

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Con sustento en la infracción al ordenamiento superior: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Decisión 588 del 10 de julio de 2004 y la Carta Iberoamericana de Cultura / PATRIMONIO CULTURAL, HISTÓRICO Y ARQUEOLÓGICO DE LA NACIÓN – Forma parte del patrimonio público / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Naufragio Galeón San José / MEDIDAS CAUTELARES – Límites a la competencia del juez para estudiarlas y resolverlas / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos de procedencia. Sustentación / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Su procedencia surge del análisis que se hace del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como vulneradas y el estudio de las pruebas allegadas / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada al no advertirse violación con las normas superiores que se invocan como vulneradas y por no cumplir con la carga argumentativa y probatoria / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[E]l demandante afirma que la Resolución 0085 viola las «disposiciones convencionales de derecho internacional público, tanto del régimen universal, como del ordenamiento jurídico interamericano y de la Comunidad Andina de Naciones», cuando declara como “bien de interés cultural del ámbito nacional” el Pecio del Galeón San José, a pesar de que los elementos encontrados en el navío pertenecen al «patrimonio cultural americano, iberoamericano, comunitario andino, estatal e indígena». En su criterio, los legítimos titulares de los bienes materiales o inmateriales del cargamento del Galeón son las comunidades étnicas, la iglesia católica, los propietarios privados identificados en registros históricos (nacionales y extranjeros) y los demás Estados pertenecientes a la CAN. Sin embargo, es preciso resaltar que sobre este punto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de unificación de 13 de febrero del 2018, estudió el fundamento normativo de la propiedad Estatal de los bienes cuestionados [...]. Del anterior aparte jurisprudencial, es claro que el contenido del naufragio objeto de debate, como patrimonio cultural sumergido que es, integra el patrimonio arqueológico colombiano y, en consecuencia, es de propiedad de la Nación. En ese orden de ideas, si el demandante pretendía cuestionar tal titularidad, estaba en la obligación de desarrollar una carga argumentativa suficiente que justificara sus afirmaciones y contravirtiera las premisas normativas y jurisprudenciales plasmadas en la sentencia de unificación de 13 de febrero del 2018. Sin embargo, al estudiar el libelo de la demanda, el Despacho observa que la parte actora no se ocupó de indicar cuáles compromisos internacionales dejan sin fundamento las razones planteadas por esta Corporación judicial en el precedente de unificación. Nótese que el actor, en su petición, se muestra en desacuerdo con la declaratoria del pecio del Galeón San José como “bien de interés cultural en el ámbito nacional” porque esa decisión desconoce el “patrimonio Cultural Americano, Iberoamericano, Comunitario Andino, Estatal e Indígena”, pero no plantea ninguna consideración que desvirtúe los razonamientos a los que arribó esta Corporación judicial en la precitada sentencia de 13 de febrero del 2018. [...] Para el Despacho, las acusaciones del demandante en ningún caso demuestran la existencia de una “infracción a las normas en que debía fundarse” el acto acusado. Por el contrario, el actor incumple su deber procesal de orientar el ámbito de acción dentro del cual

quería que el juez se pronunciará. Es importante recordar que el artículo 231 del CPACA señala los límites que debe acatar el juez administrativo cuando resuelve solicitudes cautelares, los cuales están determinados: i) por la invocación de las normas que se consideran violadas, y su confrontación con el acto acusado; y ii) por el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Entonces, la prosperidad de la petición de suspensión provisional en el nuevo estatuto procesal (Ley 1437 de 2011) está sujeta al estudio de legalidad de la carga argumentativa propuesta por el demandante, dado que los referentes conceptuales del escrito cautelar (fundamentos de hecho y de derecho) constituyen el marco del análisis judicial en esta etapa inicial de la controversia. Sin embargo, el [demandante] omitió tal deber en lo que atañe a la supuesta transgresión de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Decisión 588 del 10 de julio de 2004 y de la Carta Iberoamericana de Cultura, puesto que no aclara cuáles son las obligaciones convencionales vulneradas y tampoco sustenta jurídica ni probatoriamente porque los bienes del naufragio no son de propiedad de la Nación.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Concepto / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Marco normativo / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Procedimiento especial. Ley 1675 de 2013 y Decreto 1080 de 2015 / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Naufragio Galeón San José / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Su procedencia surge del análisis que se hace del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como vulneradas / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – La parte demandante no solicitó la confrontación de legalidad de las normas especiales con el acto administrativo demandado / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada por no cumplir con la carga argumentativa y por ser necesario un estudio de fondo que no es propio de esta etapa procesal

[E]l demandante afirmó que no existe una actuación administrativa que anteceda a la expedición de la Resolución 0085 «en la que se informe, comuniquen, o notifique a persona nacional o extranjera que tuviera interés en la misma», vulnerando con ello el derecho al debido proceso, a la contradicción, a la publicidad, a la igualdad y los principios de legalidad, confianza legítima y buena fe, de quienes se vieron afectados por esa decisión administrativa. De otro lado, agregó que el Ministerio de Cultura desconoció el procedimiento legal previsto en el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008 [que modifica el artículo 8° de la Ley 397 de 1988] para la declaratoria de un BIC, según el cual es obligatorio diseñar un “Plan Especial de Manejo y Protección” de dicho bien, y aprobar un “Plan de Manejo Arqueológico”. [...] [S]e advierte que los terceros, supuestamente afectados por la ausencia de un debido proceso administrativo, no fueron identificados en la demanda; sin que tampoco obre en el plenario poder de representación que legitime al accionante para reclamar la afectación de una prerrogativa que no le es propia. Por lo demás, y en cuanto atañe a la transgresión del procedimiento previsto en el artículo 8° de la Ley 397 de 7 de agosto de 1988, se observa que la carga argumentativa de la solicitud cautelar no es suficiente para abordar el reparo porque el procedimiento de declaratoria de un bien perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido es reglado por un conjunto de normas cuyo estudio de legalidad no solicitó el demandante. [...] De forma especial y preferente la Ley 1675 de 2013 reglamentó los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política en lo relativo al Patrimonio

Cultural Sumergido [...]. La Ley 1675 de 2013 constituye el marco general de la protección, investigación, exploración, recuperación y divulgación del Patrimonio Cultural Sumergido en Colombia. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1698 de 2014, compilado en los artículos 2.7.1.1. a 2.7.3.10 del Decreto 1080 de 2015. Según el artículo 2.7.1.1 del Decreto 1080, los bienes extraídos de aguas marinas antes de la expedición de la Ley 1675 de 2013, se rigen por las normas generales asociadas al Patrimonio Cultural de la Nación, mientras que los bienes extraídos con posterioridad dependen del procedimiento especial reglado en esta última disposición. [...] En ese orden, las competencias dispuestas en el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008, deben leerse armónicamente con los parámetros reglados por la Ley 1675 de 2013, en cuanto al procedimiento exigible para declarar el patrimonio arqueológico del Pecio del Galeón San José. [...] Debido a la importancia arqueológica de los naufragios y a los costos asociados a su recuperación, el legislador contempló un procedimiento especial que va más allá de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 397 de 1997. [...] En atención al contenido de este procedimiento especial, considera el Despacho que el actor se equivoca cuando reprocha al Ministerio por no haber aprobado el “Plan Especial de Manejo y Protección” – PEMP o “Plan de Manejo Arqueológico” del bien declarado como BIC, pues precisamente el artículo 3° de la Resolución 0085 ordena su implementación bajo los parámetros del procedimiento reglado por los capítulos II y III de Ley 1675 de 2013 que versan sobre la intervención, aprovechamiento económico y preservación del Patrimonio Cultural Sumergido. [...] En este orden de ideas, el Despacho advierte que la carga argumentativa propuesta en la solicitud cautelar resulta insuficiente para determinar si el Ministerio de Cultura desconoció el procedimiento exigido para declarar un bien como perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido, porque no solo el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008 regula esta temática, sino también, y de forma preferente, lo hace Ley 1675 de 2013 y el Decreto 1080 de 2015 compilatorio del Decreto 1698 de 2014. En suma, no es posible determinar, en esta etapa inicial del proceso, si la autoridad competente agotó todos los pasos que le eran exigibles al momento de adelantar el trámite, porque el Galeón San José, al ser un bien que pertenece al patrimonio cultural sumergido, se rige en su tratamiento por unas normas especiales cuya confortación de legalidad no solicitó la parte actora.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Con sustento en que se omitió llevar a cabo un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas propietarias de los bienes que yacen en el Galeón San José / PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA – Presupuestos / AFECTACIÓN DIRECTA – Concepto / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada al no advertirse prima facie que el acto acusado afecte a ningún grupo étnico

Otro reproche del demandante consiste en señalar la presunta omisión por parte Ministerio de Cultura en llevar a cabo un proceso de “consulta previa” con las comunidades indígenas propietarias de los bienes originarios, materiales o inmateriales que yacen en el Galeón San José. Frente a este reproche, se anota que, además de no existir evidencia en torno a que se cumplan las causales para que resulte procedente dicho mecanismo de participación, también es un hecho cierto que ningún grupo indígena o étnico, a la fecha, ha solicitado el ejercicio de ese derecho en relación con el caso concreto. Nótese que la Corte Constitucional, con el propósito de delimitar los asuntos que son susceptibles de consulta,

desarrolló el concepto de «afectación directa» como un mecanismo tendiente a materializar esa prerrogativa, sin fomentar el abuso de la figura. [E]l máximo Tribunal constitucional explicó que tal afectación refiere al evento en que la comunidad étnica sea objeto de una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales. [E]l Despacho insiste en que el material probatorio obrante en este estado de avance del proceso, no demuestra que el acto administrativo acusado impacte directamente las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales de algún grupo étnico de nuestro país; ello sin dejar de resaltar el hecho consistente en que la titularidad del Pecio del Galeón San José recae en la Nación. [...] En ese orden, el Despacho desestima el reparo efectuado por el actor porque la Nación es propietaria de los muebles originarios de las culturas desaparecidas, o pertenecientes a la época colonial, así como los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y de sus orígenes, y, por eso, prima facie la decisión administrativa contenida en la Resolución 0085 no se aprecia que afecte a ningún grupo étnico de nuestro país.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Concepto / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Excepciones / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Sujeto al régimen establecido en la Constitución Política, al Régimen Especial de Protección y a la normatividad vigente para el patrimonio arqueológico / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Criterios para su determinación: representatividad, singularidad, repetición, estado de conservación e importancia científica y cultural / PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Procedimiento especial. Ley 1675 de 2013 / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada porque decisión administrativa cumple con las condiciones especiales definidas por la Ley 1675 de 2013 y por ser necesario un estudio de fondo que no es propio de esta etapa procesal

El último reproche del demandante propuesto en el cargo de transgresión del ordenamiento jurídico superior, guarda relación con la infracción de la categoría de “Patrimonio Cultural Sumergido”, reglada en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política y en la Ley 675 de 2013. En su sentir, no era posible declarar como “Bien de Interés Cultural – BIC” a la totalidad de los bienes que integraban y constituían la carga transportada por el Galeón San José (artículo 2° de la Ley 675), pues solo hace parte del patrimonio arqueológico la estructura naviera. [...] [E]s pertinente recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación antes citada, estudió las razones por las que es posible ampliar la categoría de Patrimonio Arqueológico y de Patrimonio Cultural Sumergido a los bienes objeto de debate [...]. [E]l Despacho entiende que la categoría de “Patrimonio Cultural Sumergido” no es restrictiva y que, por el contrario, la autoridad administrativa demandada cuenta con el deber de proteger todos aquellos bienes que cumplan con las condiciones descritas por el legislador. Siendo ello así, importa destacar los criterios previstos por el legislador para catalogar un bien como perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido [artículos 2° y 3° de la Ley 1675 de 2013]. [...] En ese orden, el artículo 2° de la Ley 1675 precisa cuáles bienes gozan de una especial protección al pertenecer al Patrimonio Cultural Sumergido y también enuncia en su parágrafo los aspectos generales que permiten determinar qué bienes no se consideran patrimonio cultural sumergido. De forma específica, el artículo 3° de la Ley 1675 contempló una serie de criterios que debe tener en cuenta el Consejo Nacional del

Patrimonio Cultural cuando determina si un bien es parte o no del patrimonio cultural sumergido. [...] En el acto acusado, la autoridad competente identificó el conjunto de bienes que bajo diversos estándares mantienen relevancia cultural por su representatividad propia, singularidad, unidad y conservación, los cuales agregan valor al hallazgo cultural de la estructura naviera del Galeón San José. Siendo ello así, la interpretación normativa que adoptó el Ministerio de Cultura cuando afirmó que el principio de unidad prevalece en el asunto sub examine frente al criterio de repetición, es una hermenéutica que se aprecia razonable porque los bienes singulares y seriados del cargamento (piezas de cerámica, armaduras, joyas, monedas, lingotes, piedras y metales preciosos) forman una unidad histórica con la embarcación del Galeón. [...] Por eso, para abordar a profundidad la discusión que propone el demandante sobre la aplicabilidad de dicha categoría es necesario agotar la etapa probatoria [...]. Ahora bien, en cuanto al desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1675, [e]l artículo 15 de la Ley 1675 indica que el ministerio demandado puede declarar un bien como perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido y posteriormente adelantar la etapa de intervención en la que el contratista elaborara el inventario técnico objeto de reproche. Finalmente, el argumento asociado al quebrantamiento del artículo 18 de la norma ibidem, tampoco resulta aplicable porque el demandante no demostró que el cargamento del Galeón sea de propiedad privada. [...] Por todo lo anterior, el cargo de transgresión del ordenamiento superior, en principio, carece de vocación de prosperidad, en la medida en que la decisión administrativa cumple con las condiciones definidas por la Ley 1675 de 2013, y porque, además, es necesario agotar la etapa probatoria para efectuar otros análisis jurídicos que el Despacho no puede adelantar en esta etapa inicial de la controversia, por las razones antes expuestas.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Con sustento en la falta de competencia del Ministerio de Cultura para la expedición del acto acusado / PROTECCIÓN Y RECUPERACIÓN DE BIENES DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA COMUNIDAD ANDINA – Regulación: Decisiones 460 de 1999 y 588 de 2004 / DECISIONES 460 DE 1999 Y 588 DE 2004 – Regulan el control y la sanción del tráfico ilícito de bienes culturales entre los países miembros de la Comunidad Andina / COMITÉ ANDINO DE LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES – Funciones / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE CULTURA – Respecto de los bienes de interés cultural Decreto 1080 de 2015 / PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL Y CULTURAL SUMERGIDO – Atribuida al Ministerio de Cultura / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se niega al no advertirse la falta de competencia del Ministerio de Cultura para la expedición del acto acusado

