



SALA DE DECISIÓN N° 006 CONSTITUCIONAL

Cartagena de Indias D.T. y C., Julio veintidós (22) de dos mil dieciséis (2016)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-23-33-000-2016-00628-00
Demandante	AURA CENZATO DE THIELE
Demandado	DIRECCION GENERAL MARÍTIMA - DIMAR
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

II. ASUNTO

Incumbe a esta Sala, decidir sobre la acción de tutela instaurada por la señora **AURA CENZATO DE THIELE**, accionista y Representante legal de la sociedad **CORPORACIÓN BARÚ S.A.S – CORPOBARÚ S.A.S.**, contra la **DIRECCION GENERAL MARÍTIMA – DIMAR**.

III. ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA

La señora **AURA CENZATO DE THIELE**, pretende, mediante el ejercicio de la presente acción, el amparo constitucional de su derecho fundamental al debido proceso administrativo, el cual viene siendo transgredido por la **DIRECCION GENERAL MARÍTIMA**, tras la concesión del proyecto denominado **LANTÍA MARINA BAY**, presentado por la sociedad **LENGUAJE URBANO S.A.**

Como consecuencia del amparo deprecado, solicita que se ordene a la entidad accionada lo siguiente:

“1. No adelantar el proceso o etapa de factibilidad frente a la solicitud de concesión presentada por Lenguaje Urbano S.A., hasta tanto no se verifique la realización del requisito relativo a la consulta previa frente a la comunidad afrodescendientes que habita en la Isla de Barú.

2. Realizar nuevamente las publicaciones correspondientes, conforme a la normatividad vigente.

3. Realizar las publicaciones del edicto conforme al área solicitada por Lenguaje Urbano S.A., de 396.000 m2, no como lo indica el edicto emitido por la DIMAR de 710.027,21 m2.”



### **3.2 HECHOS**

Como hechos que sustentan las pretensiones, la actora narra los siguientes:

- Mediante escrito del 6 de octubre de 2015, la empresa Lenguaje Urbano S.A., a través de su representante legal, presentó ante la Dirección General Marítima, solicitud de pre factibilidad para el proyecto denominado LANTÍA MARINA BAY, el cual se ubicará en la Costa Suroriental de Barú, a 2.5 kilómetros de la zona urbana de la Isla.
- Aduce que la solicitud debe cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 169 y ss del Decreto Ley 2324 de 1984, y las disposiciones contenidas en la resolución 489 de 2015, el cual se divide en dos fases, a saber: (i) fase de pre factibilidad; y (ii) fase de factibilidad.
- Explica que la fase de pre factibilidad, se refiere al procedimiento que debe realizar la DIRECCION GENERAL MARÍTIMA una vez reciba la solicitud de concesión, y consiste en enviar las respectivas comunicación a la entidades interesadas, en cumplimiento del numeral 2º del artículo 169 de Decreto 2324 de 1984, a fin de que emitan un concepto respecto a la solicitud de concesión.
- Agrega que, las comunicaciones fueron enviadas dentro de los 5 y 6 días hábiles siguientes a la solicitud de concesión, siendo suscritas por el Capitán de Fragata GERMÁN AUGUSTO ESCOBAR OLAYA – Subdirector Marítimo de la DIMAR.
- Señala que, las entidades comunicadas dieron concepto favorable para la concesión, a excepción del Ministerio del Interior, el cual manifestó que, en el área no se registra presencia de comunidades indígenas, minorías y rom, pero se registra presencia del Consejo Comunitario de la Unidad de Gobierno Rural de Barú, el cual se encuentra debidamente inscritos y registrados desde el 6 de septiembre de 2006.
- Una vez recibidos los conceptos emitidos por las entidades correspondientes, la DIMAR procedió a fijar por el término de 30 días, la información sobre la solicitud de concesión presentada por LENGUAJE URBANO S.A., la cual estuvo fijada por el término de 30 días, desde el 16 de diciembre de 2015.
- Arguye que, la DIMAR informó las coordenadas del área solicitada, las cuales ascienden a 710.021,21 m<sup>2</sup>, habiendo incongruencia entre lo pedido y lo concedido.



