de 2010, Rad. 11001032400020020024901. C.P.: Rafael Ostau de LafontPianeta; del 19 de marzo de 1998, Rad. 11955; o del 28 de agosto de 1997, Rad.12574. C.P.: Silvio Escudero Castro.

<p>c) El piloto práctico oficial en servicio activo, la prestación de la actividad en empresas de practicaaje;</p> <p>d) Ejercer en forma simultánea, como operador portuario para la prestación de otro servicio.”(Subrayas y resaltado de la Sala).</p>	<p>marítimo, operador de remolcador y demás operadores portuarios.</p>	<p>“2. En una persona jurídica la condición de empresa de practicaaje con la de agente marítimo y/o operador de remolcador y/o demás operadores portuarios, a menos que esa actividad sea desarrollada como secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero-energéticos. En este caso, dichas personas jurídicas deberán acreditar ante la Autoridad Marítima que realizan la totalidad del citado proceso productivo”.</p> <p>(Subrayas de la Sala).</p>
---	--	---

Lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001 ordena que la actividad del practicaaje es incompatible, es decir no puede ser ejercida en forma simultánea con las siguientes actividades: la de agente marítimo, operador de remolcador, amarrador, inspector del Estado Rector del Puerto, piloto práctico oficial en servicio activo, prestar la actividad en empresas de practicaaje o como operador portuario para la prestación de otro servicio. En forma gráfica la norma legal propone la siguiente lectura:

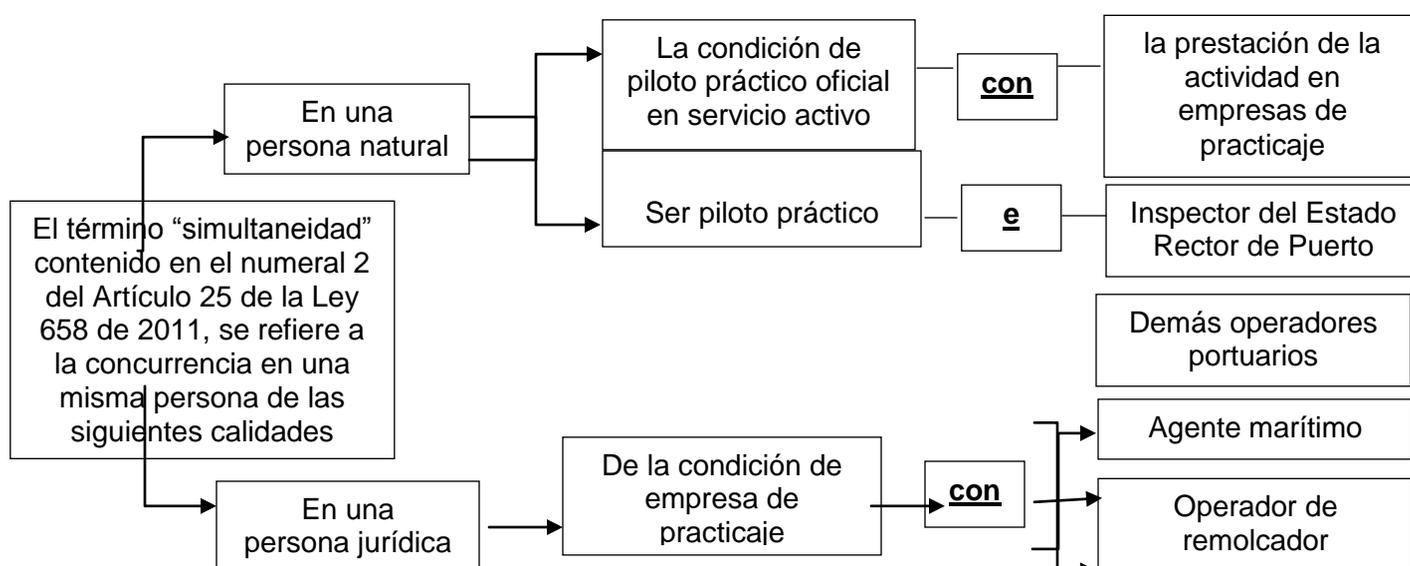


La Sala abordará el estudio del cargo anunciado en relación con cada uno de los decretos, pues los fundamentos que se esgrimieron son independientes dado el contenido disímil de uno y otro.