El actor plantea que el Estado colombiano no es competente para proteger y recuperar los bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina (Decisión 460 de 25 de mayo de 1999). [...] Para efectos de dilucidar si la resolución atacada incurre en el vicio de “falta de competencia”, es pertinente hacer una revisión inicial de las disposiciones convencionales citadas por el actor [Decisión 460 de 25 de 1999 y Decisión 588 de 10 de 2004]. [...] Para el Despacho, contrario a lo manifestado por el actor, las disposiciones convencionales propenden por el fortalecimiento de las competencias de los países miembros de la Comunidad Andina, en materia de protección de su patrimonio cultural propio. Esos instrumentos convencionales están dirigidos a

fortalecer las capacidades de los países miembros de la Comunidad en cuanto a la importación y exportación de bienes culturales y, por ello, no son aplicables a lo establecido en la resolución enjuiciada, dado que las Decisiones 460 y 588 regulan el control y la sanción del tráfico ilícito de bienes culturales entre los Países Miembros de la Comunidad Andina. En cuanto a las atribuciones del Comité de Lucha contra el Tráfico de Bienes Culturales, los artículos 9° y 12 de la Decisión 588 [...] las funciones y acciones que realiza dicho Comité no tienen carácter vinculante hacia los países miembros de la CAN, y que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con una prolífica normativa interna vigente que respeta los acuerdos supranacionales citados. En tal sentido, el Ministerio de Cultura es la autoridad encargada de proteger el Patrimonio Cultural Sumergido, conforme a lo dispuesto en las siguientes normas: [Ley 397 de 1997 artículo 8, Ley 1675 de 2013 artículo 15, Decreto 1080 de 2015 artículo 2.3.1.3]. En conclusión, para el Despacho tampoco está demostrado, en un análisis preliminar, que la Resolución número 0085 de 2020, haya sido expedida con “falta de competencia” por parte del Ministerio de Cultura.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Con sustento en la expedición en forma irregular del acto acusado / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE CULTURA – Respecto de los bienes de interés cultural Decreto 1080 de 2015 / PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL Y CULTURAL SUMERGIDO – Atribuida al Ministerio de Cultura / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se niega al no advertirse expedición en forma irregular del Ministerio de Cultura del acto acusado

En cuanto a la presunta expedición “en forma irregular”, el demandante insiste en que el conocimiento de esta problemática «fue trasladado al ámbito Convencional, en titularidad de la C.A.N.». Sin embargo, por las razones expuestas en el acápite III.3.2 de este proveído, el Despacho no encuentra sustento para concluir que la Resolución 0085 está afectada de dicho vicio. Como bien lo plantea la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el presente proceso se debe examinar el marco regulatorio de la protección constitucional y legal del Patrimonio Cultural de la Nación, incluido lo referente a la declaratoria de bienes como Bienes de Interés Cultural – BIC y todo lo relacionado con la categoría de Patrimonio Cultural Sumergido y su aplicación al caso concreto, cuestión que, como se señaló líneas atrás, no corresponde a esta etapa procesal.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Con sustento en la falsa motivación del acto demandado / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Concepto / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Supuestos para su configuración / MOTIVACIÓN – Elemento esencial de legalidad del acto administrativo / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se niega al no evidenciarse que el acto acusado haya sido expedido con falsa motivación / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

En relación con la causal de “falsa motivación”, el actor alegó que la resolución reprochada fue expedida con «carencia absoluta de fundamentos de hecho y de derecho» y, en consecuencia, transcribió varios apartes de los considerandos

cuestionando su contenido y existencia, pero no aportó en su demanda las pruebas requeridas para demostrar la veracidad de sus apreciaciones subjetivas. Ahora bien, como la motivación de los actos administrativos es un elemento necesario para su validez, lo cierto es que la prosperidad de la solicitud de suspensión provisional requiere de la demostración de una de dos circunstancias: i) o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que, de haber sido considerados, habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. [...] A manera de corolario, se incurre en falsa motivación cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, esto es, que la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión. [...] Nótese que en el acápite III.3.1.4. de esta providencia, se citaron los motivos que soportan la decisión del Ministerio de Cultura de declarar como Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional el Pecio del Galeón San José, sin que el accionante haya desvirtuado hasta el momento la presunción de legalidad que cobija la parte motiva del acto acusado. Por todo lo anterior, tampoco por la supuesta configuración de este concepto de violación se podrá conceder la solicitud de suspensión provisional deprecada por el actor.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se declara bien de interés cultural del ámbito nacional el Pecio del Galeón San José / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Con sustento en la desviación de poder por la falta de competencia del Ministerio de Cultura para la expedición del acto acusado / DESVIACIÓN DE PODER – Concepto / DESVIACIÓN DE PODER – Requisitos para que se configure / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos de procedencia. Sustentación / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE CULTURA – Respecto de los bienes de interés cultural Decreto 1080 de 2015 / PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL Y CULTURAL SUMERGIDO – Atribuida al Ministerio de Cultura / DESVIACIÓN DE PODER – No se configura al ser el acto acusado expedido en el marco de las competencias atribuidas al Ministerio de Cultura / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada por no cumplir con la carga argumentativa y probatoria / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Frente a la causal de “desviación de poder” el actor reitera la falta de competencia del Ministerio de Cultura para declarar el pecio del Galeón San José como “Bien de interés Cultural [B.I.C]” del orden nacional y calificarlo como patrimonio cultural sumergido «[...] sin la sujeción convencional, Constitucional y Legal que impone dicha materia [...]». Además, insiste en el desconocimiento de los «[...] derechos humanos culturales, colectivos y de identidad cultural, indígena y Estatal [...] derechos primigenios y originarios, de colectividades, y de terceros, sobre tales bienes materiales o inmateriales [...] como se ha impuesto a fuerza en la Resolución 0085 de 2.020 [...]». Al respecto es importante recordar que la causal de desviación del poder “tiene lugar cuando los motivos que justifican el acto resultan ajenos a la ley. De allí que, cuando se alega esta causal de nulidad, debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la

informan”. Pacíficamente en su jurisprudencia la Sección Primera ha explicado que la procedencia de esta causal requiere de la acreditación de: (i) la competencia del ente que expide el acto, (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto. Es decir, el demandante debe demostrar cuáles son los motivos ajenos a la ley que llevaron a una autoridad competente a adoptar una decisión que desconoce los fines encomendados por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, como en el caso concreto, el actor afirma que el Ministerio de Cultura no es la autoridad competente para efectuar este tipo de declaratorias, es claro que el demandante confunde los cargos de falta de competencia con el de desviación del poder. Nótese que la parte actora afirma que la entidad llamada a pronunciarse sobre la propiedad de la carga del Galeón es la CAN y además no indica cuál es la norma jurídica cuyos motivos fueron desconocidos por la decisión administrativa que ordenó la declaratoria del BIC. Por todo lo anterior, la Sala Unitaria acoge nuevamente las consideraciones expuestas en los acápites III.3.1 y III.3.2 de esta providencia, para concluir, en este análisis preliminar de la controversia, que la Resolución número 0085 de 2020 fue expedida en el marco de las competencias atribuidas al Ministerio de Cultura.

MEDIDAS CAUTELARES – Finalidad / MEDIDAS CAUTELARES – Requisitos de procedencia / MEDIDAS CAUTELARES – Clasificación / MEDIDAS CAUTELARES – Criterios de aplicación / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos de procedencia / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Su procedencia surge del análisis que se hace del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como vulneradas y el estudio de las pruebas allegadas / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Análisis inicial no implica prejuzgamiento / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Requisitos: periculum in mora o perjuicio de la mora, fumus boni iuris o apariencia de buen derecho y ponderación de intereses / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

NOTA DE RELATORÍA: Ver providencias, Consejo de Estado Sala Plena y Secciones Primera y Tercera, de 17 de marzo de 2015, radicación 11001-03-15-000-2014-03799-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; 13 de febrero del 2018, 25000-23-15-000-2002-02704-01 SU, William Hernández; 22 de enero de 2015, Radicación 25000-23-24-000-2008-00382-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso; 3 de diciembre de 2018, Radicación 11001-03-24-000-2013-00328-00, C.P. Oswaldo Giraldo López; 20 de junio de 2019, Radicación 76001-23-31-000-2010-00459-01, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón; 11 de julio de 2019, Radicación 25000-23-24-000-2012-00509-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; 19 de junio de 2020, Radicación: 11001-03-24-000-2016-00295-00, C.P. Hernando Sánchez Sánchez; 13 de mayo de 2015, Radicación 11001-03-26-000-2015-00022-00, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 12 de febrero de 2016, Radicación 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 232 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 233 / LEY 397 DE 1997 – ARTÍCULO 8 / LEY 1185 DE 2008 – ARTÍCULO 5 / LEY 1675 DE 2013 – ARTÍCULO 2 / LEY 1675 DE 2013 – ARTÍCULO 3 / LEY 1675 DE 2013 – ARTÍCULO 15 / DECRETO 1698 DE 2014 /

DECRETO 1080 DE 2015 – ARTÍCULO – ARTÍCULO 2.3.1.3 / DECRETO 1080 DE 2015 – ARTÍCULO 2.7.1.1 / DECRETO 1080 DE 2015 – ARTÍCULO 2.7.1.3.3 / DECISIÓN 460 DE 1999 – ARTÍCULO 1 / DECISIÓN 460 DE 1999 – ARTÍCULO 5 / DECISIÓN 588 DE 2004 – ARTÍCULO 2 / DECISIÓN 588 DE 2004 – ARTÍCULO 5 / DECISIÓN 588 DE 2004 – ARTÍCULO 9 / DECISIÓN 588 DE 2004 – ARTÍCULO 12

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 0085 DE 2020 (23 de enero) MINISTERIO DE CULTURA (No suspendida)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-24-000-2020-00217-00

Actor: ÁLVARO JOSÉ RODRÍGUEZ VARGAS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE CULTURA – MINCULTURA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

Tema: Niega solicitud de suspensión provisional de la Resolución 0085 de 23 de enero de 2020. Concepto, criterios, propiedad de los bienes declarados como Patrimonio Cultural Sumergido. Procedimiento de declaratoria del Patrimonio Cultural Sumergido. La Resolución 0085 no genera una afectación directa a los grupos étnicos colombianos. Incumplimiento del deber de sustentar la solicitud cautelar respecto de la transgresión de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Decisión 588 del 10 de julio de 2004 y de la Carta Iberoamericana de Cultura. Competencias del Ministerio de Cultura en la materia. Prima facie el acto acusado no se observa que transgreda el ordenamiento jurídico superior o que incurra en los vicios de expedición irregular, desviación del poder y falta de competencia

Auto que resuelve solicitud de medida cautelar

El Despacho procede a resolver la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la **Resolución 0085 de 23 de enero de 2020**¹, expedida por el Ministerio de Cultura².

¹ “Por la cual se declara Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional el Pecio del Galeón San José”

² Folio 28 anverso del Cuaderno de medida cautelar.

I.- ANTECEDENTES

I.1. La demanda

1.- El ciudadano **Álvaro José Rodríguez Vargas**, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, presentó demanda ante esta Corporación, con el fin de obtener las siguientes declaratorias y condenas:

«[...] II.- PRETENSIONES

1. Que se **DECLARE**, que es **NULO**, de forma **PLENA** y **TOTAL**, por las causales de nulidad invocadas en el presente libelo introductorio de **DEMANDA** [y que se encuentran consagradas en el (sic) artículo de la Ley 1437 de 2.011 (sic) [C.P.A.C.A.]], el Acto Administrativo demandado en Nulidad, singularizado como Resolución Nro. 0085 del veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2.020), "Por la cual se declara Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional el Pecio del Galeón San José", proferido por el Ministerio de Cultura de Colombia.
2. Que, consecuentemente con la pretensión anterior, se **DECLARE** la **NULIDAD** de toda actuación administrativa, de ejecución, o contractual, subsiguiente a la fecha de radicación de la presente demanda, que, desde el ámbito de autoridad administrativa nacional, o de autoridad administrativa territorial Departamental o local, se hubiera aperturado, iniciado, adelantado, ejecutado, o decidido, con sustento y fundamento en la Resolución 0085 del veintitrés (23) de Enero de dos mil veinte (2.020).
3. Que en caso tal, que la autoridad administrativa nacional accionada, se oponga a la anterior pretensión, se le **CONDENE** en **COSTAS** y **AGENCIAS EN DERECHO** [...]»³.

2.- Este Despacho, mediante auto de 29 de julio de 2020⁴, admitió la demanda.

3.- El 7 de diciembre de 2020⁵, la parte actora presentó reforma a la demanda que se admitió mediante auto de 5 de marzo de 2021.

I.2. Solicitud de medida cautelar

4.- El actor, en el escrito de la demanda de nulidad, presentó la siguiente petición:

³ Folio 13 anverso del Cuaderno de medida cautelar.

⁴ Folios 35-36 del Cuaderno principal.

⁵ Folios 169-201 del Cuaderno principal.

«[...] Conforme los argumentos decantados a lo largo del presente libelo introductorio de **DEMANDA**, y con sustento en lo normado por el artículo 238 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 229, 230, 231, 232, 233 y 234 de la Ley 1437 de 2.011 [CPACA], y de lo sentado en la Sentencia de Importancia Jurídica de fecha diecisiete (17) de Marzo de dos mil quince (2.015), proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del Honorable Consejo de Estado, de manera **URGENTE**, por la implicación y sensibilidad del tema objeto de la presente causa, y la gravedad del agravio Convencional, Constitucional y Legal anteriormente expuesto [y objeto de la presente demanda], erigido por la autoridad accionada, con el Acto Administrativo demandado en nulidad, comedidamente solicito a su señoría, se **DECRETE**, como **MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA**, la **SUSPENSIÓN PROVISIONAL** del Acto Administrativo demandado en nulidad, singularizado como Resolución 0085 del veintitrés (23) de Enero de dos mil veinte (2.020), proferida por el **MINISTERIO DE CULTURA**, y de sus efectos jurídicos consecuenciales, hasta tanto, este órgano colegiado de cierre jurisdiccional, profiera sentencia que dirima la presente litis nulatoria [...]»⁶.

5.- Al exponer el concepto de violación, indicó que concurren varias causales de nulidad, de manera simultánea, a saber:

«[...] (i) **CAUSAL NULATORIA POR "infracción de las normas en que deberían fundarse"**, (ii) **CAUSAL NULATORIA POR EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO "sin competencia" y "en forma irregular, AGRAVADO POR "desconocimiento del derecho de audiencia y defensa"** (iii) **CAUSAL NULATORIA POR "falsa motivación"**, y (iv) **CAUSAL NULATORIA POR "desviación de las atribuciones propias de quien las profirió" y/o "desviación de poder" [...]»⁷.**

6.- Respecto de la primera causal, el actor consideró como transgredidas las siguientes normas:

«[...] **CONVENCIONALES (...)** (i) *Decisión Nro. 588 del diez (10) de Julio del año dos mil cuatro (2.004), "Sustitución de la Decisión 460 sobre la protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina";* (ii) *Convención Americana de Derechos Humanos [Pacto de San José], artículos 10, 80, 210, 240, 250, 260 y 320;* (iii) *Declaración universal de los Derechos Humanos, artículos 70, 100, 170, 290, y 300;* (iv) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Ley 74 de 1.968], artículos 10, 20, 40, 50, 150, y 250;* y (v) *Carta Iberoamericana de Cultura.*

⁶ Folio 28 anverso del Cuaderno de medida cautelar.