- Afirma que, la sociedad LENGUAJE URBANO S.A., cumplió con los requisitos de ley, como quiera que, realizó las debidas publicaciones de los edictos, de conformidad con el artículo 171 del Decreto Ley 2324 de 1984, en el periódico la Verdad, de la ciudad de Cartagena.
- Indica que, la DIMAR, desatendió el procedimiento previsto para la asignación de concesiones, como quiera que, omitió la publicación mediante vallas instaladas en el lugar donde está ubicado el terreno material de la solicitud.
- El 29 de enero de 2016, presentó ante la DIMAR, un escrito mediante el cual se oponía a la concesión solicitada por la sociedad LENGUAJE URBANO S.A, basándose en que existieron dentro del proceso irregularidades, que imposibilitan la concesión solicitada<sup>1</sup>.
- Señala que, el escrito de oposición elevado ante la DIMAR se resolvió a través del acto administrativo del 23 de marzo de 2016, de manera negativa<sup>2</sup>.
- Advierte que, antes de que se entregue la concesión, solicitada por el señor JUAN PABLO ARBELÁEZ LUNA, en representación de LENGUAJE URBANO S.A., se debe llevar a cabo la correspondiente consulta previa con las comunidades, como quiera que, el Ministerio del Interior, certificó la presencia del Consejo Comunitario de la Unidad Comunera de Gobierno de Barú.
- Concluye afirmando que, antes de que finalice la etapa de factibilidad, la autoridad, en conjunto, con la DIMAR y el MINISTERIO DEL INTERIOR, deberán llevara a cabo el proceso consultivo, el cual es requisito indispensable para autorizar la citada concesión.

### **3.3 CONTESTACIÓN<sup>3</sup>**

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 15 de julio de 2016, la entidad accionada dio contestación a la acción de tutela interpuesta, señalando que, la Dirección General Marítima, es la encargada de otorgar a los particulares las concesiones o autorización para el uso y goce de los bienes de uso público bajo su jurisdicción, lo cual se hace mediante acto administrativo motivado, previo cumplimiento de los requisitos previstos en el Decreto 2324 de 1984, así como los contenidos en la Resolución 0489 de 2015, expedida por la DIMAR.

---

<sup>1</sup> Folio 30-35

<sup>2</sup> Folio 37-46

<sup>3</sup> Folio 95 -103.



Narra que, el señor Juan Pablo Arbeláez Luna, representante legal de la sociedad Lenguaje Urbano S.A., solicitó el 06 de octubre de 2015, la concesión de una marina, localizada en la isla de Barú a dos (2) kilómetros de la zona urbana. Aportando certificado de existencia y representación, memoria descriptiva de la clase de obra, método constructivo y el cronograma de trabajo.

Tal como lo establece el Decreto Ley 2324 de 1984, en concordancia con la Resolución 0489 de 2015, se procedió a comunicar a la entidades respectivas, a fin de que emitieran un concepto de conformidad con los asuntos de su competencia. Las comunicaciones fueron enviadas durante los días 14 y 15 de octubre de 2015.

Señala que, una vez recibidos los informes de las entidades competentes, la DIMAR, procedió a otorgar el visto bueno a la etapa de pre factibilidad del proyecto, como quiera que, la sociedad LENGUAJE URBANO S.A., cumplió con los requisitos previstos en el Decreto Ley 2324 de 1984 y la Resolución 0489 de 2015.

Igualmente, se fijó el edicto señalando la situación y linderos del terreno, los nombres y apellidos del peticionario, y las constancias de fijación y desfijación, conforme lo establece el artículo 171 del Decreto 2324 de 1984, dando así, aplicabilidad al principio de publicidad y debido proceso.

En cuanto al desconcierto de la accionante, respecto a la consulta previa, de conformidad con la certificación No. 1479 del 21 de octubre de 2015, proferida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, advierte que, la misma se llevará a cabo antes de otorgar la factibilidad del proyecto, es decir, antes de que se profiera el acto administrativo mediante el cual se concede el uso y goce del bien de uso público, la sociedad Lenguaje Urbano S.A., deberá acreditar la realización del proceso consultivo.

