

**DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Por desaparición de sus fundamentos de derecho / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Hace relación a ejecución del acto y no a su legalidad / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - No se declara en acción de nulidad / ACCION DE NULIDAD - Improcedente para declarar pérdida de fuerza ejecutoria de acto administrativo / ACCION DE NULIDAD - Características: no es de ejecución / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - Invocación mediante excepción en procedimiento administrativo**

El apoderado de la actora, en los alegatos de conclusión en la presente instancia, aduce la sentencia de la sección Cuarta de esta Corporación, del 21 de noviembre de 2007, proferida en el expediente núm. 2005 00068 00, con ponencia de la consejera doctora Ligia López Díaz, mediante la cual declaró la nulidad del pretranscrito párrafo cuarto del artículo segundo de la Resolución 2244 de 2002, y con fundamento en ello invoca el decaimiento del acto administrativo, por considerar que los actos acusados perdieron su fuerza ejecutoria por dicha nulidad. Al efecto adjuntó copia auténtica de esa sentencia, con constancia de ejecutoria a partir del 10 de diciembre de 2007 (folios 24 a 35 de este cuaderno). Se observa así que la anulación del comentado párrafo es cierta y que se encuentra en firme desde la fecha anotada, de allí que sea menester verificar si hay lugar a considerar el decaimiento que solicita el memorialista. Sobre el particular, se ha de precisar ante todo que la solicitud del actor comporta un problema de ejecutoriedad o fuerza ejecutoria del acto administrativo, cuyo examen no tiene cabida en la presente acción por la sencilla razón de que aquí no se debate la fuerza ejecutoria de los actos administrativos demandados, sino que la finalidad de esta acción es revisar la legalidad de tales actos con miras declarar o negar su anulación y, si ésta se declara, restablecer el derecho afectado y/o indemnizar el perjuicio que llegare a causar la ejecución de dicho acto. El decaimiento del acto administrativo demandado es un punto que corresponde al ámbito de la ejecución del acto, de allí que para su invocación esté prevista en el artículo 67 del C.C.A. la excepción de pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, sea cual fuere la obligación que con él se impone, de allí que su invocación sólo procede en el contexto de los diligenciamientos administrativos o jurisdiccionales de ejecución y no de cognición o declarativos. La presente acción es declarativa y de condena, más no de ejecución, luego le está vedado jurídicamente a la Sala hacer cualquier consideración o examen sobre el fondo de la pérdida de fuerza ejecutoria que por decaimiento del acto administrativo demandado ha planteado el recurrente en los alegatos de conclusión en la presente instancia.

**FUENTE FORMAL:** RESOLUCION 2244 DE 2002 DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE – ARTICULO 2 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 67

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la nulidad del párrafo cuarto del artículo 2º de la Resolución 2244 de 2002 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, sentencia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente núm. 2005 00068 00, del 21 de noviembre de 2007, C.P. Ligia López Díaz.

**DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Efectos ex nunc / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No afecta su presunción de legalidad / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Diferencias con nulidad del acto**

Además, se tiene que el decaimiento del acto administrativo tiene efectos ex –nunc y que por lo mismo no afecta la presunción de legalidad de éste, por lo cual aun después de su decaimiento es susceptible de control de legalidad por esta

jurisdicción, toda vez que dicha legalidad se determina a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición, y en el caso del decaimiento, es sabido que corresponde a situaciones o circunstancias ex post o sobrevivientes, incluso con posterioridad a la firmeza del acto administrativo. La nulidad y el decaimiento del acto administrativo son dos situaciones distintas, para las cuales la primera tiene acciones contencioso administrativas, mientras que la segunda no tiene una acción en éste ámbito, sino la excepción anotada.

**SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS - Funciones / SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS - Tasa especial de vigilancia. Hecho generador / TASA ESPECIAL DE VIGILANCIA - A cargo de sociedades y usuarios de puertos / USUARIO DE PUERTOS - Sujetos con esa calidad / MUELLE PRIVADO - Concepto / PUERTO PRIVADO - Concepto / PUERTO DE SERVICIO PUBLICO - Concepto**

Teniendo en cuenta el concepto de la tasa en cuestión, ésta tiene como hecho generador la circunstancia de estar sometido a la vigilancia de la Superintendencia de Puerto. Se hallan en esa situación las sociedades portuarias y los usuarios de puertos, según el artículo 27.1 de la Ley 1ª de 1991 (...). Ahora bien, dentro de la condición de usuarios de los puertos habrá que considerarse a todo aquel que tenga una concesión de un puerto, que puede ser para servicio público o servicio privado, atendiendo la Ley 1ª de 1991, que prevé en sus definiciones y en su regulación las clases de muelle y puerto privado, así como puerto de servicio público, los cuales caracteriza así en su artículo 5º: 5.7. Muelle privado. Es aquella parte de un puerto que se facilita para el uso exclusivo de un usuario con el propósito de facilitar el cargue y descargue, mediato o inmediato, de naves. 5.14. Puerto privado, Es aquel en donde solo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura. 5.15 Puerto de servicio público. Es aquél en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 5 NUMERAL 7 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 5 NUMERAL 14 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 5 NUMERAL 15 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 27 NUMERAL 1

**TASA DE VIGILANCIA DE SOCIEDADES Y OPERADORES PORTUARIOS - Base gravable: ingresos brutos obtenidos en desarrollo de objeto social / INGRESOS BRUTOS - Base gravable para liquidar tasa de vigilancia a sociedades y operadores portuarios: alcance / INGRESOS BRUTOS - Incluye ingresos recibidos de terceros por actividad portuaria / SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS - Objeto de la vigilancia que realiza**

Según el artículo 27.2 de la Ley 1ª de 1991, la base para liquidar la mencionada tasa de vigilancia son los ingresos brutos que obtengan las sociedades portuarias y a los operadores portuarios, obviamente, en el desarrollo de sus actividades portuarias o, lo que es, igual, en desarrollo de su objeto social relacionadas con el puerto que tengan en concesión. Pero cómo han de entenderse esos ingresos brutos? (...) ¿Tiene cabida en la normatividad pertinente que existan personas vigiladas por la Superintendencia de Puertos que no deban pagar la tasa de vigilancia, por la circunstancia de no recibir ingresos de terceros por su actividad portuaria, y otras que sí están obligadas a pagarla por la situación contraria?. (...) La respuesta a todo ello es “no”, por muchas razones, siendo suficiente con destacar la de que el objeto de la vigilancia a cargo de la Superintendencia de

Puertos no es la recepción de ingresos o la prestación del servicio de puerto a terceros, sino las operaciones de las sociedades portuarias y de los usuarios de los puertos, lo cual, según el artículo 3º de la Ley 1 de 1991 comprende "...las condiciones técnicas de operación de los puertos, en materias tales como nomenclatura; procedimientos para la inspección de instalaciones portuarias y de naves en cuanto a bodegas, carga y estiba; manejo de carga; facturación; recibo, almacenamiento y entrega de la carga; servicios a las naves; prelación y reglas sobre turnos, atraque y desatraque de naves; períodos de permanencia; tiempo de uso de servicios; documentación; seguridad industrial, y las demás que han estado sujetas a la Empresa Puertos de Colombia, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la presente Ley". No se observa en la referida ley, ni se tiene noticia de norma alguna, que se haga distinción para efectos de esa vigilancia entre las personas que reciban ingresos de terceros y quienes no los reciban por sus actividades portuarias, y menos para excluirlas de la cuota de vigilancia, luego unas y otras están bajo dicha vigilancia. (...). Así las cosas, es menester interpretar la expresión ingresos brutos en un sentido más amplio y complejo que el meramente contable que reclama la actora, y ese sentido más amplio no es otro que cualquier beneficio objetivo o material susceptible de ser cuantificable monetariamente, y que por lo mismo resulta favorable o positivo para el patrimonio de la persona que lo obtiene, dentro de lo cual cabe tanto la recepción de un flujo dinerario a título de pago, como también un "no egreso" frente a la obtención de un beneficio que tiene precio en el giro normal del negocio, de suerte que el patrimonio se incrementa tanto como el monto del "no egreso" dado, que será lo que no hubo que pagar por el beneficio obtenido, que en este caso sería lo que una empresa hubiera tenido que pagar por el mismo descargue en un puerto ajeno, menos los costos de operación del puerto privado propio, situación en la cual, la usuaria de su puerto privado estará obteniendo un ingreso bruto equivalente a lo que se evita pagar por sus propios descargues en dicho puerto.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 3 / LEY 1 DE 1991 – ARTICULO 27 NUMERAL 2

