

Sección Tercera
Sala de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado

Asunto: Acción de Tutela
Accionante: Blanca Nelly Gaviria de Henao
Accionado: Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Alejandro Gaviria Cardona, mayor de edad, con domicilio en el municipio de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía 8.028.508 y portador de la tarjeta profesional 164.704 del C. S. de la J., actuando en representación de Blanca Nelly Gaviria de Henao, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 32.324.253, acudo a su despacho con el fin de interponer ACCIÓN DE TUTELA, contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado; de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, y el Decreto reglamentario 2591/91, para que constitucionalmente se le conceda la protección del derecho fundamental del DEBIDO PROCESO, los cuales se consideran vulnerados por la entidad accionada, de conformidad con los siguientes

Hechos

Primero.- Mi mandante y otros, por intermedio de apoderado, radicaron, el pasado 11 de marzo de 2011 demanda de reparación directa, en contra del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima –DIMAR-.

Dicha demanda, por razones de competencia, le fue asignado al Tribunal Administrativo del Magdalena, con ponencia del magistrado Adonay Ferrari Padilla, correspondiéndole el radicado: 47001233100020110010600.

Segundo.- En dicha demanda se pretendía el resarcimiento de perjuicios sufridos por los demandantes, en razón del siniestro marítimo ocurrido en la ciudad de Santa Marta el 24 de diciembre de 2008, en donde los hermanos Johnatan de la Cruz y Oswaldo Henao Gaviria se desaparecieron en el mar.

Tercero.- Algunos de los fundamentos fácticos señalados desde la demanda, con relevancia para esta acción de tutela, fueron los siguientes:

- Entre el 21 y el 29 de diciembre de 2008, el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima –DIMAR-, recomendó *“extremar las medidas de seguridad para las embarcaciones menores y actividades*

marítimas en general sobre el norte y centro del litoral Caribe".
(hechos 1 al 5)

- Que el "Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima -DIMAR-, en el Boletín Meteomarinero Mensual del Caribe Colombiano del mes de diciembre de 2008, estableció que el municipio de Santa Marta pertenece al Litoral Caribe zonas Norte y Centro". (hecho 6)
- Que pese "a las advertencias relacionadas en los hechos anteriores, en el sector de Playa Blanca del municipio de Santa Marta, la DIMAR NO asignó un funcionario que se encargara de verificar los permisos, el cumplimiento de las exigencias técnicas con respecto a la identidad de la embarcación ni de la tripulación, de las embarcaciones menores, ni que controlara las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación ni la seguridad de la vida humana en el mar". (hecho 8)
- Lo anterior generó que "El día 24 de diciembre de 2008, durante un viaje familiar que mis poderdantes realizaron a la ciudad de Santa Marta, en el sector de Playa Blanca, Johnatan de la Cruz, Oswaldo Henao Gaviria y Johan Castañeda, rentaron un Kayak denominado "Koral", pese a que la Resolución 150 CP4-MM del 16 de diciembre de 2005, expedida por el Capitán de Puerto de Santa Marta, establecía que la capacidad máxima de pasajeros para esta embarcación era de dos (2) personas, y se exigía, en la parte resolutive de dicha Resolución, respetar la capacidad de pasajeros asignado" (hecho 9) y que, "Aproximadamente a la media hora de estar navegando, la embarcación fue volcada y el Kayak se alejó de la tripulación, debido a los fuertes vientos y al mar de leva" (hecho 10).

Cuarto.- El 19 de noviembre de 2014 se profirió sentencia de primera instancia desestimatoria de las pretensiones, por considerarse que al no haberse probado el fallecimiento de los hermanos Henao Gaviria, no se había generado ningún daño a los demandantes.

Quinto.- El apoderado, dentro de la oportunidad legal, interpuso recurso de apelación, exponiéndose que dicha afirmación nunca sirvió como fundamento fáctico de la demanda, toda vez que siempre se indicó que estos habían desaparecido en el mar, mas nunca se afirmó su fallecimiento.