Advierte la entidad accionada que, a la accionante se le informó que, el numeral 1º del artículo 2 del la Resolución 0489 de 2015, determina los documentos necesarios para obtener la prefactibilidad del proyecto, insiste, que con base en el procedimiento vigente, las licencias o plan de manejo ambiental, no son requeridos en esta etapa de la actuación administrativa.

Respecto al daño especial alegado por la accionante, se precisa que el mismo no es posible, atendiendo a que el proyecto aun se encuentra en etapa de prefactibilidad, dado que, no se ha proferido el acto administrativo que otorgue la concesión, en tal sentido, las razones expuestas en la presente tutela, se convierten en meras expectativas.



Por otro lado, considera que no es procedente acoger la presente acción de tutela como medio transitorio, dado que la accionante no demostró estar expuesta a sufrir un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que, la concesión acusada de vulnerar sus derechos fundamentales, aún no ha sido otorgada, la misma se encuentra en estudio de factibilidad.

Con fundamento en los argumentos expuestos, solicita que se declare la improcedencia de la presente acción, dado que la Dirección General Marítima – Capitanía de Puertos de Cartagena, no ha vulnerado derecho alguno.

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción se presentó el 11 de julio de 2016<sup>4</sup> ; recibida por esta Corporación en la misma fecha<sup>5</sup>; siendo admitida mediante auto del 12 de julio de 2016<sup>6</sup>, en donde se dispuso se diera curso a las notificaciones de rigor.

#### V. CONSIDERACIONES

##### 5.1 COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, es competente para conocer de la presente acción de tutela en **PRIMERA INSTANCIA**, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política, artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 de 2000.

##### 5.2 PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los supuestos esgrimidos, para esta Sala el problema jurídico se centra en establecer, sí ¿ se torna procedente la acción de tutela cuando el accionante carece de legitimación en la causa por activa, dado que no tiene la titularidad de los derechos que invoca, ni tiene poder para actuar en representación del titular?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) legitimación en la causa por activa en la acción de tutela; y (vi) Caso Concreto.

##### 5.3 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, disposiciones éstas que regulan la acción de tutela, tal mecanismo se ejerce

---

<sup>4</sup> Folio 1-20.

<sup>5</sup> Folio 86

<sup>6</sup> Folio 88 y reverso.



mediante un procedimiento preferente y sumario, cuyo objeto es proteger de manera inmediata y eficaz, los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción, u omisión de una autoridad pública o de un particular, pero, que no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

En ese sentido, la acción de tutela procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de los derechos fundamentales y únicamente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales, siendo ellas la subsidiariedad, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; y, la inmediatez: porque trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

#### **5.4 LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA EN LA ACCIÓN DE TUTELA**

De forma clara el artículo 86 de la C.P. y la normativa que lo desarrolla, el Decreto 2591 de 1991, se consagran el medio de control de la acción de tutela, el que posee cualquier persona para hacer valer sus derechos fundamentales, medio que puede ser interpuesto por el titular del derecho, directamente o a través de apoderado, o por intermedio de agente oficioso, en caso de estar imposibilitado para ello.

Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre. Ello es así, porque en la acción de tutela la legitimidad para actuar, según lo establece el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, está radicada en la persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien ejercerá la acción directamente o a través de apoderado.

En otras palabras, únicamente se entiende legitimado para actuar en la acción de tutela, la persona titular del derecho fundamental que se reputa como vulnerado o amenazado, que para demandar, podrá hacerlo por si misma o a través de apoderado, el cual deberá estar debidamente acreditado. De la





misma manera, el artículo 10 ibídem, previendo que existen casos en los cuales quien ostenta el derecho no se puede hacer presente para adelantar la acción ni otorgar poder, permite la figura de la agencia oficiosa, para lo cual establece como requisitos, el deber de manifestar que se actúa en tal condición y demostrar con suficiencia los motivos que le impiden presentarse al titular del derecho. Respecto de la legitimación en la causa, la jurisprudencia<sup>7</sup> ha establecido que: *“La legitimación en la causa es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de la oposición por el demandado, mediante sentencia favorable o desfavorable”*.

