

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA : EXP. No. 88-001-23-33-000-2013-00077-00
CLASE DE PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : CONLEY FESSON MARTÍNEZ Y OTROS
ACCIONADO : DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA
PROSPERIDAD SOCIAL Y OTROS

1. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.-

Procede la Sala de Decisión de esta Corporación, a emitir pronunciamiento en relación con la acción de Tutela instaurada por los ciudadanos CONLEY FESSON MARTÍNEZ, LARUE TOMAS HUMPHREYS HODGSON Y DEVORN DAVIS HALFORD ARCHIBOLD, mediante apoderada judicial, en contra del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, GOBERNACIÓN DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA y el COMITÉ DE APOYO y ACOMPAÑAMIENTO DEL COMPONENTE PESQUERO ARTESANAL DEL PLAN ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, con el fin de que sean amparados los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, mínimo vital y derecho a la subsistencia, basada en los siguientes:

2. HECHOS

1. Afirma la apoderada que, los señores Conley Fesson Martínez, Devorn Davis Halford Archibold, pertenecientes a la asociación Palace Walf y el señor Larue Tomas Humphreys Hodgson, son pescadores certificados y miembros de la Asociación de Agricultores, Ganaderos y Pescadores del Departamento de San

Andrés, Providencia y Santa Catalina, denominada Sealand Group.

2. El pasado 19 de noviembre de 2012 a través del fallo emitido por La Haya, el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, perdió parte de su territorio marino, “y con esto perjudicó a los pescadores de la isla puesto que su único y regular oficio es la pesca, y al no haber territorio donde pescar su única fuente de ingreso desaparece”.
3. En consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional a través del Gobierno Departamental y el Departamento para la Prosperidad Social (DPS) expidió diferentes resoluciones (resolución No. 2117 del 21 de diciembre de 2012, resolución 2163 de 28 de diciembre de 2012, resolución No. 0064 del 04 de febrero de 2013, resolución No. 00326 del 22 de abril de 2013, 2162 de 2012), en aras de proteger el ingreso de los pescadores, otorgando un subsidio de un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000) que serían pagados durante 6 meses para cada uno de los pescadores que cumplieran los requisitos contemplados en dichas resoluciones.
4. Al ser expedidas dichas resoluciones, la asociación de Agricultores, Ganaderos y Pescadores del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Sea Land Group y la asociación Palace Walf, a la cual pertenecen los accionantes entregaron toda la documentación exigida para ello.
5. Al iniciar el proceso de pago de los subsidios a los pescadores, a “estos sólo se les pagó 1 sola vez y luego estos fueron excluidos por tener doble nacionalidad tal y como aparece en las listas publicadas por el Banco Agrario”.
6. El 19 de julio de 2013, a través de la Defensoría del Pueblo, los accionantes se dirigieron a Migración Colombia, Sede San Andrés Isla, solicitando que se les resolviera la situación de la “supuesta doble nacionalidad”, dicha entidad dio respuesta el día 11 de agosto de 2013, así: *“que realizada la correspondiente búsqueda en el archivo central no se encontró expedientes de nacionalidad de ninguno de los extranjeros mencionados, por lo tanto no han adquirido la nacionalidad por adopción”*.
7. Sus poderdantes, “residen hace mas de 30 años en la isla de San Andrés, su único oficio es la pesca, ostentan OCCRE y Carné que los certifica como pescadores, su arraigo y su familia se encuentran en la isla y cumplen con todos los requisitos que

exigen las resoluciones antes mencionadas”, razón por la cual aduce que no es una razón lícita para no acceder al subsidio del cual “ellos son beneficiarios”.

8. Que, las resoluciones no exigen como requisito que sean colombianos de nacimiento, “tal como se puede leer en la resolución No. 64 del 04 de febrero de 2013”.
9. A sus representados, se les viola los derechos esgrimidos en la presente acción, “puesto que al no poder ejercer su único oficio que es el de la pesca y no poder ser beneficiarios del subsidio otorgado, carecen de un ingreso y por tanto no tienen una calidad de vida, afectando colateralmente el sustento de sus familias”.
10. Han, “pasado” a los entes accionados innumerables solicitudes, donde le manifiestan la inconformidad y la situación precaria que están “pasando”, debido a que carecen de sustento económico, por la privación del subsidio, sin que hayan tramitado algo al respecto.

3. PETICIÓN

Con base en lo anotado, solicitan los accionantes que:

“1. Sean amparados los derechos constitucionales aludidos, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y derecho a la subsistencia.”