**TASA ESPECIAL DE VIGILANCIA - Sociedades y operadores portuarios / INGRESOS BRUTOS - Liquidación a efectos de determinar base de tasa de vigilancia a sociedad y operador portuario / INGRESOS BRUTOS - Concepto por pago de terceros por servicios portuarios / INGRESOS BRUTOS - Concepto por no erogación por aprovechamiento personal de servicios portuarios: descargues en puerto privado / DESCARGUES EN PUERTO PRIVADO - Ingresos brutos para liquidación de tasa de vigilancia**

Así las cosas, la interpretación que la Superintendencia está haciendo de la norma en comento, incluso prescindiendo del artículo 2º, párrafo cuarto, de la Resolución 2244 de 2002, resulta lógica y acorde con la normatividad pertinente a la materia, toda vez que es razonable que se tenga como ingreso bruto tanto el flujo de dinero que se reciba de terceros a cambio de servicios portuarios, como la no erogación por el aprovechamiento personal de dichos servicios, en especial el uso del puerto privado para descargues propios. Por lo anterior, si un usuario de un puerto recibe ingresos de terceros por su actividad portuaria y a la vez utiliza el puerto para sus propios descargues, bien puede atribuírsele ingresos brutos por esos dos conceptos. Como la antes descrita es la situación de la actora, y en el acto administrativo acusado se procedió de esa manera, en la medida en que se le liquidó la tasa de vigilancia sobre la base de los ingresos brutos recibidos por servicios de muellaje y por las tarifas no sufragadas por descargues propios en el puerto que tiene en concesión, se ha de concluir que los actos acusados están acordes con la normatividad examinada y que la sentencia apelada se halla

acorde con esa situación, por lo cual amerita ser confirmada, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

**FUENTE FORMAL:** RESOLUCION 2244 DE 2002 DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE – ARTICULO 2

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejero ponente:** RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010)

**Radicación número:** 25000-23-27-000-2005-01869-01

**Actor:** COLCLINKER S.A.

**Demandado:** SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE

**Referencia:** APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 19 de abril de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda.

## **I.- ANTECEDENTES**

### **1. LA DEMANDA**

**COLCLINKER S.A.**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accediera a las siguientes

#### **1. 1. Pretensiones**

**Primera.** Declarar la nulidad de:

- La Resolución Núm. 2426 de 18 de diciembre de 2003, expedida por el Secretario General de la Superintendencia de Puertos y Transporte, mediante la

cual se modificó la liquidación privada de la tasa de vigilancia correspondiente al año gravable 2001, presentada por la actora, determinando un mayor valor a pagar por concepto de tasa de vigilancia de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MCT (166.671.837), una sanción en cuantía de CIENTOSEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CIENCUENTA Y DOS PESOS (\$106.598.952) y unos intereses moratorios por valor de DIEZ Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS (\$19.679.806).

- La Resolución 3924 de 18 de noviembre de 2004 expedida por el Secretario General de la Superintendencia de Puertos, con la que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, confirmándola.

- Resolución 8676 de 20 de mayo de 2005, expedida por el Superintendente de Puertos y Transporte, con la cual desató el recurso de apelación impetrado contra la primera, también en sentido confirmatorio de la misma.

**Segunda.** Como consecuencia de la nulidad y restablecimiento de sus derechos, ordenar a la entidad demandada reintegrarle las sumas anotadas, que ya fueron pagadas por la actora, más los intereses más altos autorizados por la ley, liquidados desde la fecha en que se hicieron dichos pagos, hasta la fecha en que se haga efectiva la devolución, y se le condene al pago de costas y agencias en derecho.

