



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2020-00305-01
Demandante: Frank González Sijona
Demandado: Tribunal Administrativo de la Guajira

Temas: Acción de tutela contra providencia judicial. No se configura el defecto fáctico invocado.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala la acción de tutela interpuesta por el señor Frank González Sijona contra el Tribunal Administrativo de la Guajira.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio de la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el señor Frank González Sijona, quien actúa en nombre propio, formuló demanda en orden a que **se tutelen** sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la consulta previa.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que **se deje** sin efectos la sentencia del 23 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira en el proceso de reparación directa con radicación 44001-33-31-002-2011-00450-01; y en su lugar,



que **se ordene** al Tribunal emitir un nuevo fallo en el que se tengan en cuenta las pruebas obrantes en el proceso.

1.1.2. Los hechos

El apoderado del accionante narró como hechos de tutela, los siguientes:

i) La Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH y la empresa ONGC Videsh Limited Sucursal Colbia celebraron un contrato de exploración y producción E & P, a través del cual se adjudicaron los bloques denominados «RC8 y RC10» que corresponden a una zona marina y costera del departamento de la Guajira, principalmente del municipio de Riohacha.

ii) Mediante Oficio OF109-5368–DAI-0220 del 27 de febrero de 2009, la coordinadora del grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia certificó a la sociedad ONGC Videsh Limited que, en el área del proyecto de exploración sísmica marina, bloques RC8 y RC10, se registraban comunidades indígenas.

iii) El señor Frank González Sijona es miembro de la comunidad indígena «El Ahumano» (Los Hornos), perteneciente a la etnia Wayúu, comunidad que se encuentra asentada desde tiempos inmemoriales en la zona costera del municipio de Riohacha, siendo su tradición ancestral de sustento la actividad pesquera y su única actividad productiva. El territorio de la mencionada comunidad está en la zona de afectación del contrato en mención.

iv) A mediados de diciembre de 2009, la sociedad ONGC Videsh Limited inició labores de exploración sísmica en la zona adjudicada con una embarcación de gran calado, guiada por un remolcador, sin realizar el proceso de consulta previa con la comunidad indígena, cuyas actividades ancestrales, incluida la pesca, se verían seriamente afectadas con la actividad minera que se pretendía iniciar.

v) Los barcos de la sociedad destruyeron en su trasegar las redes y demás aparejos de pesca de propiedad el señor Frank González Sijona y de otros pescadores de la zona que se encontraban ubicados en sus lugares tradicionales de pesca. Las embarcaciones R/MRAN y GGS ATLANTIC realizaban labores sísmicas en los bloques RC8 y RC10.



vi) Entre los días 8 y 11 de junio de 2010, el Ministerio del Interior y de Justicia realizó una visita de verificación de las denuncias del señor Frank González Sijona y de las autoridades indígenas de la zona, en la cual estableció a través de su comisionada la antropóloga Carolina Cruz, que efectivamente habían sido destruidos los aparejos de pesca por los barcos de propiedad de la sociedad y que, además, la embarcación pesquera de su propiedad empezaba a mostrar deterioro por la falta de uso y de mantenimiento, pues no estaba en servicio al haber quedado desprovisto de herramientas para trabajar y sin tener la posibilidad económica de reemplazarla.

vii) El señor Frank González Sijona promovió demanda de reparación directa contra la ONGC Videsh Limited a fin de que se repararan los perjuicios causados en lo realización de la consulta previa y los daños causados por la destrucción de sus elementos de pesca.

viii) El Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha mediante sentencia del 22 de enero de 2018, concedió algunas de las pretensiones.

ix) El Tribunal Administrativo de la Guajira por medio de sentencia del 23 de agosto de 2018, revocó la decisión y absolvió íntegramente a la demandada.

1.1.3. Los defectos invocados

En sentir del accionante, el fallo del Tribunal incurrió en un «defecto fáctico», en atención a las siguientes circunstancias:

i) Se omitió la apreciación de los siguientes documentos: a) el Oficio OF109-5368-DAI-0220 del 27 de febrero de 2009 emitido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por medio del cual se certificó la presencia de comunidades indígenas en el espacio en el que desarrollaría el contrato, lo que determina la necesidad de la consulta previa; b) el Oficio del 17 de diciembre de 2009 suscrito por el asesor de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en el que indica que en el área de influencia del proyecto se adelantan actividades tradicionales de pesca por parte de comunidades indígenas y que por tanto, se debe coordinar con el Ministerio del Interior el proceso de consulta previa a que haya lugar; y c) el Oficio del 21 de junio de 2010 suscrito por el Country Manager & Senior Vice-Presidente de la compañía ONGC Videsh



Limited dirigido a la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, mediante el cual se dio respuesta al requerimiento de la entidad por las reclamaciones hechas por los indígenas Wayúu.

ii) De haberse apreciado dichos documentos, la conclusión sobre la prueba de los hechos relevantes, en especial los que configuran violación del derecho a la consulta previa habría sido diametralmente opuesta, pues se habría observado que en el área de desarrollo del contrato proyectado estaba asentada la comunidad indígena y que esa circunstancia fue de pleno conocimiento de las demandadas.

iii) Se alteró el significado real del oficio emitido por la Unidad Nacional de Tierras en el que se lee «no se cruza o traslapa con territorios legalmente titulados a comunidades indígenas o grupos afrocolombianos», pues dicho oficio no niega la presencia de comunidades indígenas sino el cruce con territorios legalmente titulados a dichas comunidades, pero el Tribunal entendió todo lo contrario y por ello, concluyó que era innecesario adelantar la consulta previa. Además, la Unidad Nacional de Tierras no podía negar la presencia de las comunidades indígenas porque la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, autoridad competente para ello, ya había certificado la presencia de dichas comunidades.

iv) Se realizó una lectura caprichosa e irracional del Oficio de 30 de julio de 2010, mediante el cual la coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia informó al Country Manager & Senior Vice-president de la empresa ONGC Videsh Limited, el resultado de la visita realizada por la comisión del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia respecto de las denuncias formuladas por los indígenas Wayúu, igual que el acta respectiva.

v) El Tribunal consideró que el contenido de tales documentos no es idóneo para demostrar la responsabilidad porque provienen de un funcionario que no tiene competencia para declarar responsabilidad y porque en su expresión se utilizó el adverbio «aparentemente».

vi) El Tribunal incurrió en el yerro de atribuirle al adverbio «aparentemente» un significado distinto del que puede tener en el contexto en el que fue empleado. El



púnico significado que puede tener esa expresión en el contexto es que la situación descrita se percibe a simple vista.

vii) El uso de la expresión «aparentemente» tiene explicación en la necesidad de limitarse a narrar lo que la autoridad percibe a simple vista sin emitir juicios de valor definitivos que están reservados a la autoridad judicial y, además, obedece al propósito de evitar la emisión de juicios definitivos sin la debida contradicción que debe darse en el seno de un proceso judicial, en el cual la apariencia percibida por el agente del Ministerio del Interior podía ser desvirtuada.

viii) Es claro que con dicho relato el Ministerio del Interior no invadió competencias judiciales o de otras autoridades, pues allí se limitó a narrar los hechos tal cual fueron percibidos, indicando que los daños fueron aparentemente causados por la actividad de ciertos sujetos.

ix) La interpretación inapropiada e irracional del contenido del documento en cuestión condujo al Tribunal a alterar su verdadero significado y a negarle el mérito que realmente tiene en la demostración de la imputabilidad del daño.