6.6.1. Decreto 1466 de 2004, artículo 27.

De lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 1466 de 2004, se advierte con claridad que, tal y como lo anotó el Ministerio de Defensa en su contestación, pretendió definir el alcance de la palabra “simultaneidad”, discriminando, al parecer, las incompatibilidades enunciadas en la norma legal en personas naturales y personas jurídicas, dependiendo de si para ejecutarlas se requería de la presencia de una u otra.

6.6.1.1. Ahora, de la lectura desprevenida de tal disposición podría concluirse que lo pretendido fue simplemente organizar de acuerdo al prestador del servicio. No obstante, revisado el alcance de la norma se advierte lo siguiente:



Hecha la anterior precisión, la Sala advierte que el decreto restringió el alcance de las incompatibilidades enlistadas en la ley, so pretexto de definir el alcance del término “simultaneidad”, pues en la forma en que está construida la disposición que se acusa podría concluirse que el piloto práctico oficial en servicio activo podría ejercer simultáneamente el de inspector del Estado Rector del Puerto sin incurrir en incompatibilidad, cuando en el numeral 2 del artículo 25 es claro que esas dos actividades no pueden coexistir dada la intención del Legislador de prohibirlas expresamente.

Lo propio podría concluirse en lo atinente a la restricción que se contempla en relación con lo que dispone el numeral 2 del artículo 27 del Decreto 1466 de 2004, cuando prohíbe que una misma persona ejerza como empresa de practicaaje y agente marítimo siempre que éste sea persona jurídica, lo cual llevaría a concluir que podría existir simultaneidad entre un piloto práctico y el agente marítimo si aquél es una persona natural, dado que los artículos 1489 y 1490 del Código de Comercio²⁵ contemplan esa posibilidad.

Tal circunstancia, a la luz del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, llevaría a concluir que se está en presencia de una incompatibilidad. Sin embargo, el acto administrativo la posibilita desconociendo así las hipótesis previstas como configuradoras de tal circunstancia.

Bajo tal contexto, es claro que la reglamentación desbordó los límites de la norma expedida por el Congreso de la República, pues en nada aclaró el espectro de las incompatibilidades del servicio público de practicaaje, ni estableció criterios técnicos para su entendimiento, sino que, tal y como lo advirtió el demandante, la desfiguró, al punto que hizo menos amplio el régimen de incompatibilidades.

Al respecto, es pertinente aludir al siguiente planteamiento jurisprudencial:

“No le es posible al Presidente de la República, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva, pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero su efectividad nula; es potestativo del titular de la potestad reglamentaria definir cuáles son y con qué detalle las disposiciones de la ley que requieren reglamentación o desarrollo; si las leyes expedidas por el Congreso proveen todos los elementos indispensables para su ejecución, el órgano administrativo no tendría nada que agregar y por lo tanto no habría necesidad de ejercitar la potestad reglamentaria.”.²⁶

6.6.1.2. También encuentra asidero el argumento del actor sobre la omisión de enlistar al “amarrador” como sujeto de incompatibilidad de la prestación del servicio de practicaaje en el artículo 27 del Decreto 1466 de 2004, circunstancia que no puede ser pasada inadvertida, ya que el hecho de incluirlo en la norma determina grandes consecuencias, sobre todo en el régimen tarifario de esta actividad, dado que de admitir que ya no configura una incompatibilidad significaría que ese servicio queda comprendido en el de practicaaje.

Sobre el punto, debe llamar la atención la Sala sobre lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1466 de 2004, pues, al parecer, no se trató de una simple imprecisión sino de una actuación consciente del Presidente al reglamentar la norma, como quiera que en la mencionada disposición incluyó el servicio de amarre como parte del servicio de practicaaje, así:

“Artículo 1º. Definiciones. Para efectos del presente decreto, se establecen las siguientes definiciones:

(...)