## **1. 2. Hechos en que se funda la demanda**

Consisten, resumidamente, en que la actora, quien tiene una concesión para un puerto de servicio privado en Mamonal, Cartagena y está registrada como Operador Portuario, en cumplimiento del artículo 1º de la Resolución 2244 de 2002 presentó la autoliquidación de la tasa de vigilancia, reportando como ingresos brutos portuarios \$ 318.933.000 y liquidando un valor de \$ 2.673.000 por concepto de tasa de vigilancia, que pagó el 16 de diciembre de 2002, todo de conformidad con la subcuenta independiente.

No obstante lo anterior, la entidad demandada corrigió dicha liquidación mediante la primera de las resoluciones acusadas, tomando como base \$19.570.213.270 por movilización de carga propia y \$318.933.000 obtenido por cobro de muellaje,

para un total de \$ 19.889.146.270, al cual le aplicó el 0.838% establecido por la Resolución 00002 de 2002 de la Comisión de Regulación de Transporte para la tasa de vigilancia; quedando así como valor a pagar por concepto de la diferencia de dicha tasa autoliquidada, la suma de \$ 166.671.387, más los intereses de mora, equivalentes a 360 días sobre el valor dejado de consignar, por un monto de \$ 19.679.806; más una multa a diciembre 30 de 2003 por \$ 106.598.952, sustentada en el artículo 3º, numeral 1, de la Resolución 0457 de 2001.

La accionante, canceló los valores señalados e interpuso los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación, contra esa decisión, los cuales fueron resueltos mediante las resoluciones atrás mencionadas y en el sentido confirmatorio ya anotado.

### **1. 3. Normas violadas y concepto de la violación**

Se le endilga al acto acusado la violación de las disposiciones que son invocadas en los siguientes cargos:

1.3.1.- Artículo 27.2 de la Ley 1ª de 1991, en cuanto señala que la tasa se debe cobrar por la parte proporcional que les corresponda a las sociedades y operarios portuarios **según los ingresos brutos** en los costos de funcionamiento de la Superintendencia, y en tanto esta entidad sustentó su liquidación en el número de toneladas movilizadas, multiplicada por la tarifa promedio del mercado, y bajo el argumento de que se movilizó carga propia, a los ingresos brutos se le agregó la movilización de carga sin tener en cuenta que ésta no genera ningún tipo de ingreso para la actora.

1.3.2. Artículo 338 de la Constitución Política, por la circunstancia atrás anotada, con lo cual vulneró el principio de legalidad consagrado en dicho artículo en relación con los gravámenes, ya que se aplicó en este caso una metodología no prevista en la ley.

1.3.3. Artículo 2º, parágrafo 4º, de la Resolución 2244 de 2002 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, por indebida aplicación, ya que esa entidad lo aplicó sin que se dieran los supuestos previstos en el mismo, esto es, que el puerto movilice carga propia y además registre los ingresos portuarios en subcuenta independiente, toda vez que la actora, al atender carga propia y no de

terceros, no percibe ingresos por cargue y descargue de mercancías. Sólo los percibe por muellaje, de allí que no sea procedente acudir al citado artículo 2º, párrafo 4º, de la Resolución 2244 de 2002, sino a las directrices señaladas en esta misma resolución para los vigilados que perciben ingresos reales de terceros, derivados de su actividad portuaria de conformidad con el párrafo primero del artículo primero de dicho acto administrativo.

1.3.4. Por todo lo anterior, los actos enjuiciados están afectados por falsa motivación, toda vez que es claro que la actora sólo recibe ingresos de terceros por concepto de muellaje, y ninguno por cargue y descargue, por lo cual no lleva a la subcuenta ingreso bruto alguno que corresponda a estos últimos conceptos, y en la sustentación de dichos actos se exponen consideraciones contrarias a esa situación fáctica.

## **2. Contestación de la demanda**

La entidad demandada, mediante apoderado, manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda y controvierte los cargos de la misma con base en el argumento de que no es lógico que la actividad portuaria relacionada con la carga propia de la actora en el muelle concesionado, sólo le genere gastos de comercialización y administración reflejados en costos para la operación del puerto, y no le represente ningún tipo de utilidad o beneficio que se refleje en un incremento patrimonial o disminución del pasivo. Si así fuera, le resultaría más conveniente movilizar su propia carga a través de otros muelles o puertos, administrados por terceros.