⁷ Folios 14 anverso y 15 del Cuaderno de medida cautelar.

CONSTITUCIONALES: (...) el Preámbulo, y los artículos: 20, 40, 50, 60, 90, 130, 290, 340, 580, 830, 930, 940, 1220, 2240, 2260, y 2270, y demás disposiciones concordantes de la Constitución Política.

LEGALES: (...) los artículos 10, 20, 30, 80, 100, 340, 350, 370, 400, 420, 430, y 460, siguientes y concordantes de la Ley 1437 del dieciocho (18) de enero de 2.011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; así como los artículos: 10, 40 [modificado por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2.008], 50 [modificado por el artículo 20 de la Ley 1185 de 2.008], 60 [modificado por el artículo 30 de la Ley 1185 de 2.008], 80 [modificado por el artículo 50 de la Ley 1185 de 2.008], 100 [modificado por el artículo 83 de la Ley 1955 de 2019], 110 [modificado por el artículo 70 de la Ley 1185 de 2.008], 110-1 [adicionado artículo 80 de la Ley 1185 de 2.008], 130, siguientes y concordantes de la Ley 397 de 1.997; y los artículos: 20, 30, 40, 60, 90, 140, 150, 180 de la Ley 1675 de 2.013.

7.- Para sustentar el cargo de transgresión del ordenamiento superior, el demandante explicó lo siguiente:

- i. La resolución enjuiciada viola «disposiciones convencionales de derecho internacional público, tanto del régimen universal, como del ordenamiento jurídico interamericano y de la comunidad Andina de Naciones», cuando declara como "**bien de interés cultural del ámbito nacional**" el Pecio del Galeón San José, porque los elementos encontrados en el navío pertenecen al «**patrimonio cultural americano, iberoamericano, comunitario andino, estatal e indígena**».

Afirmó que la Nación no es la titular legítima de los bienes materiales o inmateriales del Galeón San José y, por ello, las autoridades públicas deben respetar la propiedad privada de la carga del navío, y evitar la inconstitucional e ilegal confiscación y expropiación de tales bienes.

A su juicio, se desconocieron los «derechos primigenios, legalmente adquiridos, de grupos étnicos, indígenas, poblacionales nacionales, como internacionales, que incluso, han sido reconocidos como bienes integrantes de la identidad nacional de otros Estados como es el caso de las Repúblicas de Bolivia, Ecuador y Perú, y que han sido reconocidos como derechos humanos culturales, en una reivindicación de su identidad cultural, y de su propio patrimonio cultural, con posterioridad de la época colonial, de su despojo, abuso y saqueo arbitrario».

Agregó que: «dentro del cúmulo de bienes materiales que transportaba el Galeón San José, estaban bienes del ámbito y propiedad religiosa de la confesión católica, que [...] para los efectos normativos, también tiene un régimen jurídico especial, particular y concreto, que como PATRIMONIO CULTURAL RELIGIOSO tampoco puede ser desconocido o violentado por el Gobierno Nacional, en el Acto Administrativo demandado»⁸.

⁸ Ibidem.

También adujo que los «[...] *bienes transportados en dicho Galeón, entre los que estaban piedras preciosas, oro, plata, bienes cambiarios, seriales, comerciales de dicha época, y "bienes culturales patrimoniales" a voces del artículo 30 de la Decisión 588 de 2.004, cuyos DERECHOS DE PROPIEDAD no puede ser objeto de desconocimiento, confiscación, o enervamiento (...) y menos en tratándose de bienes materiales e inmateriales cuyo origen, está debidamente determinado, documentado, acreditado, y registrado, por investigaciones, registros, documentos, y rastros históricos, ocurridos en una época vejatoria de la humanidad [...]*»

- ii. Afirmó que no existe una actuación administrativa que anteceda a la expedición del acto administrativo enjuiciado⁹ y, por ello, estimó vulnerados los derechos al debido proceso, a la contradicción, a la publicidad de los actos administrativos y a la igualdad. Aunado a lo anterior, el Ministerio desconoció el procedimiento legal previsto en el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008 para efectuar tal declaratoria¹⁰, norma según la cual es obligatorio diseñar un “**Plan Especial de Manejo y Protección**” de dicho bien, y aprobar un “**Plan de Manejo Arqueológico**”.
- iii. Igualmente, consideró que el Estado debió realizar un proceso de “**consulta previa**” con las comunidades indígenas, en la medida en que esa decisión administrativa afectó los bienes originarios, materiales o inmateriales de estos grupos.
- iv. Además, el acto atacado infringe el “**Patrimonio Cultural Sumergido**”, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, y en el artículo 2° de la Ley 1675 de 30 de julio de 2013¹¹, puesto que no existe una declaratoria por vía administrativa que indique que los bienes materiales e inmateriales integrantes del cargamento de la Capitanía del Galeón San José, fueron declarados como “**Patrimonio Cultural Sumergido**” de Colombia.

El demandante sugirió que el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural necesariamente debió hacer uso del criterio de repetición establecido en el artículo 3° de la Ley 1675 de 2013¹², por tratarse de bienes seriados como monedas, lingotes, piedras y metales preciosos que no forman una unidad con la embarcación. Además, la historia, naturaleza jurídica, propiedad originaria,

⁹ Folio 16 del Cuaderno de medida cautelar.

¹⁰ “por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ “Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido”.

«[...] **ARTÍCULO 2o. DEL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO.** El Patrimonio Cultural Sumergido, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6o de la Ley 397 de 1997, el Patrimonio Cultural Sumergido está integrado por todos aquellos bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base. [...]».

¹² **ARTÍCULO 3o. CRITERIOS APLICABLES AL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO.** Para efectos de la presente ley, se aplicarán los siguientes criterios:

[...]

Repetición: <Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> Cualidad de un bien o conjunto de bienes muebles por la cual resultan similares, dadas sus características, su condición seriada y por tener valor de cambio o fiscal, tales como monedas, lingotes de oro y plata o piedras preciosas en bruto [...]

material, inmaterial, y cultural de los mismos, es independiente a la estructura naviera de transporte.

En la misma línea argumentativa el actor propuso que el “*principio de unidad*” debía ser el que «[...] *converja como preeminente con respecto a la estructura y arquitectura naval del Galeón Capitanía "San José", entendida desde su órbita material e inmaterial de Galeón, como embarcación, como navío, como estructura e ingeniería naviera [...]*», y no referido a todo lo que contiene.

Además, el acto atacado desconoce el artículo 14 de la Ley 1675 porque no indica un “*inventario técnico*” o la “*clasificación de bienes*” extraídos y entregados. También inaplica el artículo 18 de la norma *ibidem*, en tanto, el legislador contempló un reconocimiento económico a favor del Estado del 10 % del producto neto de los bienes privados encontrados en el lecho marino que sean comercializados por sus propietarios.

8. En cuanto a las causales de nulidad denominadas expedición “sin competencia” y expedición irregular, planteó que el Estado colombiano se despojó voluntariamente de la competencia para conocer de dichos asuntos, en virtud de lo dispuesto en la Decisión 460 de 25 de mayo de 1999¹³, proferida por la Comunidad Andina de Naciones (C.A.N.)¹⁴.

9. En relación con la causal de nulidad por “**falta de motivación**”, el actor manifestó que la Resolución 0085 denota la «[...] *carencia absoluta de fundamentos de hecho y de derecho [...] siendo que los mismos, resultan irreales, no corroborables a la fecha, deviniendo en INEXISTENTES, siendo meros supuestos, y suposiciones infundadas, arbitrarias, caprichosas, carentes de asidero objetivo, técnico, objetivo, jurídico o legal que lo soporte [...]*».

10. Como fundamento de lo anterior, adujo que los motivos propuestos en la parte considerativa de la Resolución 0085 no son verificables y parten de razonamientos subjetivos de un funcionario del ICANH. Adicionalmente, a 19 de diciembre de 2019 no era posible valorar el significado cultural del Galeón porque sus bienes aún no habían sido extraídos o recuperados.

11. Afirmó que «*tales considerandos, (...) no guardan entidad fundada alguna, no obra sustento técnico alguno que las acredite, salvo el criterio subjetivo y personal*

¹³ Sustituida posteriormente por la Decisión 588 del 10 de julio de 2004.

¹⁴ En su escrito señala que «[...] *por la importancia, trascendencia y transversalidad de derechos originarios que, de dicha época colonial, le es inherente, no solo a Colombia, sino a terceros países comunitarios como son Ecuador, Perú y Bolivia, (el Estado colombiano) se despojó voluntaria y convencionalmente, de toda competencia derivada directa e indirectamente sobre dicha material para atribuírsela a nivel comunitario a la CAN, y al "Comité Andino de Lucha Contra el Tráfico de Bienes Culturales" [...]*».

*del supuesto arqueólogo del ICANH que allí refieren y para quien "a su juicio" subjetivo, y no técnico o científico [sin siquiera haber realizado una valoración materialmente de la totalidad de los bienes extraídos, y, sin que para dicha fecha del "19 de diciembre de 2.019", mediara la entrega de ningún bien producto del supuesto hallazgo referido, o de la totalidad de los bienes que integraban y constituían la carga que transportaba el Galeón Capitanía "San José"], "se debe considerar el pecio del Galeón San José como una unidad", resultan totalmente **INEXISTENTES**».*

12. En cuanto a la causal de nulidad por "**desviación de poder**", el actor reiteró la falta de competencia del Ministerio de Cultura para declarar el pecio del Galeón San José como "**Bien de interés Cultural [B.I.C]**" del orden nacional y calificarlo como patrimonio cultural sumergido «[...] *sin la sujeción convencional, Constitucional y Legal que impone dicha materia [...]*». Además, insistió en el desconocimiento de los «[...] **DERECHOS HUMANOS CULTURALES, COLECTIVOS** y de *identidad cultural, indígena y Estatal [...]* derechos primigenios y originarios, de colectividades, y de terceros, sobre tales bienes materiales o inmateriales [...] como se ha impuesto a fuerza en la Resolución 0085 de 2.020 [...]».

II.- TRASLADO DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

13.- De la solicitud de medida cautelar se corrió traslado al Ministerio de Cultura, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público¹⁵.

14.- El 10 de septiembre de 2020, el **Ministerio de Cultura**, por medio de apoderado judicial y a través de mensaje electrónico, solicitó negar la cautela por carecer de fundamento.¹⁶

15.- En el citado memorial, el apoderado judicial de la entidad demandada, luego de revisar los requisitos para decretar las medidas cautelares de que trata el artículo 231 del CPACA, señaló lo siguiente:

«[...] Ninguna de estas condiciones se encuentran debidamente acreditadas en la solicitud objeto de estudio, no existe constatación

¹⁵ Folios 33 a 45 del Cuaderno medida cautelar.

¹⁶ Folio 40 anverso. Cuaderno medida cautelar.

sobre la infracción a disposiciones superiores, así como tampoco la imperiosa necesidad de su decreto para prevenir un perjuicio grave.

No se logra establecer de los términos de la exposición presentada en el escrito introductorio de la acción judicial, que la Resolución cuestionada vulnere disposiciones, constitucionales o legales, así como tampoco existe prueba de alguna circunstancia que resulte perjudicial para el ordenamiento jurídico generada por la vigencia de la Resolución 085 de 2020, por la cual se declara como bien de interés cultural el naufragio del Galeón San José, convirtiéndolo en objeto del régimen de protección establecido para dicho tipo de bienes [...]»¹⁷.

16.- El 11 de septiembre de 2020, la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE**, por medio de apoderado judicial, y a través del radicado No.20205000091631-DDJ, solicitó negar la petición tras indicar que «[...] *los cargos no son claros, ciertos, específicos, pertinentes ni suficientes* [...]» y que la solicitud no cumple los requisitos previstos en el CPACA¹⁸.

17.- En esa línea de argumentación, la Agencia sostuvo que el actor:

«[...] aduce una infundada violación de derechos de grupos étnicos, de poblaciones nacionales e incluso de poblaciones internacionales, lo cual evidentemente en este estado del proceso resulta imposible advertir por lo que se requiere que el proceso judicial avance, para que se ventilen y se puedan contradecir sus argumentos jurídicos, que se sintetizan en el análisis y valoración de las normas que aduce como aplicables [...]».

18.- Asimismo, señaló que el demandante omitió explicar y acreditar los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico (Ley 1437 de 2011) para la declaratoria de la medida cautelar.

19.- Para reforzar su oposición al decreto de la medida cautelar, la Agencia se ocupó de exponer el marco jurídico de la protección constitucional y legal del Patrimonio Cultural de la Nación. Además, examinó el amparo especial que debe brindarse a los bienes que pertenecen al patrimonio arqueológico y a los demás bienes culturales que pertenezcan a la Nación y su caracterización como bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables.

¹⁷ Folio 49 anverso. Cuaderno medida cautelar.

¹⁸ Folio 68 anverso. Cuaderno medida cautelar.

20.- En este mismo apartado, la Agencia explicó los criterios que sirven para determinar qué bienes pueden ser excluidos del patrimonio cultural sumergido, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 1675 de 2013¹⁹.

21.- Finalmente, el Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

III.- CONSIDERACIONES

Este Despacho, por razones metodológicas, y previamente a pronunciarse respecto de la solicitud presentada por el actor, considera pertinente señalar las características de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, así como los requisitos procedentes para efectos de disponer la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados, para posteriormente, entrar a definir la procedencia o no de la petición instaurada.

III.1. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

22.-Uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA – Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “**proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**”.

23.- En esta última disposición (art. 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte -debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

24.- En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral 4), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii)**

¹⁹ “Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido”

conservativas (numeral 1 primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1 segunda parte, 2 y 3), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2 y 3), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.²⁰

25.- Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

26.- En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “*podrá decretar las que considere necesarias*”²¹. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*”. (negrillas fuera del texto)

27.- Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

«[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho. El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el**

²⁰ Artículo 230 del CPACA

²¹ Artículo 229 del CPACA

transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho [...]»²²
(negritas fuera del texto)

28.- Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

«[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]»²³ (negritas fuera del texto)

29.- Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i) fumus boni iuris**, o apariencia de buen derecho, **(ii) periculum in mora**, o perjuicio de la mora, y, **(iii) la ponderación de intereses**.

²² Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²³ Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: "(...) *Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad' // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos.*

III.2. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo acusado

30.- En el marco de las diversas medidas cautelares, instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo²⁴, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231²⁵ y siguientes del CPACA.

31.- Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a «evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho».²⁶

32.- En cuanto al decreto de este tipo de cautelas, el artículo 231 del CPACA dispone lo siguiente:

²⁴ El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “una o varias de las siguientes” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “vulnerante o amenazante”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

²⁵ «[...] **Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios [...].»