11. Servicio de practicaaje. Es el conjunto de actividades de asesoría al Capitán de un buque,

²⁵ “**Artículo 1489. Definición de agente marítimo.** Agente marítimo es la persona que representa en tierra al armador para todos los efectos relacionados con la nave.”

“**Artículo 1490. Agente marítimo como sociedad - porcentaje perteneciente a personas nacionales.** Cuando el agente marítimo sea una sociedad, el sesenta por ciento del capital social, por lo menos, deberá pertenecer a personas naturales colombianas”.

²⁶ Sentencia de 25 de octubre de 2007, Expediente nro. 2004-00109-01, Consejera ponente: doctora Martha Sofía Sanz Tobón.

debidas al experto conocimiento de las particularidades locales y cualquier clase de maniobra con embarcaciones, en las aguas restringidas de un puerto o área marítima y fluvial de practicaaje, con el fin de asegurar unos niveles óptimos en la gestión de los riesgos involucrados de la navegación restringida incluyendo la necesidad de un juicio independiente de las presiones comerciales inherentes al transporte marítimo y así asegurar la protección de vidas, bienes y medio ambiente. Está constituido por el Piloto Práctico, la lancha de Práctico, la estación de Pilotos y el servicio de amarre.” (Subrayas de la Sala).

Como se observa, el Gobierno Nacional al ejercer la potestad prevista en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional desconoció que precisamente el numeral dos (2) del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, dispuso esa actividad como incompatible en relación con la labor de practicaaje.

En lo atinente a este punto, es importante destacar que coincidimos con la posición que la Sala de Consulta y Servicio Civil asumió al resolver una consulta elevada por el Gobierno Nacional sobre el entendimiento de esta norma:

“5.2. El decreto 1466 de 2004. Por el cual se reglamenta la ley 658 de 2001.

Mediante el decreto 1466 de 2004 el Gobierno Nacional reglamentó el servicio público de practicaaje consagrado en ley 658 de 2001, el cual, se modificó parcialmente por el decreto 3307 de 2007.

El artículo 1º del decreto 1466 de 2004, determina que en el alcance del servicio de practicaaje, además del servicio de asesoría al capitán del buque, están incluidas las actividades de transporte del piloto práctico, el servicio de la estación de pilotos y el servicio de amarre, en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- (...) Servicio de practicaaje.- es el conjunto de actividades de asesoría al capitán de un buque, debidas al experto conocimiento de las particularidades locales y cualquier clase de maniobra con embarcaciones, en aguas restringidas de un puerto o área de marítima y fluvial de practicaaje, con el fin de asegurar unos niveles óptimos en la gestión de los riesgos involucrados en la navegación restringida incluyendo la necesidad de un juicio independiente de las presiones comerciales inherentes al transporte marítimo y así asegurar la protección de vidas, bienes y medio ambiente. Esta constituido por el piloto práctico, la lancha del práctico y la estación de pilotos y el servicio de amarre.”. ²⁷ (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el decreto 3703 de 2007, que modificó algunas de las disposiciones del decreto 1466 de 2004, en materia de inhabilidades e incompatibilidades para la prestación del servicio de practicaaje, señala:

“Artículo 12. Modificar el numeral 2 del artículo 27 del Decreto 1466 de 2004²⁸, el cual quedará así:

“2. En una persona jurídica la condición de empresa de practicaaje con la de agente marítimo y/o operador de remolcador y/o demás operadores portuarios, a menos que esa actividad sea desarrollada como secundaria o complementaria al proceso productivo de explotación de recursos naturales minero-energéticos. En este caso, dichas personas jurídicas deberán acreditar ante la Autoridad Marítima que realizan la totalidad del citado proceso productivo”. (Negrilla fuera de texto).

Observa la Sala, que el artículo transcrito, omite mencionar a los operadores de amarre, que están incluidos en la incompatibilidad prevista por el legislador en el artículo 25 de la ley 658 de 2001.

