

DIRECCION GENERAL MARITIMA - Dentro las funciones de la DIMAR sí se encuentra la de retirar las naves abandonadas para proteger el ambiente marino y evitar su contaminación

Entonces, de una lectura atenta a las normas antes referidas y al concepto de esta Corporación, es posible concluir que dentro las funciones de la DIMAR sí se encuentra la de retirar las naves abandonadas en el caso tal de que no sea posible hallar al responsable, llámese armador, agente, capitán o propietario, quien posteriormente deberá asumir los costos en que acarree la autoridad marítima, en aras de proteger el ambiente marino y evitar su contaminación. Se advierte que aunque en el caso objeto de estudio la DIMAR requirió en varias ocasiones a los secuestres provisionales y armadores de las embarcaciones encalladas para que cumplieran con sus funciones de custodia, e inició y falló las investigaciones administrativas en contra de aquellos que incumplieron las normas marítimas, las mismas no han resultado suficientes para lograr la protección del ecosistema marino cuando los responsables han sido renuentes a cumplir con sus obligaciones y las embarcaciones se encuentran generando daños ambientales. Ciertamente, a dicha autoridad le compete autorizar la operación, maniobra y fondeo de naves, además de adoptar las medidas que sean necesarias, razonables y proporcionadas frente a los accidentes marinos o situaciones que generen riesgo de contaminación y/o afectación al ecosistema marino.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2324 DE 1984

NOTA DE RELATORIA: Ver, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de noviembre de 2004, Expediente. No. 1605, Consejero Ponente. Dr. Gustavo Aponte Santos, en cita.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación número: 88001-23-31-000-2010-00028-01(AP)

Actor: RADLEY ERINGTON BENT BENT

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -ARMANDA NACIONAL- DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA –DIMAR Y OTROS.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima- DIMAR, contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2011

por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que accedió a las parcialmente a las súplicas de la demanda.

I – ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA.

RADLEY ERINGTON BENT BENT, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Carta Política, desarrollado por la Ley 472 de 1998, en nombre propio presentó demanda ante el **Juzgado Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina**, posteriormente remitido al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMANDA NACIONAL-DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA – DIMAR, la CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA – CORALINA, el DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con miras a obtener la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la moralidad administrativa y al goce del espacio público y utilización y defensa de los bienes de uso público, dispuestos en los literales a), b) y d) del artículo 4° de la referida ley, que estima vulnerados.

I.2. LOS HECHOS.

Se resumen de la siguiente manera:

1. La Bahía de San Andrés Isla, conocida como el balneario de Los Almendros se ha convertido en un cementerio de barcos.
2. La Fiscalía General de la Nación junto con la Dirección Nacional de Estupefacientes -DNE, son los responsables de realizar los procesos de extinción de dominio sobre algunos de los barcos que se encuentran hundidos en la Bahía de San Andrés Isla.

3. Hasta el momento, ninguna autoridad administrativa o ambiental ha tomado las medidas necesarias para preservar y proteger las playas y la Bahía de San Andrés Isla, omisión grave que atenta contra el derecho colectivo al goce del espacio público.

4. Con el abandono y hundimiento de las motonaves “KARINA”, “B’JUNIOR”, “PAMELA H”, “CAPITÁN JONES”, “CAPITAN GREGORY”, “SARA ISABEL”, “CAPITAN’S”, “PLAY LEWESKI” y otros, que se encuentran en cabeza de distintas autoridades administrativas y judiciales, se atenta contra los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, ya que el abandono de estas naves trae como consecuencia el detrimento patrimonial de la Nación por un monto superior a los quinientos (500) millones de pesos.

5. En la playa ubicada en las cercanías del condominio la Mansión, en la vía San Luís se encuentran dos motonaves, una que se encuentra semihundida y la otra un barco pesquero arrastrado sobre la playa causando daños a la vegetación marina.

6. Dentro de la playa que va desde La Náutica Chamey y el puente de embarque del Hotel Marazul, hay por lo menos tres motonaves hundidas.

7. En los alrededores del puente de embarque de la estación de gasolina Nenes Marina, hay dos motonaves que se aprecian en las fotos aportadas con la demanda.

8. Sobre las playas que van desde el Hotel Sunrise Beach y la Casa de la Cultura, se encuentran algunas motonaves hundidas.

9. Como respuesta a un derecho de petición dirigido a la DIMAR, esta entidad señaló que viene adelantando una investigación sobre las motonaves hundidas y encalladas, sin que hasta el momento exista un pronunciamiento al respecto.

10. Según la DIMAR, esta entidad solicitó a los juzgados donde están radicados los procesos de las motonaves hundidas, a fin de tomar acciones contra los secuestres provisionales para prevenir las pérdidas de las naves.

I.3. PRETENSIONES:

“II.PRETENSIONES

- a. Con esta acción popular se pretende solicitar al honorable Juez se digne ordenar a quien Corresponda el traslado de ese (cementerio de Motonaves), que se encuentra en nuestra bahía, playas, y arrecifes de San Andrés Isla inmediatamente las motonaves que se encuentran hundidos en la bahía, y se inicie el proceso de restauración y reparación del ecosistema afectado.
- b. Ordenar a los accionados a restituir los daños y perjuicios causados a nuestra bahía, playas, y arrecifes de nuestra Isla de San Andrés.
- c. Ordenar a la entidad competente garantizar el mejoramiento y mantenimiento de la buena calidad de vida a la etnia raizal, residentes y turistas los cuales son consumidores de nuestros productos marinos del Departamento Archipiélago de S.A.I. Ya que el pescado de nombre baracuda es portador de Figuatera y al consumidor el oxido que genera los barcos hundidos se vuelven tóxicos para el consumo humano, lo cual se convierte en peligro latente.
- d. Que se ordene a las distintas entidades accionadas, que tomen las medidas correspondientes a fin de no afectar el erario público, como consecuencia de la inoperancia y omisión en las funciones y en la conservación de los bienes dejados a su cargo y responsabilidad”

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

II.1. EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, a través de apoderado, contestó la demanda y presentó la excepción denominada *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, para lo cual anotó:

Mencionó que si los bienes o embarcaciones a los cuales hace referencia el actor, se encuentran incursos en trámites judiciales o administrativos, debe ser la entidad ante la cual se gestionan dichos trámites quien responda por los eventuales daños que pueda ocasionar la presencia de las naves apostadas sobre las playas del Archipiélago, de acuerdo con el artículo 2° del Decreto Ley 2324 de 1984.

Indicó que no es a quien le corresponde las obras de remoción de las motonaves denunciadas y que debe demostrarse que el gobierno departamental es el causante del abandono de tales bienes.

Anotó que es su deber velar por el bienestar de todos en la Isla, y que ello involucra la protección del medio ambiente, pero que aún así existen entidades que tienen competencia exclusiva en determinadas materias, tales como el control, protección y uso del medio ambiente marino que se encuentra a cargo de la DIMAR, de las corporaciones ambientales y la administración de justicia.

Afirmó que en cuanto a embarcaciones se trata, ya sea que estén dentro del mar o sobre las diferentes playas de Colombia, es la DIMAR la encargada de su control y vigilancia, sin perjuicios de las obligaciones que le asisten a las autoridades ambientales en cuanto a contaminación se refiere.