²⁶ Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

«[...] Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.**
 - 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.**
 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) **Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o**
 - b) **Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.**
- [...]» (negritas fuera del texto)

33. Sobre el debido entendimiento de la norma en cita, en providencia de 26 de junio de 2020²⁷, esta Sección aclaró que cuando se trata de medidas cautelares de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y se acredita *prima facie* que el acto acusado contraviene el ordenamiento jurídico superior, de manera implícita se satisfacen los requisitos del perjuicio por la mora *periculum in mora*, y apariencia de buen derecho *fumus boni iuris*.

34. La Sala explicó que en un Estado Social de Derecho esos elementos siempre concurren cuando se trata de la efectiva transgresión del ordenamiento jurídico por parte de las autoridades públicas.

III.3. El caso concreto

35. En el asunto *sub examine*, el demandante deprecó la suspensión provisional de la Resolución 0085 de 2020, tras considerar que ese acto administrativo

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 19 de junio de 2020. Radicación: 11001-03-24-000-2016-00295-00. MP.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor; RCN Televisión S.A. y Caracol Televisión S.A.

desconoce la normatividad constitucional, interna y supranacional en que debe fundarse, y presenta los vicios de falta de competencia, expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder.

36. Para mayor claridad, a continuación, la Sala Unitaria abordará de forma independiente cada uno de sus reparos.

III.3.1. De la infracción del ordenamiento superior

37. En la solicitud cautelar, el demandante alegó que la Resolución 0085 vulnera la Decisión 588 de 2004²⁸, los artículos 10, 80, 210, 240, 250, 260 y 320 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 70, 100, 170, 290, y 300 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 10, 20, 40, 50, 150, y 250 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Iberoamericana de Cultura.

38. También estimó trasgredido el preámbulo, y los artículos 20, 40, 50, 60, 90, 130, 290, 340, 580, 830, 930, 940, 122, 224, 226 y 227 de la Constitución Política, los artículos 10, 20, 30, 80, 100, 340, 350, 370, 400, 420, 430 y 460 del CPACA, los artículos 4°, 5°, 6°, 8°, 10, 11, y 13 de la Ley 397 de 1997, y los artículos 20, 30, 40, 60, 90, 140, 150 y 180 de la Ley 1675 de 2013.

39. A efectos de sustentar el cargo de transgresión del ordenamiento jurídico superior, la parte actora presentó cuatro premisas, las cuales serán abordadas por el Despacho de forma independiente, así:

III.3.1.1. De la infracción del ordenamiento supranacional por cuanto el Estado no es el legítimo propietario de los bienes encontrados en el Galeón San José

40. En primer lugar, el demandante afirma que la Resolución 0085 viola las *«disposiciones convencionales de derecho internacional público, tanto del régimen universal, como del ordenamiento jurídico interamericano y de la Comunidad Andina de Naciones»*, cuando declara como **“bien de interés cultural del ámbito nacional”** el Pecio del Galeón San José, a pesar de que los elementos

²⁸ *Sustitución de la Decisión 460 sobre la protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina*

encontrados en el navío pertenecen al «**patrimonio cultural americano, iberoamericano, comunitario andino, estatal e indígena**».

41. En su criterio, los legítimos titulares de los bienes materiales o inmateriales del cargamento del Galeón son las comunidades étnicas, la iglesia católica, los propietarios privados identificados en registros históricos (nacionales y extranjeros) y los demás Estados pertenecientes a la CAN.

42. Sin embargo, es preciso resaltar que sobre este punto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de unificación de 13 de febrero del 2018²⁹, estudió el fundamento normativo de la propiedad Estatal de los bienes cuestionados, considerando lo siguiente:

*[...] Los bienes muebles que fueron definidos como patrimonio histórico y cultural en la normativa precitada, y que otrora podían ser considerados como tesoros por cumplir con las calidades exigidas por tal institución jurídica, quedaron excluidos de régimen previsto en el Código Civil y sometidos de manera expresa a las disposiciones de la Ley 163 de 1959, de manera que los mismos **quedaron por fuera del comercio**. Esta exclusión aplica para la totalidad de los bienes que al tenor de lo dispuesto por el artículo 1°, ibidem, porque integran el patrimonio histórico y artístico, «que se hayan conservado sobre la superficie o en el subsuelo nacional».*

181. *En este punto, es necesario aclarar que **dicho concepto no solo comprende los muebles e inmuebles ubicados en el suelo y subsuelo del territorio continental**. En efecto, deben entenderse comprendidos todos los muebles que se encuentren en las zonas donde Colombia ejerce soberanía, lo que **incluye el suelo y el subsuelo marítimo**, máxime si se tiene en cuenta que, para tal fecha, Colombia ya había adherido a la Convención de Ginebra suscrita el día 24 de abril de 1958, en la cual se contempló que el Estado ribereño ejerce su soberanía sobre la plataforma continental, la cual comprende «[...] **el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas pero situadas fuera de zona de mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas** [...]», así como el lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas adyacentes a las costas de las islas. (Resalta la Sala. Ver gráfica).*

182. *Ahora bien, la aludida **Ley 163 de 1959 fue reglamentada por el Decreto 264** del 12 de febrero de 1963, el cual agregó a los bienes que conforman el patrimonio histórico, aquellos*

²⁹ **Radicación:** CE-SIJ 25000-23-15-000-2002-02704-01, **Demandante:** Antonio José Rengifo, **Demandado:** Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima y Portuaria de Colombia (DIMAR) y otros.

íntimamente vinculados con la lucha por la Independencia y el período inicial de la organización de la República, junto con las obras de la naturaleza de belleza especial o de interés científico para el estudio de la flora, la fauna, la geología y la paleontología. Así mismo, declaró como bienes de patrimonio histórico «[...] todos aquellos que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas para la historia del arte y para el estudio científico y la conservación de las bellezas naturales [...]». (...)

192. En ese sentido, una de las limitaciones al concepto de tesoro ha surgido en el ámbito nacional e internacional respecto de aquellos bienes muebles que corresponden a patrimonio histórico y cultural o cultural sumergido, en relación con los cuales se ha expedido un corpus iuris que tiene como finalidad su protección y conservación, en atención a la importancia inconmensurable que tiene para la humanidad, tal como se indicó en los preliminares de estas consideraciones y se precisará más adelante en este aparte de la providencia.

193. En el caso de **los naufragios**, en los que se encuentren bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura y que se hallen permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular y otras áreas delimitadas por líneas de base, en los que se incluyen los naufragios de la época de la colonia, como es el caso, entre otros, del galeón San José, **son considerados Patrimonio Cultural Sumergido, que hacen parte del patrimonio arqueológico y son propiedad de la Nación.** Los principales argumentos históricos son los siguientes:

- Es preciso recordar que los **bienes del Nuevo Reino eran de propiedad de España** en virtud del derecho de dominio reconocido por Francisco de Vitoria en los justos títulos contenidos en la Relectio de Indias, dentro de los que se encuentran el naturalis societatis et communicationis, que a su vez comprende el ius peregrinandi, el ius degendi y el ius negotiandi; así como el ius praedicandi et anunciandi, **de la Iglesia Católica como expresión del derecho divino a la evangelización.**
- Lo anterior, avalado por el Papa Alejandro Sexto mediante las Bulas Inter Caetera de 3 y 4 de mayo de 1493, en virtud de las cuales se reconoció a los Reinos de Castilla y León su dominio sobre las tierras de América y se fijó una línea de demarcación.
- **Una vez surtida la Batalla de Boyacá y declarada la independencia de la República, se expidió la Constitución Política del año 1821** (Villa del Rosario de Cúcuta), piedra basal de las normas de protección de los bienes de la Nación.
- **Tanto para esa época como aquella en la que ocurrió el hundimiento de los distintos pecios dentro de los que se encuentra el galeón San José, la guerra se consideraba como**

un modo natural y legítimo de adquirir el dominio de las cosas.

- **Por lo tanto, como consecuencia de su victoria en la guerra de independencia y la promulgación de sus constituciones, el Congreso General de Colombia expidió la Ley del 16 de octubre de 1821, expedida por el Congreso General de Colombia, referida «a la confiscación de los bienes pertenecientes al gobierno enemigo y a los que huyen de la República», ordenó lo siguiente en sus artículos 1.º y 2.º:**

«[...] Artículo 1.º: Libertada por las armas de la república cualquiera provincia, ciudad o lugar deberán ser secuestradas y confiscadas todas las propiedades que se encuentren en su territorio correspondientes al gobierno español.

Artículo 2.º: **En la misma confiscación caerán todos los bienes, muebles e inmuebles de cualquiera especie, y los créditos, acciones y derechos que pertenezcan a los que emigren del país amenazado o atacado por las tropas de la República. [...]**».

- El precepto contenido en el artículo 1.º de la Constitución de 1821, fue reiterado en el artículo 2.º de la Constitución de 1830 y en el artículo 3.º de 1832. Con el mismo discernimiento, el artículo 202 de la Constitución de 1886 ratificó dicha pertenencia a la Nación, que ha sido una tradición normativa, inequívoca y persistente desde el siglo XIX hasta nuestros días.
- **En 1873 se expidió el Código Civil colombiano, el cual indica que los bienes en los cuales tiene interés o derecho la Nación, se rigen por las normas allí contenidas. Entre otros, se destacan los siguientes artículos: 20 (aplicabilidad de la ley en materia de bienes); 674 (bienes de la Unión de uso público y bienes públicos de territorio); 675 (bienes baldíos); 706 (bienes vacantes y mostrencos); 710 y s.s. (especies náufragas).**

Por último, a través de la Ley 12 de 1881, la República de los Estados Unidos de Colombia aprobó el Tratado de paz y amistad suscrito con el Reino de España el 30 de enero de 1881 en París, cuyas ratificaciones fueron canjeadas en la misma ciudad el 12 de agosto siguiente. En el artículo 1.º de este tratado los dos Estados acordaron expresamente que habría olvido total de lo pasado hasta el momento y una paz sólida e inviolable entre ambos, **lo que permite concluir que se saneó cualquier discusión sobre la titularidad de bienes relacionados con los resultados de la lucha independentista y de descolonización, de acuerdo con el precedente recuento normativo [...]**

43. En cuanto a la titularidad del patrimonio cultural sumergido, la misma sentencia precisó que:

[...] 214. Con posterioridad a la Carta Política de 1991, **Colombia elevó a canon constitucional el patrimonio cultural de la Nación, y posteriormente se expidió la Ley 397 de 1997, por medio de la cual se desarrollaron los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictaron normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, entre otros. (...)**

216. Cabe resaltar que el artículo 7° del Decreto 833 de 2002, que reglamentó la Ley 397 de 1997, dispuso que «[...] **El encuentro de bienes integrantes del patrimonio arqueológico no tiene para ningún efecto el carácter civil de invención, hallazgo o descubrimiento de tesoros [...]**».

217. Por su parte, el artículo 17, previó que «[...] **Los bienes integrantes del patrimonio arqueológico se encuentran fuera del comercio y son intransferibles a cualquier título por su tenedor. No podrá quien mantenga su tenencia, realizar su exportación o salida del país sin el previo permiso de la autoridad competente [...]**».

218. Ahora bien, el artículo 9.° al definir el patrimonio cultural sumergido, precisó que pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies **náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar**, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva, cualquiera que sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio. Igualmente, previó que también tendrían el carácter de especies náufragas, los restos o partes de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares.

219. En el párrafo 1° del aludido artículo, se reguló que «[...] **Toda exploración y remoción del patrimonio cultural sumergido, por cualquier persona natural o jurídica; nacional o extranjera; requiere autorización previa del Ministerio de Cultura, y de la Dirección General Marítima, DIMAR, del Ministerio de Defensa Nacional, la cual será temporal y precisa [...]**».

220. Posteriormente, se expidió la Ley 1675 de 2013, «por medio de la cual se reglamentaron los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia, en lo relativo al patrimonio cultural sumergido». Esta ley derogó en forma expresa el artículo 9° de la Ley 397 de 1997 y en su integridad la Ley 26 de 1986. (...)

223. **Es interesante resaltar que las posibles ambigüedades constitucionales o legales respecto de la clasificación y pertenencia de los bienes de la época prehispánica, de la Colonia, la Independencia, la República y la Contemporánea, quedan completamente saldadas en dichas leyes, al precisar que será el Ministerio de Cultura el encargado de definir cuáles de esos bienes son de interés cultural, y por tanto pertenecen inequívocamente a la Nación (Art. 4.°, ejusdem). (...)**

226. Como bien se observa en el artículo 2° de la Ley 1675 de 2013, allí se indicó que el patrimonio cultural sumergido, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación [...]

44. Del anterior aparte jurisprudencial, es claro que el contenido del naufragio objeto de debate, **como patrimonio cultural sumergido que es, integra el patrimonio arqueológico colombiano y, en consecuencia, es de propiedad de la Nación.**

45. En ese orden de ideas, si el demandante pretendía cuestionar tal titularidad, estaba en la obligación de desarrollar una carga argumentativa suficiente que justificara sus afirmaciones y controvirtiera las premisas normativas y jurisprudenciales plasmadas en la sentencia de unificación de 13 de febrero del 2018.

46. Sin embargo, al estudiar el libelo de la demanda, el Despacho observa que la parte actora no se ocupó de indicar cuáles compromisos internacionales dejan sin fundamento las razones planteadas por esta Corporación judicial en el precedente de unificación. Nótese que el actor, en su petición, se muestra en desacuerdo con la declaratoria del pecio del Galeón San José como *“bien de interés cultural en el ámbito nacional”* porque esa decisión desconoce el *“patrimonio Cultural Americano, Iberoamericano, Comunitario Andino, Estatal e Indígena”*, pero no plantea ninguna consideración que desvirtúe los razonamientos a los que arribó esta Corporación judicial en la precitada sentencia de 13 de febrero del 2018.

47. El reparo del demandante exclusivamente se centra en un supuesto **“actuar arbitrario”** por parte del Ministerio de Cultura, según el cual el acto acusado es *«temerario, ilegítimo, y totalmente desprovisto de toda legitimidad, juridicidad, constitucionalidad, convencionalidad, y legalidad, que, a la postre, deviene en la propia causal nulatoria de la infracción de las normas en que debía sustentarse»*.

48. Sin embargo, estos adjetivos descalificativos de la conducta del ente ministerial, además de no aparecer demostrados con la prueba aportada en la demanda, tampoco precisan los motivos por los cuales la resolución acusada transgrede lo dispuesto en los artículos 10, 80, 210, 240, 250, 260 y 320 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los artículos 70, 100, 170, 290, y

300 de la Declaración universal de los Derechos Humanos, los artículos 10, 20, 40, 50, 150, y 250 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Iberoamericana de Cultura o la Decisión Nro. 588 de 2004.