1.2. Actuación Procesal

Mediante auto del 3 de febrero de 2020, **se admitió** la acción de tutela y, en consecuencia, **se ordenó** notificar del proveído a los magistrados del Tribunal Administrativo de la Guajira, como demandados, y al Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha, a la Agencia Nacional de Hidrocarburos, a la ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia, a Perinco Oil and Gas Colombia (antes Petrobras Colombia Limited) y a Ecopetrol S.A., como terceros interesados en las resultados del proceso, para que dentro del término de dos días y en uso de su derecho de defensa, rindieran el respectivo informe; de igual forma, **se ordenó** notificar del proveído a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 610 del CGP.

1.3. Contestación de la demanda



1.3.1. El Tribunal Administrativo de la Guajira, por intermedio de la magistrada Hirina del Rosario Mesa Rhenals, solicitó declarar improcedente la acción de tutela, dado los siguientes argumentos:

i) La acción de tutela carece de relevancia constitucional pues los argumentos presentados son propios de la dinámica del litigio ordinario en el cual no se afectaron garantías fundamentales, sino que se aplicaron de manera fundada claros principios constitucionales.

ii) La decisión se adoptó con fundamento en las normas y jurisprudencia aplicables, otra cosa es que el accionante no esté conforme con la argumentación que realizó el Tribunal y exponga razones de disenso que constituyen el fundamento de un nuevo recurso, lo cual resulta improcedente a través de la acción de tutela.

iii) Aunque las comunidades indígenas son sujetos de especial protección constitucional, esa condición *per se* no conduce a que se desconozcan los principios y las normas que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, que en el caso no se encontró demostrada, tal como se puede extraer de la providencia objeto de censura y a la que debe remitirse.

1.3.2. El Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha, a través de la juez titular Kelly Nieves Chamorro, solicitó declarar improcedente la acción de tutela y/o negar el amparo deprecado. Argumentó que las imputaciones que se hacen en la acción de tutela no recaen sobre el proveído emitido en la primera instancia; en todo caso, refirió que el fallo del 22 de enero de 2018 es una providencia motivada en sus aspectos de hecho y de derecho, en la que se analizó la posición de cada una de las partes, se hizo referencia a las pruebas recaudadas y definió el asunto bajo los criterios jurisprudenciales que allí quedaron expuestos.

1.3.3. La empresa ongc Videsh Limited Sucursal Colombia, por intermedio de apoderado, solicitó negar el amparo pretendido en atención a las siguientes consideraciones:



i) El artículo 3 del Decreto 1320 de 1998 establece que cuando el proyecto, obra o actividad que se pretende realizar en zonas tituladas y habitada en forma regular y permanente por comunidades indígenas o negras susceptibles de ser afectadas con el proyecto, le corresponde al Ministerio del Interior certificar la presencia de dichas comunidades, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica, y al Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, certificar sobre la existencia del territorio legalmente constituido.

ii) Aunque se alude que el Tribunal no realizó el análisis de algunos oficios que podían determinar el incumplimiento del trámite de consulta previa por parte de la empresa, lo cierto es que el derecho de consulta previa no se otorga a un individuo en particular sino a toda una comunidad, por ser un derecho de carácter colectivo, por lo que no es dable que el señor Frank González reclame un derecho colectivo como propio, y además, lo tase económicamente a sus intereses personales como ocurrió en el proceso de reparación directa, más aun cuando no se probó que este fuere representante o autoridad tradicional de su comunidad.

iii) El actor pretende que se otorgue toda fuerza probatoria a un acta que incluso se suscribió luego de una visita de una delegada por el Ministerio del Interior, seis meses después de los supuestos hechos narrados, para estimar que los daños se provocaron sin lugar a duda, cuando la realidad es que al verificarse lo relatado, en el acta se puede colegir lo mismo que determinó el Tribunal Administrativo de la Guajira, esto es, que no es conclusiva respecto de los hechos y existencia del daño. De dicha acta se puede inferir que la funcionaria se limitó a entrevistar al demandante y a otros supuestos afectados, pero en ningún momento se hizo una experticia técnica de los hechos y de los supuestos jurídicos reclamados.

iv) Lo anterior denota la carencia de pruebas contundentes que den certeza de la ocurrencia de los hechos que provocaron unos perjuicios no probados, pues la visita del Ministerio del Interior fue el 10 de junio de 2010, es decir, seis meses después de la ocurrencia de los supuestos hechos y daños, lo cual aleja más la posibilidad de conectar acontecimientos narrados, de forma difusa, con daños que nunca determinaron circunstancias de tiempo, modo y lugar exactos, y supuestos perjuicios materializados en unas fotografías genéricas que no certifican absolutamente nada.



v) El anterior documento fue examinado de manera individual por el Tribunal y en conjunto con el interrogatorio y testimonios, los cuales son difusos y no concluyen la existencia de daño alguno, por lo que el accionante no puede acusar al Tribunal de omitir o estudiar caprichosamente las pruebas.

vi) Las pruebas que aportó la parte demandante para establecer los daños que relata en su demanda son débiles y contradictorias y no conllevan a establecer un nexo de causalidad entre las actividades desarrolladas por los demandados y los supuestos perjuicios sufridos por el señor Frank González Sijona.

vii) El Tribunal cumplió con el rigor procesal y probatorio para emitir una sentencia, por lo que no puede acudir a la acción de tutela para crear nuevas oportunidades o instancias a fin de que se vuelva a estudiar un asunto con el objeto de obtener una sentencia favorable.

1.3.4. La Agencia Nacional de Hidrocarburos, a través del jefe de la Oficina Asesora Jurídica, solicitó ser desvinculada del trámite de la acción de tutela, por existir falta de legitimación en la causa por pasiva. Advirtió que no es de su competencia el realizar valoración del material probatorio aportado al proceso de reparación directa ni proferir providencias que afecten los intereses de los particulares y, además, en ningún caso desplegó conductas que permitan inferir la violación de derechos fundamentales del accionante, según se encargó de explicar en la contestación de la demanda ordinaria.