²⁷ En la Sección Primera de esta Corporación cursa una demanda contra los artículos que del decreto 1466 de 2004, que se relacionan con el piloto práctico no formal y el requisito de idioma. [Dicho proceso concluyó con la declaratoria de nulidad de la nulidad de la expresión “exceptuando los pilotos prácticos particulares no formales”, a que se refiere el artículo 6º del Decreto 1466 del 2004, en sentencia del 15 de mayo de 2009 proferida en el proceso número 11001-03-24-000-2004-00228-01]

²⁸ “**Artículo 27.- Simultaneidad en el ejercicio de la actividad de practicaaje.-** El término simultaneidad contenido en el numeral 2º del artículo 25 de la ley 658 de 2001, se refiere a la concurrencia en una misma persona de las siguientes calidades: 1.- En una persona natural la condición de piloto práctico oficial en servicio activo, con la prestación de la actividad de las empresas de practicaaje. Así mismo ser piloto práctico e inspector del Estado Rector del Puerto. 2.- **En una persona jurídica de la condición de empresa de practicaaje con la de agente marítimo, operador de remolcador y demás operadores portuarios.**”

En cuanto a la disponibilidad de los pilotos prácticos para la continua prestación del servicio, el decreto 3703 de 2006, precisa que las empresas de practicaje deben “garantizar la permanencia en la jurisdicción de un mínimo de pilotos disponibles o asegurar su desplazamiento de manera inmediata cuando se les requiera, sin que ello conlleve el incremento de las tarifas aprobadas por la Autoridad Marítima Nacional o el pago de otros servicios tales como pasajes, alojamiento, viáticos u otras denominaciones a favor del piloto práctico o de la empresa de practicaje”.

5.3. Resolución 00050 de 2002, expedida por la Dirección Marítima Nacional en materia de tarifas del servicio de practicaje

La Dirección General Marítima, con fundamento en el numeral 11 del artículo 5º del decreto ley 2324 de 1985, en virtud del cual le corresponde “autorizar, inscribir y controlar el ejercicio profesional de las personas naturales y jurídicas dedicadas a actividades marítimas en especial las de practicaje (...)” y en el artículo 7º de la ley 658 de 2001, que la autoriza para fijar la contraprestación por el servicio de practicaje, expidió la resolución 00050 de 2002, por la cual, se establecieron las tarifas para este servicio.²⁹

De acuerdo con lo previsto en esta resolución (anterior al decreto 1466 de 2004), la estructura de la tarifa aplicable al servicio de practicaje se calcula teniendo en cuenta, no sólo el arqueo bruto del buque al cual se le presta el servicio, previsto en el artículo 7º de la ley 658 de 2001, sino cargos adicionales que corresponden a servicios que en la misma resolución 00050 de 2001 se denominan como “relacionados directamente con el servicio de practicaje”.

Dispone el artículo 2º de la resolución DIMAR 000050 de 2002:

“Artículo 2º.- Para determinar la tarifa de practicaje se tendrán en cuenta los siguientes factores: el arqueo bruto (señalado en el artículo 7º de la ley 658 de 2001) y aquellos relacionados directamente con el servicio de practicaje (la distancia, el tipo de maniobra y la disponibilidad del piloto), de los cuales resulta la siguiente fórmula matemática:

“Tarifa= ((T ab) x F d x Fm) + Dp)

“Siendo Tab (tarifa de arqueo bruto), Fd (factor de distancia, Fm (factor de maniobra) y Dp (disponibilidad del piloto)” (Negrilla fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, el artículo 3º ibídem, incluye una tabla en la cual, se fija una tarifa en dólares del práctico de acuerdo al arqueo bruto del buque, una tabla que contempla el factor de distancia “desde la boya al mar, o el sitio autorizado para el embarco de pilotos, o el sitio de fondeo autorizado por la Dirección General Marítima hasta el lugar de desembarco del piloto y viceversa” y una tabla de las maniobras, entre las cuales, se encuentra la maniobra de amarre a boyas y zarpe de amarre.