49. En este contexto, el Despacho resalta, tal y como lo indica la sentencia de unificación de 13 de febrero del 2018, que «*las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas*», catalogadas como patrimonio cultural sumergido, se encuentran fuera del comercio y hacen parte del patrimonio arqueológico colombiano. Además, se pone de relieve que ninguna de las normas supranacionales antes citadas contraría esta premisa.

50. Para el Despacho, las acusaciones del demandante en ningún caso demuestran la existencia de una “*infracción a las normas en que debía fundarse*” el acto acusado. Por el contrario, el actor incumple su deber procesal de orientar el ámbito de acción dentro del cual quería que el juez se pronunciará³⁰.

51. Es importante recordar que el artículo 231 del CPACA señala los límites que debe acatar el juez administrativo cuando resuelve solicitudes cautelares, los cuales están determinados: *i)* por la invocación de las normas que se consideran violadas, y su confrontación con el acto acusado; y *ii)* por el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

52. Entonces, la prosperidad de la petición de suspensión provisional en el nuevo estatuto procesal (Ley 1437 de 2011) está sujeta al estudio de legalidad de la carga argumentativa propuesta por el demandante³¹, dado que los referentes conceptuales del escrito cautelar (fundamentos de hecho y de derecho) constituyen el marco del análisis judicial en esta etapa inicial de la controversia.

53. Sin embargo, el ciudadano Álvaro José Rodríguez Vargas omitió tal deber en lo que atañe a la supuesta transgresión de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la Convención Americana de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754) A Actor: Luis Alfonso Arias García. Demandado: Agencia Nacional De Minería. Referencia: Suspensión Provisional.

³¹ Ver artículo 231 del CPACA.

Decisión 588 del 10 de julio de 2004 y de la Carta Iberoamericana de Cultura, puesto que no aclara cuáles son las obligaciones convencionales vulneradas y tampoco sustenta jurídica ni probatoriamente porque los bienes del naufragio no son de propiedad de la Nación.

III.3.1.2. Del desconocimiento del procedimiento administrativo

54. En segundo lugar, el demandante afirmó que no existe una actuación administrativa que anteceda a la expedición de la Resolución 0085 «*en la que se informe, comunique, o notifique a persona nacional o extranjera que tuviera interés en la misma*», vulnerando con ello el derecho al debido proceso, a la contradicción, a la publicidad, a la igualdad y los principios de legalidad, confianza legítima y buena fe, de quienes se vieron afectados por esa decisión administrativa.

55. De otro lado, agregó que el Ministerio de Cultura desconoció el procedimiento legal previsto en el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008 para la declaratoria de un BIC, según el cual es obligatorio diseñar un “***Plan Especial de Manejo y Protección***” de dicho bien, y aprobar un “***Plan de Manejo Arqueológico***”.

56. Respecto del primer componente del planteamiento, es necesario tener en cuenta que el actor ubica el reproche en un escenario de violación de derechos subjetivos y concretos, aspecto propio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no de la pretensión de nulidad.

57. En relación directa con este punto, se advierte que los terceros, supuestamente afectados por la ausencia de un debido proceso administrativo, no fueron identificados en la demanda; sin que tampoco obre en el plenario poder de representación que legitime al accionante para reclamar la afectación de una prerrogativa que no le es propia.

58. Por lo demás, y en cuanto atañe a la transgresión del procedimiento previsto en el artículo 8° de la Ley 397 de 7 de agosto de 1988, se observa que la carga argumentativa de la solicitud cautelar no es suficiente para abordar el reparo porque el procedimiento de declaratoria de un bien perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido es reglado por un conjunto de normas cuyo estudio de legalidad no solicitó el demandante.

59. La norma objeto de reproche regula las etapas generales para la declaratoria de Bienes de Interés Cultural, así:

[...] ARTÍCULO 5o. Modifíquese el artículo 8o de la Ley 397 de 1997 el cual quedará así:

“Artículo 8o. Procedimiento para la declaratoria de bienes de interés cultural.

a) Al Ministerio de Cultura, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, le corresponde la declaratoria y el manejo de los bienes de interés cultural del ámbito nacional.

Son bienes de interés cultural del ámbito nacional los declarados como tales por la ley, el Ministerio de Cultura o el Archivo General de la Nación, en lo de su competencia, en razón del interés especial que el bien revista para la comunidad en todo el territorio nacional; [...]

Para la declaratoria y el manejo de los bienes de interés cultural se aplicará el principio de coordinación entre los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, de los territorios indígenas y de los de las comunidades negras de que trata la Ley 70 de 1993.

Procedimiento

La declaratoria de los bienes de interés cultural atenderá el siguiente procedimiento, tanto en el orden nacional como territorial:

1. El bien de que se trate se incluirá en una Lista Indicativa de Candidatos a Bienes de Interés Cultural por la autoridad competente de efectuar la declaratoria.

2. Con base en la lista de qué, trata el numeral anterior, la autoridad competente para la declaratoria definirá si el bien requiere un Plan Especial de Manejo y Protección.

3. Una vez cumplido el procedimiento descrito en los dos numerales anteriores, el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural respecto de los bienes del ámbito nacional, o el respectivo Consejo Departamental o Distrital de Patrimonio Cultural, según el caso, emitirá su concepto sobre la declaratoria y el Plan Especial de Manejo y Protección si el bien lo requiriere.

4. Si el concepto del respectivo Consejo de Patrimonio Cultural fuere favorable, la autoridad efectuará la declaratoria y en el mismo acto aprobará el Plan Especial de Manejo y Protección si este se requiriere. [...]

60. De forma especial y preferente la Ley 1675 de 2013 reglamentó los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido, el cual está compuesto, de conformidad con su artículo 2°, «por todos

aquellos bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base».

61. La Ley 1675 de 2013 constituye el marco general de la protección, investigación, exploración, recuperación y divulgación del Patrimonio Cultural Sumergido en Colombia. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1698 de 2014, compilado en los artículos 2.7.1.1. a 2.7.3.10 del Decreto 1080 de 2015.

62. Según el artículo 2.7.1.1 del Decreto 1080, los bienes extraídos de aguas marinas antes de la expedición de la Ley 1675 de 2013, se rigen por las normas generales asociadas al Patrimonio Cultural de la Nación, mientras que los bienes extraídos con posterioridad dependen del procedimiento especial reglado en esta última disposición.

63. La norma en cita expresamente señala lo siguiente:

*[...] **Artículo 2.7.1.1. Alcance.** La presente reglamentación no aplica a los bienes que en espacios terrestres se encuentren por debajo del nivel freático. Tampoco aplica a aquellos bienes que se encuentren en áreas o terrenos de bajamar.*

Los bienes que hayan sido extraídos de aguas marinas, lacustres o fluviales antes de la expedición de la Ley 1675 de 2013, se registrarán por las normas generales asociadas al Patrimonio Cultural de la Nación. [...] (Decreto 1698 de 2014, Artículo 1)

64. En ese orden, las competencias dispuestas en el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008, deben leerse armónicamente con los parámetros reglados por la Ley 1675 de 2013, en cuanto al procedimiento exigible para declarar el patrimonio arqueológico del Pecio del Galeón San José.

65. Concretamente, los capítulos II y III de la Ley 1675 de 2013 regulan las actividades, autorizaciones y el régimen de contratación relacionado con la exploración, intervención, aprovechamiento económico y preservación del Patrimonio Cultural Sumergido. En el mismo sentido, el Decreto 1698 de 2014, compilado desde el artículo 2.7.1.1. y hasta el artículo 2.7.3.10 del Decreto 1080

de 2015, reglamenta los aspectos nucleares de las actividades de exploración e intervención del patrimonio cultural.

66. Debido a la importancia arqueológica de los naufragios y a los costos asociados a su recuperación, el legislador contempló un procedimiento especial que va más allá de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 397 de 1997.

67. Los artículos 2.7.1.3.3., 2.7.1.3.8., 2.7.1.3.11, 2.7.1.3.12 y 2.7.1.4.1 del Decreto 1080, reglamentarios de la Ley 1675, evidencian que la declaratoria de este tipo de bienes depende de los límites impuestos en los permisos de exploración, de los resultados del informe de hallazgos, del concepto de la Comisión de Antigüedades Náufragas, de la evaluación del Ministerio de Cultura de las características e importancia de los naufragios y de la incorporación en el Registro Nacional de los Bienes del Patrimonio Cultural Sumergido, tal como se puede apreciar a continuación:

[...] ARTÍCULO 2.7.1.3.3. Requisitos de las propuestas. Toda persona que participe o proponga como originador un proceso de contratación pública sobre Patrimonio Cultural Sumergido deberá acreditar como mínimo ante el Ministerio de Cultura: (...)

ARTÍCULO 2.7.1.3.8. Permisos ante la Dirección General Marítima (Dimar). Cada una de las naves o artefactos navales vinculados al proyecto deberá contar con los respectivos certificados y permisos expedidos por la Dirección General Marítima (Dimar).

ARTÍCULO 2.7.1.3.11. Informe. Toda exploración deberá presentar al término de esta un informe al Ministerio de Cultura que contenga, como mínimo:

- 1. La metodología y descripción de su aplicación en campo. El informe debe estar debidamente documentado con evidencias fílmicas y fotográficas.*
- 2. Los resultados brutos de los procedimientos que involucren sonares, radares, scanner, u otros sensores remotos.*
- 3. Descripción por cuadrantes de toda el área explorada, caracterizando cada cuadrante.*
- 4. Ubicación georreferenciada de todas las anomalías detectadas, haciendo énfasis en aquellas que puedan o estén relacionadas con evidencias de actividad humana del pasado y con contextos susceptibles de ser considerados como de patrimonio cultural sumergido.*
- 5. Batimetría de los cuadrantes en donde se produzcan hallazgos, a fin de ubicarlos en un mapa topográfico o hidrográfico.*
- 6. El estudio de magnetometría.*
- 7. Descripción de los perfiles estratigráficos del sitio en donde se encuentran los hallazgos de probables yacimientos arqueológicos.*

8. Descripción del hallazgo: Objetos, materiales en términos de calidad y cantidad aparente.

9. Caracterización del contexto: distribución de materiales, relación entre ellos, disposición en el fondo.

(Decreto 1698 de 2014, Artículo 24)

ARTÍCULO 2.7.1.3.12. Incorporación al Registro Nacional de los Bienes del Patrimonio Cultural Sumergido. Los bienes que se encuentren como resultado de la exploración serán incorporados al Registro Nacional de los Bienes del Patrimonio Cultural Sumergido, pero se mantendrá reserva sobre su ubicación en los términos del artículo 17 de la Ley 1675 de 2013.

ARTÍCULO 2.7.1.4.1. Definición de prioridades. Oída la Comisión de Antigüedades Náufragas, el Ministerio de Cultura debe evaluar las características e importancia de los naufragios o contextos arqueológicos sumergidos, haciendo énfasis en su localización, estado de conservación, registro gráfico y fotográfico e información histórica disponible, definiendo prioridades y posibilidades para la intervención.

El Ministerio de Cultura debe dar prioridad a los Procesos de Contratación sobre bienes del Patrimonio Cultural Sumergido que estén amenazados o en inminente riesgo de destrucción por factores naturales o humanos, y puede tomar las medidas necesarias para su preservación prioritaria. [...]

68. En atención al contenido de este procedimiento especial, considera el Despacho que el actor se equivoca cuando reprocha al Ministerio por no haber aprobado el “Plan Especial de Manejo y Protección” – PEMP³² o “Plan de Manejo Arqueológico”³³ del bien declarado como BIC, pues precisamente el artículo 3º de la Resolución 0085 ordena su implementación bajo los parámetros del procedimiento reglado por los capítulos II y III de Ley 1675 de 2013 que versan sobre la intervención, aprovechamiento económico y preservación del Patrimonio Cultural Sumergido. Al respecto, el acto enjuiciado señala que:

[...] **Artículo 3º.** En aplicación de lo dispuesto por los artículos 2.7.1.2.2 y 2.7.1.2.3 del Decreto número 1080 de 2015 en armonía con la Ley

³² Los Planes Especiales de Manejo y Protección (PEMP) son un instrumento de gestión de los bienes de interés cultural mediante el cual se establecen acciones necesarias para garantizar la protección, la conservación y la sostenibilidad de los BIC o de los bienes que pretendan declararse como tales. Si a juicio de la autoridad competente dicho plan se requiere, los PEMP deben establecer las relaciones que se tiene con el patrimonio cultural de naturaleza material, inmaterial y las condiciones ambientales. [...]» (Decreto 2358 de 2019).

³³ Decreto 1080 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Cultura” Artículo 2.7.1.2.2. Programa de Arqueología Preventiva. Modificado por el art. 4, Decreto Nacional 1530 de 2016. Las intervenciones en el lecho submarino o subacuático en desarrollo de permisos, licencias o contratos con la Nación o con organismos nacionales, con fines distintos a la investigación del patrimonio cultural sumergido, deben contar con un programa de arqueología preventiva, que garantice la exploración y prospección del área de intervención y que en evento de encontrar bienes del Patrimonio Cultural Sumergido permita tomar las medidas necesarias para su preservación. El Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) debe establecer los requisitos de dichos programas. (Decreto 1698 de 2014, Artículo 10).

1675 de 2013, se deberá contar con un **programa de arqueología preventiva** y la formulación de un **plan de manejo para la conservación de los bienes pertenecientes al patrimonio cultural sumergido** [...]»

69. En este orden de ideas, el Despacho advierte que la carga argumentativa propuesta en la solicitud cautelar resulta insuficiente para determinar si el Ministerio de Cultura desconoció el procedimiento exigido para declarar un bien como perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido, porque no solo el artículo 5° de la Ley 1185 de 2008 regula esta temática, sino también, y de forma preferente, lo hace Ley 1675 de 2013 y el Decreto 1080 de 2015 compilatorio del Decreto 1698 de 2014.

70. En suma, no es posible determinar, en esta etapa inicial del proceso, si la autoridad competente agotó todos los pasos que le eran exigibles al momento de adelantar el trámite, porque el Galeón San José, al ser un bien que pertenece al **patrimonio cultural sumergido**, se rige en su tratamiento por unas normas especiales cuya confortación de legalidad no solicitó la parte actora.

III.3.1.3. Del derecho a la consulta previa

71. Otro reproche del demandante consiste en señalar la presunta omisión por parte Ministerio de Cultura en llevar a cabo un proceso de “**consulta previa**” con las comunidades indígenas propietarias de los bienes originarios, materiales o inmateriales que yacen en el Galeón San José.

72. Frente a este reproche, se anota que, además de no existir evidencia en torno a que se cumplan las causales para que resulte procedente dicho mecanismo de participación, también es un hecho cierto que ningún grupo indígena o étnico, a la fecha, ha solicitado el ejercicio de ese derecho en relación con el caso concreto.

73. Nótese que la Corte Constitucional, con el propósito de delimitar los asuntos que son susceptibles de consulta, desarrolló el concepto de «*afectación directa*» como un mecanismo tendiente a materializar esa prerrogativa, sin fomentar el abuso de la figura.