1.3.5. Ecopetrol S.A., por intermedio de apoderado judicial, solicitó declarar improcedente la acción de tutela y/o negar el amparo invocado. Para estos efectos presentó los siguientes argumentos:

i) Tanto el juez de primera instancia como el de segunda instancia absolvieron a Ecopetrol por la supuesta violación al derecho de consulta previa, al no desarrollarse conducta activa ni pasiva que lesione los derechos del demandante.

ii) Pretender por vía de tutela una indemnización por consulta previa carece de causa y por ende es improcedente, dado que no existe la obligación que reclama o pretende



reclamar la parte demandante. Es improcedente pretender una indemnización individual por consulta previa cuando esta versa en compensaciones para la comunidad, de conformidad con los impactos de los proyectos, en donde los acuerdos de consulta previa buscan, entre otros, reparar los daños ambientales, sociales o culturales amenazados y que sean comprobados.

iii) La valoración y análisis probatorio desarrollado por el Tribunal está ajustado a derecho y a la sana crítica y que sea desfavorable al accionante no indica que sea arbitrario o injusto y menos que sea violatorio al debido proceso.

iv) El accionante no probó que el daño se produjo por el trasegar de las embarcaciones del contrato RC-08. En el caso se está frente a una suposición, esto es, que como las embarcaciones navegaron en aguas de La Guajira son las únicas responsables de los daños; además, no existe en el proceso ninguna prueba técnica que permita deducir, al menos indiciariamente, la ubicación o coordenadas en las que el demandante realizaba su actividad de pesca, así como la ubicación o coordenadas del accidente, para así determinar que la línea de tránsito del buque [que era fácilmente determinable] coincidía con la de la actividad del demandante.

v) La acción de tutela no es una tercera instancia donde puedan ventilarse asuntos que fueron definidos por los jueces del asunto o que no tuvieron oportunidad de analizar, más aun cuando no corresponde al constitucional establecer si existe un mejor criterio de interpretación que el utilizado por el juez natural.

vi) Si el accionante considera que existe vía de hecho por la interpretación probatoria que pueda llevar a una nulidad del proceso, cuenta con los recursos extraordinarios que se establecen en la ley.

1.4. Sentencia impugnada

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, mediante sentencia del 28 de mayo de 2020, negó las pretensiones de la solicitud de amparo, en atención a las siguientes consideraciones.



i) El Tribunal enlistó las pruebas obrantes en el plenario, entre las que figuran aquellas señaladas como valoradas caprichosamente por el actor y, además, también efectuó un recuento normativo y jurisprudencial sobre los preceptos que rigen el mecanismo de consulta previa.

ii) Al realizar el análisis sobre la eventual responsabilidad de las demandadas derivada de la vulneración del derecho a la consulta previa, tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas obrantes y concluyó que de ninguna de ellas se advertía que la empresa ONGC Videsh Limited haya omitido el deber legal de realizar una consulta previa antes de iniciar con la ejecución del proyecto de explotación de hidrocarburos, en tanto si bien, le fue informada la presencia de comunidades indígenas en jurisdicción de los municipios de Dibulla y Riohacha, no se certificó la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia y afectación del proyecto, cuya presencia hiciera necesario activar la consulta previa obligatoria, por lo que el daño alegado por la supuesta omisión de su realización no se configuraba.

iii) Aunque el accionante considera que los oficios del 17 de diciembre de 2009 suscrito por el asesor de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y del 21 de junio de 2010, suscrito por ONGC Videsh Limited y dirigido a la ANH, constituían prueba suficiente de que en el caso se omitió activar el mecanismo de consulta previa obligatoria, lo cierto es que el Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante oficio de 27 de febrero de 2009 condicionó la realización de la consulta previa a la certificación de existencia de territorio legalmente constituido por parte de la Agencia Nacional de Tierras UNAT, certificación que nunca se emitió, por lo que el análisis probatorio por parte del Tribunal accionado se vislumbra razonable.

iv) Las consideraciones que el actor tiene sobre la necesidad de la realización de una consulta previa en el caso no se acompañan con los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos para definir cuando debe ser realizada, lo que *per se* no constituye una vulneración de los derechos de aquel, máxime en un caso como el presente, en el que la demandada agotó las indagaciones pertinentes para saber si debía realizar la consulta previa con las comunidades posiblemente afectadas, y del que recibió una respuesta negativa por parte de las autoridades competentes.



v) De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos², en armonía con las previsiones contenidas en el Convenio 169 de la OIT, el derecho colectivo fundamental a la consulta previa se predica de las comunidades étnicas (indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas), no de un sujeto individualmente considerado como lo pretendió el demandante en el proceso de reparación directa, quien actuó en nombre propio por los supuestos perjuicios derivados de la vulneración de dicho derecho a la comunidad a la que pertenece, máxime cuando ni en el proceso de reparación directa, ni en el proceso de tutela alegó prueba de actuar como representante o autoridad tradicional de la misma.

vi) No se configuró defecto fáctico por desconocimiento del contenido del acta de la comisión del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, en la que se consignó que el daño había sido causado aparentemente por los barcos de Videsh Limited, y que, en sentir del accionante, podía establecer la responsabilidad administrativa reclamada.

vii) La referida acta fue valorada bajo los postulados de la sana crítica, y de su análisis la autoridad judicial accionada determinó que esta no tenía la calidad de plena prueba del daño alegado, no solo porque no era concluyente respecto de las causas del hecho dañoso investigado, sino porque el documento no tenía por objeto declarar responsabilidades en el caso, ni correspondía al Ministerio del Interior en el marco de sus competencias hacerlo, conclusión que es lógica y razonable.

viii) La carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado supuesto de hecho y, en el caso que originó la controversia, en el que el debate se estructuró sobre el régimen de falla probada, además de que no se allegaron las pruebas que demostraban siquiera con claridad la ocurrencia del daño; la parte demandante no

¹ Ver SU-383 de 2003, T-880 de 2006, T-698 de 2011, T-657 de 2013, T-475 de 2016, T-002 de 2017, SU-097 de 2017, T-201 de 2017, SU-217 de 2017, T-733 de 2017, SU-123 de 2018, T-300 de 2018, T-307 de 2018, T-308 de 2018, T-499 de 2018, T-021 de 2019 y T-281 de 2019.

² Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012 y Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015.



solicitó la práctica de alguna prueba tendiente a demostrarlo ni tampoco alegó una causal que invirtiera la carga de la prueba por la imposibilidad de acceder a ella, falencias probatorias que no pueden solucionarse a través de la acción de tutela y que evidencian que la valoración probatoria efectuada por la autoridad judicial accionada en el caso fue razonable y lógica.

1.5. Impugnación

El accionante Frank González Sijona, por intermedio de apoderado, impugnó la decisión de primera instancia, a fin de que se revoque y, en su lugar, se conceda el amparo suplicado en la demanda. Para estos efectos, argumentó lo siguiente:

i) El Tribunal descalificó el contenido del Acta de la Comisión del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia.

a) El Tribunal concluyó que la referida acta no es concluyente, cuando lo cierto es que en esta se precisa en qué consistió el daño, cómo fue causado y las fuentes de prueba en las que se soportó lo allí afirmado, y si bien, en ella se señala la palabra «aparentemente» significa que ello fue lo que percibió la autoridad que suscribió el documento, porque sus sentidos le permiten observar solo lo que es aparente.

b) Nadie ha discutido que el Tribunal haya relacionado el acta entre los elementos de pruebas. Lo que se cuestiona es la apreciación irracional y caprichosa que se hizo de esta prueba, pues si el acta es un documento público que fue sometido a contradicción de las partes y no fue refutado en el curso del proceso, no puede desconocerse su veracidad, según lo previsto en el artículo 257 del CGP.

c) El Tribunal adujo que al Ministerio del Interior no le corresponde declarar responsabilidad. Ello es claro, ya que lo que hizo fue levantar un acta de lo que percibió en un determinado escenario, esto es, dejó constancia de lo que percibió y de las versiones que recibió en el lugar. Por eso, lo que dice el documento hace fe de lo que contiene mientras no sea tachado de falso.



d) La decisión del Tribunal es realmente contraevidente y caprichosa, pues desconoce arbitrariamente el contenido del acta, para negarle mérito probatorio, contra expresa disposición legal sobre el valor de los documentos públicos.