2. Que en un término perentorio de 5 días hábiles, las entidades aquí accionadas hagan el trámite pertinente para que los accionantes, sean incluidos en la lista que emite el banco agrario para que le sea pago cada una de las cuotas del subsidio otorgado a los pescadores que estos dejaron de percibir, mediante resolución No. 2117 del 21 de diciembre de 2012 ya que cada uno cumple con los requisitos exigidos legalmente.”

4. TRÁMITE PROCESAL

La presente tutela, fue admitida mediante proveído de fecha 11 de septiembre de 2013, en el que se ordenó su traslado a las entidades accionadas a efectos de que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se pronuncien sobre los hechos y pretensiones materia de la presente acción.

Se registra proyecto de fallo el veinte (20) de septiembre de dos mil trece (2013)

3.1. Contestación de la Tutela.

La GOBERNACIÓN DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, mediante escrito adiado 13 de septiembre de 2013, a través de la Jefe de la oficina Asesora Jurídica dio contestación, haciendo un pronunciamiento expreso de los hechos manifestando que algunos son ciertos, otros parcialmente ciertos y otros no son ciertos.

Manifiesta que, con ocasión al fallo proferido frente a la demanda interpuesta por Nicaragua en contra de Colombia por la jurisdicción de las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, los cayos, bancos y demás formaciones y sobre la delimitación marítima por la Corte Internacional de Justicia de La Haya el 19 de de Noviembre de 2012, el cual otorgó a favor de Nicaragua aproximadamente 75.000 Km2 de área marina, el Presidente de la República, Juan Manuel Santos Calderón, consciente de las repercusiones que tienen la nueva delimitación marítima establecida por el fallo para los colombianos, y en particular, para los Sanandresanos y pescadores de las islas, anunció el diseño del Plan San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Señala que, en las mesas de trabajo realizadas con el objeto de diseñar dicho plan, líderes de las organizaciones de pescadores artesanales solicitaron la creación de un comité que hiciera seguimiento a los beneficiarios, programas y proyectos que a favor del sector se ejecutaran como parte del plan.

Que asimismo, la Administración Departamental, atendiendo el principio de la transparencia profirió el Decreto No. 387 del 18 de Diciembre de 2012, por medio del cual se creó el Comité de Apoyo, Acompañamiento y Seguimiento al Componente Pesquero Artesanal del Plan Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el cual fue modificado por el Decreto 0014 del 11 de Enero de 2013.

Argumenta que, para la obtención del subsidio que ocupa esta controversia, el Departamento para la Prosperidad Social – DPS -, expidió las Resoluciones Nos. 2117 del 21 de Diciembre de 2012, 2163 del 28 de Diciembre de 2012, 00064 del 4 de febrero de 2013, 00326 del 22 de abril de 2013, por medio de las cuales se otorga el subsidio a los pescadores que hacen parte del componente pesquero artesanal del Plan Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Aduce que, lo que tiene que ver con el caso concreto y particular de los señores Laurue Humphryes, Devorn Halford Archibold y Conley Fesson, la Gobernación Departamental, a través de la Secretaría de Agricultura y Pesca incluyó dentro de los listados censales de pescadores comerciales artesanales por haber acreditado oportunamente su condición de pescadores comerciales artesanales, lo que se corrobora en los listados que han sido remitidos al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social – DPS – para pago.

En consecuencia de lo anterior, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS – dentro del ámbito de su competencia ha decidido de fondo la exclusión de los accionantes del listado censal de pescadores artesanales beneficiarios del subsidio que viene otorgado por el Gobierno Nacional mediante Oficio Radicado No. 20134050315471 calendado 26 de abril de 2013, con la causal: “DOBLE NACIONALIDAD – NO VULNERADO”.

Afirma que, aún cuando no es de la competencia de la entidad territorial decidir de fondo sobre la permanencia en el listado censal de pescadores artesanales beneficiarios del subsidio que viene otorgado por el Gobierno Nacional, la razón de ser del incentivo es mitigar el impacto que generó el fallo de La Haya con relación a los pescadores comerciales artesanales afectados de la isla, protegiendo sus ingresos familiares, hasta que encuentren fuentes alternas de ingresos, vulneración que no ostentan los actores, por cuanto ellos pueden salir a sus faenas de pesca con perfecta normalidad, por cuanto ostentan nacionalidad nicaragüense.

Finalmente, se opone a la prosperidad de las pretensiones plasmadas en la acción de tutela, por no existir vulneración de derecho constitucional alguno a los accionantes, no obstante ser el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS – quien decide de fondo sobre su permanencia o no en el listado censal de pescadores comerciales artesanales beneficiarios del subsidio.