74. En tal sentido se resalta que en las sentencias C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-208 de 2007, C-030 de 2008³⁴, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009³⁵, C-702 de 2010³⁶, C-196 de 2012, C-389 de 2016 y C-007 de 2018, el máximo Tribunal constitucional explicó que tal afectación refiere al evento en que la comunidad étnica sea objeto de una intromisión intolerable en sus dinámicas sociales, económicas y culturales.

75. Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto de 20 de junio de 2017, efectuó la siguiente recopilación jurisprudencial que resulta pertinente para el abordaje del caso concreto:

[...] Ante el carácter amplio y complejo del término “afectación directa”, la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos³⁷, que deben tomarse en cuenta para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes³⁸:

³⁴ En dicha oportunidad se declaró inexecutable la Ley Forestal, puesto que “[...] el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley [...]”.

³⁵ La Corte declaró la inexecutable de la Ley 1214 de 2008, por el incumplimiento del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas en lo que atañe a leyes aprobatorias de tratados internacionales.

³⁶ la sentencia C-702 de 2010, [38] la Corte declaró inexecutable el inciso 8º del artículo 2º del Acto Legislativo N° 01 de 2009 extendiendo el deber de consulta a los actos reformativos de la Constitución.

³⁷ “Ni el Convenio 169 de la OIT ni la jurisprudencia constitucional, han definido taxativamente las causales de procedencia de la consulta. Eso se explica en tanto la consulta previa no es un trámite rígido, sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos. Entre más restricciones a la consulta, mayores serán las implicaciones negativas para los pueblos. No obstante, tanto el Convenio como esta Corporación, han señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta. El concepto relevante en ese análisis es el de “afectación directa”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

³⁸ “5.4.2. La jurisprudencia aplicable a los elementos que coadyuvan a identificar los casos de afectación directa, se encuentra contenida principalmente en las Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011, donde la Corte, en su orden, llevó a cabo el control de constitucionalidad de la llamada Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), del Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), de la ley modificatoria del Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 1122 de 2007), y de la ley reformativa del Código de Minas (Ley 1382 de 2010). A su vez, los precedentes fijados en los citados fallos, han sido aplicados por la Corte, tratándose de leyes aprobatorias de tratados internacionales, en los siguientes pronunciamientos: en la Sentencia C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-620 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012, en los cuales la Corporación, dada la naturaleza y contenido del tratado, se ha visto en la necesidad de llevar a cabo la evaluación sobre la exigencia o no de la consulta previa. 5.4.3. En las Sentencias citadas, a título meramente enunciativo, la Corte ha venido construyendo la dogmática en torno a la delimitación de los criterios que ayudan a identificar los casos en que hay lugar a la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12.

i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT³⁹ da lugar a una afectación directa. En este sentido, se ha indicado que sería necesario realizar la consulta previa cuando se trate de medidas relacionadas con: a) la prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, b) **el traslado o reubicación de estos de las tierras que ocupan**, c) la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas por fuera de la comunidad, d) la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional, e) las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y f) la enseñanza y conservación de la lengua⁴⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia también ha indicado que la sola mención de estas materias no es suficiente para dar lugar a la afectación directa:

“En esta misma medida, un parámetro importante para determinar la afectación directa es si la materia del proyecto se relaciona con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de cada medida como tal, para efectos de establecer su impacto y su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso”.

ii) Debe tenerse en cuenta el significado que para las comunidades tengan los bienes o prácticas sociales afectadas con la medida.

iii) Asimismo debe revisarse si la medida afecta los intereses de las comunidades:

“La gravedad de la afectación de la medida legislativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”.

³⁹ “Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12.

⁴⁰ “El mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16.

iv) Puede existir una afectación directa cuando la medida tiene como propósito principal regular una o varias comunidades étnicas o tiene mayores efectos en estas que en el resto de la población.

v) Se presenta una afectación directa si la medida legislativa regula materias sobre las cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos.

vi) Puede existir también una afectación directa cuando se trata de asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos, tales como el territorio en sí mismo, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades.

vii) Para determinar la afectación directa de una medida legislativa debe tomarse en consideración si esta es de aplicación directa, o si por el contrario consagra un marco normativo general que tiene que ser desarrollado posteriormente a través de otros actos jurídicos, como leyes y actos administrativos.

viii) Finalmente, la ocurrencia de una afectación directa puede establecerse teniendo en cuenta los antecedentes históricos de la medida.

Ahora bien, también es importante destacar la importancia que tiene en el estudio del requisito de la afectación directa la materia objeto de la medida, especialmente cuando se trata de medidas de naturaleza general no dirigidas de forma particular o concreta a las comunidades étnicas [...]”. (negritas fuera del texto)

76. Con base en lo anterior, el Despacho insiste en que el material probatorio obrante en este estado de avance del proceso, no demuestra que el acto administrativo acusado impacte directamente las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales de algún grupo étnico de nuestro país; ello sin dejar de resaltar el hecho consistente en que la titularidad del Pecio del Galeón San José recae en la Nación.

77. Es importante mencionar que el patrimonio arqueológico colombiano está conformado por aquellos muebles o inmuebles que sean originarios de culturas desaparecidas, o que pertenezcan a la época colonial, así como los restos humanos y orgánicos relacionados con esas culturas. Igualmente, forman parte de dicho patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes (art. 6º de la Ley 397 de 1997 modificado por el artículo 3º de la Ley 1185 de 2008).

78. En ese orden, el Despacho desestima el reparo efectuado por el actor porque la Nación es propietaria de los muebles originarios de las culturas desaparecidas,

o pertenecientes a la época colonial, así como los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y de sus orígenes, y, por eso, *prima facie* la decisión administrativa contenida en la Resolución 0085 no se aprecia que afecte a ningún grupo étnico de nuestro país.

III.3.1.4. Del presunto desconocimiento de la categoría de Patrimonio Cultural Sumergido, así como de los artículos 2°, 3°, 14 y 18 de la Ley 1675

79. El último reproche del demandante propuesto en el cargo de transgresión del ordenamiento jurídico superior, guarda relación con la infracción de la categoría de “**Patrimonio Cultural Sumergido**”, reglada en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política y en la Ley 675 de 2013.

80. En su sentir, no era posible declarar como “*Bien de Interés Cultural – BIC*” a la totalidad de los bienes que integraban y constituían la carga transportada por el Galeón San José (artículo 2° de la Ley 675), pues solo hace parte del patrimonio arqueológico la estructura naviera.

81. En la misma línea argumentativa, aduce que la Resolución 0085 infringe “*implícita y expresamente*” los criterios establecidos en el artículo 3° de la Ley 1675 de 2013⁴¹. A ello agrega que, según el criterio de repetición, los bienes que integran la carga transportada por el Galeón San José no pueden ser catalogados como parte integrante del Patrimonio Cultural Sumergido, por tratarse de bienes cambiarios y seriados (como monedas, lingotes, piedras y metales preciosos) que no conforman una unidad con la embarcación del Galeón San José.

82. De igual forma, señala que el “*principio de unidad*” debía ser, exclusivamente, el que converja respecto a la estructura y arquitectura naval del Galeón Capitanía San José, entendida esta como embarcación o como navío.

83. De otro lado, sugiere que el acto atacado desconoce el artículo 14 de la Ley 1675 porque no indica un “*inventario técnico*” o la “*clasificación de bienes*”

⁴¹ ARTÍCULO 3o. CRITERIOS APLICABLES AL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO. Para efectos de la presente ley, se aplicarán los siguientes criterios:

[...]

Repetición: <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Calidad de un bien o conjunto de bienes muebles por la cual resultan similares, dadas sus características, su condición seriada y por tener valor de cambio o fiscal, tales como monedas, lingotes de oro y plata o piedras preciosas en bruto [...]».

extraídos y entregados, y vulnera el artículo 18 de la norma *ibidem*, en tanto el legislador contempló un reconocimiento económico a favor del Estado del 10 % del producto neto de los bienes privados sumergidos que sean comercializados.

84. Antes de resolver los argumentos del demandante, es pertinente recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación antes citada, estudió las razones por las que es posible ampliar la categoría de Patrimonio Arqueológico y de Patrimonio Cultural Sumergido a los bienes objeto de debate, así:

«[...] El concepto de patrimonio cultural sumergido fue desarrollado inicialmente por el Proyecto de Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Cultural Sumergido, en el cual se hizo referencia a «[...] todos los restos, objetos y rastros de existencia humana ubicados, total o parcialmente en el mar, lagos, ríos, canales, reservas artificiales y otros cuerpos de agua, o recuperados de dicho ambiente, o llevados a la costa [...]».

Luego, en el artículo 149 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 se indicó que «[...] todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la zona, serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad [...]». En el artículo 303 se contempló que los Estados «[...] tienen la obligación de proteger los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar [...]». Es cardinal señalar que Colombia no ha ratificado dicha Convención, aunque algunos conceptos jurídicos sí venían incorporados al ordenamiento interno desde antes, por ejemplo, en la Ley 10 de 1978 y su decreto reglamentario 1436 de 1978.

214. Con posterioridad a la Carta Política de 1991, Colombia elevó a canon constitucional el patrimonio cultural de la Nación, y posteriormente se expidió la Ley 397 de 1997, por medio de la cual se desarrollaron los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictaron normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, entre otros. (...)

*218. Ahora bien, el artículo 9.º al definir el patrimonio cultural sumergido, precisó que pertenecen al patrimonio cultural o arqueológico de la Nación las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, **las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar, que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva**, cualquiera que sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio. Igualmente, previó que también tendrían el carácter de especies náufragas, los restos o partes de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares.*

219. En el párrafo 1° del aludido artículo, se reguló que «[...] Toda exploración y remoción del patrimonio cultural sumergido, por cualquier persona natural o jurídica; nacional o extranjera; requiere autorización previa del Ministerio de Cultura, y de la Dirección General Marítima, DIMAR, del Ministerio de Defensa Nacional, la cual será temporal y precisa [...]».

220. Posteriormente, se expidió la Ley 1675 de 2013, «por medio de la cual se reglamentaron los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia, en lo relativo al patrimonio cultural sumergido». Esta ley derogó en forma expresa el artículo 9° de la Ley 397 de 1997 y en su integridad la Ley 26 de 1986.

221. En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 309 de 2012, se indicó que el proyecto tenía por finalidad resolver la problemática que se presentaba en torno al régimen jurídico de las especies náufragas y el patrimonio cultural sumergido en los siguientes términos:

222. Conforme a la definición legal, se entiende por patrimonio cultural todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, **arqueológico**, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular. (Art. 4.º Ley 397 de 1997 modificado por el artículo 1.º de la Ley 1185 de 2008)

223. **Es interesante resaltar que las posibles ambigüedades constitucionales o legales respecto de la clasificación y pertenencia de los bienes de la época prehispánica, de la Colonia, la Independencia, la República y la Contemporánea, quedan completamente saldadas en dichas leyes, al precisar que será el Ministerio de Cultura el encargado de definir cuáles de esos bienes son de interés cultural, y por tanto pertenecen inequívocamente a la Nación (Art. 4.º, ejusdem).**

224. **Por su parte, el patrimonio arqueológico está conformado por aquellos muebles o inmuebles que sean originarios de culturas desaparecidas, o que pertenezcan a la época colonial, así como los restos humanos y orgánicos relacionados con esas culturas. Igualmente, forman parte de dicho patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes (Art. 6.º de la Ley 397 de 1997 modificado por el artículo 3.º de la Ley 1185 de 2008).**

225. **Ahora bien, el patrimonio cultural sumergido, tal y como lo indica el artículo 2.º de la Ley 1675 de 2013, hace parte del arqueológico. La ley recurre a una definición descriptiva de gran utilidad para entender la teleología y bienes que protege. (...)**

En consonancia con lo anterior, los bienes declarados como pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido estarán sujetos al régimen establecido en la Constitución Política, al Régimen Especial de Protección y a las disposiciones particulares fijadas en la Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008, y en la normatividad vigente para el patrimonio arqueológico, así como a las disposiciones especiales establecidas en la presente ley.

Parágrafo. No se consideran Patrimonio Cultural Sumergido los bienes hallados que sean producto de hundimientos, naufragios o echazones que no hayan cumplido 100 años a partir de la ocurrencia del hecho, los cuales se regulan por las normas del Código de Comercio y los artículos 710 y concordantes del Código Civil en cuanto a su salvamento, y por las demás normas nacionales e internacionales aplicables. Tampoco se consideran aquellos bienes hallados en hundimientos, naufragios o echazones que hayan cumplido más de 100 años a partir de su ocurrencia, y que no reúnan las condiciones para ser considerados pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido [...]».

226. Como bien se observa en el artículo 2° de la Ley 1675 de 2013, allí se indicó que el patrimonio cultural sumergido, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación. [...]»⁴².

85. Por lo expuesto, el Despacho entiende que la categoría de “Patrimonio Cultural Sumergido” no es restrictiva y que, por el contrario, la autoridad administrativa demandada cuenta con el deber de proteger todos aquellos bienes que cumplan con las condiciones descritas por el legislador.

86. Siendo ello así, importa destacar los criterios previstos por el legislador para catalogar un bien como perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido y, en tal sentido, los artículos 2° y 3° de la Ley 1675 de 2013 señalan lo siguiente:

«[...] ARTÍCULO 2o. DEL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO. El Patrimonio Cultural Sumergido, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, *hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la Nación.* Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6o de la Ley 397 de 1997, el Patrimonio Cultural Sumergido *está integrado por todos aquellos bienes producto de la actividad humana, que sean representativos de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras*

⁴² Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación Número: 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU). Actor: Antonio José Rengifo. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima Portuaria de Colombia (DIMAR) y Otros. Revisión Eventual de Acción Popular.

áreas delimitadas por líneas de base. Hacen parte de este patrimonio los restos orgánicos e inorgánicos, los asentamientos, cementerios y toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, **las especies náufragas constituidas por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacentes dentro de estas, cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón.**

En consonancia con lo anterior, **los bienes declarados como pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido estarán sujetos al régimen establecido en la Constitución Política, al Régimen Especial de Protección y a las disposiciones particulares fijadas en la Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008, y en la normatividad vigente para el patrimonio arqueológico, así como a las disposiciones especiales establecidas en la presente ley.**

PARÁGRAFO. No se consideran Patrimonio Cultural Sumergido los bienes hallados que sean producto de hundimientos, naufragios o echazones que no hayan cumplido 100 años a partir de la ocurrencia del hecho, los cuales se regulan por las normas del Código de Comercio y los artículos 710 y concordantes del Código Civil en cuanto a su salvamento, y por las demás normas nacionales e internacionales aplicables. **Tampoco se consideran aquellos bienes hallados en hundimientos, naufragios o echazones que hayan cumplido más de 100 años a partir de su ocurrencia, y que no reúnan las condiciones para ser considerados pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido.**

ARTÍCULO 3o. CRITERIOS APLICABLES AL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO. Para efectos de la presente ley, se aplicarán los siguientes criterios:

Representatividad: Cualidad de un bien o conjunto de bienes, por la que resultan significativos para el conocimiento y valoración de particulares trayectorias y prácticas socioculturales que hacen parte del proceso de conformación de la nacionalidad colombiana, en su contexto mundial.