Por lo tanto no es cierto que con la expedición de los actos acusados hubiera incurrido en violación de las normas superiores invocadas en la demanda, puesto que la situación de la actora se encuadra en la norma aplicada en aquéllos, esto es, el párrafo 4º, del artículo 2º de la resolución 2244 de 2002, el cual no desconoce el concepto de ingreso bruto y no modifica ni amplía la base gravable, ni la ata a una circunstancia extraña, toda vez que no se aparta del concepto de ingreso bruto como base gravable, tal como lo señala el numeral 2 de la Ley 01 de 1991. Por ende, tampoco hay falsa motivación de dichos actos.

Por lo anterior propone la excepción de indebida pretensión de la demanda, así como la innominada.

## **II.- LA SENTENCIA APELADA**

El *a quo*, luego de hacer una reseña de la situación procesal y las posiciones de las partes, examinó el fondo de la cuestión litigiosa, de lo cual concluye que a la luz de la normatividad aplicada al asunto es claro que el operador portuario, como lo es la actora, realiza actividades de muellajes y movilización de carga propia y de terceros, y que la tasa de vigilancia debe ser liquidada respecto de ambas actividades, así no exista facturación ni contabilización de ingresos relacionados con la carga propia, ya que la norma reguló la tasa en ambos eventos, en especial el párrafo 4º, del artículo 2 de la Resolución 2244 de 2002, que determinó la base y la tarifa para efectos de la liquidación respectiva para el último de los eventos anotados, tanto que el formulario para la autoliquidación trae la casilla B1 para ingresos brutos portuarios recibidos de terceros, y B2, para carga propia, de terceros y los ingresos brutos portuarios.

Por lo anterior deduce que los cargos no están llamados a prosperar y, consiguientemente, niega las pretensiones de la demanda.

## **III.- EL RECURSO DE APELACIÓN**

En la sustentación de la alzada la actora controvierte la interpretación que el *a quo* le da a las normas referidas, y al respecto dice que aquél sustentó la sentencia en el formulario y no en la Resolución 2244, pues los puntos B1 y B2 son excluyentes según el instructivo de dicho formulario, amén de que partió del error de que la actora moviliza carga de terceros, puesto que ello no es cierto y no le está permitido hacerlo por ser muelle privado. Por tal razón incurrió en el mismo error de la Superintendencia.

Por tales consideraciones solicita que se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda.

## **IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSION**

El traslado para alegar de conclusión fue descorrido por las partes, así:



La actora, mediante memorial reproduce lo expuesto en la sustentación del recurso, a lo cual agrega comentarios sobre un fallo del juez a quo en un proceso entre las mismas partes donde se anuló el acto acusado, en una situación similar al del sub lite, para que se tenga en cuenta en la presente instancia.

Igualmente aduce una sentencia de la sección Cuarta de esta Corporación, en la cual se declaró la nulidad, entre otras, de la resolución 2244 de 2002, calendada 21 de noviembre de 2007, expediente 2005 00068 00, consejera ponente doctora Ligia López Díaz, para reclamar con fundamento en esa sentencia el decaimiento del acto administrativo, al considerar que en virtud de la misma los actos acusados perdieron su fuerza ejecutoria.

2. La entidad demandada reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, especialmente en la falta de contabilización en la subcuenta, de los ingresos por el movimiento de carga en el puerto, y que en virtud de esa carga le es aplicable el parágrafo 4º del artículo 2º, de la Resolución 2244 de 2002 en lo concerniente a la misma.

## **V. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO**

El Delegado del Ministerio Público ante la Sala guardó silencio en el presente asunto.

## **VI.- DECISION**

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

## **CONSIDERACIONES**

### **1. - El acto administrativo acusado**

Está conformado por las Resoluciones Núms. 2426 de 18 de diciembre de 2003, del Secretario General de la Superintendencia de Puertos y Transporte, mediante la cual modificó la liquidación privada de la tasa de vigilancia correspondiente al año gravable 2001, presentada por la actora, determinando un mayor valor a pagar por concepto de tasa de vigilancia de CIENTO SESENTA Y SEIS

MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MCT (166.671.837), una sanción en cuantía de CIENTOSEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CIENCUENTA Y DOS PESOS (\$106.598.952) y unos intereses moratorios por valor de DIEZ Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS (\$19.679.806).