Por su parte, la apoderada del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social-DPS- manifiesta que, la condición de los accionantes no se ajusta a lo dispuesto en la normatividad que regula

la entrega del subsidio pues no cumplen con los requisitos señalados en las resoluciones que se establecieron por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social para los Pescadores acceder al subsidio.

De igual manera, aduce que en la acción de tutela instaurada por los accionantes no se adjuntan las cédulas de ciudadanía colombiana, y por otro lado después de consultadas las bases de datos los nombres de dichos accionantes, no se encuentran relacionados en el censo de pescador, por tal motivo no debe tenerse en cuenta la acción impetrada.

Así mismo, señala que, debe tenerse en cuenta que como quiera que estas personas ostentan la ciudadanía Nicaragüense no son beneficiarios de dicho auxilio puesto que no se ven afectados con las restricciones pesqueras interpuestas por su país.

4. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

4.1. Fundamentos Jurídicos.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como surge de amplísima fuente jurisprudencial, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares en los casos establecidos en la Ley y la Jurisprudencia.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

4.2. Del Problema Jurídico.

El problema jurídico, que debe desatar este Tribunal, consiste en determinar, ¿Si es procedente la acción de tutela contra el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, Gobernación Departamental y el Comité de Apoyo, acompañante del Componente Pesquero Artesanal del Plan Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para amparar los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, mínimo vital y derecho a la subsistencia, por haber sido excluidos del subsidio a pescadores?

4.3. Caso en Concreto.

Los señores Conley Fesson Martínez, Laurue Tomas Humphreys Hodgson y Devorn Davis Halford Archibold, interpusieron a través de apoderada acción de tutela en contra del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, Gobernación de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el Comité de Apoyo, Acompañamiento del Componente pesquero Artesanal del Plan Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con el fin de que le sean protegidos los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, mínimo vital y derecho a la subsistencia, por cuanto fueron excluidos de ser beneficiarios a recibir el subsidio a pescadores, otorgado en el Plan San Andrés.

Por su parte las accionadas, solicitan denegar la acción de tutela toda vez que los accionantes ostentan la ciudadanía Nicaragüense y no son

beneficiarios del subsidio, con fundamento en que no se ven afectados con las restricciones pesqueras interpuestas por su país, en consecuencia, indican que, no se ha vulnerado derecho fundamental alguno.

4.4. Pruebas del Proceso.

Como pruebas aportadas al proceso, tenemos las siguientes:

1. Copia simple de Cédula de Extranjería del señor Larue Tomas Humphreys Hodgson, nacionalidad nicaragüense.(Fl. 11)
2. Copia simple de la Tarjeta OCCRE-Residente, del señor Larue Tomas Humphreys Hodgson. (Fl. 12)
3. Copia simple del Carné como Pescador Artesanal del señor Larue Tomas Humphreys Hodgson. (Fl. 13)
4. Copia simple de la Tarjeta OCCRE- Residente, del señor Devorn Halford Archbold. (Fl. 15)
5. Copia simple de la Cédula de Extranjería del señor Devorn Davis Halford Archibold, nacionalidad nicaragüense. (Fl. 16)
6. Copia simple del Carné como Pescador Artesanal del señor Devorn Davis Halford Archibold. (Fl. 17)
7. Copia simple de la Tarjeta OCCRE-Residente, Cedula de Extranjería, nacionalidad nicaragüense y Carné como Pescador Artesanal del señor Conley Fesson Martínez. (Fl. 20)
8. Copia simple del Oficio No. 6013-1300 del 19 de julio de 2013, mediante el cual, la Defensora del Pueblo Regional solicita a Migración Colombia Sede San Andrés, la verificación acerca de la situación de doble nacionalidad de los accionantes. (Fl. 22)
9. Copia simple del Oficio de fecha 11 de agosto de 2013, mediante el cual Migración Colombia da respuesta a lo solicitado por la Defensora del Pueblo. (Fl. 23-24)
10. Copias de la Resolución No. 02117 del 21 de diciembre de 2012, Resolución No. 00064 del 04 de febrero de 2013, Resolución No. 00326 del 22 de abril de 2013, Resolución 02163 del 28 de diciembre de 2012, mediante el cual se otorga y se establecen todos los parámetros para otorgar el subsidio a los pescadores que hacen parte del Componente Pesquero Artesanal del Plan Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. (Fls. 38 al 46)

11. Copia simple de oficio con fecha 26 de abril de 2013, mediante el cual la Subdirectora General del Departamento para la Prosperidad Social, envía a la Secretaría de Agricultura del Departamento Archipiélago el listado de pescadores suspendidos y excluidos, para recibir el subsidio otorgado. (Fl 92-93)