Mencionó que el Gobierno Departamental, por medio de la Secretaría de Pesca y Agricultura convocó mediante el oficio No. 186 al Capitán de Corbeta Joseph Thowinson de la Asunción y al Contra Almirante Jairo Javier Peña Gómez, Comandante de la Estación de Guardacostas y Director General Marítimo respectivamente, para la reunión efectuada el 28 de agosto de 2009, en la cual se habló sobre las embarcaciones encalladas en la Bahía de San Andrés, con el fin de identificar la forma de evacuar por completo de la Bahía Coral Palace, las embarcaciones encalladas o hundidas allí.

Señaló que se encuentra realizando un censo con el fin de conocer la totalidad de embarcaciones que están prestando el servicio o las que no lo están haciendo en el sector comprendido como Punta Hansa hasta el muelle departamental.

Indicó que una vez finalizará el censo realizaría una nueva reunión con las anteriores personas para iniciar la segunda etapa del proceso, dirigida a conocer a que entidad le correspondería realizar el trabajo de remoción de las embarcaciones.

II.2. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA Y PORTUARIA – DIMAR –CAPITANÍA DEL PUERTO DE SAN ANDRÉS, por medio de apoderado presentó los siguientes argumentos de defensa.

Indicó que de acuerdo a las Cartas Náuticas allegadas con la contestación de la demanda y la Resolución DIMAR No. 372 de 2001, la zona señalada por el accionante corresponde a un área de fondeo de motonaves.

Anotó que si bien es cierto que algunas naves se encuentran hundidas y encalladas, son casos excepcionales, porque la mayoría de embarcaciones ubicadas en el área señalada por el actor se encuentran fondeadas o fijadas con ancla bajo la autorización de la Dirección General Marítima, de acuerdo con la Carta Náutica No. COL 201.

Manifestó que las áreas señaladas por el actor, a pesar de constituir espacio público, de acuerdo con la Resolución No. 372 de 2001 se encuentran delimitadas como zonas de fondeo, dada su naturaleza y por razones de seguridad.

Señaló que el hecho de que unas naves se encuentren naufragadas o encalladas en la Bahía de San Andrés, no atenta contra la moralidad administrativa y el patrimonio público, como lo interpreta el actor.

Respecto de las naves referidas por el actor, anotó que la embarcación “CAPITÁN S” se encuentra navegando, y que las embarcaciones “PLAY LEWHISKY” y “SARA ISABEL”, como la mayor parte de las motonaves, se encuentran fondeadas en el área de los Almendros.

Explicó que es normal que las motonaves fondeadas atraigan algunos residuos del mar, los cuales no producen ningún daño al medio ambiente.

Indicó que las zonas en las que el accionante menciona que se encuentran buques encallados o naufragados, no corresponden a las playas utilizadas por los turistas o bañistas de la Isla y tampoco a las zonas de pesca.

Afirmó que la Capitanía del Puerto de San Andrés ha iniciado diferentes investigaciones jurisdiccionales por siniestros marítimos de encallamiento y de naufragio, las cuales se encuentran en etapa de instrucción, apelación o consulta ante el Director General Marítimo de la DIMAR, según el procedimiento establecido en el Decreto Ley 2324 de 1984.

Precisó que tratándose de naves naufragadas o encalladas, la orden de traslado debe dirigirse exclusivamente a los armadores, propietarios o secuestradores de tales embarcaciones.

Indicó que el actor no establece con certeza el supuesto daño causado, ni el nexo de causalidad entre el accionar de la Dirección General Marítima, con la presunta vulneración de los derechos colectivos alegados.

Mencionó que sobre algunas de las embarcaciones que se han hundido o se encuentran involucradas en procesos de carácter penal o civil, la Capitanía del

Puerto ha requerido a las personas encargadas de la custodia de esos bienes para que tomen las medidas pertinentes, según los oficios Nos. 17200800391 de 10 de julio de 2008, 17200800406 y 17200800407 ambas de 15 de julio de 2008.

Anotó que a las personas a las que les corresponde el reflotamiento y desencallamiento de las motonaves, son las que tienen su custodia y la obligación de conservarlas en buen estado, de acuerdo con el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil.

Manifestó que en los casos en que la Capitanía observó que las personas a las que se les habían entregado los bienes, no tenían los recursos para su mantenimiento y conservación, solicitó a la autoridad judicial para que tomara acciones al respecto con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los secuestres.

Advirtió que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender del concepto subjetivo de quien califica la actuación, sino de los motivos que subyace a la expedición del acto.

Agregó, que a su parecer, no se demuestran los fundamentos de hecho y de derecho que sostengan que la autoridad marítima mediante una acción u omisión causó un detrimento patrimonial considerable a la Nación, o que de manera grosera o arbitraria haya causado un perjuicio a la comunidad de San Andrés Isla.

II.3 LA DNE, por medio de apoderado presentó las siguientes excepciones:

“innominada”. Solicitó que se declarará cualquier excepción que se probara en el proceso.

“Falta de legitimación en la causa por pasiva”. Indicó que según información de los depositarios provisionales, no es cierto que las embarcaciones “KARINA” y “B. JUNIOR I” puestas a disposición de la DNE estén hundidas o en proceso de estarlo, como menciona la DIMAR - Capitanía del Puerto de San Andrés Isla en el oficio No. 17200900527 de 12 de agosto de 2009.

Afirmó que las embarcaciones “TANYA LEE”, “KARINA”, “B JUNIOR I” y “MIS CLEO”, que se encuentran a su disposición y relacionadas por la Capitanía del Puerto de San Andrés como embarcaciones fondeadas y/o hundidas, no se encuentran en esa condición.

Anotó que de acuerdo a las facultades otorgadas por la Ley 739 de 2002 y la Ley 785 de 2002, las mencionadas embarcaciones fueron entregadas en destinación provisional a diferentes entidades del orden territorial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Indicó que de acuerdo con sus funciones no es competente para cumplir con las pretensiones del actor, dirigidas a tomar medidas de preservación y protección en la Bahía de la Isla de San Andrés.

“Inexistencia del nexa causal”. Al anotar que no es responsable de vulnerar el medio ambiente y goce al espacio público, porque ha cumplido con todas las actuaciones propias de sus funciones, como la administración de los bienes incautados y el nombramiento de los diferentes depositarios y destinatarios de las embarcaciones “TANYA LEE”, “KARINA”, “B JUNIOR I” y “MIS CLEO”.

Explicó que respecto del supuesto impacto ambiental que las embarcaciones encalladas generan al ecosistema de la zona, es CORALINA la entidad encargada de implementar los instrumentos para contener aquel fenómeno.

Mencionó que no se encuentra probado que el hundimiento de embarcaciones genere contaminación en el área marina, o que genere peligro para las especies que viven en esa zona o para los individuos que consumen peces.

Explicó que la práctica de hundir barcos para formar arrecifes artificiales, es una forma de detener el deterioro de los mares, especialmente de las barras coralinas, ya que un arrecife artificial permite la protección de los recursos y de los demás ecosistemas de interés pesquero.

Afirmó que no es cierto que la zona referida por el actor sea un cementerio de barcos, ya que por su posicionamiento estratégico se ha convertido en un atrancadero de embarcaciones, que por las características de su entorno no es utilizado como baleario o para actividades turísticas.