Y sus confirmatorias, las Resoluciones 3924 de 18 de noviembre de 2004 expedida por el mismo funcionario, con la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior, y 8676 de 20 de mayo de 2005, expedida por el Superintendente de Puertos y Transporte, con la cual desató el recurso de apelación impetrado contra la primera.

## **2.- Fijación de la cuestión litigiosa en la instancia**

De bulto se observa que la controversia se centra en la disyuntiva de establecer cuál de las dos es la base jurídicamente correcta para liquidar la tasa de vigilancia que la actora, en su condición de titular de licencia portuaria, o lo que es igual de operador o usuarios de puerto, debe pagar a la Superintendencia de Puertos, esto es, i) si solamente los ingresos brutos que aquella recibe por alguna actividad portuaria (servicio de muellaje, como ella lo aduce), o ii) si también deben incluirse como ingresos brutos el valor estimado de la carga propia que ella descarga en el puerto que tiene en concesión, según lo interpreta la referida entidad.

## **3. La normatividad que rige el asunto**

La controversia así planteada guarda relación directa con la normatividad aplicada en el asunto e invocada como violada en los cargos formulados en la demanda, especialmente con el artículo 27.2 de la Ley 1ª de 1991, "*Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones*", y el párrafo cuarto del artículo segundo de la Resolución 2240 de 2002 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, "*Por la se fija la fecha límite de pago de la autoliquidación de tasa de vigilancia correspondiente a ingresos brutos obtenidos durante la vigencia del año 2001 y se adopta el formulario para la declaración y pago de esta contribución*", cuyos enunciados son los siguientes:

**"27.2.** (Ley 1 de 1991) *Cobrar a las sociedades portuarias y a los operadores portuarios, por concepto de vigilancia, una tasa por la*

*parte proporcional que les corresponda según sus ingresos brutos, en los costos de funcionamiento de la Superintendencia, definidos por la Contraloría General de la República;”*

**“ARTICULO SEGUNDO:** (Resolución 2244 de 2002) *Adóptese como documento para la declaración y el pago de autoliquidación de la tasa de vigilancia, el formulario que hace parte integral de la presente resolución, ...*

*(...)*

**PARAGRAFO CUARTO:** *Aquellos vigilados que utilicen el muelle para la movilización de carga propia y por lo tanto no generen contabilización de sus ingresos por actividad portuaria en subcuenta independiente, deberán calcular sus ingresos brutos portuarios basados en las toneladas de carga movilizadas durante el ejercicio contable, por tarifa promedio del mercado del tipo de carga respectivo, registradas ante la Superintendencia de Puertos y Transporte. En todo caso, la tarifa a aplicar deberá cubrir como mínimo los costos portuarios en que incurrió para efectuar las operaciones, de conformidad con los artículos 21 y 22 de la Ley 01 de 1991”.*

#### **4.- El decaimiento invocado por la apelante en los alegatos de conclusión**

El apoderado de la actora, en los alegatos de conclusión en la presente instancia, aduce la sentencia de la sección Cuarta de esta Corporación, del 21 de noviembre de 2007, proferida en el expediente núm. 2005 00068 00, con ponencia de la consejera doctora Ligia López Díaz, mediante la cual declaró la nulidad del pretranscrito párrafo cuarto del artículo segundo de la Resolución 2244 de 2002, y con fundamento en ello invoca el decaimiento del acto administrativo, por considerar que los actos acusados perdieron su fuerza ejecutoria por dicha nulidad. Al efecto adjuntó copia auténtica de esa sentencia, con constancia de ejecutoria a partir del **10 de diciembre de 2007** (folios 24 a 35 de este cuaderno).

Se observa así que la anulación del comentado párrafo es cierta y que se encuentra en firme desde la fecha anotada, de allí que sea menester verificar si hay lugar a considerar el decaimiento que solicita el memorialista.