Es importante resaltar que, si bien el trámite de la acción de tutela se caracteriza por ser informal, en atención a la naturaleza de los bienes de protección, los derechos fundamentales, es importante aclarar que existen una cargas mínimas que se deben soportar por quienes pretenden acudir a la jurisdicción en busca de la protección de sus derechos fundamentales.

Por ello, es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso. Por tanto, cuando una de las partes carece de dicha calidad o atributo, no puede el juez adoptar una decisión de mérito. Específicamente respecto de la legitimación en la causa por activa<sup>8</sup> en las acciones de tutela, la H. Corte Constitucional, expresó:

*“Esta Corporación ha señalado que no obstante la informalidad que se predica de la acción de tutela, la misma debe cumplir con unos requisitos mínimos de procedibilidad, dentro de ellos se encuentra el de legitimación por activa o titularidad para promoverla. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como regla general, solamente el titular de un derecho fundamental se encuentra habilitado para solicitar el amparo constitucional del mismo, bien sea que lo haga en forma directa o por intermedio de su representante o apoderado”*.

En primer lugar, la persona que se encuentra legitimada para ejercer la acción de tutela, es claramente el titular de los derechos fundamentales que pretende vulnerados, el que puede actuar de forma directa, en caso de que no pueda hacerlo, a través de agente oficioso, el que deberá informar el porqué de dicha imposibilidad, o a través de apoderado, el que acorde con la reglamentación del ejercicio de la abogacía, debe estar habilitado por el Estado para el ejercicio de la profesión del derecho, y así lo ha entendido la Corte Constitucional<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. T-416 de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>8</sup> 3 Corte Constitucional. T-552 de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>9</sup> Ver sentencia T-572 de 1993.



La existencia de este requisito ha sido resaltado por la H. Corte Constitucional, señalando que: “...La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”<sup>10</sup>

Igualmente, es evidente que la norma reglamentaria, cuando se actúa a través de apoderado, brilla igualmente la informalidad del trámite, pues el poder que se exigen no posee la formalidad de la presentación personal, dado que se presume auténtico (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991).

## 5.5 CASO CONCRETO

En el caso *sub examine*, le atañe a la Sala, pronunciarse en torno a la acción de tutela incoada por la señora AURA CENZATO DE THIELE, contra la DIRECCION GENERAL MARÍTIMA, mediante la cual se pretende suspender la etapa de factibilidad frente a la solicitud de concesión presentada por la Sociedad Lenguaje Urbano S.A., hasta tanto se realice el proceso consultivo a las comunidades afrodescendientes que habitan en la Isla de Barú.

Adujo la accionante que, la entidad accionada no puede otorgar la etapa de prefactibilidad, sin que previo a dicho otorgamiento, la Sociedad solicitante, acredite la realización del proceso de consulta previa, teniendo en cuenta que el Ministerio del Interior, certificó la presencia del Consejo Comunitario de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Barú, en el área donde se pretende desarrollar el proyecto LANTÍA MARINA BAY.

En el libelo introductorio de la acción de tutela, la señora AURA CENZATO DE THIELE, relata que actúa en calidad de accionista y representante legal de la SOCIEDAD CORPOBARÚ S.A.S, la cual tiene como objeto social la inversión con carácter permanente en bienes raíces, bienes muebles y otro. Haciendo posible aseverar que, la accionante no posee relación alguna con dichas comunidades, evidenciando así, falta de legitimación en la causa por activa.

Con respecto a lo antes planteado, la Corte Constitucional ha señalado que existen diferentes formas para que se configure la legitimación por activa en la interposición de la acción constitucional de amparo. Al respecto indicó:

(...) “Existen diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que encontramos las siguientes: (i) cuando la interposición de la

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 899 de 2001. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.





*acción se realiza a través de apoderado judicial; (ii) cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; (iii) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; y (iv) cuando se realiza a través de agente oficioso."*

En síntesis, la normatividad vigente y la jurisprudencia, han dado la posibilidad de que la acción de tutela, pueda ser interpuesta por persona diferente a la titular de los derechos fundamentales, pero, dicha posibilidad es limitada, ya que, quien actúa en representación de otra persona, debe demostrar, siquiera sumariamente, las razones por las cuales lo hace, sin dejar de un lado las informalidad que caracteriza a la acción de tutela.