Anotó que el Plan de Ordenamiento Territorial – POT de San Andrés Isla, dentro de las zonas de planificación urbana estableció la zona UPI U11 como zona de desarrollo portuario, debido a la proximidad de las bahías y costas a las que se refiere el actor, ya que ha servido como estacionamiento de embarcaciones.

Respecto de la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, señaló que sus acciones se encuentran ajustadas a las funciones que le han sido otorgadas por el Decreto 2159 de 1992, modificado por el Decreto 2568 de 2003.

Se refirió al estado de las embarcaciones anteriormente anotadas y sostuvo, que la nave “TANYA LEE” luego de un proceso de extinción de dominio, mediante Resolución No. 0771 de 19 de julio de 2005, fue designada al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA Regional San Andrés como destinatario provisional de la nave, la cual que según sus informes se encuentra en buenas condiciones.

En cuanto a la embarcación “KARINA”, indicó que luego de un proceso de extinción de dominio, profirió la Resolución No. 0770 de 19 de julio de 2005, por medio de la cual la entregó en destinación provisional al Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Respecto de la embarcación “B JUNIOR I”, en acta de incautación realizada el 27 de septiembre de 2007, designó como depositario provisional al señor Javier Rafael Álvarez Quintana.

Sobre la embarcación “MISS CLEO”, anotó que luego de un proceso de extinción de dominio, por medio de la Resolución No. 1448 de 17 de diciembre de 2007 designó como depositario provisional al señor Norberto Ballesteros León, quien posteriormente fue remplazado por el señor Delford Backman Forbes a través de la Resolución No. 0220 de 20 de febrero de 2008.

Dijo que de acuerdo con los informes del señor Backman, a pesar de que la motonave se encuentra inactiva, esta no se encuentra hundida.

Consideró que como encargada de designar a una persona natural y jurídica, para que ejerza los actos de administración que garanticen la preservación de los bienes y su explotación, y de vigilar la gestión de dichos auxiliares, no le corresponde involucrarse dentro de las funciones que ejercen tales auxiliares en el giro ordinario de sus negocios.

II.4.LA CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA-CORALINA, a través de su Directora General (E) presentó los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que dentro de la Bahía de San Andrés existen cuarenta y cuatro (44) embarcaciones fondeadas de diferentes banderas, las cuales en su mayoría se dedican a la pesca, siete (7) se encuentran hundidas y uno (1) semihundido.

Expresó que algunas de las embarcaciones hundidas se encuentran en avanzado estado de deterioro por la antigüedad, y que las recientemente hundidas se encuentran con los cascos completos pero representan una amenaza de impacto sobre los parches de coral y los parches marinos.

Señaló que frente a la amenaza de hundimiento de tales embarcaciones, ofició a sus propietarios o responsables para que retiraran el combustible almacenado en las motonaves e informó sobre el suceso a la capitanía del Puerto.

Manifestó, que ha venido realizando evaluaciones de impacto ambiental de los cascos encallados sobre las áreas de arrecifes, praderas de pastos, parches aislados de coral y a las embarcaciones hundidas dentro de la Bahía de San Andrés, con el objeto de determinar los niveles de daño generados por el encallamiento o amenaza de vertimiento de combustible de las embarcaciones encalladas y hundidas.

Mencionó que ha impuesto medidas preventivas e iniciado procesos administrativos sancionatorios contra los propietarios de las embarcaciones, como a las motonaves “CARACOL”, “SURVIVOR II”, “EL TIMÓN”, CAPITÁN LARRY I”, “DARK SIDE”, relacionados con actividades de alteración y destrucción de parches coralinos y vertimientos de hidrocarburo al mar.

Precisó que ha requerido a los diferentes despachos judiciales y depositario provisionales designados por la DNE, para que cualquier tipo de residuo líquido o sólido sea retirado con su acompañamiento.

Consideró que el actor afirma que existen dos embarcaciones encalladas, sin ninguna prueba de los presuntos daños a los pastos marinos.

Finalmente, indicó que no es la responsable de los perjuicios causados por las embarcaciones, ni la competente para las remociones de las naves.

II.5 RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, por medio de apoderada judicial, presentó las siguientes excepciones:

“Improcedencia de la acción popular por inexistencia de violación de derechos colectivos”. Al indicar que la presente acción no reúne los presupuestos sustanciales indicados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que sea procedente.

Señaló que el actor, no prueba que demuestre que la Rama Judicial, ocasione o vaya a ocasionar la violación de derechos colectivos.

“Improcedencia de la acción popular por no haber demostrado la ocurrencia de los presupuestos fácticos y el cumplimiento de los postulados jurídicos en que apoya sus pretensiones. La carga de la prueba le correspondía al accionante y no la asumió”. Advirtió que el actor no indicó o precisó en que consistía la presunta vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al goce de un ambiente sano y a la utilización y defensa de los bienes de uso público.

“Improcedencia de reconocer el incentivo económico solicitado por el actor popular”. Mencionó que como no se cumplieron los supuestos fácticos y jurídicos requeridos para la prosperidad de las pretensiones, también debe denegarse el incentivo económico solicitado por el actor.

Señaló que algunas de las embarcaciones estacionadas en la Bahía de Los Almendros, se encuentran afectadas por medidas cautelares ordenadas dentro del trámite de procesos ejecutivos, y a ordenes del Juzgado Segundo Promiscuos Municipal de San Andrés y Providencia y otras a ordenes de la Fiscalía General de la Nación.

Indicó que la custodia y administración de las embarcaciones que están a órdenes de la Rama judicial, se ha entregado a un auxiliar de la justicia, a su propietario o a un depositario.

Anotó que los juzgados han requerido a los auxiliares y custodios de las naves en mal estado, para que tomen las medidas necesarias para evitar el hundimiento, deterioro y pérdida.

Explicó que en el Juzgado Segundo Promiscuo de San Andrés, existen dos procesos con embarcaciones comprometidas, uno en proceso de publicación de remate y otro en el cual ya se surtió el proceso de remate y declarado desierto al no presentarse postor.

Recalcó que las dos embarcaciones se encuentran bajo la custodia y administración del auxiliar de justicia Gino Márquez, quien como secuestre de aquellas embarcaciones ha solicitado en varias ocasiones colaboración a la Capitanía del Puerto, para reubicar a las motonaves, sin ninguna respuesta, implicando que las naves tengan que permanecer en la Bahía Los Almendros mientras se define su destinación final.

Mencionó que de acuerdo con el numeral 7°, del artículo 3° del Decreto 2324 de 1984, la Dirección Marítima y Portuaria tiene a su cargo la administración de las instalaciones portuarias.

Expresó que no viola el derecho colectivo a la moralidad administrativa, porque en ningún momento ha actuado en forma omisiva o de mala fe.

II.6 LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante el memorial de 21 de octubre de 2009 el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad allegó al expediente el oficio No. 15875 de 19 de octubre de 2009, de la Fiscalía Quinta Especializada de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos.

En el oficio la Fiscalía informó que los bienes denominados “KARINA” con Matrícula No. Cp-7 0258-B y “TANYA LEE” con Matrícula No. 010111550, habían sido puestas a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes-Subdirección de Bienes, por ser la encargada de la administración de los bienes

afectados dentro del trámite de extinción de dominio, de acuerdo con la Ley 793 de 2002.