Así las cosas, en el caso bajo estudio, se encuentra que de acuerdo a las pruebas que obran en el proceso, i) los actores están plenamente identificados con Cédulas de Extranjería como nacionales nicaragüenses; ii) Acreditan su permanencia en la isla, mediante la Tarjeta de Control y Circulación de Residencia OCCRE; iii) Son Pescadores Artesanales, certificados por la Secretaría de Agricultura y Pesca del Departamento Archipiélago; iv) Mediante oficio de fecha 26 de abril de 2013, suscrito por la Subdirectora General del Departamento para la Prosperidad Social, se suspende y excluye el subsidio a pescadores por el no cumplimiento de los requisitos establecidos por el DPS, entre los cuales se mencionan a los accionantes, situación fáctica que da claridad evidente a la Corporación para resolver el asunto.

De esta manera, la Sala advierte que en la presente tutela se está frente a un acto administrativo – *Oficio del 26 de abril de 2013, mediante el cual el DPS , suspende y excluye del beneficio a pescadores que no cumplen con los requisitos-* por lo tanto se hace necesario determinar la procedencia de dicha acción en éste caso concreto, ya que los accionantes contaban, con los medios de defensa ordinarios, para acudir a la Jurisdicción, a fin de controvertir la decisión de el DPS que decidió desfavorablemente excluirlos de la lista y suspender el pago del subsidio a folio 92 del expediente, por cuanto dicha decisión se configura en un acto administrativo, que es susceptible de ser controvertido ante el contencioso administrativo.

Sea lo primero recordar, que, en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional¹ ha reiterado, que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 86 de la C.N. y 6° del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y por lo tanto, resulta improcedente cuando existen otros mecanismos de

¹ Sentencia T-177 de 2011 de 14 de marzo de 2011, Referencia T-2.844.031, Demandante: Tanya Patricia Márquez Kruger, Demandado: Empresa Colsimetric S.A., M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

defensa judicial previstos por el legislador, para la protección de los derechos presuntamente conculcados, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

Asimismo, ha señalado que, dada su característica de ser subsidiaria y residual, la misma procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial, o existiendo, no es eficaz para la protección de los derechos.

En este orden, la H. Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades ha establecido la improcedencia de la tutela contra acto administrativo de carácter particular y concreto, debido a que éstos pueden ser controvertidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde se puede solicitar la suspensión provisional del mismo; sin embargo, ha indicado, que existen dos aspectos que posibilitan la procedencia de manera excepcional de la acción de tutela como medio de defensa judicial para controvertir este tipo de actos administrativos cuando éstos vulneren derechos fundamentales, así:

*“En primer lugar, si la tutela se presenta como **mecanismo principal**, al definir su procedibilidad es **preciso examinar si no existe otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto**, la tutela procede como **mecanismo principal** de amparo de los derechos fundamentales. En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, adicionalmente ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio.*

En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable²”

Ahora bien, el máximo Tribunal Constitucional ha establecido varios criterios para determinar si se está ante un perjuicio irremediable, y en tal sentido, ha dicho que éste se configura cuando hay: inminencia, urgencia y gravedad de los hechos, concretamente ha sostenido:

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-178-10 de Marzo 12 de 2010, Ref. Exp.: T-2.414.771. MP: Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.-

*“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. **La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.**”*

Adicionalmente, la jurisprudencia ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan. Bajo estos parámetros, la Corte ha reiterado, que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos, adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc”³. (Subraya y negrilla de la Sala).

En este punto, se advierte que de conformidad con lo establecido por la H. Corte Constitucional, la Corporación no encuentra la existencia de un perjuicio irremediable en el presente asunto, teniendo en cuenta que el DPS no puso en una situación de indefensión a los actores, al suspenderles y excluirlos del beneficio otorgado a los pescadores, pues, estos son de nacionalidad Nicaragüense y no han perdido en ningún momento el derecho a realizar jornadas de pesca en el sitio de conflicto.

Así las cosas, ante la inexistencia de un perjuicio irremediable, la tutela de la referencia es improcedente, habida cuenta que, existe otro mecanismo de defensa judicial.

Se concluye entonces, que no se ampararan los derechos fundamentales esgrimidos.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-060 de Febrero 07 de 2013, Ref. Exp.: T-3.393.071, T-3.396.185, T-3.397.065, T-3.397.217, T-3.439.764, T-3.448.510, T-3.473.754, T-3.556.862, T-3.557.753, T-3.644.020 y T-3.646.015. MP: Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.-

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la improcedencia del amparo de tutela solicitado, por los señores Conley Fesson Martínez, Laurue Tomas Humphreys Hodgson y Devorn Davis Halford Archibold, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Si este fallo no fuere impugnado, envíese a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