ii) Se pasaron inadvertidas tanto para el Tribunal accionado como para el juez de tutela de primera instancia las siguientes pruebas:

a) El Oficio OFI10-25679-GCP-0201 del 30 de julio de 2010, suscrito por la coordinadora del grupo de consulta previa del Ministerio del Interior y de Justicia, en el que comunicó a la empresa ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia, el resultado de la visita realizada con ocasión de la denuncia hecha por los pescadores Wayúu; documento que también tiene el carácter de público y que estuvo libre de tacha o refutación. El contenido del oficio es claramente coherente con las expresiones del acta de la comisión y no dejan duda sobre el daño causado y su imputabilidad.

b) Los testimonios de Ramón Francisco Pérez Ipuana y Laurenao Ildige, quienes narraron que los hechos ocurrieron después de la cena de navidad y el año nuevo, es decir, entre el 26 y 31 de diciembre de 2009, y que se produjeron entre el 26 hacia el 29 de diciembre de 2009.

c) La valoración conjunta de dichas pruebas habría conducido al Tribunal a considerar probados los daños alegados en la demanda y la imputabilidad de ellos, de manera que se contrarió lo ordenado por el artículo 176 del CGP.

1.6. Oposición a la Impugnación

La sociedad Perenco Oil and gas Colombia Limites, antes Petrobras Colombia Limited, por intermedio de apoderado, manifestó oponerse a la prosperidad de la impugnación, al respecto indicó:

i) La entidad presentó oportunamente la oposición a la acción de tutela, pero el documento no fue anexado al expediente y por ello, no se hizo ninguna alusión a la oposición de la sociedad.



ii) La sentencia de tutela del 28 de mayo de 2020 analizó con esmero, ciudad y profundidad el fondo del caso concreto y por eso negó la solicitud de amparo, al concluir que el Tribunal Administrativo de la Guajira no incurrió en defecto fáctico, por lo que comparte expresamente la decisión.

2. Consideraciones

2.1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala dilucidar **en primer lugar**, si la presente acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia para controvertir la providencia del 23 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el proceso de reparación directa con radicado 44001-33-31-002-2011-00450-01.

En caso afirmativo, se analizará, **en segundo lugar**, si en la referida providencia se configuró la existencia de un defecto fáctico por i) falta de valoración probatoria en torno a la omisión de realizar el mecanismo de consulta previa obligatoria; y ii) valoración probatoria irrazonable en torno de la demostración de la imputabilidad del daño causado por la destrucción material de los elementos de pesca de actor.

2.2. De la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela fue prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, como un medio a través del cual toda persona puede reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales «cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública».

El Decreto 2591 de 1991 reglamentó su ejercicio y, estableció en sus artículos 11, 12 y 40 la posibilidad de utilizar la acción de tutela para controvertir sentencias judiciales ejecutoriadas, artículos posteriormente declarados inexecutable por la Corte Constitucional en **sentencia C-543 de 1992**, al considerarse que atentaban contra los principios de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, además de trasgredir la autonomía



e independencia judicial, así como las normas de competencia fijadas por la Constitución. Sin embargo, dentro de la *ratio decidendi* de dicha sentencia, se abrió la posibilidad de manera excepcional y como mecanismo transitorio de protección, de utilizarse la acción de tutela en casos en que «el juez incurriera en dilaciones injustificadas, actuaciones de hecho que desconozcan derechos fundamentales o cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable», hipótesis frente a las que, señaló la Corte, no puede hablarse de atentado contra la seguridad jurídica de los asociados.

Bajo este supuesto, la jurisprudencia constitucional³ ha evolucionado en torno a la consideración de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial, y ha desarrollado diferentes reglas para su estudio, consolidadas en la **sentencia C-590 de 2005**,⁴ en la que se hace distinción entre causales genéricas, aquellas que hacen referencia a los requisitos que posibilitan la interposición de la acción, y causales específicas de procedibilidad, que persiguen verificar la procedencia del amparo una vez cotejada la validez de su interposición.

De esta forma, se señalaron como **causales genéricas de procedencia** las siguientes: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, contado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal, se señale de manera clara que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela. Frente a estas causales el juez debe hacer un examen exigente y cuidadoso, al ser precisamente la acción de tutela contra providencia judicial de naturaleza «excepcional».

³ T-079 de 1993, T-158 de 1993, T-173 de 1993, T-231 de 1994, T-118 de 1995, T-492 de 1995, T-567 de 1998, SU-047 de 1999, T-382 de 2001, T-1031 de 2001, T-441 de 2003, T-462 de 2003, T-589 de 2003, T-949 de 2003, T-200 de 2004, T-774 de 2004.

⁴ Reiteradas en la sentencias SU-813 de 2007 y SU-913 de 2009.



En igual sentido, se señalaron como **causales específicas de procedibilidad**, aquellas que se centran en el estudio de la providencia que se ataca, las siguientes: defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución. La Corte hizo especial hincapié en el hecho de que para que proceda el amparo, debe estar plenamente demostrada al menos una de las anteriores causales o defectos.

El Consejo de Estado en **sentencia del 31 de julio de 2012**,⁵ unificó su jurisprudencia en torno a la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, admitiendo que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales relacionados con el **acceso a la administración de justicia, el debido proceso y el derecho de defensa**, observando para ello los parámetros fijados por la ley y la jurisprudencia.

2.3. Verificación del cumplimiento de las causales generales de procedencia

La Sala encuentra cumplidas las exigencias que habilitan el uso de la acción de tutela para rebatir la providencia judicial del 23 de agosto de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, según se pasa a explicar:

i) El caso bajo estudio «reviste suficiente relevancia constitucional», toda vez que el debate gira en torno a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por ser resuelto el caso, según el accionante, sin un adecuado análisis probatorio, evento que de encontrarse acreditado conduciría a considerar lesionados sus intereses.

ii) Se «cumple con el requisito de subsidiaridad», dado que la decisión cuestionada hace referencia a una sentencia de segunda instancia que puso fin a la discusión planteada dentro de un proceso de reparación directa y, de los hechos narrados, no

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. María Elizabeth García González. Expediente radicado 11001-03-15-000-2009-01328-01 (IJ).



se evidencia que el caso se adecue a alguna de las causales de revisión previstas en el artículo 250 del CPACA.

iii) Se «cumple con el requisito de inmediatez», pues la sentencia objeto de censura data del **23 de agosto de 2019**, y la presente acción de tutela fue radicada en la Secretaría General del Consejo de Estado el **29 de enero de 2020**,⁶ esto es, dentro del término de los seis meses señalados por esta Corporación como prudencial para el ejercicio de la acción de tutela contra providencia judicial.⁷

(iv) En el caso «no se cuestiona una irregularidad procesal» sino el hecho de realizarse un estudio del caso sin un adecuado análisis probatorio.

(v) Dentro del escrito de tutela «se identificaron razonablemente los hechos y argumentos» frente a los cuales se alega vulneración, pues la parte actora se ocupó de narrar de manera clara los hechos sujetos a examen, los derechos que estima vulnerados y adecuó sus alegatos a la configuración de un defecto fáctico.