En estos términos, estima la Sala que a pesar de que esta resolución establece que los servicios de transporte del práctico y de amarre son distintos y están “directamente relacionados con el servicio” de practicaje, desde la expedición de la ley, la autoridad marítima ha incluido en la estructura tarifaria del servicio de practicaje, tanto la remuneración que percibe el piloto práctico por el servicio de asesoría, como el transporte del piloto práctico al buque y el servicio de amarre.

6. Extensión y cobertura del servicio de practicaje marítimo y fluvial y el alcance de la facultad que tiene la DIMAR para fijar la remuneración o contraprestación por este servicio.

La lectura de las normas citadas en este capítulo, permite a la Sala advertir que a diferencia de la ley 658 de 2001, el decreto 1466 de 2004 y la resolución 00050 de 2002 expedida por la Dirección General Marítima –DIMAR-, expresamente incluyen como parte del servicio público de practicaje marítimo y fluvial, no sólo la actividad de asesoría que presta el piloto práctico, sino el

²⁹ Esta resolución, expedida con anterioridad al decreto 1466 de 2004, ha sido modificada en tres oportunidades, a saber: Resolución 357 de 2003, en la cual, se incluye dentro de la tarifa la permanencia del piloto práctico en operaciones de cargue y descargue de hidrocarburos. Resolución 183 de 2005, en la cual, se ajustan las tablas de arqueo y distancia debido a las tendencias en la tasa de cambio. Resolución 119 de 2007, en la cual, se regula el practicaje que se le presta a las dragas de bandera nacional o extranjera.

servicio de transporte de este profesional al buque, los cargos relativos a la disponibilidad de los pilotos en la estación de pilotos y el servicio de amarre.

Entiende la Sala, que la concepción del servicio público de practicaje prevista en la norma de carácter reglamentario y en la regulación que en materia de tarifas expidió la Dirección General Marítima, es la fuente central del debate que suscitó la consulta formulada ante la Sala, en el que se identifican dos posiciones, la primera, según la cual, el servicio de practicaje y su tarifa en los términos de la ley 658 de 2001, debe comprender a la asesoría del práctico en las diferentes maniobras o movimientos del buque en las zonas definidas para el efecto y, la segunda, en virtud de la cual, el servicio público de practicaje y la tarifa que fije la autoridad marítima nacional, debe incluir además de la asesoría del piloto práctico, que constituye su objeto principal, las actividades conexas al mismo enumeradas en la definición prevista en el artículo 1º del decreto reglamentario 1466 de 2001.

Para resolverlo, la Sala considera procedente fundamentarse en los principios que rigen la intervención del Estado en los servicios públicos, en particular, en el principio de reserva de la ley en materia de servicios que impide que tácita o implícitamente se delegue en los órganos de regulación competencias que el constituyente atribuyó al Congreso de la República, así como también en la subordinación de la potestad reglamentaria a la ley.

La aplicación de estos principios al caso concreto, como se explicó en el capítulo 4º de este concepto, conduce a la Sala a advertir que le corresponde al legislador determinar no sólo la extensión y cobertura de los servicios públicos, sino las condiciones para garantizar su prestación efectiva, el régimen de control y el régimen tarifario.

Así las cosas, la interpretación sistemática de las disposiciones de la ley 658 de 2001, es decir, de las definiciones técnicas en materia de practicaje, la forma como se debe prestar el servicio, las obligaciones de las empresas de practicaje, así como del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto por el legislador para su ejercicio, permite concluir que los servicios de transporte del piloto práctico al buque y de amarre son complementarios al servicio público de practicaje marítimo.