II.7 EL SENA - REGIONAL SAN ANDRÉS, no se tiene en cuenta por cuanto no cumplió con el requisito previsto en el inciso 2°, del numeral 5°, del artículo 92 del C. P.C.

II. 8 EL CURADOR AD LITEM DE JAVIER RAFAEL ALVAREZ QUINTANA, depositario provisional de la motonave “B JUNIOR I”, guardó silencio.

II.9 DELFORD BACKMAN FORBES, depositario provisional de la embarcación “MIS CLEO”, a pesar de haber sido notificado personalmente del auto de 18 de noviembre de 2010 que ordenó su vinculación, guardó silencio.

III.– LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se declaró fallida por falta de acuerdo conciliatorio.

IV ASPECTO PROCESAL

El Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quien inicialmente conoció del asunto de la referencia, por medio del auto de tres (3) de agosto de 2010 y en cumplimiento del artículo 57 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para que continuara con el proceso.

Posteriormente el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante el auto de treinta y uno (31) de agosto de 2010 avocó el conocimiento del proceso.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

V.I EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA – DIMAR-CAPITANÍA DEL PUERTO DE SAN ANDRÉS, reiteraron en esencia los argumentos de defensa presentados en la contestación de la demanda.

A pesar de lo anterior, consideraron que el actor no explica correctamente cual es la acción u omisión de la Dirección General Marítima que afecta el erario público y que tampoco prueba los daños a la fauna marina que fueron alegados en la demanda.

V.II EL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

VI.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 27 de mayo de 2011 el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina accedió a proteger los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y los recursos naturales, a la existencia del equilibrio ecológico y al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público. Además de desestimar las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

Señaló que de las pruebas recaudadas y de la inspección judicial practicada en el proceso, se advierte que en la Bahía de San Andrés ubicada en la zona nororiental, Barrio Los Almendros, se encuentran varias motonaves fondeadas, las cuales se encuentran en estado de deterioro o en proceso de degradación, generando un impacto ambiental negativo en el mar.

Anotó que el Ministerio de Defensa – Armada Nacional- Dirección General Marítima –DIMAR- Capitanía de Puerto de San Andrés, no demostraron estar cumpliendo en debida forma con su deber funcional de exigir a los propietarios, depositarios, secuestres o administradores el mantenimiento adecuado a las embarcaciones de la Bahía de San Andrés.

Precisó que sin importar que las embarcaciones fondeen en áreas destinadas para este propósito, como la Bahía de San Andrés, no impide que se acojan a las normas ambientales, y que las autoridades marítimas, ambientales y administrativas tomen las medidas necesarias para que las motonaves no destruyan o contaminen los ecosistemas marinos de las aguas del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Aclaró que aunque se estableció el número de embarcaciones en malas condiciones, tal situación es irrelevante para declarar si existe vulneración o no de los derechos colectivos invocados por el actor.

Consideró que para destruir, desequilibrar y amenazar gravemente el equilibrio ambiental marino o los recursos naturales de una zona específica del mar, basta con la presencia de tan sólo una embarcación en mal estado para que ello ocurra.

Mencionó que varios de los conceptos e informes elaborados por los técnicos expertos de CORALINA, demuestran el grado de afectación del ecosistema marino con ocasión de las embarcaciones siniestradas en la Bahía.

Agregó que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, la inexistencia de parámetros legales que impidan la medición del impacto ambiental, no implica la desprotección del derecho colectivo al goce de un ambiente sano, ya que la responsabilidad de saneamiento ambiental le corresponde al Estado.

Advirtió que a pesar de que las demandadas manifestaron que las motonaves que se hayan en la Bahía de San Andrés y se encuentran en cabeza de la DNE, previa puesta disposición de la Fiscalía General de la Nación, o a órdenes de algún Despacho Judicial y otras están abandonadas por sus propietarios, es función de la Armada Nacional ejercer la soberanía nacional en aguas marítimas jurisdiccionales reteniendo las embarcaciones pesqueras que incumplan las normas pesqueras vigentes.

Aseveró que es responsabilidad de la DNE conservar los bienes que fueron puestos a su disposición por la Fiscalía General de la Nación, porque de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado acogida por ese Tribunal, es su deber velar por la conservación de las motonaves que se encuentran a su disposición en condiciones óptimas, que implica prevenir que las naves no sean fondeadas en el mar sin uso alguno o sin el mantenimiento debido, y que se evite el deterioro de la embarcación y el consecuente deterioro del mar.

Consideró que no eran de recibo las alegaciones de la DIMAR y CORALINA,

¹ Sentencia de 15 de noviembre de 2001; expediente: AP-19001 2331 000 2000 03555 01 (230); Consejera Ponente: Doctora María Elena Giraldo Gómez.

cuando afirmaron que es responsabilidad exclusiva de los propietarios y/o depositarios de las diferentes motonaves el deterioro o daño ambiental que ocasionen en el mar.

Explicó que los depositantes también tiene deberes de vigilancia, control y cuidado sobre sus depositarios, y que el artículo 79 de la Constitución Política establece que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica.

Señaló que al ser el mar y sus recursos de carácter público, su vigilancia, protección y recuperación le compete al Estado, quien debe propender por su conservación, a través de las diferentes entidades responsables de la protección de la diversidad y control de los factores que causan contaminación o depredación del ambiente marino.

Indicó que la DIMAR como dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, es la autoridad marítima nacional que ejecuta la política del gobierno en materia marítima, cuyo objeto es la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas.

Expuso que dentro de las funciones de la DIMAR de acuerdo con los artículos 4° y 5° del Decreto 2324 de 1984, están las de “adelantar y fallar las investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación a las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, por violación a otras normas que regulan las actividades marítimas a imponer las sanciones correspondientes.

Mencionó que la labor del Departamento como ente territorial, es la de desempeñar las facultades de policía, vigilancia y control del medio ambiente, la salubridad pública y la preservación y el restablecimiento del espacio público.

Concluyó, que se encontraba comprobado que la DNE, la Rama Judicial — Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el Ministerio de Defensa Nacional — Armada Nacional — Dirección General Marítima -DIMAR, CORALINA y el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina,

vulneraron los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y los recursos naturales, al equilibrio ecológico, y el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Explicó que aquellas entidades con su actuar omisivo se encubrieron para que las embarcaciones siniestradas y/o abandonadas, secuestradas, decomisadas y/o retenidas no solo en la bahía, sino en toda la extensión del Archipiélago, contaminaran y destruyeran el ambiente marino del área en donde se han fondeado y/o hundido.

De esa forma, ordenó a CORALINA y a la DIMAR- Capitanía de Puerto de San Andrés realizar en un (1) mes, un informe técnico en el que identificaran y determinaran sobre cada una de las naves, su estado físico, la persona o entidad responsable de la embarcación, que estén ubicadas en la bahía o zona marítima aledaña al puerto de San Andrés Isla, que se encontrara fondeada, en estado de abandono y/o siniestrada, secuestrada, decomisada y/o retenida, para establecer cuáles deben ser retiradas del mar por constituir una amenaza al ambiente marino.

Indicó que una vez obtenido el informe, las entidades que tuviesen a su cargo las naves como depositantes y/o depositarias, debían ejecutar la remoción o mantenimiento preventivo de la embarcación, y que en caso de que no se estableciera el responsable de la embarcación, su mantenimiento y remoción estaría a cargo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la DIMAR- Capitanía de Puerto de San Andrés, junto con la asesoría técnica de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, CORALINA.