Conforme a lo anterior, el titular de los derechos fundamentales, podrá ser representado: (i) abogado en ejercicio, en calidad de apoderado judicial,; (ii) por el representante legal, en caso de ser una sociedad, niños o los discapacitados intelectuales, lo cuales no pueden ejercer la acción tuitiva en nombre propio; y (iii) si se encuentra imposibilitado física o mentalmente, la acción podrá adelantarse por un agente oficioso, quien deberá manifestar que actúa en tal calidad, y acreditar, siquiera sumariamente, las razones que le impiden al titular ejercer su propia protección.

Ahora bien, si quien actúa en representación de otro en la acción de tutela, lo hace como apoderado judicial, este deberá aportar el poder especial concedido, el cual no requerirá de autenticación, teniendo en cuenta que, en la acción de tutela los poderes aportados por las partes, se presumirán auténtico, conforme a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Conforme se ha ilustrado, la Sala pasará a examinar los elementos desarrollados, a fin de determinar si la accionante está legitimada por activa o si se estructura los presupuestos de procedencia para la agencia oficiosa en este asunto.

En un primer punto, es importante precisar que la consulta previa que deprecia la accionante, es un derecho fundamental de las comunidades étnicas, principalmente indígenas y afrodescendientes, reconocidas y protegidas por el ordenamiento constitucional. En tal sentido, los grupos étnicos son los titulares del derecho a la consulta previa, por lo que en caso de vulneración o amenaza, por regla general, son los únicos legitimados por activa, para solicitar la protección del mismo.

Sin embargo, las comunidades étnicas, pueden delegar en un tercero la protección de sus derechos, que para el caso en concreto, puede ser: (i) el



representante legal de la Comunidad o Consejo Comunitario; o (ii) a través de apoderado judicial, el cual quedará facultado mediante otorgamiento de poder especial.

El agente oficioso, como es sabido, le es obligatorio acreditar, siquiera sumariamente, las razones por las cuales se actúa en tal calidad, y además las imposibilidades que posee el titular del derecho para adelantar la acción en nombre propio, circunstancia que, en el caso en *sub examine* tampoco fue acreditada

En el caso en concreto, es evidente que la accionante no actúa dentro de ninguna de las posibilidades de estructuración de la legitimación por activa, dado que la misma es representante legal de la empresa CORPOBARÚ, la cual no guarda relación alguna con los Consejos Comunitarios que habitan en la Isla de Barú. Tampoco lo hace como apoderada judicial, teniendo en cuenta que no aportó poder especial para acreditar tal calidad.

Como se señaló con antelación, por regla general, el titular del derecho fundamental, es el único legitimado por activa, para adelantar la tutela de sus derechos. En tal sentido, y como quiera que, la accionante carece de legitimación en la causa por activa, dado que, el derecho que deprecia se encuentra en cabeza del Consejo Comunitario de la Unidad Comunera del Gobierno Rural de Barú. En conclusión, es el Consejo Comunitario, quien en dado caso, deberá adelantar la acción tuitiva para la protección de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados.

## **VI. CONCLUSIÓN**

Por todo lo expuesto, al encontrarse configurada la falta de legitimación en la causa por activa de la señora AURA CENZATO DE THIELE, para ejercer la acción de tutela en representación del Consejo comunitario de la Unidad Comunera de Gobierno de Barú, siendo este el titular del derecho deprecado por la accionante, se decide declarar IMPROCEDENTE la presente acción.

## **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, SALA SEXTA DE DECISIÓN CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

### **FALLA;**

**PRIMERO: DECLÁRESE** improcedente la presente acción de tutela interpuesta por la señora **AURA CENZATO DE THIELE**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SIGCMA**

**SENTENCIA No. 029 /2016**

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** por el medio más expedito con que se cuente, a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Si esta providencia no fuese impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, **REMÍTASE DE INMEDIATO** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 4*

**LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Magistrado Ponente

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

Magistrado

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

Magistrado