(vi) El asunto «no se refiere a una sentencia de tutela», toda vez que la decisión cuestionada se profirió en el trámite de un proceso de reparación directa.

2.4. Análisis de procedencia del amparo de tutela invocado

La Sala abordará el estudio de este acápite en el siguiente orden: i) criterios con fundamento en los cuales la Corte Constitucional ha delimitado el estudio de la causal defecto fáctico; ii) hechos probados; y iii) análisis del caso concreto.

i) criterios con fundamento en los cuales la Corte Constitucional ha delimitado el estudio de la causal defecto fáctico

⁶ Folio 1.

⁷El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 5 de agosto de 2014, C.P. Jorge Octavio Ramírez, expediente radicado 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), como garantía del principio de la seguridad jurídica, acogió un plazo de seis meses, contados **a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso**, como tiempo razonable para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente.



En la sentencia C-590 de 2005, la Corte señaló que el defecto fáctico surge cuando «el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión», concepción doctrinal que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia constitucional⁸, a partir de la cual se ha señalado que este supuesto de procedibilidad es uno de los más exigentes para su comprobación como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, toda vez que la valoración probatoria es uno de los campos donde se expresa en mayor medida el ejercicio de la autonomía e independencia judicial.

Bajo este contexto, la Corte Constitucional señaló de manera primigenia tres casos⁹ que daban origen al defecto fáctico; sin embargo, a modo de desarrollo jurisprudencial se han planteado la existencia de dos dimensiones que dan origen al defecto, que a su vez se traducen en otras modalidades de configuración, agrupadas en la sentencia T-923 de 2013, de la siguiente forma:

- **Dimensión negativa**, que ocurre por la valoración defectuosa del material probatorio debidamente allegado al plenario, que se presenta cuando el funcionario judicial: (i) niega la práctica del medio probatorio solicitado, (ii) no ordena el que debía recaudar de oficio u, (iii) omite la valoración de elementos de juicio determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de ella emerge.

- **Dimensión positiva**, por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los medios de prueba que conducen a valorarlos de manera arbitraria, irracional y caprichosa, que se da cuando el funcionario judicial: (i) fundamenta su determinación en elementos de juicio que no le es permitido considerar porque fueron indebidamente recaudados, son totalmente inconducentes al caso concreto, o se trata de pruebas nulas de pleno derecho y, del mismo modo, y/o (ii) apoya la decisión judicial en material probatorio que no permite llegar a la certeza sobre el supuesto fáctico del cual parte la conclusión del fallador.

⁸SU-159 de 2002, T-102 de 2006, T-310 de 2009 y T-923 de 2013, entre otras.

⁹(i) omisión en el decreto y práctica de las pruebas; (ii) valoración errada de las mismas; y (iii) valoración de las que resultan nulas de pleno de derecho.



La Corte ha concluido que para que el yerro en la apreciación probatoria configure un defecto fáctico «el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión».¹⁰

ii) Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente de tutela, la Sala de decisión puede establecer lo siguiente:

El señor Frank González Sijona, por intermedio de apoderado, promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH (adscrita al Ministerio de Minas y Energía), la sociedad ONGC Videsh Limited - Sucursal Colombia, la empresa Perenco Oil and Gas Colombia (antes Petrobras Colombia Limited), y la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, en orden a que se concedieran las siguientes pretensiones:¹¹

- Declarar que la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH y la sociedad ONGC Videsh Limited - Sucursal Colombia, son solidariamente responsables de todos los daños ocasionados por violación a su derecho fundamental a la consulta previa y por la destrucción de sus herramientas de pesca, que es su única actividad productiva.
- Condenar a las demandadas a reconocer, liquidar y pagar los perjuicios causados, así:
a) por concepto de violación del derecho fundamental a la consulta previa la suma de 100 SMLMV, b) por concepto de daño material en la modalidad de daño emergente la suma de \$16.040.000 y en la modalidad por lucro cesante la suma de \$125.000.000; y
c) por concepto de daño moral la suma de 50 SMLMV.

El Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha, por medio de sentencia del 22 de enero de 2018, resolvió:¹²

Primero: declarar patrimonial, solidaria y extracontractualmente responsables a las empresas ONGC Videsh Limited –Sucursal Colombia, Perenco Oil and Gas Colombia Limited y Ecopetrol S.A., de los daños y perjuicios materiales ocasionados al señor Frank González Sijona.

Segundo: Condenar en abstracto a las empresas ONGC Videsh Limited –Sucursal Colombia, Perenco Oil and Gas Colombia Limited y Ecopetrol S.A., a pagar a título de

¹⁰Sentencias T-567 de 1998, T-310 de 2009 y T-590 de 2009, entre otras.

¹¹Folios 24 y 25.

¹²



indemnización los perjuicios causados por el daño emergente y el lucro cesante a favor del señor Frank González Sijona.

Tercero: No declarar responsable de los perjuicios causados a la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

Cuarto: la entidad condenada dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.

El Tribunal Administrativo de la Guajira mediante sentencia del 23 de agosto de 2019, en el siguiente sentido:¹³

Primero: declarar fundado el impedimento manifestado por la magistrada María del Pilar Veloza Parra.

Segundo: desatar las alzadas en el sentido de **tener por revocados los numerales primero, segundo y cuarto** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha el 22 de enero de 2018, adicionada mediante providencia del 3 de mayo de 2018. En consonancia con ello, **denegar** las pretensiones de la demanda incoada por el ciudadano Frank González Sijona.

iii) Análisis del caso concreto

a) Respecto del cargo de falta de valoración probatoria en torno a la omisión de realizar el mecanismo de consulta previa obligatoria

Se controvierte en el caso la existencia de un «defecto fáctico en su dimensión negativa», por omisión en la valoración de elementos de juicio determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados en el proceso ordinario y sin razón valedera dar por no probado el hecho o la circunstancia que de ella emerge.

Se alega de manera particular que el Tribunal accionado omitió valorar i) el **Oficio del 27 de febrero de 2009** emitido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, ii) el **Oficio del 17 de diciembre de 2009** suscrito por el asesor de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y iii) el **Oficio del 21 de junio de 2010** suscrito por el Country Manager & Senior Vice-Presidente de la compañía ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia.

¹³ Folios 24 a .



En juicio del accionante, de las pruebas referidas se puede concluir que la ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia, que ejecutó el contrato de exploración y producción de hidrocarburos en la zona de influencia de la comunidad indígena Wayúu, tenía conocimiento de la presencia de tal comunidad en el área donde se iba a realizar el proyecto y que, por tanto, era consciente de que debía adelantar el proceso de consulta previa con la comunidad.

En la providencia objeto de censura, el Tribunal abordó el estudio de la pretensión tendiente a demostrar la responsabilidad administrativa de las demandadas por llevar a cabo un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos en zona costera del municipio de Riohacha, sin haber realizado proceso de consulta previa con la comunidad indígena «El Ahumado» de la que hace parte el señor Frank González Simarra, en el siguiente sentido:

3.5. Argumentación Fáctica probatoria

En ese marco y de cara a resolver el problema jurídico planteado ab initio, valora la Sala que en el plenario obran las siguientes pruebas relevantes, allegadas y recaudadas para demostrar los respectivos supuestos fácticos, así:

[...] Oficios de fecha 25 de febrero de 2010 y 17 de diciembre de 2009, suscritos por el asesor de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dirigidos a la División de Litorales de la DIMAR (FI.33-34). Esta documental contiene comunicación adjuntando concepto técnico relacionado con el proyecto de exploración de la ONGC Videsh, indicándose que en el área de influencia directa del proyecto se adelantan actividades tradicionales de pesca por parte de comunidades Wayúu, siendo indispensable que se coordine con el Ministerio del Interior el proceso de consulta previa a que haya lugar.