VII.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

LA DIMAR, apeló la sentencia de primera instancia y reiteró que ha adelantado las investigaciones para determinar los responsables de los siniestros marítimos ocurridos dentro de la Jurisdicción de la Capitanía de puerto de San Andrés.

Señaló que también ha cumplido con su deber de oficiar a las entidades que tienen en calidad de depositarios y secuestres las naves, para que cumplan con sus funciones.

Consideró que no se le puede endilgar el mantenimiento, reparación y movilización de las naves, al ser una obligación de los propietarios, secuestres o depositarios según el caso.

Explicó que mediante el fallo de 29 de junio de 2010, resolvió declarar como responsable del siniestro marítimo de encallamiento de la motonave "MR GOBY" de bandera Colombiana, al señor Lioby Ricardo Bent Robinson, en solidaridad con los armadores y el señor Arturo Arnulfo Robinson Dawkins depositario provisional de la embarcación, nombrado mediante Resolución por la DNE, y el señor Ulis Ernesto Howard en calidad de propietario. Además de ordenar el retiro de la motonave "MR GOBY", operación que estará a cargo de los armadores de la nave previas las coordinaciones con la Autoridad Marítima y las entidades ambientales. Agregó que en cuanto a la nave denominada "PAMELA H", mediante fallo de 24 de marzo de 2011, resolvió declarar como responsable del siniestro marítimo de encallamiento de la motonave "PAMELA H" de bandera Colombiana, al señor Gino Márquez Castaño, en calidad de secuestre de la embarcación, nombrado mediante despacho comisorio No. 88 Rad. 20060331 del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal y ordenó el retiro de la motonave encallada en el área de Los Almendros de la Isla de San Andrés, operación que estará a cargo del secuestre de la nave, previas las coordinaciones con la Autoridad Marítima y las entidades ambientales del departamento.

Afirmó que está demostrado y reconocido por las mismas entidades públicas nacionales, que es la Fiscalía General de la Nación, la DNE y la Rama Judicial quienes tienen la obligación del mantenimiento y explotación de cada embarcación, los cuales han nombrado depositarios o secuestres de las embarcaciones y a los cuales la Autoridad Marítima les ha exigido el cumplimiento de las correspondientes funciones.

Consideró que por la falta de control de los funcionarios de las referidas entidades, no es procedente que se atribuya esta responsabilidad a la Autoridad Marítima Nacional, quien a su parecer no tiene competencia en los procesos judiciales.

Reiteró que de acuerdo a las Cartas Náuticas COI. 200 y COL 201 y la Resolución DIMAR No. 372 de 2011, el área donde afirma el accionante que se

encuentran las naves, corresponde a un área de fondeo de motonaves, fijadas mediante un ancla "fondeadas" previa autorización de la Dirección General Marítima.

Expresó que la mencionada zona también se encuentra definida en el Plan de Ordenamiento Territorial de San Andrés, como zona de consolidación multipropósito portuaria, que define como uso principal del suelo para bodegas, equipamientos de seguridad, servicios y equipamiento de transporte marítimo e industrial pesquero, razón suficiente para indicar que no se está vulnerando el derecho colectivo al goce del espacio público.

Consideró que al demostrar el cumplimiento de sus deberes y funciones previstas en el Decreto Ley 2324 de 1984, no debe ser sancionado con una carga adicional que no es de su competencia, por la falta de cumplimiento en los deberes que recaen en las distintas entidades demandadas.

Aclaró que la Dirección General Marítima y la Capitanía de Puerto de San Andrés, al ser dependencias del Ministerio de Defensa Nacional, de naturaleza eminentemente administrativa, no tienen competencia para la movilización, ni para custodiar las embarcaciones objeto de la litis, por ser competencia de otras entidades de índole nacional.

Solicitó modificar el artículo 2° y 4° de la parte resolutive de la providencia apelada, porque a su juicio, no vulnera el derecho colectivo al goce de un ambiente sano y no le compete remover y mantener en custodia las embarcaciones que se encuentran en la Bahía de San Andrés.

VI.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

VI. 1 LA DNE, reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda y manifestó que no compartía el fallo de primera instancia por que a su parece, ha cumplido con su función de administrar los bienes puestos a su cargo nombrando los depositarios provisionales quienes son los llamados a responder.

VI.2. EL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO ANTE EL CONSEJO DE ESTADO, manifestó en su concepto que si bien se probó que la DIMAR actuó requiriendo la realización de acciones sobre algunas embarcaciones, no puede afirmarse por ello que no está llamada a proteger los derechos colectivos que vulnera y amenaza con la totalidad de las embarcaciones que se encuentran fondeadas o encalladas en la Bahía de San Andrés, que afectan el ecosistema marítimo del Archipiélago.

Consideró que al ser obligación del Estado la protección del ambiente marino e intervenir respecto de cualquier actividad que pueda afectarlo, le corresponde específicamente a la DIMAR la coordinación y control de las actividades marinas que comprende lo relacionado con las naves y la navegación, la conservación, preservación y protección del medio marino de acuerdo con el Decreto Ley 2324 de 1984.

Encontró que a la DIMAR - Capitanía del Puerto de San Andrés, le compete autorizar la operación, maniobra y fondeo de naves y actuar frente a los accidentes o siniestros marinos que contaminan o generan riesgo de contaminación.

Para el Ministerio Público, es evidente que la DIMAR no puede limitarse a adelantar investigaciones administrativas en caso de siniestro, porque tiene funciones relacionadas con la preservación del medio ambiente, al señalar que si el equilibrio ecológico se ve afectado por embarcaciones que se encuentran fondeadas, encalladas o hundidas, debe actuar de manera armónica con otras autoridades y con los particulares que tengan responsabilidades respecto de hechos contaminantes para lograr la protección del medio ambiente marino.

Finalmente, señaló que eran pertinentes las decisiones adoptadas por el Tribunal en la parte resolutive de la sentencia, en cuanto ordenó a la DIMAR y a CORALINA prestar la colaboración y asesoría técnica para la remoción o mantenimiento de las embarcaciones causantes del daño.

VII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

VII.1. LAS ACCIONES POPULARES - FINALIDAD Y PROCEDENCIA – Las acciones populares tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses

colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. Se caracterizan por poseer un carácter altruista pues mediante su ejercicio se busca que la comunidad afectada pueda disponer de un mecanismo jurídico para la rápida y sencilla protección de los referidos derechos, cuya amenaza o vulneración, así como la existencia del peligro, agravio o daño contingente, deben probarse necesariamente para la procedencia del amparo.

Se tienen, entonces, como supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares, los siguientes: A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.

VII.2. LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Como se anotó, las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos e intereses colectivos, por lo que, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra una amenaza o daño a un derecho o interés común; además, por ser intereses que le pertenecen a todos y cada uno de los miembros de la colectividad, se concretan a través de su participación activa ante la administración de justicia.

Los intereses colectivos suponen la restitución de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado de personas, como lo señaló la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia AP- 527 del 22 de enero de 2003:

“Los colectivos son intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas que, en potencia, pueden ser, incluso, todos los que integran una comunidad.

Por eso ha dicho la Corte Constitucional que, es imposible enmarcar el interés colectivo en un ámbito meramente subjetivo o particular, pero que cualquier persona perteneciente a un grupo o una comunidad puede acudir ante los jueces para exigir la defensa de tal colectividad, con lo cual logra simultáneamente proteger su propio interés.