Igualmente, señaló que no era posible exigir la prueba del deceso, toda vez que, según los términos de caducidad del medio de control de reparación directa, las víctimas cuentan con dos años para solicitar la reparación, contados desde la ocurrencia del evento dañoso, pero, al mismo tiempo, la solicitud de declaración de muerte presenta por

desaparecimiento sólo se puede iniciar pasados dos años desde el desaparecimiento.

Sexto.- La apelación se concedió el 28 de enero de 2015, para surtirse ante el Consejo de Estado.

Séptimo.- Por reparto le fue asignado a la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. En esta Instancia el radicado era 47001233100020110010601 (Exp. 53.751).

Octavo.- El 3 de marzo de 2020, luego de pasar 4 años a Despacho, se profiere decisión de fondo, en donde se revoca el fallo de primera instancia, y en su lugar se desestiman las pretensiones de la demanda, por no encontrar acreditada ninguna culpa de la entidad demandada.

Se indica en el fallo que “Lo anterior significa que en asuntos como el presente resultaría aplicable la máxima “nadie está obligado a lo imposible”, sin que eso permita concluir que la entidad siempre debe resultar exonerada por los daños que se causen, pues esto dependerá, en cada caso, de si estaba en la posibilidad o no de cumplir con la carga impuesta [...] Del material probatorio allegado al expediente se observa que el deber de vigilancia de la Dimar no puede ser entendido en términos absolutos [...] Debe aclararse que no le resultaba exigible a la Dimar tener a un funcionario en cada punto de Playa Blanca observando que todos los establecimientos de comercio dedicados al servicio de transporte turístico de pasajeros cumplieran con cada una de las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias, pues esto desbordaría la capacidad de cualquier entidad pública, luego, llegar a esa conclusión sería obligarla a lo imposible”.

Nótese que La Corporación indica que la entidad demandada no estaba en posibilidad de vigilar que los terceros a quienes se les ha concedido licencia cumplan con la misma. Esto lo hace en atención a que pese a que la licencia de explotación del Kayak indicaba que el mismo sólo podría ser usado por dos personas, la entidad lo rentó a tres. Es decir, señaló que nadie está obligado a lo imposible, por lo que no le era exigible al Estado vigilar que el establecimiento de comercio que rentó el Kayak a los hermanos Henao Gaviria estuviera cumpliendo las restricciones brindadas al momento de concedérsele la licencia.

Noveno.- Dicha decisión fue notificada, de manera electrónica (en razón de la pandemia por el COVID-19), el 20 de mayo de 2020.

Décimo.- El 23 de mayo de 2020, por medio del correo electrónico, se solicitó la adición de la sentencia señalada, en tanto no hizo ninguna referencia a la *causa petendi* indicada en el hecho tercero de esta acción de tutela, relativo a la expresa omisión que se le atribuye a la demandada, por no adoptar las medidas de seguridad que efectuó el

Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima –DIMAR-, recomendó “*extremar las medidas de seguridad para las embarcaciones menores y actividades marítimas en general sobre el norte y centro del litoral Caribe*”, en razón a las condiciones climáticas.

Undécimo.- Es decir, pese a que se afirmó en la providencia atacada que, de manera genérica al Estado le queda imposible custodiar la vida de una de las personas en el mar, nada señaló con relación a la expresa omisión que se le atribuye a la entidad demandada, en relación al deber de prohibir el zarpe de embarcaciones menores, en razón a las condiciones climáticas, ni a las pruebas que la soportan, lo cual configuró una falta de motivación, en tanto, de resolverse este extremo litigioso, el fallo habría sido diferente. No se resuelve expresamente sobre el hecho – causa de la pretensión.

La sentencia objeto de esta tutela aduce que nadie está obligado a lo imposible, razón por la cual el Estado no estaba obligado a cuidar la vida de los hermanos Henao Gaviria en el mar, pero no analiza el supuesto fáctico (*causa petendi*) que señala que la misma DIMAR había indicado que, en razón a las condiciones climáticas, estaba prohibido el zarpe de embarcaciones menores y no hizo absolutamente nada para prohibirlas, pese a estar en una zona turística dedicada a la explotación de dichas actividades turísticas.