En efecto, en opinión de la Sala, el legislador dentro de su amplia facultad de configuración consideró que estos dos servicios son independientes, por las siguientes razones jurídicas:

- El servicio de practicaje está definido en la ley 658 de 2001 únicamente como el ejercicio de la actividad del piloto práctico.
- El servicio de transporte del piloto práctico al buque es un servicio conexo pero distinto al servicio de practicaje o asesoría. Así lo reconoció el legislador cuando no sólo autoriza a las empresas de practicaje marítimo a contratar empresas especializadas para cumplir con la obligación legal prevista en el numeral 4º del artículo 49 de la ley 658 de 2001, sino regula la actividad de estas últimas otorgándole a la autoridad marítima nacional la facultad de expedir las licencias de operación, siempre y cuando las lanchas de estas empresas cumplan con los estándares de seguridad.
- El servicio de amarre en la ley 658 de 2001, es también un servicio complementario e independiente del servicio de practicaje aunque en su ejercicio se requiera obligatoriamente que los operadores de los mismos ejerzan una acción coordinada. Es así como, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la ley 658 de 2001, el servicio de operador de amarre es incompatible con el servicio de practicaje marítimo y no puede ejercerse en forma simultánea por las empresas de practicaje.

En consecuencia, la omisión de la actividad de los operadores de amarre en el artículo 27 del decreto 1466 de 2004, modificado por el artículo 12 del decreto 3307 de 2007, que reglamentó el artículo 25 de la ley 658 de 2001, no tiene la virtualidad de modificar lo dispuesto por el legislador en esta materia. El legislador constitucionalmente es a quien le corresponde determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a una determinada actividad económica (artículo 333 C.P.).

La inhabilidad consagrada en el artículo 25 de la ley 658 de 2001, impide claramente al Gobierno Nacional y a la autoridad marítima nacional, integrar en la reglamentación y regulación respectivamente, la actividad de amarre y de practicaje marítimo como un solo servicio.

Aunque esta conclusión es suficiente para excluir el servicio de amarre como una actividad que hace parte del servicio de practicaje marítimo, vale la pena, señalar que si bien es cierto, el

legislador al definir qué se entiende por “abarloar”, “acoderar”, “atraque” y zarpe, considera que las mismas culminan al amarrar efectivamente el buque o soltar las amarras, según el caso, también lo es, las “maniobras de practicaje” se definen en términos de los movimientos que debe realizar el capitán del buque “asistido por el piloto práctico” y que dentro del marco de obligaciones impuestas por el legislador a las empresas de practicaje que explotan comercialmente el servicio, no se encuentran las de contar con el personal de amarre necesario para efectuar esta actividad.

Por las razones expuestas, la Sala considera que 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.

En consecuencia, no es viable jurídicamente que por vía reglamentación de la ley 658 de 2001, que reguló el servicio público de practicaje se extienda la cobertura y la extensión del mismo.

Tampoco es viable que a través de la facultad de fijar las tarifas o contraprestación por el servicio de practicaje, asignada por el legislador a la autoridad marítima nacional en el artículo 7 de la ley 658 de 2001, se incluyan dentro de los factores para su cálculo, los costos de servicios que no se encuentran dentro de la cobertura y el alcance que el legislador le otorgó al servicio público de practicaje.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala recomienda al Gobierno Nacional y a la Dirección General Marítima, modificar la definición de practicaje marítimo contenida en el numeral 11 del artículo 1º del decreto reglamentario 1466 de 2004 y el artículo 12 del decreto 3307 de 2007 en materia de inhabilidades, para ajustarlos a lo ordenado por el legislador en la ley 658 de 2001, así como, también, modificar la estructura tarifaria de las resoluciones expedidas por la Dimar, excluyendo de las mismas factores ajenos al alcance y la cobertura que fijó el legislador para este servicio, es decir, los servicios de transporte del piloto práctico y de amarre.

Así las cosas, encuentra esta Sala que la expresión “para quienes ejerzan la actividad de practicaje” contenida en el artículo 7º de la ley 658 de 2001, hace referencia a la contraprestación o remuneración que se debe pagar por el servicio de practicaje entendido éste como el servicio de asesoría que presta el piloto práctico al capitán del buque. El transporte del piloto práctico al buque y el servicio de amarre son servicios considerados en la ley 658 de 2001 como complementarios y distintos al practicaje propiamente dicho, cuyos costos no pueden integrarse en la tarifa que para este servicio público debe fijar la autoridad marítima nacional³⁰. (Subrayas de la Sala).