Por otra parte, si bien la Constitución, en el artículo 88, menciona algunos intereses colectivos, tal enumeración no es taxativa, pues, la ley o los

tratados internacionales pueden calificar como tales otros intereses similares a los contenidos en el artículo 88 de la Carta.

Dicho planteamiento se tiene por fundamento lo dispuesto en inciso final del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, que prevé:

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.”

Lo anterior supone, que si bien no se trata de una enumeración taxativa, sólo pueden considerarse como intereses o derechos colectivos aquellos reconocidos como tales por cualquiera de las normas aludidas y sólo a partir de su reconocimiento son susceptibles de protegerse por medio de la acción popular, de toda acción u omisión de las autoridades públicas y los particulares que, los amenace o vulnere. Es decir, que la calidad de derecho colectivo no la ostentan per se, no surge de su propia naturaleza, sino que es necesario que el ordenamiento jurídico los reconozca como tales.

De modo que, si bien la Sala ha reiterado ciertas características inherentes a los derechos e intereses colectivos, entre ellas, es menester mencionar el reconocimiento –como tales- hecho por la Constitución Política, la ley, o los tratados internacionales que hayan seguido los trámites de recepción por el ordenamiento interno colombiano.

Lo anterior es evidente y, lo ha puesto de presente la Sala, al establecer que si bien un derecho colectivo compromete el interés general, no todo lo que suponga este último configura por esa sola característica, un derecho colectivo, así mismo, el sólo hecho de que una determinada situación, afecte a un número plural de personas, no supone, necesariamente la violación de derechos o intereses colectivos.

Resulta así claro que mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no se puede considerar que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo; por consiguiente, sólo será derecho colectivo susceptible de ser amenazado o vulnerado por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares”.

VII.3. - LAS PRUEBAS

Para resolver el recurso de apelación, se destacan como pruebas relevantes las siguientes:

APORTADAS POR EL ACTOR:

- Oficio No. 17200900527 de 12 de agosto de 2009², en la cual la DIMAR le informa al actor el estado de las naves fondeadas en la Bahía de San Andrés:

² Fol.. 7-9 C. ppal

*Cuántas Motonaves se encuentran fondeadas en la bahía de San Andrés?
Actualmente se encuentran fondeadas veinte embarcaciones.*

[...]

Cuántos se han hundido?

A la fecha indicada, se han hundido cuatro embarcaciones: “KARINA”, “B. JUNIOR I”, “PAMELA H”, “CAPITAN JONES” y “CAPITAN GREGORY”

[...]

Cuántas se encuentran en procesos jurídicos y ante quien.

Se encuentran en el momento en procesos de carácter administrativo en la Capitanía de Puerto las Motonaves “SARA ISABEL”, “CAPITAN S”, “PAMELA H”, “CAPITAN GREGORY”, “CAPITAN JONES”, “B JUNIOR” y “PLAY LEWISKY”. Así mismo verificado el libro de naves, se hallan las siguientes Motonaves:

KARINA: Fiscalía General de la Nación

B JUNIOR I: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de SAI

PAMELA H: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de SAI

CAPITAN GREGORY: Juzgado Promiscuo Municipal de SAI

FAIRON: Fiscalía General de la Nación-Juzgado Promiscuo SAI.

SAN JOSE: Juzgado Promiscuo Municipal de SAI.

[...]

Qué trámite ha realizado esta entidad para mitigar el impacto ambiental que se está presentando en nuestra bahía por estas motonaves:

Actualmente la Capitanía de Puerto está adelantando investigaciones por estos hechos, con el fin de que se determine la responsabilidad por estos siniestros (encallamiento-hundimiento). De la misma forma se solicitó a los juzgados donde se hallaban los procesos de las Motonaves hundidas, tomar acciones con los secuestres provisionales de las mismas, a fin de que de previera los riesgos que implicaba los daños o pérdidas de las naves, ordenando el cumplimiento de lo consagrado en el Art. 683 del Código de Procedimiento Civil Colombiano. Así mismo, se solicitó a los secuestres tomar acciones para evitar el hundimiento de las mismas y conservar las naves en buen estado.”

APORTADAS POR LA DIMAR:

- Copia de la Resolución No. 0372 de 13 de septiembre de 2001, “Por medio de la cual se establecen las Áreas de Fondeo, Áreas de Cuarentena y Áreas restringidas en aguas marítimas jurisdiccionales colombianas del Mar Caribe, Archipiélago de San Andrés y Providencia y Océano Pacífico”, en la que resuleve:fol. 18-28

[...]

ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRES Y PROVIDENCIA

ISLA DE SAN ANDRES:

Punto de Fondeo "Cove" (Carta de referencia COL 200)

[...]"

- Copia del oficio No. 17200800391 de 10 de julio de 2008³, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al señor Candelario Mercado Parra secuestre provisional de la nave "B JUNIOR I" desemplayar y ubicar la nave en el sitio de fondeo autorizado.
- Copia del oficio No. 17200800407 de 15 de julio de 2008⁴, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al Juez Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés, que ordene al secuestre provisional de la motonave "B JUNIOR I" cumplir con sus funciones de custodia, ya que la nave se encuentran abandonada o en caso de que el secuestre no tenga los recursos para mover la motonave, se adopten las medidas para evitar contaminación ambiental o un siniestro marítimo.
- Copia del oficio No. 17200800406 de 15 de julio de 2008⁵, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al Juez Primero Promiscuo Municipal de San Andrés, que ordene al secuestre provisional de la motonave "CAPITAN GREGORY" cumplir con sus funciones de custodia, ya que la nave se encuentran abandonada o en caso de que el secuestre no tenga los recursos para mover la motonave, se adopten las medidas para evitar contaminación ambiental o un siniestro marítimo.
- Copia del oficio No. 17200800420 de 22 de julio de 2008⁶, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al Juez Primero Promiscuo Municipal de San Andrés que ordene al secuestre provisional de la motonave CAPITAN GREGORY cumplir con sus funciones de custodia, ya que la nave se encuentran abandonada o en caso de que el secuestre no tenga los recursos para mover la motonave, se adopten las medidas para evitar contaminación ambiental o un siniestro marítimo.
- Copia del oficio No. 17200800423 de 23 de julio de 2008⁷, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al señor Geno Márquez Castaño secuestre provisional de la nave "PAMELA H" desemplayar y ubicar la nave en el sitio de fondeo autorizado.
- Copia del oficio No. 17200800424 de 23 de julio de 2008⁸, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al Juez Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés, que ordene al secuestre provisional de la motonave "PAMELA H" cumplir con sus funciones de custodia, ya que la nave se encuentran abandonada y debe repararla y ubicarla en el área de fondeo.
- Copia del oficio No. 17200800590 de 8 de octubre de 2008⁹, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al Fiscal Delegado No. 50, Unidad de Fiscalías ante los Juzgados Penales del Circuito de San Andrés isla, para que tome acciones contra el secuestre provisional de la motonave "CAPITAN

³ Fol. 7 C. pruebas

⁴ Fol. 9 C. pruebas

⁵ Fol. 8 C. pruebas

⁶ Fol. 10 C. ppal

⁷ Fol. 11 C. ppal

⁸ Fol. 12 C. pruebas

⁹ Fol. 14 y 15 C. pruebas

JONES”, por no haber cumplido con la gestión de secuestre de bienes, en vista de que la motonave se hundió en el sector de Los Almendros y causa riesgo para las operaciones portuarias de la Isla e informa el inicio de investigación de carácter administrativo y solicita ordenar al secuestre adelantar el reflotamiento de la embarcación. .