Sobre el particular, se ha de precisar ante todo que la solicitud del actor comporta un problema de ejecutoriedad o fuerza ejecutoria del acto administrativo, cuyo examen no tiene cabida en la presente acción por la sencilla razón de que aquí no se debate la fuerza ejecutoria de los actos administrativos demandados, sino que la finalidad de esta acción es revisar la legalidad de tales actos con miras declarar o negar su anulación y, si ésta se declara, restablecer el derecho afectado y/o indemnizar el perjuicio que llegare a causar la ejecución de dicho acto.

El decaimiento del acto administrativo demandado es un punto que corresponde al ámbito de la ejecución del acto, de allí que para su invocación esté prevista en el artículo 67 del C.C.A. la **excepción de pérdida de ejecutoriedad** del acto administrativo, sea cual fuere la obligación que con él se impone, de allí que su invocación sólo procede en el contexto de los diligenciamientos administrativos o jurisdiccionales de ejecución y no de cognición o declarativos.

La presente acción es declarativa y de condena, más no de ejecución, luego le está vedado jurídicamente a la Sala hacer cualquier consideración o examen sobre el fondo de la pérdida de fuerza ejecutoria que por decaimiento del acto administrativo demandado ha planteado el recurrente en los alegatos de conclusión en la presente instancia.

Además, se tiene que el decaimiento del acto administrativo tiene efectos ex –nunc y que por lo mismo no afecta la presunción de legalidad de éste, por lo cual aun después de su decaimiento es susceptible de control de legalidad por esta jurisdicción, toda vez que dicha legalidad se determina a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición, y en el caso del decaimiento, es sabido que corresponde a situaciones o circunstancias ex post o sobrevivientes, incluso con posterioridad a la firmeza del acto administrativo. La nulidad y el decaimiento del acto administrativo son dos situaciones distintas, para las cuales la primera tiene acciones contencioso administrativas, mientras que la segunda no tiene una acción en éste ámbito, sino la excepción anotada.

## **5. Alcance de la referida normatividad**

Vista en conjunto, surgen las siguientes precisiones:

1. Teniendo en cuenta el concepto de la tasa en cuestión, ésta tiene como hecho generador la circunstancia de estar sometido a la vigilancia de la Superintendencia de Puerto.

Se hallan en esa situación las sociedades portuarias y los usuarios de puertos, según el artículo 27.1 de la Ley 1ª de 1991, que a la letra dice:

*“Artículo 27. El Superintendente General de Puertos ejercerá las siguientes funciones:*

*27.1. Vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos dictados especialmente para las sociedades portuarias y los usuarios de los puertos.”*

Ahora bien, dentro de la condición de usuarios de los puertos habrá que considerarse a todo aquel que tenga una concesión de un puerto, que puede ser para servicio público o servicio privado, atendiendo la Ley 1ª de 1991, que prevé en sus definiciones y en su regulación las clases de muelle y puerto privado, así como puerto de servicio público, los cuales caracteriza así en su artículo 5º:

**5.7. Muelle privado.** *Es aquella parte de un puerto que se facilita para el uso exclusivo de un usuario con el propósito de facilitar el cargue y descargue, mediato o inmediato, de naves.*

**5.14. Puerto privado,** *Es aquel en donde solo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura.*

**5.15 Puerto de servicio público.** *Es aquél en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones.*

2. Según el artículo 27.2 de la Ley 1ª de 1991, la base para liquidar la mencionada tasa de vigilancia son **los ingresos brutos** que obtengan las *sociedades portuarias y a los operadores portuarios*, obviamente, en el desarrollo de sus actividades portuarias o, lo que es, igual, en desarrollo de su objeto social relacionadas con el puerto que tengan en concesión.

Pero cómo han de entenderse esos ingresos brutos? ¿Será en su sentido literal, o como lo recibido de terceros a título de pago por una actividad portuaria que preste la empresa o sociedad vigilada?

Si así fuera, la empresa o sociedad vigilada que no reciba pagos de terceros por su actividad portuaria por realizarlas sólo en su propio beneficio (puertos o muelles privados) quedarían excluidas de la tasa de vigilancia.

¿Tiene cabida en la normatividad pertinente que existan personas vigiladas por la Superintendencia de Puertos que no deban pagar la tasa de vigilancia, por la circunstancia de no recibir ingresos de terceros por su actividad portuaria, y otras que sí están obligadas a pagarla por la situación contraria?.