Duodécimo.- En razón a dicha omisión se solicitó adición de sentencia. Expresamente se indica en la solicitud de adición:

Fundamento mi solicitud en la falta de pronunciamiento en la providencia en cuestión frente a la negligencia que pretendemos endilgar a la Nación – Ministerio de Defensa, por no acatar la directriz del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima –DIMAR- de “*extremar las medidas de seguridad para las embarcaciones menores y actividades marítimas en general*” sobre el centro del litoral Caribe –al cual pertenece el municipio de Santa Marta-, durante el período comprendido entre el 21 y el 29 de diciembre de 2008, teniendo en cuenta que los hechos atribuidos a las demandadas ocurrieron el 24 de diciembre de 2008.

Ahora, recuérdese que es deber del Estado regular, dirigir y controlar las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación en general, así como velar por la seguridad de la vida humana en el mar, pero si a eso le añadimos la expresa directriz de extremar las medidas de seguridad para dicho periodo, la negligencia de las demandadas es más que evidente.

Es decir, pese a las advertencias previamente descritas, en el sector de Playa Blanca del municipio de Santa Marta, la DIMAR no asignó un funcionario que se encargara de verificar los permisos, el cumplimiento de las exigencias técnicas con respecto a la identidad de la embarcación ni de la tripulación, de las embarcaciones menores, ni que controlara las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación ni la seguridad de la vida humana en el mar.

Con todo el respeto, consideramos que el pronunciamiento frente a este punto es vital, de cara a la total solución de la *Litis*, máxime cuando fueron tratados como hechos fundantes *-causa petendi-* de la pretensión.

Asímismo, dentro de las pruebas documentales se aportaron los diferentes informes meteorológicos del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima – DIMAR-, de los días 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de diciembre de 2008, los cuales nunca fueron debatidos por los aquí demandados, y frente a los cuales no se realizó ningún pronunciamiento.

También se aportó escrito de la Capitanía de Puerto de Santa Marta, fechado 6 de julio de 2009, en donde se reconoce expresamente, que en el sector de Playa Blanca, no se había designado inspector de playa, que se reitera, para el caso en concreto, y atendiendo la directriz de extremar medidas de seguridad, en razón de las condiciones climáticas, era indispensable.

Ahora, es necesario decirlo, la prioridad del Estado debe ser la vida, y si el Estado consideraba que no le era posible asignar un funcionario de playa –tal y como lo afirma la Corporación- en cada espacio de tierra, debió cerrar la playa, en razón, se insiste, de la advertencia expresa de extremar medida de seguridad.

Y es que el funcionario de playa, en el caso en concreto era necesario, porque la misma DIMAR había advertido la necesidad de extremar las medidas de seguridad, pese a lo cual no hizo absolutamente nada para extremarlas.

Décimo tercero.- El 4 de junio de 2020, se indicó por parte del Despacho, que una vez se reanudaran los términos judiciales, se le daría trámite a la solicitud de adición de sentencia.

Décimo cuarto.- El pasado 15 de febrero se notificó de manera virtual la decisión de negar la solicitud de adición de sentencia, en tanto