[...] Escrito de fecha 21 de junio de 2010 dirigido a la ANH, a través del cual el Country Manager & Senior vice-presidente de la empresa ONGC Videsh Limited se pronunció con relación al supuesto daño de equipos y redes de pesca mientras que la embarcación MVGGS Atlantic, contratada por la ONGC, realizaba la prospección sísmica 2D en los bloques RC8 Y RC10 (FI.84-48). En esta documental la remitente pide a la destinataria que aconseje el curso de acción que la ONGC deberá seguir.

[...]

3.6. Solución a la causa – Análisis y conclusiones probatorias

[...] A la Sala le corresponde determinar si las demandadas son responsables del daño cuya reparación se pretende, derivado de la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa invocado por el actor.

Al respecto, advierte la Sala que **mediante oficio de fecha 27 de febrero de 2009** (FI. 102) la empresa demandada ONGC VIDESH LIMITED realizó solicitud al Ministerio del Interior de Justicia, con el fin de identificar la presencia de comunidades indígenas en el



área del proyecto «exploración sísmica marina bloques RC-8 y RC-10 en el Caribe colombiano», con el fin de realizar las consultas previas necesarias para iniciar la exploración; y que el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la coordinadora del Grupo de Consulta Previa, respondió -de manera genérica, observa el Tribunal- que en jurisdicción de los municipios de Dibulla y Riohacha se registran comunidades indígenas; sugiriéndole a la peticionaria que solicitara la certificación de existencia de territorio legalmente constituido a la Agencia Nacional de Tierras UNAT.

Siguiendo las instrucciones de la cartera ministerial, la demandada ONGC VIDESH LIMITED el 4 de Marzo de 2009 presentó petición ante la UNAT solicitando certificación de la existencia de territorio legalmente constituido en el área de influencia de la exploración, indicando para ese efecto las coordenadas de los bloques RC-8 y RC-10 ubicados frente a las costas de los municipios de Dibulla y Riohacha La Guajira (FI.103), teniéndose que **la UNAT el 2 de abril de 2009** por intermedio de su director ejecutivo, certificó que el área de interés correspondiente a las coordenadas descritas en el oficio de 4 de marzo de 2009, que corresponde al proyecto «Exploración Sísmica Marina Bloques RC8 y RC10 Caribe Colombiano», localizado en el departamento de La Guajira, municipios de Dibulla y Riohacha **«no se cruza o traslapa con los territorios legalmente titulados a comunidades indígenas o grupos afrocolombianos»**.

En este orden de ideas, se hace evidente que el oficio emitido por la UNAT, que goza de presunción de legalidad, no reconoció la existencia de la comunidad indígena El Ahumado ni de ninguna otra comunidad, en la zona de influencia de exploración sísmica, debiendo destacarse que el referido oficio del Ministerio del Interior y de Justicia - Grupo Consulta Previa, informó sobre la presencia de comunidades indígenas en jurisdicción de los municipios de Dibulla y Riohacha, sin que fuera específico y preciso en delimitar la zona de ejecución del proyecto y constituyendo por tanto tal información una referencia general, al punto que esa misma autoridad remitió al peticionario a la UNAT, y sin que por tanto se pueda concluir del análisis de esas evidencias en su conjunto, con las demás probanzas acopiadas, que en efecto fue certificada la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia y afectación del proyecto con el alcance de hacer obligatoria la consulta previa, en los términos ampliamente detallados en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente providencia. En esa medida, no hay soporte probatorio que conduzca a concluir que la parte accionada violó el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena «El Ahumado», a la que dice pertenecer el actor, lo que impide a su vez tener por configurado el primer elemento de la responsabilidad que es el daño antijurídico.

En consonancia con lo anterior, es claro que no puede el Tribunal tener por demostrado que se violó el derecho en mención, a partir de la valoración conjunta de las evidencias hasta aquí analizadas, con las coordenadas y mapas que obran en el expediente y en torno a las cuales no se agotó por la parte actora, llamada a hacerlo, el activismo tendiente a que técnicamente esas probanzas pudieran arrojar certeza en torno al mencionado supuesto, ligado a la ubicación y afectación de las comunidades indígenas en la zona de influencia de las obras.

Y es que, se reitera, tomadas una a una en su individualidad y valoradas en su conjunto todas las probanzas antes enlistadas, surge sin lugar a dudas que carecen de la vocación que la parte actora pretende les sea dada, siendo lo relevante que a través de ellas no se acredita la presencia de la comunidad indígena a la que pertenece el actor, en la zona de afectación de la exploración realizada por la parte demandada y mucho menos, que se hubiere generado como consecuencia de omitir la consulta previa, daño antijurídico indemnizable por alguna o algunas de las demandadas.

De manera que se comparte la decisión del *a quo* de concluir que en el *sub judice* no se puede endilgar responsabilidad a las demandadas por afectación del derecho



fundamental a la consulta previa, pues no se probó en autos que este se haya desconocido, quedando resuelto, entonces, el primer problema jurídico propuesto.

Se advierte que el Tribunal trajo de presente el **Oficio de fecha 27 de febrero de 2009** en el que la coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia indicó que, en efecto, en jurisdicción de los municipios de Dibulla y Riohacha se registraban comunidades indígenas; sin embargo, también es claro que, en dicho documento, se sugirió a la ONGC Videsh Limited solicitar a la Agencia Nacional de Tierras UNAT la certificación de existencia de territorio legalmente constituido en el área de influencia de la exploración.

Así es que, frente a dicha salvedad, el 4 de marzo de 2009, la ONGC Videsh Limited requirió a la UNAT la respectiva certificación y, el **2 de abril de 2009** la UNAT certificó que el área de interés correspondiente a las coordenadas de los bloques RC-8 y RC-10 ubicados frente a las costas de los municipios de Dibulla y Riohacha, del departamento de La Guajira, que corresponde al proyecto «Exploración Sísmica Marina Bloques RC8 y RC10 Caribe Colombiano», no se cruzaba con los territorios legalmente titulados a comunidades indígenas o grupos afrocolombianos.

En este orden de ideas, es razonable la conclusión a la que arribó el Tribunal accionado en cuanto a que, el Oficio del 27 de febrero de 2009 emitido por el Ministerio del Interior y de Justicia no reconoció la existencia de la comunidad indígena «El Ahumado» ni de ninguna otra comunidad en la zona de influencia de exploración sísmica, sino que, sencillamente, informó sobre la presencia de comunidades indígenas en jurisdicción de los municipios de Dibulla y Riohacha.

La referida conclusión deja ver a esta Sala de decisión que, contrario a lo manifestado por el accionante, **el Tribunal sí valoró el Oficio del 27 de febrero de 2009** y de su análisis encontró que, en este, el Ministerio no especificó ni delimitó que en la zona de ejecución del proyecto hubiera presencia de comunidades étnicas, y que, por tanto, de la referida prueba no se lograba demostrar la obligación de realizar una consulta previa.