¿Sería suficientemente justificativa esa circunstancia de un trato tan diferente, entre sujetos que por su específica relación con un puerto (sociedad portuaria o usuario de puerto) se encuadran en el supuesto de hecho que genera la tasa en comento?

La respuesta a todo ello es “no”, por muchas razones, siendo suficiente con destacar la de que el objeto de la vigilancia a cargo de la Superintendencia de Puertos no es la recepción de ingresos o la prestación del servicio de puerto a terceros, sino las operaciones de las sociedades portuarias y de los usuarios de los puertos, lo cual, según el artículo 3º de la Ley 1 de 1991 comprende “...las condiciones técnicas de operación de los puertos, en materias tales como nomenclatura; procedimientos para la inspección de instalaciones portuarias y de naves en cuanto a bodegas, carga y estiba; manejo de carga; facturación; recibo, almacenamiento y entrega de la carga; servicios a las naves; prelación y reglas sobre turnos, atraque y desatraque de naves; períodos de permanencia; tiempo de uso de servicios; documentación; seguridad industrial, y las demás que han estado sujetas a la Empresa Puertos de Colombia, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la presente Ley”.

No se observa en la referida ley, ni se tiene noticia de norma alguna, que se haga distinción para efectos de esa vigilancia entre las personas que reciban ingresos de terceros y quienes no los reciban por sus actividades portuarias, y menos para excluirlas de la cuota de vigilancia, luego unas y otras están bajo dicha vigilancia.

Por lo tanto, la lectura literal de la norma, como lo pretende la actora, generaría un trato diferente y discriminatorio que no tiene justificación alguna, y por ende sería claramente violatorio del derecho de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Es evidente, entonces, que daría lugar a una situación incompatible con el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, es menester interpretar la expresión ingresos brutos en un sentido más amplio y complejo que el meramente contable que reclama la actora, y ese sentido más amplio no es otro que cualquier beneficio objetivo o material susceptible de ser cuantificable monetariamente, y que por lo mismo resulta favorable o positivo para el patrimonio de la persona que lo obtiene, dentro de lo cual cabe tanto la recepción de un flujo dinerario a título de pago, como también un “no egreso” frente a la obtención de un beneficio que tiene precio en el giro normal del negocio, de suerte que el patrimonio se incrementa tanto como el monto del “no egreso” dado, que será lo que no hubo que pagar por el beneficio obtenido, que en este caso sería lo que una empresa hubiera tenido que pagar por el mismo descargue en un puerto ajeno, menos los costos de operación del puerto privado propio, situación en la cual, la usuaria de su puerto privado estará obteniendo un ingreso bruto equivalente a lo que se evita pagar por sus propios descargues en dicho puerto.

3. Así las cosas, la interpretación que la Superintendencia está haciendo de la norma en comento, incluso prescindiendo del artículo 2º, parágrafo cuarto, de la Resolución 2244 de 2002, resulta lógica y acorde con la normatividad pertinente a la materia, toda vez que es razonable que se tenga como ingreso bruto tanto el flujo de dinero que se reciba de terceros a cambio de servicios portuarios, como la no erogación por el aprovechamiento personal de dichos servicios, en especial el uso del puerto privado para descargues propios.

Por lo anterior, si un usuario de un puerto recibe ingresos de terceros por su actividad portuaria y a la vez utiliza el puerto para sus propios descargues, bien puede atribuírsele ingresos brutos por esos dos conceptos.

## **6. El caso concreto**

Como la antes descrita es la situación de la actora, y en el acto administrativo acusado se procedió de esa manera, en la medida en que se le liquidó la tasa de

vigilancia sobre la base de los ingresos brutos recibidos por servicios de muellaje y por las tarifas no sufragadas por descargues propios en el puerto que tiene en concesión, se ha de concluir que los actos acusados están acordes con la normatividad examinada y que la sentencia apelada se halla acorde con esa situación, por lo cual amerita ser confirmada, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

### **FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia apelada, proferida el 19 de abril de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual niega las pretensiones de la demanda presentada por la sociedad **COLCLINKER S.A.** en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del veinte veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010).

**RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA    MARÍA    CLAUDIA    ROJAS    LASSO**

**Presidente**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**