- Copia del oficio No. 17200800591 de 8 de octubre de 2008¹⁰, en el cual el Capitán de Puerto de San Andrés Isla- DIMAR solicita al Juez Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés, para que tome acciones contra los secuestres provisionales de las motonaves “PAMELA H” y “B JUNIOR”, por no haber cumplido con la gestión de secuestres, en vista de que las motonaves se encuentran en total abandono en el sector de Los Almendros, en riesgo de hundirse y causar consecuencias para las operaciones portuarias de la Isla e informa el inicio de una investigación de carácter administrativo y solicita ordenar a los secuestres ubicar las naves en la zona de fondeo.

- Copia de los oficios No. 17200900767 y 17200900769, de 12 de noviembre de 2009¹¹, el capitán de Puerto de San Andrés Isla-DIMAR le informa al armador Jaime Aquiles Cardozo Sabam y a la DNE, el estado de las embarcaciones SAN JOSE y “FAIRON”, con el fin de evitar un siniestro marítimo por encallamiento o contaminación marina.

APORTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA POR LA DIMAR:

- Copia del fallo de 29 de junio de 2010¹², de la Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de San Andrés Isla, por la cual resolvió declarar responsable por siniestro marítimo de encallamiento de la motonave “MR GOBY” al señor LIOBY RICARDO BENET ROBINSON y los armadores y ordenó el retiro de la motonave ubicada en Latitud 12° 33’317” N y Longitud 081°40’652” W.

- Copia del oficio No. 17201000079 de 2 de octubre de 2010¹³, en el cual la DIMAR solicita al señor Carlos Bryan Bent depositario provisional de la nave “FAIRON”, reubicar la embarcación en un área de fondeo autorizada.

- Copia del oficio No. 17200900697 de 15 de octubre de 2009¹⁴, en el cual la DIMAR solicita a la señora Vianova Forbes Jaimes propietaria de la nave “FAIRON”, mover la embarcación a la correspondiente zona de fondeo en el sector de Los Almendros e inicia investigación de carácter administrativo.

- Copia del fallo de 24 de marzo de 2011¹⁵, de la Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de San Andrés Isla, por la cual resolvió declarar responsable por siniestro marítimo de encallamiento de la motonave “PAMELA H.” al señor Gino Marques Castaño secuestre de la embarcación nombrado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal y ordenó el retiro de la motonave del área los Almendros de la Isla de San Andrés.

VII.4. - EL CASO CONCRETO

¹⁰ Fol. 16 y 17 C. pruebas

¹¹ Fol. 120 y 121 C. ppal-

¹² Fol. 363 – 368 C. ppal

¹³ Fol. 374 C. ppal

¹⁴ Fol. 373 C. ppal

¹⁵ Fol 375 – 379 C. ppal

La DIMAR apela la decisión del *a - quo*, al considerar que no es de su competencia realizar labores de mantenimiento y remoción de las naves abandonadas, impuesta en la parte resolutive de la sentencia, en caso de no encontrarse el depositante o depositario de las embarcaciones, toda vez que a su juicio ha cumplido con las funciones que le compete de acuerdo con el Decreto - Ley 2324 de 1984.

Teniendo en cuenta los hechos probados en el curso del proceso, la Sala procede a determinar:

Si a la Dirección General Marítima - DIMAR – Capitanía de Puerto de San Andrés, le corresponde dentro de sus funciones las labores de mantenimiento, reparación y movilización de las naves o embarcaciones que afectan el ecosistema marino o que están en riesgo de causarlo en la Bahía de San Andrés, en caso de que no se logre establecer el responsable de la embarcación o se encuentre en estado de abandono, y en caso de ser así determinar si vulnera los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y al goce del espacio público.

Al efecto, la Sala recuerda que de conformidad con el artículo 4º del Decreto - Ley 2324 del 18 de septiembre de 1983, “*por el cual se reorganiza la dirección general marítima y portuaria*”, la DIMAR tiene como objeto en calidad de Autoridad Marítima Nacional, la regulación, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas. Asimismo e indudablemente en el numeral 27 del artículo 5º ídem, trata de la facultad de la Dirección General Marítima –DIMAR- para investigar y fallar los siniestros marítimos.

“numeral 27: Adelantar y fallar las investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación a las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción., por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la Jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, por violación de otras normas que regulan las actividades marítimas e imponer las sanciones legales correspondientes.”

De manera concreta, se destaca el numeral 19, el cual se refiere al deber de protección que tiene la entidad respecto del medio marino:

“Numeral 19: aplicar, coordinar, fiscalizar y hacer cumplir las normas nacionales e internacionales tendientes a la preservación y protección del medio marino” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Es claro, el Decreto 2324 de 1984 le atribuye a la Dirección General Marítima, facultades para investigar y fallar sobre siniestros o accidentes marítimos, como bien lo señaló el apoderado de la DIMAR en el recurso de apelación, pero olvidando que su labor no termina allí, pues respecto de sus atribuciones en situaciones de encallamiento o abandono de la embarcación, debe proceder a proteger el medio ambiente marino.

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil, se refirió en concepto rendido al Ministro de Defensa¹⁶, sobre la naturaleza jurídica, el procedimiento y los efectos de los fallos emitidos por la Dirección General Marítima –DIMAR- en materia de siniestros o accidentes marítimos. Respecto del tema que nos concierne puntualizó:

“...El encallamiento de un buque está catalogado como uno de los tipos de accidente marítimo (artículo 26 del Decreto Ley 2324 de 1984), y como tal, debe ser investigado por la autoridad marítima.

A partir de la premisa anterior, si con posterioridad a la misma, el buque o la nave encallada es abandonada por sus responsables, la autoridad marítima Colombiana jurídicamente podrá:

6.1. *Hacer uso de los instrumentos consagrados en el derecho internacional para que el Estado bandera del buque se ocupe de la investigación respectiva y, tome las medidas necesarias para exigir que los responsables de la nave, es decir, el propietario o armador o el capitán, lo retiren de las aguas jurisdiccionales colombianas.*

*La resolución de la OMI que se estudió en el capítulo anterior, consagra dentro de los siniestros marítimos el “abandono de un buque”. Por lo tanto, si el buque abandonado es de bandera extranjera, se debe, en opinión de la Sala, siguiendo las reglas internacionales sobre la materia, poner los hechos en conocimiento del Estado Bandera del buque. Lo anterior, sin perjuicio de que la DIMAR, inicie la investigación respectiva, **máxime cuando el abandono puede ocasionar daños ambientales o dificultar el tráfico marítimo en nuestra jurisdicción.***

6.2. *En la investigación respectiva se debe vincular al armador, al fletador, agente marítimo y al capitán del buque abandonado y, demás responsables jurídicos, con el fin de conminarlos al retiro del mismo. Así como también se deberá vincular a la compañía de seguros o asociación mutual (aseguradores de casco o clubes de indemnización) con el fin hacer efectivas las garantías que cubren la operación marítima del buque*

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 4 de noviembre de 2004, Expediente. No. 1605, Consejero Ponente. Dr. Gustavo Aponte Santos.

abandonado, máxime cuando el abandono de la nave puede generar daños ambientales.