Singularidad: Cualidad de un bien o conjunto de bienes, que los hace únicos o escasos en relación con los demás bienes conocidos, relacionados con las particulares trayectorias y prácticas socioculturales, de las cuales dichos bienes son representativos.

Repetición: <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Cualidad de un bien o conjunto de bienes muebles por la cual resultan similares, dadas sus características, su condición seriada y por tener valor de cambio o fiscal, tales como monedas, lingotes de oro y plata o piedras preciosas en bruto.

Estado de conservación: Grado de integridad de las condiciones físicas de los materiales, formas y contenidos originales que caracterizan a un bien o conjunto de bienes muebles e inmuebles, incluidos los contextos espaciales en los que se encuentran.

Importancia científica y cultural: *Potencial que ofrece un bien, o conjunto de bienes muebles o inmuebles, de aportar al mejor conocimiento histórico, científico y cultural de particulares trayectorias y prácticas socioculturales que hacen parte del proceso de conformación de la nacionalidad colombiana, en su contexto mundial. [...]».*

87. En ese orden, el artículo 2° de la Ley 1675 precisa cuáles bienes gozan de una especial protección al pertenecer al Patrimonio Cultural Sumergido y también enuncia en su párrafo los aspectos generales que permiten determinar qué bienes no se consideran patrimonio cultural sumergido.

88. De forma específica, el artículo 3° de la Ley 1675 contempló una serie de criterios que debe tener en cuenta el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural cuando determina si un bien es parte o no del patrimonio cultural sumergido.

89. Nótese que esa entidad cuenta con cinco categorías que facilitan su labor clasificatoria. En tal sentido, los criterios de representatividad, singularidad, repetición, estado de conservación e importancia científica y cultural están llamados a solventar las dudas sobre la naturaleza cultural de las cargas comerciales constituidas por materiales similares.

90. Por ende, el criterio de repetición no es el único a tener en cuenta por la autoridad de cultura a la hora de excluir un bien del patrimonio de la Nación. Tal criterio tampoco tiene la función de descalificar hallazgos por el solo hecho que concorra esa característica, como erradamente lo sostiene el demandante. De allí que se resalte que el estudio que adelanta el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural debe ser holístico e integrar todas las variables arqueológicas, garantizando así decisiones objetivas.

91. En ese contexto, el Consejo Nacional del Patrimonio Cultural a través del acto acusado estudio de forma concatenada los criterios que sustentan su decisión, así:

*[...] Que en la sesión ordinaria del 19 de diciembre de 2019 consignada en el **Acta número 9 de 2019** del Consejo Nacional de Patrimonio se puso de presente el contexto histórico sobre el Galeón San José, en el que se expresó que fue hundido en un enfrentamiento militar con la fuerza naval británica el 8 de junio de 1708 en “el breve tiempo que se pudiera rezar un credo” y como lo atestiguaron luego varios de los 14 sobrevivientes de la tragedia, todo sucedió tan rápido que solo recordaban “hallarse de repente en el agua”. El naufragio cobró la vida del resto de la tripulación que se estimaba en más de 240 personas entre oficiales, marinos y pajes, así como de 404 pasajeros*

que se fueron al fondo del mar en esta pequeña estructura de madera que contaba con apenas 33 metros de largo por 12 y medio de ancho;

Que desde el momento mismo del naufragio, el pecio del Galeón fue buscado de manera infructuosa hasta su hallazgo en 2015. **En el informe final de exploración mencionado se deja en certidumbre sin lugar a duda que el pecio hallado corresponde al del San José y se deja en evidencia su riqueza histórica, cultural y científica, advirtiéndose que en el informe no hay ninguna mención a la ubicación del hallazgo;**

Que los miembros del consejo en el marco de la sesión conocieron que los objetos visibles del barco se encontraban en excelente estado de conservación, tal como se evidencia en las fotografías que ilustran el informe de exploración. Al punto de observarse hasta las vasijas en que se cocinaba y se indicó que su análisis permitiría incluso determinar la dieta de los marinos de la época. Lo mismo puede decirse de la espada de uno de los oficiales, según lo expresó el arqueólogo del Icanh que a su juicio, es tan importante cada uno de estos objetos como las monedas y los otros objetos preciosos que el barco transportaba, que se debe considerar el pecio del Galeón San José como una unidad que permite que sea declarado como Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional para que legalmente siempre se mantenga esa unidad;

Que para determinar si el hallazgo del Pecio del Galeón San José está constituido exclusivamente, o hasta en un 80% por bienes que hagan parte del patrimonio cultural de la nación, el Consejo revisó los criterios de valoración plasmados en el artículo 3° de la Ley 1675 de 2013 así:

“Criterio de representatividad

El informe final de exploración contiene un análisis detallado que permite identificar que este pecio corresponde con el Galeón San José a partir de un análisis de las características de la arquitectura naval de los siglos XVII y XVIII, la distribución de sus espacios y la presencia de elementos como la artillería de bronce, los materiales de cobre y cerámica, **así como algunos objetos personales de la tripulación.** Sin duda, el trabajo arqueológico que se realizará en el pecio del Galeón San José permitirá recrear su época y entender el contexto histórico y socioeconómico del momento de su hundimiento, cumpliéndose así con el principio de representatividad.

• Criterio de Singularidad

No hay duda alguna de que el Galeón San José es el Galeón de Galeones y su hallazgo es único. **Su importancia no es equiparable y la recuperación de su contenido permitirá como en ninguna otra ocasión tener información sobre la vida comercial entre América y las Indias de comienzos del siglo XVIII,** así como sobre la vida marinera del mismo período.

• Estado de conservación

En el informe final se puede constatar el sorprendente estado de conservación de todo el material fotografiado y que incluye la artillería de bronce, los materiales de cobre, el peltre y la cerámica. En el lecho marino se puede ver con claridad así mismo que el buque conserva en

una buena proporción su forma, que es fácilmente distinguible en las imágenes fotográficas.

- **Repetición**

A simple vista son fácilmente distinguibles objetos como 22 cañones, el ancla de hierro, **piezas de cerámica, armaduras y objetos pertenecientes a la embarcación**. Cada uno de estos objetos es único e irrepetible. Se sabe que el contenido del barco incluye **otros objetos como monedas de oro y plata, lingotes y joyas, pero, sin duda alguna, el análisis de los mismos frente al criterio de repetición, debe efectuarse de la mano con el principio de unidad, siguiendo los preceptos de la Sentencia C-264 de 2014**. El principio de unidad cobra una especial relevancia frente al hallazgo del Galeón San José, pues **el valor mismo de este Pecio radica, precisamente, en todo el conjunto de piezas que lo componen, las cuales gracias al estado en que se encuentran y a lo que en conjunto representan, siendo este hallazgo particular de una importancia cultural innegable**.

- **Importancia científica y cultural**

No hay duda del desafío técnico y económico que implicará el rescate del pecio del Galeón San José, pero así mismo, este esfuerzo palidece frente a la información que se conserva en su interior y que le permitirá a nuestro país y al mundo entender, como nunca antes, este período de nuestra historia, que además compartimos con las demás naciones hispanoamericanas. El hallazgo arqueológico del Galeón San José es el más importante en la historia de la arqueología de nuestro país y su sorprendente estado de conservación invita a adelantar un proceso de rescate como nunca antes se ha hecho en Colombia”;

Que según consta en el Acta número 9 del 19 de diciembre de 2019, el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, tras evaluar la documentación presentada por la Agencia Jurídica del Estado en compañía de la Dirección General Marítima (Dimar) sobre la base del informe Final de Exploración presentado por la firma Maritime Archaeology Consultants (MAC) elaborado en el marco de la etapa de prefactibilidad de la Asociación Público Privada denominada “Proyecto San José”, que busca recuperar este pecio hundido en el siglo XVIII, determinó, de forma contundente que el Pecio del Galeón San José posee los atributos de los criterios de representatividad, singularidad, conservación e importancia científica y cultural, y que el principio de unidad caracteriza el hallazgo frente al criterio de repetición;

Que el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural determinó que la totalidad del hallazgo identificado como el Galeón San José está constituido por bienes considerados patrimonio cultural de la nación. En consecuencia, el pecio en su totalidad es un Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional y debe asegurarse, para las generaciones futuras, la conservación de su unidad. El rescate de este hallazgo permitirá reconstruir y entender un capítulo de la historia de nuestro país y el de todas las demás naciones hispanoamericanas con las que nos unen desde entonces unos lazos inseparables [...]

92. En el acto acusado, la autoridad competente identificó el conjunto de bienes que bajo diversos estándares mantienen relevancia cultural por su representatividad propia, singularidad, unidad y conservación, los cuales agregan valor al hallazgo cultural de la estructura naviera del Galeón San José.

93. Siendo ello así, la interpretación normativa que adoptó el Ministerio de Cultura cuando afirmó que el principio de unidad prevalece en el asunto *sub examine* frente al criterio de repetición, es una hermenéutica que se aprecia razonable porque los bienes singulares y seriados del cargamento (piezas de cerámica, armaduras, joyas, monedas, lingotes, piedras y metales preciosos) forman una unidad histórica con la embarcación del Galeón.

94. Ciertamente, el estudio arqueológico de la estructura del navío y de los objetos allí obrantes, permitirá conocer a mayor profundidad las relaciones coloniales, navieras y comerciales de esa época. Por eso, para abordar a profundidad la discusión que propone el demandante sobre la aplicabilidad de dicha categoría es necesario agotar la etapa probatoria, en donde las partes controvertirán los supuestos de hecho que consideró el Consejo Nacional de Patrimonio para arribar a esa decisión.

95. Ahora bien, en cuanto al desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 14⁴³ de la Ley 1675, es importante considerar que los contratos de gestión de los BIC no siempre contemplan la ejecución conjunta de las etapas de exploración e intervención, como lo pretende el demandante.

96. El artículo 15 de la Ley 1675 indica que el ministerio demandado puede declarar un bien como perteneciente al Patrimonio Cultural Sumergido y posteriormente adelantar la etapa de intervención en la que el contratista elaborara el inventario técnico objeto de reproche.

⁴³ Artículo 14. Administración de los bienes y materiales extraídos. El contratista deberá entregar al Ministerio de Cultura la totalidad de los materiales que sean extraídos. El Ministerio de Cultura levantará el respectivo inventario técnico, realizará la clasificación de los bienes y presentará informe al Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, quien expedirá la resolución, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 3° de esta ley, de los hallazgos que constituyan o no Patrimonio Cultural de la Nación.

Para cada una de las actividades previstas en el artículo 4° de esta ley, el Ministerio de Cultura definirá las instituciones de reconocida trayectoria, del ámbito nacional o internacional, que acompañarán la correspondiente actividad.

97. Finalmente, el argumento asociado al quebrantamiento del artículo 18⁴⁴ de la norma *ibidem*, tampoco resulta aplicable porque el demandante no demostró que el cargamento del Galeón sea de propiedad privada. Por el contrario, se itera, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de unificación de 13 de febrero del 2018, advirtió que el navío y su cargamento son bienes pertenecientes al patrimonio arqueológico de la Nación colombiana.

98. Por todo lo anterior, el cargo de transgresión del ordenamiento superior, en principio, carece de vocación de prosperidad, en la medida en que la decisión administrativa cumple con las condiciones definidas por la Ley 1675 de 2013⁴⁵, y porque, además, es necesario agotar la etapa probatoria para efectuar otros análisis jurídicos que el Despacho no puede adelantar en esta etapa inicial de la controversia, por las razones antes expuestas.

III.3.2. De la falta de competencia

99. El actor plantea que el Estado colombiano no es competente para proteger y recuperar los bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina (Decisión 460 de 25 de mayo de 1999⁴⁶).

100. Para corroborar tal afirmación, sostiene que la «*importancia, trascendencia y transversalidad de los derechos originarios, de dicha época colonial, le es inherente, no solo a Colombia, sino a terceros países comunitarios como son Ecuador, Perú y Bolivia*». Y agrega que Colombia «*se despojó voluntaria y convencionalmente, de toda competencia derivada directa e indirectamente sobre dicho material para atribuírsela a nivel comunitario a la CAN, y al "Comité Andino de Lucha Contra el Tráfico de Bienes Culturales"*»⁴⁷.

101. Para efectos de dilucidar si la resolución atacada incurre en el vicio de “**falta de competencia**”, es pertinente hacer una revisión inicial de las disposiciones convencionales citadas por el actor.

⁴⁴ Artículo 18. Destinación presupuestal. Al menos un diez por ciento (10%) del producto neto que reciba el Estado colombiano por concepto de las actividades de aprovechamiento económico descritas en esta ley, así como por la comercialización de bienes que no pertenecen al Patrimonio Cultural Sumergido, será destinado a los presupuestos generales del Ministerio de Cultura y del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh).

⁴⁵ Los cuales fueron objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en las sentencias C-572 de 2014, C-553 de 2014 y C-264 de 2014.

⁴⁶ Sustituida posteriormente por la Decisión 588 del 10 de julio de 2004.

⁴⁷ Folio 18 anverso del Cuaderno de medida cautelar.

102. En ese orden, esta autoridad judicial observa que los artículos 1° y 5° de la **Decisión No. 460 de 25 de mayo de 1999**⁴⁸, establecen lo siguiente:

[...] **Artículo 1.-** La presente Decisión tiene como fin el promover políticas y normas comunes para la identificación, registro, protección, conservación, vigilancia y restitución de los bienes que integran el patrimonio cultural de los países de la Comunidad Andina; así como para diseñar y ejecutar acciones que impidan la importación, exportación y transferencia ilícita de los mismos ante los Países Miembros y a Terceros.

[...] **Artículo 5.- Los Países Miembros se obligan a establecer en su territorio los servicios adecuados de protección del patrimonio cultural**, dotados de personal competente para garantizar eficazmente las siguientes funciones:

a) **Elaboración de leyes y reglamentos que permitan la protección del patrimonio cultural** y especialmente reprimir el tráfico ilícito de bienes culturales;

b) **Establecer y mantener actualizada una lista de los principales bienes culturales, públicos y privados**, cuya exportación constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio cultural de los países;

c) Ejercer programas educativos para estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural de todos los países;

d) Difundir eficazmente entre los Países Miembros de la Comunidad Andina todo caso de desaparición o robo de un bien cultural [...]

103. Por su parte, la **Decisión No. 588 de 10 de julio de 2004** que trata sobre la *“Sustitución de la Decisión 460 sobre la protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina”*, en sus artículos 2° y 5°, prescribe que:

[...] **Artículo 2.-** La presente Decisión tiene como fin el promover políticas, mecanismos y disposiciones legales comunes para la identificación, registro, protección, conservación, vigilancia, restitución y repatriación de los bienes que integran el patrimonio cultural de los Países Miembros, así como para diseñar y ejecutar acciones conjuntas que impidan la salida, extracción, ingreso, tránsito internacional o transferencia ilícitos de los mismos entre los Países Miembros y terceros países.