consideró la Sala que sí se había pronunciado frente al extremo de la *Litis*, lo cual, tal y como se está acreditando en esta acción de tutela, no es cierto que haya pronunciamiento expreso frente al punto indicado porque falta un análisis sobre esta parte de la pretensión, el cual, se efectuarse, cambiaría el fondo de la decisión.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Considero que con el comportamiento asumido por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se le está vulnerando a mi mandante el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Al respecto, frente al deber de motivación de la decisión, que de manera evidente ha vulnerado la entidad accionada, la Corte Constitucional tiene dicho que “no cabe duda que la más trascendental de las atribuciones asignadas al juez y la que constituye la esencia misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver, con imparcialidad, en forma oportuna, efectiva y definitiva los asuntos que los sujetos procesales someten a su consideración (Art. 228 C.P.). Para ello, es indispensable, que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto” (Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Entonces, se advierte jurisprudencialmente en el fallo T-709 de 2010 que “...una autoridad judicial incurre en una decisión sin motivación y, por consiguiente, desconoce el derecho fundamental al debido proceso de una persona, cuando la providencia judicial (i) no da cuenta de los hechos y los argumentos traídos por los sujetos vinculados al proceso, particularmente cuando resultan esenciales para el sentido de la decisión (ii) no justifica el motivo por el cual se abstiene de pronunciarse sobre ciertos temas o (iii) los despacha de manera insuficiente, bajo consideraciones retóricas o en conjeturas carentes de sustento probatorio o jurídico alguno”.

Por su parte, y siguiendo con los vicios de la motivación, La Corte Constitucional no ha hecho una definición expresa de lo que se entiende por aparente o falsa motivación, sin embargo, se puede evidenciar como en algunos de sus pronunciamientos ha determinado que existe falsa motivación cuando existen argumentos incongruentes, o una línea argumentativa incoherente, así mismo, cuando no se le da valor probatorio a pruebas que si lo tienen. Con esto último, se observa que

existe también falsa motivación cuando “no hay ponderación crítica de los elementos probatorios que sirven de base a las conclusiones a las que se arriba,” (Sentencia T-456 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), es decir, cuando el juez no hace expresas las razones de certeza que adquiere del acervo probatorio.

PETICIÓN

Con mérito en lo expuesto, le solicito respetuosamente Señor Juez, que mediante sentencia judicial, se le ampare a mi mandante BLANCA NELLY GAVIRIA DE HENAO, el derecho constitucional invocado, ordenando a la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado que profiera una nueva decisión de fondo, en donde se desarrollen de manera expresa todos los extremos de la Litis, en tanto en el fallo proferido hay una evidente falta de motivación, por no haberse pronunciado acerca de todos los supuestos fácticos invocados como *causa petendi*, ni a todas las pruebas aducidas para el efecto.

PRUEBAS

Documentales:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de mi mandante.
- Fotocopia de la demanda presentada.
- Fotocopia del fallo de segunda instancia.
- Fotocopia de la solicitud de adición del fallo.
- Fotocopia de la decisión de negar la adición de sentencia.

Las demás que su despacho considere pertinentes.

JURAMENTO

Manifiesto, bajo la gravedad del juramento -el cual entiendo prestado con la instauración de esta acción constitucional-, no haber interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos, razones y derechos que motivan la presente.

COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 este Despacho Judicial es competente, ya que la violación a los Derechos Fundamentales ocurrió en la ciudad de Medellín. El Decreto 1382 de 2002 creo reglas de competencia aplicables en materia de tutela.

ANEXOS

Primero.- Copia para el archivo del juzgado.

Segundo.- Copia para la parte accionada.

Tercero.- Los mencionados en el acápite de pruebas.

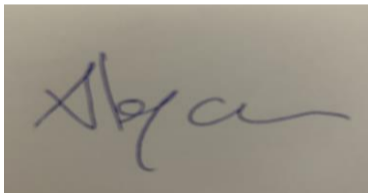
NOTIFICACIONES

El suscrito y mi mandante en la carrera 83 # 32 EE – 62, edificio Ceiba de la Castellana, apartamento 201, en Medellín, teléfono: 312 286 98 79, y el correo electrónico: alejandro.gaviriac@hotmail.com

Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el correo electrónico:

CES3SECR@CONSEJOESTADO.RAMAJUDICIAL.GOV.CO.

Cordialmente,

A rectangular box containing a handwritten signature in blue ink. The signature appears to be 'Alejo' followed by a flourish.

Alejandro Gaviria Cardona

C. C. 8.028.508

T. P. 164.704 del C. S. de la J.