Ahora bien, considera el accionante que pese a que el Tribunal transcribió el contenido del Oficio del **17 de diciembre de 2009** suscrito por el asesor de la Dirección de



Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y del Oficio del **21 de junio de 2010** suscrito por el Country Manager & Senior Vice-Presidente de la compañía ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia, se omitió realizar su respectiva valoración al dar solución al caso.

Se advierte al respecto que, aunque el Tribunal no hizo referencia expresa a dichos documentos en el desarrollo del caso concreto, lo cierto es que si arribó a una conclusión general de las probanzas arrojadas al expediente. De manera particular, indicó que no se podía concluir del análisis de las evidencias, en conjunto con las demás probanzas acopiadas que, en efecto, fuera certificada la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia y afectación del proyecto con el alcance de hacer obligatoria la consulta previa.

Quiere decir lo dicho que, en el caso, no existió omisión en la valoración de las pruebas referenciadas por el accionante, pues es claro que el Tribunal se refirió a ellas y luego de estudiarlas en conjunto, con las demás pruebas arrojadas al plenario, encontró que no se podía extraer la certificación explícita de la presencia de comunidades étnicas en la zona de influencia y afectación del proyecto.

Aunque en juicio del accionante, de las pruebas denunciadas como no valoradas, se puede extraer que la ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia tenía conocimiento de la presencia de la comunidad indígena Wayúu en el área específica donde se ejecutó el contrato de exploración y producción de hidrocarburos, lo cierto es que el Tribunal sí valoró las pruebas y de su respectivo análisis concluyó que estas no demostraban la afirmación de la demandante y que, por tanto, se no se avizoraba omisión de la demandada en adelantar el proceso de consulta previa con la comunidad.

Ahora bien, de los argumentos expuestos por el accionante se advierte que este también invoca la existencia de un «defecto fáctico en su dimensión positiva», por valoración inadecuada y/o defectuosa del Oficio del 17 de diciembre de 2009, suscrito por el asesor de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dirigido al capitán de fragata Javier Ortiz Galvis, División de Litorales, Dirección General Marítima DIMAR.



Se alega por el accionante que el Tribunal alteró el significado real del mencionado documento, pues en este el asesor del Ministerio dejó claro que existía presencia de comunidades indígenas y que era necesario adelantar el respectivo proceso de consulta previa por parte de las entidades demandantes y, sin embargo, el Tribunal concluyó, con fundamento en el Oficio emitido por la Unidad Nacional de Tierras, que no era necesario adelantar el proceso de consulta previa por parte de las entidades demandadas.

Argumenta que contrario a lo señalado por el Tribunal, lo que determina que sea necesario adelantar el proceso de consulta previa es la presencia de comunidades indígenas, sin que importe que haya resguardos indígenas o territorios legalmente titulados a las comunidades indígenas, de aquí la caprichosa alteración del significado del oficio.

Se avizora por la Sala que lo querido por el accionante en este punto, es que el juez de tutela realice un análisis probatorio del oficio en referencia, so pretexto de haberse desconocido su veracidad, evento que le está completamente vedado efectuar, pues la acción de tutela y/o mecanismo de amparo no es una instancia adicional para requerir un nuevo análisis de las pruebas obrantes en el juicio ordinario.

En casos como el presente, en el que se invoca la existencia de un defecto fáctico en su dimensión positiva, el juez de tutela está autorizado a analizar, solamente, si la valoración que realizó el operador jurídico desconoció las reglas de la sana crítica y/o persuasión racional, evento que no se advierte.

Ha señalado la Corte Constitucional que las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas, interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.¹⁴

¹⁴ Sentencia C-622 de 1998.



Así es que, en materia de apreciación de pruebas, el sistema de la sana crítica o persuasión racional es aquel en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, es decir, que requiere de una motivación consistente en la expresión de las razones que se han tenido [con fundamento en las referidas reglas], para determinar el valor y/o mérito de las pruebas.

En el caso, la valoración que el Tribunal efectuó del contenido del Oficio del 17 de diciembre de 2009, suscrito por el asesor de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se hizo en conjunto con las demás pruebas documentales obrantes en el plenario, concluyéndose que de ellas no se advertía la certeza de que las demandadas tenían conocimiento de la presencia de la comunidad indígena Wayúu en el área específica donde se ejecutó el contrato de exploración y producción de hidrocarburos; valoración que se advierte completamente razonable y lógica, por lo que no adviene en el asunto la configuración de un defecto fáctico.

ii) Respecto del cargo de valoración probatoria en materia de imputabilidad del daño causado por la destrucción material de los elementos de pesca del señor Frank González Sijona

Frente a este punto, se invoca la existencia de un «defecto fáctico en su dimensión positiva» por valoración arbitraria, irracional y caprichosa de las pruebas con fundamento en las cuales el Tribunal arribó a la conclusión de que en el caso no se demostró la responsabilidad administrativa de las demandadas en la destrucción de los elementos de pesca del demandante.

Se argumenta por el accionante que el Tribunal se refirió de manera genérica a la visita realizada por la comisión del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia en torno a las denuncias formuladas por los indígenas Wayúu, y que quedó consignada en el Oficio del 30 de julio de 2010, suscrito por la coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, en la que informó el resultado de la comisión al Country Manager & Senior Vicepresidente de la empresa ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia.



Explica el actor que el Tribunal descalificó el contenido de dicho documento sin tener en cuenta que en este aparece consignado i) que las embarcaciones realizaron trabajos en la costa, aproximadamente, entre los meses de diciembre de 2009 y febrero de 2010, como parte de las actividades de la sísmica de los bloques en cuestión, ii) que los pescadores denunciaron que las embarcaciones consistían en un remolcador (barco pequeño) que iba guiando al barco grande, el cual arrastraba un cableado que destruyó las redes que los pescadores habían instalado en la zona; y iii) que, además, se referenció la persona que presenció el daño causado.

Respecto de la valoración probatoria en torno a la imputabilidad del daño causado como consecuencia de la destrucción material de los elementos de pesca del señor Frank González Sijona, el Tribunal realizó el siguiente análisis:

[...]

Visto lo anterior y como se anunció en un principio, procederá el Tribunal a determinar si están acreditados los presupuestos para endilgar responsabilidad a las entidades demandadas, por los presuntos daños ocasionados a los elementos de pesca de propiedad del actor.

[...] se advierte que revisado el plenario y valoradas las actas de visita de la consultora del Ministerio del Interior (Fl. 36-47), en consonancia con los testimonios recaudados en primera instancia (Fl.494-497), está demostrado el daño material sufrido por el demandante, daño que no tenía el deber jurídico de soportar, lo que no es realmente un asunto que se discuta en esta alzada.

Ahora bien, en cuanto a la imputabilidad del daño, que viene a ser el elemento principal de la disputa, antes de entrar a calificar si el comportamiento de las entidades demandadas se configuró en un incumplimiento del contenido obligatorio asignado a su cargo o, en otros términos, en una falla en la prestación del servicio, es pertinente resaltar que con fundamento en dicho régimen de falla probada, a la parte actora le correspondía acreditar la imputación de responsabilidad a las demandadas, accionar que de entrada debe advertirse brilla por su ausencia, en tanto de la lectura y valoración de las probanzas allegadas al proceso, antes enlistadas, no se infieren los suficientes elementos de juicio que indiquen que el daño irrogado al actor es imputable – atribuible a las demandadas Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, ONGC Videsh Limited Sucursal Colombia, Perenco Oil and Gas Colombia y Ecopetrol S.A.

En efecto, observa esta Corporación que la parte actora no arrojó prueba alguna que permita inferir que los daños ocasionados a los elementos de pesca de propiedad del demandante, fueron causados por el trasegar de las embarcaciones en curso del contrato de exploración y explotación suscrito entre 3 de las demandadas.

Para la Sala, más allá de centrar la discusión en determinar la fecha exacta de ocurrencia de los hechos -a mediados de diciembre de 2009 según al actor, 11 de diciembre de 2009 según las demandadas, 26 y 28 de febrero según el formato de comisión de visita-



, lo que se hace palmario es que del material probatorio recaudado, no es posible construir indicios o cadenas de inferencias que permitan establecer la existencia de la falla que es endilgada al extremo pasivo y que den cuenta que es verosímil que con el trasegar de las embarcaciones usadas en la ejecución del proyecto, se averiaron los aparejos y redes de pesca del actor, no resultando de recibo en cualquier caso que la carga de demostrar tales supuestos se trasladara sin justificación fundada a la parte demandada como lo consignó el *a quo*, cuando es quien alega el daño el llamado a demostrarlo, y siendo que no se aduce ni se aprecia la existencia de circunstancias especiales que hagan desproporcionado el mandato conforme al cual incumbe la prueba del daño a quien pretende le sea reparado.

En ese marco resalta la Sala que si bien con la visita realizada, meses después de ocurridos los hechos, al lugar de asentamiento de pesca del demandante, por el Ministerio del Interior a través de su consultora, logró determinarse el daño sufrido a las redes de pesca de langostas de varios pescadores del sector, la misma comisión es clara en manifestar que dichos daños fueron «aparentemente» causados por las embarcaciones de la sismica de la empresa ONGC Videsh, según la denuncia de los pescadores indígenas pertenecientes a las comunidades de El Horno, El Ahumado y Mayapo.(Fl. 18-29)

Es decir, si bien en los términos expresados por la cartera ministerial, se estructura el daño, hecho que no controvierten las demandadas, no puede darse mérito a esa documental para endilgar responsabilidad a las demandadas, entre otras razones potísimas, porque no es de competencia legal del aludido Ministerio declarar responsabilidades de ese tipo, las cuales salvo que sean objeto de allanamiento en sede administrativa, se establecen precisamente en sede judicial, en juicios como el presente y con la insoslayable audiencia del supuesto causante del detrimento. En ese sentido, violatorio del debido proceso resultaría que, con la sola manifestación de la consultora referida, plasmada en actas de visita o con el contenido de oficios emanados de la oficina de consulta previa, pudiese este Tribunal relevarse de análisis probatorios y tener por acreditado que los daños recaídos en bienes del actor, resultan imputables al extremo accionado.

Por otra parte, valorados los testimonios recibidos en primera instancia, los mismos no tienen la entidad suficiente que permita establecer el elemento imputación, pues si bien son coincidentes en cuanto a la producción del daño, ninguno de los dos testigos afirmó que las averías fueron causadas por el paso de las embarcaciones de las demandadas, lo que desde cualquier punto de vista les resta mérito a la prueba testimonial para probar lo que se echa de menos.

[...]

Advirtió el Tribunal que del material probatorio recaudado no era posible construir indicios con los que pareciera verdadero o creíble que con el trasegar de las embarcaciones usadas en la ejecución del proyecto, se averiaron los aparejos y redes de pesca del actor.

Explicó que aunque era cierto que con la visita realizada por la consultora del Ministerio del Interior al lugar de asentamiento de pesca del demandante, meses después de ocurridos los hechos, se logró determinar el daño sufrido a las redes de pesca de



langostas de varios pescadores del sector, también era cierto que la comisión fue clara en manifestar que dichos daños fueron «aparentemente» causados por las embarcaciones de la sismica de la empresa ONGC Videsh Limited, según la denuncia de los pescadores indígenas pertenecientes a las comunidades de «El Horno, El Ahumado y Mayapo», pero que de dicha documental no podía darse mérito para endilgar responsabilidad a las demandadas.

Ello, porque no es competencia del Ministerio declarar responsabilidades de ese tipo y, además, porque resultaría violatorio del debido proceso que con la sola manifestación de la consultora se tuviera por acreditado que los daños a los bienes del actor resultaban imputables al extremo accionado.

Las consideraciones presentadas por el Tribunal para efectos de dar solución a la litis, no se advierten irracionales ni caprichosas, en tanto es justamente en el ámbito valorativo donde el juez, a partir de las reglas de la sana crítica, cuenta con una mayor libertad de análisis para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al caso; y el hecho de no estar de acuerdo con ellos, no justifica el uso de la acción de tutela para su contradicción como si se tratara de una tercera instancia.

Lo que la Sala avizora en el asunto, es que el actor está inconforme con la lógica y estudio dado por el fallador en el análisis del caso y utiliza la acción de tutela para plantear un análisis de la prueba, que en su juicio, es el que debe darse, evento que el juez de tutela no puede avalar no solo porque no es de su competencia realizar este tipo de valoraciones sino porque el defecto fáctico está estructurado bajo específicas causales referenciadas por la Corte Constitucional y en ninguno de los eventos previstos se encuentra la posibilidad de analizar la prueba bajo consideraciones propias del juez de tutela so pretexto de desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

La valoración efectuada por el Tribunal lejos de constituir un defecto fáctico, corresponde a la manifestación de la autonomía e independencia judicial de que gozan los jueces al analizar el material probatorio puesto a su disposición, que como lo ha fijado la Corte Constitucional es el «campo en el que la independencia del juez se mantiene con mayor vigor [...]». Ello por cuanto el juez de la causa es el que puede



apreciar y valorar de la manera más certera el material probatorio que obra dentro de un proceso», sin que al juez de tutela le esté permitido «convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto», como lo pretende la parte actora.

Esta Sala de decisión ha sido constante en sostener que la tarea de decidir ante distintos medios probatorios cuál o cuáles de ellos, y con qué concreto alcance deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso, es una materia de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica de la prueba, que en virtud del artículo 176 del Código General del Proceso constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios.

Así las cosas, la Sala no encuentra que el Tribunal haya incurrido en un defecto fáctico que habilite la procedencia del amparo deprecado, por lo que lo considera infundado y, en consecuencia, no advierte vulneración de los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia del accionante.

3. Conclusión

Con los anteriores argumentos la Sala concluye que en el caso no se configura la existencia del defecto fáctico alegado y, en tal sentido, confirmará la sentencia impugnada que **negó** el amparo de tutela invocado por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. - Confirmar la sentencia impugnada, proferida el 28 de mayo de 2020 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, **que negó el amparo** de tutela invocado por el señor Frank González Sijona, de acuerdo con lo expuesto en este proveído.



Segundo. - Ejecutoriada esta providencia, **remitir** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado Electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

YASM