[...] **Artículo 5.-** Los Países Miembros se obligan a establecer **en su territorio** los servicios adecuados de protección del patrimonio cultural,

⁴⁸ Sobre la Protección y Recuperación de Bienes Culturales del Patrimonio Arqueológico, Histórico, Etnológico, Paleontológico y Artístico de la Comunidad Andina.

dotados de personal competente para garantizar eficazmente las siguientes funciones:

- a) **Elaborar normas legales, leyes y reglamentos que aseguren la protección del patrimonio cultural** y especialmente el control y sanción del tráfico ilícito de bienes culturales;
- b) **Establecer y mantener actualizada una lista de los principales bienes culturales, públicos y privados**, cuya comercialización dentro y fuera del país de origen constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio cultural de los Países Miembros;
- c) Establecer y ejecutar programas educativos para estimular y desarrollar el respeto al patrimonio cultural de todos los países;
- d) Establecer y mantener actualizado un registro de anticuarios con los sistemas de control y verificación necesarios, para evitar el empobrecimiento del patrimonio cultural de los Países Miembros;
- e) Fortalecer los sistemas de control, en cuanto a importación y exportación de bienes culturales, para evitar el ingreso y salida ilegal del patrimonio de los Países Miembros; y,
- f) Difundir eficazmente entre los Países Miembros de la Comunidad Andina todo caso de desaparición o robo de un bien cultural [...]

104. Para el Despacho, contrario a lo manifestado por el actor, las disposiciones convencionales propenden por el fortalecimiento de las competencias de los países miembros de la Comunidad Andina, en materia de protección de su patrimonio cultural propio.

105. Esos instrumentos convencionales están dirigidos a fortalecer las capacidades de los países miembros de la Comunidad en cuanto a la importación y exportación de bienes culturales y, por ello, no son aplicables a lo establecido en la resolución enjuiciada, dado que las Decisiones 460 y 588 regulan el control y la sanción del tráfico ilícito de bienes culturales entre los Países Miembros de la Comunidad Andina.

106. En cuanto a las atribuciones del **Comité de Lucha contra el Tráfico de Bienes Culturales**, los artículos 9° y 12 de la Decisión 588, señalan lo siguiente:

[...] **Artículo 9.-** En caso de existir controversias o dudas sobre la procedencia de los bienes recuperados, corresponde al Comité Andino de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, emitir opinión técnica **no vinculante** sobre la procedencia y propiedad de las piezas en discusión.

[...]

Artículo 12.- Se crea el Comité Andino de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, que tendrá las siguientes funciones.

- a) Coadyuvar a la aplicación de la presente Decisión;
- b) Emitir opinión técnica **no vinculante** sobre los temas referidos a la Protección y Recuperación de Bienes del Patrimonio Cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- c) Identificar, analizar, formular y recomendar la adopción de proyectos y acciones sistemáticas de ejecución conjunta, de asistencia técnica y de intercambio informativo para el proceso de integración en materia de Protección y Recuperación de Bienes del Patrimonio Cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina;
- d) Fortalecer la cooperación interinstitucional y promover la armonización de las legislaciones nacionales relativas a la Protección y Recuperación de los Bienes del Patrimonio Cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina;
- e) Sugerir medidas para el perfeccionamiento de la legislación pertinente interna de cada País Miembro y su armonización a nivel comunitario;
- f) **Emitir opinión técnica no vinculante respecto al origen, propiedad y procedencia de los bienes culturales recuperados;**
- g) Proponer las medidas y acciones para la modernización y automatización de los sistemas de Protección y Recuperación de Bienes del Patrimonio Cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina; y
- h) Ejercer las demás funciones que le encomiende el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y atender las solicitudes que le presente la Secretaría General de la Comunidad Andina [...]

107. Nótese que las funciones y acciones que realiza dicho Comité no tienen carácter vinculante hacia los países miembros de la CAN, y que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con una prolífica normativa interna vigente que respeta los acuerdos supranacionales citados.

108. El tal sentido, el Ministerio de Cultura es la autoridad encargada de proteger el Patrimonio Cultural Sumergido, conforme a lo dispuesto en las siguientes normas:

De la Ley 397 de 1997:

[...] **ARTÍCULO 8º.-** Declaratoria y manejo del patrimonio cultural de la Nación. Modificado por el Artículo 5 de la Ley 1185 de 2008. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Cultura y previo concepto del Consejo de Monumentos Nacionales, es el responsable de la declaratoria y del manejo de los monumentos nacionales y de los bienes de interés cultural de carácter nacional [...]

De la Ley 1675 de 2013:

[...] **ARTÍCULO 15. VALOR DEL CONTRATO Y REMUNERACIÓN DEL CONTRATISTA.** Para determinar la remuneración del contratista en aquellos casos en que se haya contratado la actividad de la exploración separadamente de la intervención, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

[...]

3. Si de la actividad de la exploración se determina que el hallazgo está constituido exclusivamente, o hasta en un 80%, por bienes que hagan parte del Patrimonio Cultural de la Nación, la remuneración del contratista con quien se haya contratado únicamente la intervención se determinará previamente teniendo en cuenta la dificultad técnica, las condiciones océano-atmosféricas del área, las condiciones hidrostáticas, las técnicas que se utilizarán, los equipos tecnológicos con que se ejecutará, la transferencia de tecnología y la importancia cultural y arqueológica del Patrimonio Cultural Sumergido. En todo caso, la remuneración al contratista no superará el cincuenta por ciento (50%) del valor equivalente a las especies rescatadas. El valor de los bienes se establecerá mediante un sistema de peritaje internacional aceptado de común acuerdo por las partes [...]

Del Decreto 1080 de 2015:

[...] **Artículo 2.3.1.3. Competencias institucionales públicas.** Para los fines de este decreto, son entidades públicas del Sistema Nacional de Patrimonio Cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Archivo General de la Nación, el Instituto Caro y Cuervo, el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, los Consejos Departamentales y Distritales de Patrimonio Cultural, los departamentos, los distritos y municipios, las autoridades indígenas, las autoridades de que trata la Ley 70 de 1993 y, en general, las entidades estatales que a nivel nacional y territorial desarrollan, financian, fomentan o ejecutan actividades referentes al Patrimonio Cultural de la Nación.

Sin perjuicio de otras atribuciones específicas que les asignen la Constitución Política u otras disposiciones legales, las actuaciones públicas que se establecen en la Ley 1185 de 2008 y en el presente decreto en relación con los bienes del Patrimonio Cultural de la Nación y con los Bienes de Interés Cultural, cuya sigla es -BIC-, son las enumeradas en este artículo.

En consonancia con lo anterior, cuando en este decreto se hace alusión a la competencia de la “instancia competente” o “autoridad competente” en cada caso se entenderá referida a las siguientes atribuciones específicas:

Del Ministerio de Cultura.

1.1. Competencias generales sobre BIC del ámbito nacional y territorial.

1. Formular la política estatal en lo referente al patrimonio cultural de la Nación, y coordinar el Sistema Nacional de Patrimonio Cultural de la Nación, para lo cual fijará las políticas generales y dictará lineamientos técnicos y administrativos, a los que deberán sujetarse las entidades y personas que integran dicho sistema.

2. Reglamentar los criterios de valoración que deberán aplicar todas las instancias competentes del ámbito nacional y territorial para declarar BIC.

3. Reglamentar, en caso de estimarlo necesario de acuerdo con las cambiantes conceptualizaciones del patrimonio cultural, categorías o clasificaciones de BIC adicionales a las establecidas en el presente decreto, para el ámbito nacional y territorial.

4. Establecer aspectos técnicos y administrativos relativos al contenido general de los Planes Especiales de Manejo y Protección, cuya sigla es -PEMP-, de los BIC del ámbito nacional y territorial, de conformidad con la Ley 397 de 1997 modificada por la Ley 1185 de 2008 y este Decreto.

[...]

Las facultades del Ministerio de Cultura en lo referente a la expedición de lineamientos técnicos y administrativos necesarios se ejercerán dentro de las previsiones de las normas legales y el presente decreto [...]

109. En conclusión, para el Despacho tampoco está demostrado, en un análisis preliminar, que la Resolución número 0085 de 2020, haya sido expedida con “**falta de competencia**” por parte del Ministerio de Cultura.

III.3.3. De la expedición “en forma irregular”

110. En cuanto a la presunta expedición “**en forma irregular**”, el demandante insiste en que el conocimiento de esta problemática «*fue trasladado al ámbito Convencional, en titularidad de la C.A.N.*». Sin embargo, por las razones expuestas en el acápite III.3.2 de este proveído, el Despacho no encuentra sustento para concluir que la Resolución 0085 está afectada de dicho vicio.

111. Como bien lo plantea la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el presente proceso se debe examinar el marco regulatorio de la protección constitucional y legal del Patrimonio Cultural de la Nación, incluido lo referente a la declaratoria de bienes como Bienes de Interés Cultural – BIC y todo lo relacionado con la categoría de Patrimonio Cultural Sumergido y su aplicación al caso concreto, cuestión que, como se señaló líneas atrás, no corresponde a esta etapa procesal.

III.3.4. Del reparo de “falsa motivación”

112. En relación con la causal de “**falsa motivación**”, el actor alegó que la resolución reprochada fue expedida con «*carencia absoluta de fundamentos de hecho y de derecho*» y, en consecuencia, transcribió varios apartes de los considerandos cuestionando su contenido y existencia, pero no aportó en su demanda las pruebas requeridas para demostrar la veracidad de sus apreciaciones subjetivas.

113. Ahora bien, como la motivación de los actos administrativos es un elemento necesario para su validez, lo cierto es que la prosperidad de la solicitud de suspensión provisional requiere de la demostración de una de dos circunstancias: i) o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que, de haber sido considerados, habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

114. Sobre el particular, la Sección Primera⁴⁹ ha manifestado lo siguiente:

*[...] la validez del acto administrativo depende, entre otros elementos, de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado, valga decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la toma de la decisión de que se trate, y que se den en condiciones tales que conduzcan a adoptar una y no otra determinación, por lo que se trata de un requisito material, en cuanto **depende de la correspondencia de lo que se***

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 11 de julio de 2019. Radicación 25000-23-24-000-2012-00509-01. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

aduzca en el acto administrativo como motivo causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso [...] (negrillas fuera del texto)

115. A manera de corolario, se incurre en falsa motivación cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, esto es, que la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

116. Recientemente esta Sección, en sentencia de 11 de julio de 2019⁵⁰, consideró lo siguiente:

[...] La motivación constituye, entonces, uno de los elementos esenciales o fundamentos de legalidad del acto administrativo, a tal punto que cuando se pretermite, o cuando se demuestra que las razones que sustentan la decisión no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida.

*Ahora bien, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo, concierne a quien pretende desvirtuarlo por la causal de falsa motivación demostrar el vicio en el elemento causal de la decisión, es decir, la inexistencia o el error de los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición o, en otras palabras, que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad [...]*⁵¹ (negrillas fuera del texto)

117. Nótese que en el acápite III.3.1.4. de esta providencia, se citaron los motivos que soportan la decisión del Ministerio de Cultura de declarar como Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional el Pecio del Galeón San José, sin que el accionante haya desvirtuado hasta el momento la presunción de legalidad que cobija la parte motiva del acto acusado.

118. Por todo lo anterior, tampoco por la supuesta configuración de este concepto de violación se podrá conceder la solicitud de suspensión provisional deprecada por el actor.

III.3.5. De la desviación de poder

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ Cfr. Cita *ibídem.*

119. Frente a la causal de “**desviación de poder**” el actor reitera la falta de competencia del Ministerio de Cultura para declarar el pecio del Galeón San José como “**Bien de interés Cultural [B.I.C]**” del orden nacional y calificarlo como patrimonio cultural sumergido «[...] *sin la sujeción convencional, Constitucional y Legal que impone dicha materia [...]*». Además, insiste en el desconocimiento de los «[...] *derechos humanos culturales, colectivos y de identidad cultural, indígena y Estatal [...] derechos primigenios y originarios, de colectividades, y de terceros, sobre tales bienes materiales o inmateriales [...] como se ha impuesto a fuerza en la Resolución 0085 de 2.020 [...]*».

120. Al respecto es importante recordar que la causal de desviación del poder “*tiene lugar cuando los motivos que justifican el acto resultan ajenos a la ley. De allí que, cuando se alega esta causal de nulidad, debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan*”⁵². (negritas fuera de texto).

121. Pacíficamente en su jurisprudencia la Sección Primera ha explicado que la procedencia de esta causal requiere de la acreditación de: (i) la competencia del ente que expide el acto, (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto⁵³. Es decir, el demandante debe demostrar cuáles son los motivos ajenos a la ley que llevaron a una autoridad competente a adoptar una decisión que desconoce los fines encomendados por el ordenamiento jurídico.

122. Sin embargo, como en el caso concreto, el actor afirma que el Ministerio de Cultura no es la autoridad competente para efectuar este tipo de declaratorias, es claro que el demandante confunde los cargos de falta de competencia con el de desviación del poder.

⁵² Ver, entre otras: Sentencia del 22 de enero de 2015. M.P.: María Claudia Rojas Lasso. Rad.: 25000-23-24-000-2008-00382-01 / Sentencia de 20 de junio de 2019, M.P.: Nubia Margoth Peña Garzón, Radicación número: 76001-23-31-000-2010-00459-01.

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de diciembre de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 11001-03-24-000-2013-00328-00.

123. Nótese que la parte actora afirma que la entidad llamada a pronunciarse sobre la propiedad de la carga del Galeón es la CAN y además no indica cuál es la norma jurídica cuyos motivos fueron desconocidos por la decisión administrativa que ordenó la declaratoria del BIC.

124. Por todo lo anterior, la Sala Unitaria acoge nuevamente las consideraciones expuestas en los acápites III.3.1 y III.3.2 de esta providencia, para concluir, en este análisis preliminar de la controversia, que la Resolución número 0085 de 2020 fue expedida en el marco de las competencias atribuidas al Ministerio de Cultura.

125. En ese contexto, es menester despachar desfavorablemente la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la **Resolución 0085 de fecha 23 de enero de 2020**, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive del presente proveído.

126. Sobra aclarar que este análisis preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento y, en esa medida, tales interpretaciones normativas iniciales, no sujetan la decisión definitiva que será adoptada en su momento por la Sala.

En mérito de lo expuesto, el Consejero de Estado de la Sección Primera de lo Contencioso Administrativo,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la **Resolución número 0085 de 23 de enero de 2020** “*Por la cual se declara Bien de Interés Cultural del Ámbito Nacional el Pecio del Galeón San José*”.

SEGUNDO: Efectuar las anotaciones secretariales de rigor.

Notifíquese y cúmplase,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

(P 2 y 22)