Siendo ello así y vista la evidente trasgresión del orden jurídico, la Sala no puede hacer cosa distinta que reafirmar la decisión de prosperidad de la pretensión de nulidad del artículo 27 del Decreto 1466 de 2004.

6.6.2. Decreto 3703 de 2007, artículo 12.

Al revisar la potestad reglamentaria ejercida en la expedición del artículo 12 del Decreto 3703 de 2007, la Sala observa que el sentido de la decisión no puede variar, debido a que la disposición enjuiciada incorpora una excepción que no se encuentra prevista en la ley; es decir, en ninguna parte se observa el ánimo del Legislador de introducir salvedades a las incompatibilidades enlistadas en el numeral 2 del artículo 25 de la Ley 658 de 2001, lo cual también rebasa el límite de las facultades de reglamentación de las que es titular el Gobierno Nacional, pues no se advierte de ninguna manera el marco jurídico del cual pueda extraerse la posibilidad de implementar excepciones al régimen de incompatibilidades a la prestación del servicio público de practicaje.

Ahora, si lo pretendido era permitir que las empresas de explotación de recursos minero energéticos, cuya actividad incorporara toda la cadena logística (extraer, procesar, almacenar, transportar a puerto, comercializar, etc.), llevara a cabo la actividad de practicaje, debió ser la iniciativa legislativa el camino a seguir a efectos de incluirla como excepción, pues es ese el escenario previsto para el efecto por el ordenamiento jurídico sobre todo en materia de incompatibilidades.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de abril de 2008, proferido en el proceso 11001-03-06-000-2008-00005-00 (1876).

El Consejo de Estado³¹ se ha referido sobre el particular y ha puntualizado que por limitar éstos derechos y libertades de las personas, la consagración de las inhabilidades debe tener origen constitucional o legal. Veamos:

“Se advierte que la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o de quienes aspiran o pretendan acceder a la misma. En efecto, el desarrollo indigno del poder, la influencia negativa de la posición, el privilegio indebido con olvido del interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público, tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de ésta en las diferentes ramas del Poder Público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores. Así, las inhabilidades se erigen en circunstancias personales negativas o situaciones prohibitivas preexistentes o sobrevenidas consagradas en la Constitución Política y la ley para acceder o mantenerse en la función pública, pues bien impiden el ingreso (elegibilidad), ora la continuidad en el cargo o empleo de sujetos que no reúnen las condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, las cuales se encuentran establecidas con el fin de prevenir conductas indebidas que atenten contra la moralidad, transparencia, eficiencia, eficacia, imparcialidad, igualdad, dignidad y probidad en el servicio, y de evitar el aprovechamiento de la función, posición o poder para favorecer intereses propios o de terceros. Las inhabilidades e incompatibilidades, como quiera que limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación e interpretación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; se encuentran definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbigracia: Arts. 179.1, 197 y 267 C.P.); y, además, se consideran previstas en un régimen jurídico imperativo y de orden público (ius cogens), razón por la cual no son disponibles por acuerdo o convenio de las partes.” (Resaltado de la Sala).

En este escenario, es preciso compartir el concepto emitido por el Ministerio Público, y por supuesto, el análisis planteado por el demandante, y en consecuencia, resulta procedente expulsar también del ordenamiento el artículo 12 del Decreto 3703 de 2007, todo lo cual releva a la Sala de estudiar los demás cargos de nulidad planteados por el actor.

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

FALLA:

PRIMERO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En consecuencia, DECRETAR la nulidad del artículo 27 del Decreto 1466 del 10 de mayo de 2004 y del artículo 12 del Decreto 3703 del 24 de septiembre de 2007, los dos proferidos por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 31 de mayo de 2018.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

³¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de abril de 2009, proferida en el proceso radicado con el núm. 11001 0315 000 **2007 00581** 001 (P.I.), Consejera Ponente Dra. **Ruth Stella Correa Palacio**.