6.3. Igualmente, de conformidad con lo estipulado en el artículo 41 del Decreto 1494 de 1989, reglamentario del Decreto ley 2324 de 1984, la Autoridad Marítima, está facultada para imponer sanciones por la mayor permanencia de un buque de bandera extranjera en puerto colombiano, en los siguientes términos:

“Art. 41.- Ninguna nave de bandera extranjera podrá permanecer en puerto o aguas colombianas sin permiso de la Autoridad Marítima local. Cuando la permanencia supere sesenta (60) días se requerirá autorización de la Dirección General Marítima y Portuaria¹⁷

“La no presentación previa de la solicitud correspondiente, así como la permanencia por períodos superiores a los autorizados, dará lugar a la imposición de multas de que trata el artículo 80 del Decreto 2324 de 1984, por parte de la Capitanía del Puerto respectiva.”

Quando los responsables no acaten la instrucción de retirar la nave de las aguas jurisdiccionales de Colombia, **la Sala estima que el retiro de la nave por parte de la autoridad marítima, es viable, como medida provisional, cuando se han agotado todos los mecanismos jurídicos posibles para conminar a los responsables o cuando la medida se justifique desde el punto de vista ambiental y de seguridad del tráfico marítimo.**

El retiro de un buque abandonado por parte de las autoridades marítimas, es una medida que debe, entonces, someterse al análisis de las circunstancias que rodean cada caso, en tanto implica disposición de un bien de propiedad privada.

La Convención del Derecho del Mar, por ejemplo, parte de un principio básico y es que **las medidas para evitar la contaminación deben guardar proporción con el daño real y potencial a fin de proteger las costas o los intereses conexos del Estado que está soportando el daño, principio que en concepto de esta Sala debe acatarse por la**

¹⁷ Derogado por la ley 1° de 1991.

autoridad marítima al momento de ordenar una medida preventiva como es la del retiro del buque en caso de abandono.¹⁸

Por último, es importante destacar que la Superintendencia de Puertos, en el reglamento No. 0071 de 1997, señala expresamente que cuando ocurren siniestros en las instalaciones portuarias, canales de acceso a puertos, muelles o terminales o en las aguas de maniobras que puedan constituir peligros para la navegación, la actuación de la autoridad marítima y portuaria debe estar “conjuntamente” coordinada por las dos entidades para tomar los correctivos del caso.

*“Art. 5º. (...) Si el armador, su agente o el Capitán de la nave, así como, el propietario del artefacto naval, no toma las medidas necesarias para señalar el peligro y retira el naufragio; la autoridad portuaria, **puede proceder a contratar la señalización y el retiro siendo asumidos los costos en que por este concepto se incurra por cuenta del armador, su agente, capitán o propietario, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.**”*

En conclusión, la Dirección General Marítima cuenta con instrumentos jurídicos para conminar a los responsables a retirar una nave abandonada y, por lo tanto, deberá iniciar las investigaciones pertinentes a fin de vincular a los responsables de la nave. En caso de renuencia, la autoridad marítima deberá analizar caso por caso, a fin de tomar las medidas que sean razonables y proporcionadas y, coordinar, si a ello hubiere lugar, con la autoridad portuaria, el retiro de la nave, en los términos del reglamento vigente.

[...]

Con base en las consideraciones anteriores, la Sala RESPONDE:

1. Atribuciones jurisdiccionales asignadas a la Dirección General Marítima respecto de la investigación y fallo de los siniestros o accidentes marítimos que realizan los Capitanes de Puerto en Primera Instancia y el Director General Marítimo en segunda instancia.

[...]

*1.10 La Dirección General Marítima cuenta con instrumentos jurídicos para conminar a los responsables a retirar una nave abandonada y, por lo tanto, deberá iniciar las investigaciones pertinentes a fin de vincular a los responsables de la nave. **En caso de renuencia, la autoridad marítima***

¹⁸ “Art. 221- Medidas para evitar la contaminación resultante de accidentes marítimos.- 1. Ninguna de las disposiciones de esta parte menoscabará el derecho de los Estados con arreglo al derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden proporción con el daño real o potencial a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca, de la contaminación o la amenaza de contaminación resultante de un accidente marítimo o de actos relacionados con ese accidente, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales. 2.- Para los efectos de éste artículo, por “accidente marítimo” se entiende un abordaje, una varada u otro incidente de navegación o acontecimiento a bordo de un buque o en su exterior resultante en daños materiales o en una amenaza inminente de daños materiales a un buque o a su cargamento.”

deberá analizar caso por caso, a fin de tomar las medidas que sean razonables y proporcionadas y, coordinar, si a ello hubiere lugar, con la autoridad portuaria, el retiro de la nave, en los términos de las normas vigentes.” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Entonces, de una lectura atenta a las normas antes referidas y al concepto de esta Corporación, es posible concluir que dentro las funciones de la DIMAR sí se encuentra la de retirar las naves abandonadas en el caso tal de que no sea posible hallar al responsable, llámese armador, agente, capitán o propietario, quien posteriormente deberá asumir los costos en que acarree la autoridad marítima, en aras de proteger el ambiente marino y evitar su contaminación.

Se advierte que aunque en el caso objeto de estudio la DIMAR requirió en varias ocasiones a los secuestres provisionales y armadores de las embarcaciones encalladas para que cumplieran con sus funciones de custodia, e inició y falló las investigaciones administrativas en contra de aquellos que incumplieron las normas marítimas, las mismas no han resultado suficientes para lograr la protección del ecosistema marino cuando los responsables han sido renuentes a cumplir con sus obligaciones y las embarcaciones se encuentran generando daños ambientales.

Ciertamente, a dicha autoridad le compete autorizar la operación, maniobra y fondeo de naves, además de adoptar las medidas que sean necesarias, razonables y proporcionadas frente a los accidentes marinos o situaciones que generen riesgo de contaminación y/o afectación al ecosistema marino.

Comparte la Sala los argumentos del Ministerio Público en el sentido de que la DIMAR *“no puede limitarse a adelantar investigaciones administrativas en caso de siniestro, porque tiene funciones relacionadas con la preservación del medio ambiente, al señalar que si el equilibrio ecológico se ve afectado por embarcaciones que se encuentran fondeadas, encalladas o hundidas, debe actuar de manera armónica con otras autoridades y con los particulares que tengan responsabilidades respecto de hechos contaminantes para lograr la protección del medio ambiente marino”*.

Por lo anterior y de acuerdo con los elementos probatorios allegados al plenario, la Sala considera que se encuentran amenazados los derechos colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano y el goce del espacio público de la Dirección General Marítima, en el sentido de que teniendo la función de preservar

y proteger el medio marino no lo ha realizado a sabiendas de que cuenta con las herramientas requeridas para su efectiva protección.

Así las cosas, resulta ajustada la orden impartida por el juez de primera instancia que desató el recurso de apelación, razón por la cual habrá de confirmarla, como en efecto se dispondrá 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.

F A L L A:

PRIMERO: CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 27 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, **REMÍTASE** copia auténtica de ésta decisión a la Defensoría del Pueblo.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de febrero de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO