



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-005-2016-00023-01
DEMANDANTE:	PROCURADOR 19 JUDICIAL AMBIENTAL Y AGRARIO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SINCELEJO – AGUAS DE LA SABANA E.S.P.
MEDIO DE CONTROL:	PROTECCIÓN DE LOS INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, Municipio de Sincelejo y Aguas de la Sabana S.A. E.S.P., contra la sentencia del 19 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedieron a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **PROCURADOR 19 JUDICIAL AMBIENTAL AGRARIO Y AGRARIO**, solicitó la protección de los derechos colectivos, relacionados con el goce a un ambiente sano, al espacio público, la seguridad y la salubridad pública, la existencia del equilibrio ecológico, la prevención de desastres previsibles técnicamente y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. En razón de ello, pidió:

“1. PROTÉJANSE a la comunidad del sector de la calle 32 del Barrio El Caribe sobre el puente El Pintao hasta la calle 36ª sobre el

¹ Ver folios 7 - 8, del cuaderno de primera instancia.

puente del Barrio La Florida jurisdicción del Municipio de Sincelejo – Departamento de Sucre, los derechos al goce de un ambiente sano, el goce del espacio público, la seguridad y salubridad pública, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, el derecho a la seguridad y previsión de desastres previsibles técnicamente y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

2. ORDENAR al municipio de Sincelejo, para que tome las medidas necesarias y pertinentes, tales como adelantar las obras civiles hidráulicas y ambientales que logren el canalizado del Arroyo que atraviesa la calle 32 del Barrio El Caribe sobre el puente El Pintao hasta la calle 36ª sobre el puente del Barrio La Florida.

3. ORDENAR al Municipio de Sincelejo conjuntamente con el señor ELKIN DARIO GIRALDO MONTOYA que realice la erradicación, transporte y disposición final de los residuos sólidos y escombros que se encuentran dispuestos en el cauce en el arroyo de la calle 32 del Barrio El Caribe sobre el puente El Pintao hasta la calle 36ª sobre el puente del barrio La Florida en un relleno sanitario debidamente licenciado y al particular, de manera especial, con el asesoramiento de CARSUCRE remueva el material sólido que echó sobre su predio.

4. ORDENAR al municipio de Sincelejo conjuntamente con la empresa AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. tomar las medidas para garantizar de forma integral la prestación del servicio de saneamiento básico en el sector señalado una vez sea canalizado el arroyo que atraviesa el sector, lo cual incluye realizar arreglos de conexiones erradas y de fallas en el sistema de vertimientos.

5. ORDENAR al municipio de Sincelejo para que realice tal como lo contempla el Plan de Ordenamiento Territorial la protección de las rondas hídricas del arroyo que atraviesa la calle 32 del barrio El Caribe sobre el puente El Pintao hasta la calle 36ª sobre el puente del barrio La Florida.

6. ORDENAR al municipio de Sincelejo, adelantar actividades de educación y sensibilización ambiental orientadas al manejo ambiental de los residuos sólidos en las comunidades aledañas al arroyo que atraviesa la calle 32 del barrio El Caribe sobre el puente El Pintao hasta la calle 36ª sobre el puente del barrio La Florida.

7. DESIGNAR a la Corporación Autónoma Regional de Sucre “CARSUCRE”, conjuntamente con la Defensoría del Pueblo y la accionante como miembros del Comité de Verificación de la sentencia impartida, con el fin de que vigile y garantice su cumplimiento...”

1.2.- Hechos de la acción².

Ante la Procuraduría 19 Judicial II Ambiental y Agraria, moradores del Barrio La Florida del Municipio de Sincelejo, instauraron queja indicando la existencia de un taponamiento que se viene presentando al arroyo El Pintao, en la calle 38 con carrera 10 carretera Troncal de Occidente, justo en el punto donde se encuentra el taller denominado “Querubín”, registrándose inundaciones y represamiento de aguas, que se devuelven por las redes de alcantarillado a sus casas, lo que ocurre cuando se presentan épocas lluviosas.

Recepcionada tal queja, dice la parte demandante, se requirió a la Secretaría de Planeación Municipal de Sincelejo, se tomaran las medidas y procedimientos necesarios para solventar tal situación.

La Secretaría de Planeación, en respuesta a lo pedido, afirmó, que por medio de visita técnica realizada el 7 de noviembre de 2014, se observó un relleno con escombros que se estaba llevando a cabo sobre el borde del arroyo, en la propiedad con dirección alfanumérica calle 38 No. 10 – 11 y referencia catastral No. 01-02-0447-0038-000 de propiedad del señor ELKIN GIRALDO, el cual fue arrendado por el señor LUIS MARIANO RODRÍGUEZ, propietario del mencionado taller.

Cuestionado el propietario del mencionado taller, sobre los hechos antes indicados, dijo, que el daño ocasionado no era de su responsabilidad, sino que lo ocurrido se debía a la falta de canalización de dicho arroyo que está socavando el lote de terreno, disminuyendo su tamaño.

En razón de tales circunstancias, considerando la existencia de acciones antrópicas en lo ocurrido, la Secretaría de Planeación Municipal de Sincelejo, determinó sancionar por infracción urbanística al mencionado señor, a través de la Resolución No. 1229 de 2015.

² Folio 1- 4, del cuaderno de primera instancia.

Afirma el demandante, que igualmente se requirió informe a la empresa AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P., quien en respuesta señaló, que los días 7 y 21 de mayo de 2015 se realizó visita técnica al lugar, en donde se pudieron percibir malos olores asociados a las aguas estancadas, a la descomposición de animales y otro tipo de residuos que son arrojados al Arroyo El Pintao.

Adicionalmente anotó, que esas aguas se encuentran represadas debido a la falta de obras de canalización y labores de relleno con escombros, realizada por el taller “Querubín”, las cuales taponaban el cauce natural del arroyo, ocasionando con esto el cubrimiento parcial del colector Pintao. Al mismo tiempo informó, que tomó las determinaciones necesarias, tendientes a solventar posibles conexiones erradas, que podrían influir en el rebosamiento en las viviendas de los habitantes del Barrio La Florida.

Agregó el ente demandante, que motu proprio, hizo una inspección ocular a la calle 38 con carrera 10, donde se logró evidenciar descargas puntuales de aguas residuales domésticas sobre el Arroyo El Pintao y además, que en el tramo sin canalizar, el flujo de agua era mínimo, pero constante; procesos erosivos en los taludes del cauce del arroyo; residuos sólidos urbanos en su interior; una gran variedad de material plástico, llantas y restos de podas; falta de canalización y socavación del cauce, lo que permite un estancamiento significativo de agua, con algún grado de contaminación por vertimientos líquidos y sólidos, percibiéndose olores desagradables en el ambiente.

A parte de lo anterior, dijo haber observado, que el barrio es atravesado por el colector principal Sur o el Caimán, el cual, durante la visita ocular, se pudo advertir que la tubería cruza el arroyo El Pintao transversalmente, en sentido norte – sur, protegida por tubo metálico, ubicada más exactamente en las coordenadas planas E:00854959, N:01518812, según base de georreferenciación Magna – Sirgas, lo que ha permitido la acumulación de residuos sólidos urbanos de todo tipo y el estancamiento de agua, además de vertimiento por pequeñas fugas, que se vierten directamente sobre el arroyo el Pintao.

Agrega a lo dicho, que en las coordenadas planas E:00855004, N:01518797 según base de georreferenciación Magna – Sirgas, se pudo observar el vertimiento de efluentes de aguas residuales domésticas, directamente sobre el arroyo el Pintao, posiblemente de un colector secundario de la zona proveniente del barrio San Vicente.

En tal sentido, añade, que enterado de lo ocurrido, CARSUCRE recomendó:

- Requerir al Municipio de Sincelejo para que procediera a la recuperación ambiental del tramo sin canalizar del arroyo El Pintao, en su paso por el sector El Caribe y sector del Barrio La Florida, a través de las obras de ingeniería que sean pertinentes.
- Dar cumplimiento al Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos y al Comparendo Ambiental, para evitar la inadecuada disposición de residuos sólidos en la ronda y lecho del arroyo.
- El Municipio de Sincelejo y Aguas de la Sabana S.A. E.S.P., deben adoptar medidas necesarias para la eliminación de la descarga puntual sobre el arroyo El Pintao, procedente de un colector secundario, además el mantenimiento y eliminación de fugas del colector principal Sur, en su paso por el Barrio La Florida y el mantenimiento de la red de alcantarillado sobre la calle 36ª con carrera 10 Barrio La Florida.

1.3. Contestación de los accionados.

AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P.³ En respuesta a la demanda, dijo, que todos los hechos son ciertos y que frente a las pretensiones, se opone, pues, sus obligaciones dependen de la relación contractual que sobre el tema pueda considerarse.

³ Folios 92 – 93, cuaderno de primera instancia.

ELKIN DARIO GIRALDO MONTOYA⁴. Señaló, que es cierto que el arroyo no se encuentra canalizado, por negligencia del municipio de Sincelejo y la Gobernación de Sucre y que además, existe un tubo atravesado en dicho arroyo, el cual, obstaculiza el libre paso de basuras arrojadas por los mismos moradores del sector.

Acepta también, que se realizó una visita técnica al lugar y que se les informó a los funcionarios, las razones por las cuales se había rellanado el sitio con balastro para realizar un muro de contención, que no era más que para la salvaguarda de la vida de las demás personas que trabajaban en el taller y los clientes del mismo, ya que dicho arroyo, por no estar canalizado, el tubo atravesado y las basuras que tiran los vecinos provoca taponamientos constantes, lo cual representa un peligro, siendo en todo caso, obligación del municipio de Sincelejo y de la empresa AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. responder por lo que allí ocurre.

Agrega, que no es propietario del lote de terreno, como consta en el certificado de libertad y tradición, pues, en realidad pertenece al taller EG GÓMEZ GIRALDO & CÍA S.A., por lo que dice, no se ajusta a la verdad lo afirmado en la demanda.

Dice también, que nunca fue notificado de sanción alguna por parte de la Secretaría de Planeación del Municipio de Sincelejo, aunado a que dicho ente obró de mala fe, pues, la notificación que se le libró se dirigió a dirección distinta.

Adiciona, que los malos olores que se perciben en el sitio, devienen de las heces fecales que bota un tubo presente en el sitio, resultando que no es cierto que una camioneta de balastro que se regó allí sea la causante de los mismos, pues, insiste, que lo que se pretendió hacer fue proteger la vida de las personas que allí trabajaban, construyéndose un muro de contención, siendo el único responsable la negligencia del municipio y de las entidades que a su cargo tienen dicha problemática.

⁴ Folios 118 – 122, cuaderno de primera instancia.

MUNICIPIO DE SINCELEJO⁵, no contestó la demanda.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 19 de diciembre de 2017, atendió favorablemente las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“... es claro para este Despacho el estado en que se encuentra el arroyo El Pintao (calle 32 Barrio El Caribe) hasta la calle 38, puente del Barrio La Florida y la necesidad de su canalización (...)

... esta unidad judicial estima que surge una violación de los derechos colectivos del goce a un ambiente sano y salubridad y seguridad públicas, así como el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública por cuenta del Municipio de Sincelejo, pero también de AGUAS DE LA SABANA y de CARSUCRE (entidad responsable de velar porque se implemente el comparendo ambiental), quienes son los encargados de salvaguardar o velar por la protección del medio ambiente, con la utilización de los distintos mecanismos de protección o con cualquiera de las herramientas de conservación establecidas para ello o incluso con las medidas de orden policivo – sancionatorio. Adicionalmente, la obligación que le asiste a la entidad municipal en la ejecución del contrato de obra para la canalización del arroyo El Pintao, más si es una amenaza latente para los moradores de ese sector, por cuanto la erosión del arroyo pone en peligro el sistema de alcantarillado, lo que puede ocasionar un impacto mayor.

En cuanto a Aguas de la Sabana, este Despacho considera que aun cuando dicha entidad no es responsable directamente de la canalización del arroyo, esta debe trabajar conjuntamente con el municipio de Sincelejo y CARSUCRE, en la adecuación del arroyo en lo que respecta a la parte sanitaria (referente a las tuberías que rodean y cruzan por el mencionado arroyo).

Por otra parte, debe pronunciarse el Despacho respecto a la falta de cultura de las personas que con su actuar contaminan el arroyo con residuos sólidos, aspecto que deben contrarrestar las entidades competentes con campañas fuertes sobre el manejo de residuos sólidos, además de imponer las sanciones de ley a quienes no cumplan con el cuidado del medio ambiente.

⁵ Folio 149.

⁶ Folios 331 - 348, del cuaderno de primera instancia.

Ahora, una vez determinada la vulneración de los derechos colectivos invocados y la responsabilidad de los entes accionados, el Despacho a fin establecer y garantizar a la comunidad afectada el goce efectivo de los mismos adoptará las siguientes órdenes:

* Al municipio de Sincelejo adelantar las gestiones tendientes a efectuar la canalización en concreto rígido de la totalidad del arroyo El Pintao desde la calle 32 del Barrio El Caribe hasta la calle 38 con carrera 10, carretera troncal de occidente, Barrio La Florida, previa realización de los estudios técnicos y las gestiones administrativas pertinentes.

* A la Corporación Autónoma Regional de Sucre (CARSUCRE) y al Municipio de Sincelejo, tomar las medidas necesarias a efectos de restaurar y evitar la contaminación del arroyo El Pintao; así mismo se le ordenará a CARSUCRE, vigilar, supervisar y colaborar en todo lo que este a su alcance funcional, dentro del desarrollo y ejecución del proyecto relacionado con la canalización del arroyo El Pintao, para que de esa manera se garanticen la preservación de un ambiente sano, la salubridad y seguridad pública.

* A la empresa Aguas de la Sabana S.A. ESP, adecuar las tuberías y colectores del arroyo El Pintao, ubicado en la calle 38 con carrera 10 carretera troncal, con la profundidad técnica requerida; para o cual, deberá realizar mantenimientos periódicos de las mismas, cambiar las que estén en mal estado, a fin de evitar el vertimiento o desbordamiento de aguas residuales productor del mal estado de las tuberías que pasan por dicho sector. Así mismo, se le ordenará hacer el respectivo acompañamiento del arroyo El Pintao, para que se afecte el sistema de alcantarillado del sector.

* Por último, teniendo en cuenta que los ingenieros de Aguas de la Sabana informaron al Despacho que aún no se han realizado unas intervenciones al sistema de alcantarillado por la falta de autorización del propietario del Taller El Querubín; se procederá a ordenar al propietario de dicho inmueble, permita el acceso del personal de ADESA, MUNICIPIO DE SINCELEJO y CARSUCRE, junto con los equipos o maquinaria que requieran, para lograr la intervención del sistema de alcantarillado y del arroyo El Pintao.

Teniendo en cuenta que para el cumplimiento de la anterior orden deben evacuarse las etapas de gestión de recursos, precontractual, contractual y ejecución, se concederá al ente territorial un término de 24 meses".

No condenó en costas, al observar que no se actuó con mala fe por parte del demandado.

1.5.- El recurso.

AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P.⁷, interpuso el recurso de apelación, sosteniendo lo siguiente:

“fundamento el desacuerdo en lo siguiente:

- i) Desde la contestación de la demanda mi patrocinada se opuso a la prosperidad de las pretensiones en cuanto estas comportarán la ejecución de obras que no estuvieran previstas contractualmente.*
- ii) La sentencia le impone a mi patrocinada, el ordinal cuarto de la parte resolutive, adecuar las tuberías y colectores del arroyo El Pintao ubicado en la calle 38 con carrera 10, con la profundidad técnica requerida.*
- iii) Los trabajos a que se refiere la sentencia (adecuación de tuberías) no están previstos contractualmente como una obligación de mi patrocinada, tal como se desprende de la lectura del contrato de operación con inversión que suscribieron EMPAS y ADESA, puesto que en ese documento se limita el compromiso de inversión y*
- iv) Al desatender esa circunstancia, el juez incurrió en un error de valoración del documento, imponiendo obligaciones que no debe asumir mi poderdante”.*

Municipio de Sincelejo⁸, interpuso recurso de apelación, afirmando:

“... primeramente (...) el municipio de Sincelejo a través de sus Secretarías de Despacho ha venido realizando acciones para mitigar los impactos ambientales que son causados muchas veces por la naturaleza como el proceso erosivo que presenta el arroyo, fuertes precipitaciones o fuerza mayor o simplemente las acciones humanas que generan o acrecientan un daño, tal es el caso de las consecuencias de las actividades desarrolladas por el taller “Querubín” que sin consideración por el medio ambiente arrojan residuos de tipo inorgánico al arroyo.

Se suma a esta situación, los vertimientos puntuales cuyo destino es el arroyo en el tramo objeto de dicha acción constitucional, los cuales están plenamente identificados y que la empresa ADESA S.A. ESP de acuerdo al contrato de concesión, debe subsanar a fin de que la comunidad no reciba los olores nauseabundos que expelen los vertimientos y que tampoco tengan que soportar la devolución de aguas por las redes intradomiciliarias en los períodos de precipitación.

⁷ Folio 356.

⁸ Folios 357 – 360.

No hay que dejar de lado en igual medida, que la comunidad del referido sector, que ya conoce de temas de educación ambiental, que conoce del comparendo ambiental con ocasión de las infracciones que determina la Ley 1259 de 2008, reglamentada por el Decreto 3695 de 2009 y que dicho comparendo fue socializado con todos los Sincelejanos como así lo dictó la Ley 1259, ha contribuido a acrecentar los problemas. Esto también se extrae de los resultados de la audiencia de testimonios.

Ahora bien, mi representado, el municipio de Sincelejo, no es ajeno, ni omisivo ante esta situación (...)

Conforme lo expresa, el aspecto que se pretende apelar es el tiempo estipulado por el Juzgado administrativo frente a la materialización de la orden, toda vez que el término de 24 meses resulta insuficiente para el logro de dicho cometido...

Como ya se mencionó renglones arriba, en el año 2014 se realizó un contrato de Consultoría cuyo fin fue el “ESTUDIO Y DISEÑO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CANALIZACIÓN EN CONCRETO RÍGIDO DE DIFERENTES ARROYOS DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO”, es decir, que para el año 2014 se tuvieron inicialmente unos diseños pero que ello necesitaba la consecución de unos recursos y para esto se ofició al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, no obstante hoy por hoy, podemos aseverar con toda certeza que los diseños realizados para el año 2014 no están adecuados a las normas técnicas que se exigen para la construcción de canalización en el sector señalado, por lo cual, el primer paso sería que el contratista del año 2014 actualizara a la presente fecha esos estudios y diseños, lo cual nos indica que el punto de partida para el cumplimiento de la orden, no es la etapa de gestión de recursos, sino que hay que agotar primeramente que los diseños y estudios se encuentren actualizados...”

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- El día 5 de marzo de 2018⁹, el magistrado ponente se declaró impedido para conocer del presente asunto.
- El día 19 de abril de 2018¹⁰, la Sala Dual no acepta la manifestación de impedimento.

⁹ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 6 – 8, del cuaderno de segunda instancia.

- Mediante auto de 19 de julio de 2018¹¹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por los entes demandados.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998.

2.2.- Problema jurídico.

De los extremos de la litis y de los argumentos del recurso de alzada, se observa que el problema jurídico a resolver, consiste en determinar: ¿El Municipio de Sincelejo y AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P., vulneran los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la salubridad pública y a la prevención de desastres técnicamente previsibles, en tanto, sobre el arroyo “El Pintao”, calle 32 del Barrio El Caribe sobre el puente “El Pintao” hasta la calle 36ª, sobre el puente del Barrio La Florida jurisdicción del Municipio de Sincelejo – Departamento de Sucre, se hallan unos ductos de agua potable, hay presencia de sedimentación, maleza, basuras, vertimiento de aguas servidas, existencia de manjoles deteriorados que inciden en el represamiento de las aguas y dan lugar a desbordamientos, malos olores, contaminación, etc.?

¿El período de tiempo dispuesto por la primera instancia, para cumplir las órdenes emitidas en la sentencia, resulta proporcional y razonable?

¹¹ Folio 10, del cuaderno de segunda instancia.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. La acción popular, hoy medio de control de protección de los intereses y derechos colectivos.

La acción popular está regulada en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos:

*“Artículo 88. La Ley regulará las acciones populares para la protección de los **derechos e intereses colectivos**, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella”*
(negrillas fuera del texto)

En desarrollo de esta norma constitucional, se expidió la Ley 472 de 1998, la cual en su artículo 2º define las acciones populares así:

“Artículo 2º. Las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”

De las normas que han quedado transcritas, se desprende que la acción popular es el mecanismo constitucional y procesal idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y tratados de derecho internacional celebrados por Colombia¹², cuando estos resulten lesionados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Su objeto, siguiendo las voces de la Corte Constitucional, es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio

¹² Consejo de Estado, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente AP. 3654, sentencia del 1 de noviembre de 2001.

actual sobre dichos derechos e intereses o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible¹³.

Entendiéndose por derecho e interés colectivo, aquel *“interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección”*¹⁴.

De igual forma, esta acción, se erige como *“un derecho político, constitucional y fundamental, basado en los principios de autogobierno democrático, libertad individual y solidaridad, que tiene como propósito principal asegurar el goce efectivo de los derechos e intereses colectivos.”*¹⁵, dotándose al ordenamiento jurídico, de una herramienta idónea para dar eficacia material a los últimos, y confiriéndole, a su vez, al juez constitucional, la facultad de emitir órdenes (hacer o no hacer), que tiendan a retrotraer las cosas, al estado en que no existiera la supuesta vulneración al bien jurídico de orden constitucional, sin que se prevea un límite formal, para tomar las medidas que a bien se consideren para la garantía y protección de los mismos. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado:

“De acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior si ello fuere posible -art. 2-, cuando quiera que por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, sean violados o amenazados -art. 9-. Casos en los que corresponde al juez popular adoptar las órdenes de hacer o de no hacer, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y, en fin, exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible -art. 34-, de manera tal que se garantice la eficacia de los derechos vulnerados, como lo exigen los artículos 2 y 88, constitucionales.

(...)

¹³ Corte Constitucional, S T-528 de 1992 del 18 de septiembre de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. M. P. Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano; Sentencia C-1062 de 2000. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2011. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

*La supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la actividad de las autoridades, incluyendo la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de los derechos colectivos con la eficacia que su trascendencia exige. Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si está dotado de mecanismos de protección eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza los derechos colectivos si las autoridades encargadas de su protección no cumplen los deberes que les son exigibles y si el juez no corrige eficazmente las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible. **Quiere decir, entonces que, en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998, sino que su deber tiene que ver con la adopción de las medidas que sean necesarias para restablecer la cosas al estado precedente a la vulneración del derecho o del interés colectivo, de ser ello posible, como lo demandan los mandatos superiores bajo análisis.**"¹⁶*

2.3.2. Servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado versus funciones de los municipios.

La Carta Política consagró, que los servicios públicos son inherentes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, su prestación se constituye en una finalidad social del Estado y, en consecuencia, éste debe mantener su regulación, control y vigilancia, además de asegurar su ejecución eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, así como dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y agua potable.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2013. Expediente 2011-00047-01 (AP). C. P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

Así, pues, la norma superior estableció que le compete a los Municipios, la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, de conformidad con lo consagrado en los artículos 365 de la Constitución Política y 5º, numeral 5.1 de la Ley 142 de 1994, que prevén:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos (...) podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente (...) En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”.

“ARTÍCULO 5. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos: 5.1.- Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente”.

Igualmente, en los artículos 366 a 370 de la Carta Superior se consagran los derechos colectivos de acceso a la infraestructura de servicios públicos, así como su prestación eficiente y oportuna; y, además, se determina que le corresponde tanto a la Nación, como a las entidades territoriales, realizar las finalidades sociales del Estado, las cuales deben ser priorizadas en los planes y presupuesto del gasto público social.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994, en su art. 5, dispone que la competencia de los municipios, en la prestación de los servicios públicos, consiste básicamente en:

- Asegurar su prestación eficiente por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del municipio (Art. 5.1).

- Asegurar la participación de los usuarios (Art. 5.2), a través de los comités de desarrollo y control social (Art. 62), promoviéndolos y capacitando a la comunidad (Art. 65)
- Estratificar los inmuebles residenciales (Art. 5.4 y Art. 101).
- Establecer la nomenclatura de cada predio que tenga acceso a los servicios (Art. 5.5).
- Permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de los prestadores de servicios públicos, sin condicionar a los prestadores las licencias o permisos que conforme a la ley deban expedir, exigiendo las garantías adecuadas a los riesgos que se puedan crear (Art. 26).
- Realizar una labor amplia y continua de concertación con la comunidad, para implantar los elementos básicos de las funciones de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios; capacitarla y asesorarla permanentemente en su operación.

Así mismo, deberá en coordinación con los departamentos y la SSPD, asegurar la capacitación de los vocales de control (artículo 65, numeral 65.1).

- Otorgar el permiso para que las líneas de transmisión y distribución de energía eléctrica y gas combustible, conducción y distribución de acueducto, alcantarillado y redes telefónicas de empresas de servicios públicos, puedan atravesar ríos, caudales, líneas férreas, puentes, calles, caminos y cruzar acueductos, oleoductos, y otras líneas o conducciones, cuando no exista ley expresa que indique otra entidad que lo otorgue (artículo 57).
- Determinar si la expropiación de un bien se ajusta a los motivos de utilidad pública e interés social que consagra la ley, producir los actos administrativos e impulsar los procesos judiciales a que haya lugar (artículos 56 y 116).
- Imponer las servidumbres que se requieran para la prestación de los servicios públicos, de acuerdo con la ley y con las entidades competentes, según el caso (artículo 118).
- Asesorar a los suscriptores o usuarios que deseen presentar peticiones, quejas o recursos contra las facturas o demás actos de las ESP (artículo 157) a través de las Personerías Municipales.

- Divulgar ampliamente y en forma didáctica a todos los niveles de la población, las disposiciones contenidas en la ley de servicios públicos (artículo 187).

Con la misma Ley, el Legislador estableció el régimen general de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural y, determinó, entre otras cosas, quiénes los prestarían y bajo qué condiciones. De conformidad con esta Ley, pueden prestar servicios públicos domiciliarios:

1. Las empresas de servicios públicos (Artículo 15.1, Ley 142 de 1994), que a su vez pueden ser:

a) Empresas oficiales de servicios públicos, constituidas como sociedades por acciones en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial tienen el 100% de sus aportes (Artículo 14.5, Ley 142 de 1994)

b) Empresas mixtas de servicios públicos, en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tengan aportes superiores o iguales al 50% (Artículo 14.6, Ley 142 de 1994)

c) Empresas privadas de servicios públicos, cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares. (Artículo 14.7, Ley 142 de 1994)

2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos (Artículo 15.2, Ley 142 de 1994) Este tipo de prestadores de servicios públicos domiciliarios, conocido como *“productor marginal, independiente o para uso particular”*, es una *“persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta*

exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal” (Artículo 1 de la Ley 689 de 2001).

3. Los municipios, cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 (Artículo 15.3, Ley 142 de 1994).

4. Las “organizaciones autorizadas” conforme a la Ley 142 de 1994, para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas (Artículo 15.4, Ley 142 de 1994). Dentro de esta posibilidad han sido incluidas las “comunidades organizadas” (Artículo 365, C. P.).

5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición, previstos en la Ley 142 de 1994. (Artículo 15.5, Ley 142 de 1994).

6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994, estaban prestando cualquiera de los servicios públicos a los que ella se refiere y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17 (Artículo 15.6, Ley 142 de 1994)¹⁷.

A su vez, el término *empresas de servicios públicos domiciliarios*, lo reserva la Ley 142 de 1994, para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas-¹⁸ que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas

¹⁷ De conformidad con el artículo 180 de la Ley 142 de 1994, las entidades descentralizadas de cualquier orden que al momento de entrar en vigencia la Ley 142 de 1994 estuvieran prestando servicios públicos domiciliarios, tenían la opción de transformarse en sociedades por acciones o en empresas industriales y comerciales del Estado. El plazo original para transformarse era de dos años contados a partir de la vigencia de la Ley 142 de 1994. Esta disposición fue modificada por el artículo 2 de la Ley 286 de 1996, que estableció que todas las entidades descentralizadas y demás empresas estatales que estuvieran prestando servicios públicos a constituirse en empresas de servicios públicos y redujo el plazo de transformación obligatoria a 18 meses.

¹⁸ Ley 142 de 1994, Artículos 17 y 18.

combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias, por lo que, en lo que al objeto de sus negocios compete, es importante tener en cuenta cuál es el mismo y que cuando el Municipio encomiende a un tercero la prestación total o parcial de los servicios, a través de transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina a la prestación de los servicios públicos, en su condición de responsable de la prestación eficiente de los mismos, está en el deber de vigilar, en forma permanente, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de la persona prestadora de los servicios.

A lo que debe sumarse, que como parte del Estado, el objetivo fundamental del municipio, es dar solución a las necesidades insatisfechas en materia de acueducto y alcantarillado, por lo que en los planes y programas del ente territorial, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Así, debe entenderse cuando la Ley 136 de 1994, en su artículo tercero, plantea una serie de competencias y responsabilidades en materia de servicios públicos para el municipio, tales como:

1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley.
2. Ordenar el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal.
3. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad.

Por su parte, la ley 715 de 2001, en su artículo 76, plantea, que corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial realizar

directamente o a través de terceros, la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.

Luego entonces, la creación de una empresa que atienda los servicios públicos domiciliarios, no retira de inmediato las obligaciones que tiene a cargo el municipio, pues, hace parte de sus funciones atender tales servicios en forma debida, compartiendo las mismas con la empresa, que de manera específica se encarga de tales labores, obligación que para esta última surge, como consecuencia del giro propio de sus negocios, además de las obligaciones contractuales que haya adquirido.

2.3.3. Término para el cumplimiento de órdenes emitidas en sentencia judicial, proferida en medios de control como el presente.

Dice el art. 34 de la Ley 472 de 1998, que:

“Artículo 34º.- Sentencia...

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencial, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminará su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo...”

Es decir, estatuye que el término para cumplir las órdenes será judicial y responderá al alcance de la determinación y en él, deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia, dada la trascendencia de orden administrativo que tienen las órdenes en este tipo de asuntos, es decir, no descuida la Sala que la ejecución de obras, se atiene a una serie de actos y actuaciones administrativas dispuestas por el ordenamiento jurídico.

Resultando entonces, que será el criterio de proporcionalidad, el que debe acompañar la decisión judicial, acompasado con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico sobre el tema, reiterando así el contenido razonable de la decisión.

Sobre la proporcionalidad, como consecuencia de la razonabilidad, debe recordarse que:

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”¹⁹.

2.4. Caso concreto

Como ya se miró, a través del recurso de apelación AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P. busca, que no se disponga la orden de adecuar las tuberías y colectores del arroyo El Pintao, ubicado en la calle 38 con carrera 10, con la profundidad técnica requerida, pues, los trabajos a que se refiere la sentencia (adecuación de tuberías), no están previstos contractualmente como su obligación, tal como se desprende de la lectura del contrato de operación con inversión que suscribieron EMPAS y ADESA, puesto que en ese documento se limita el compromiso de inversión, lo que jurídicamente se traduce en que el Juez incurrió en un error de valoración del documento citado, imponiendo obligaciones que no debe asumir.

Para solucionar tal inquietud, la Sala considera el contenido del contrato de operación con inversión No. 037²⁰ celebrado entre la Empresa de Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Sincelejo (EMPAS S.A. E.S.P.) y AGUAS DE LA SABANA S.A. E.S.P., para señalar, que de conformidad con su objeto, no resulta cierta la afirmación del apelante, en tanto, se

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 022 de 1996.

²⁰ Ver CD folio 95, cuaderno de primera instancia.

establece que corresponde al operador la rehabilitación y construcción de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias en el área urbana del municipio de Sincelejo, luego, no resulta descabellada la orden de adecuación de las tuberías y colectores del arroyo El Pintao, ubicado en la calle 38 con carrera 10, con la profundidad técnica requerida, en tanto hacerlo, no es más que pedirle el estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sobre un bien que administra, pero que debe reunir las condiciones técnicas pertinentes, para evitar la afectación de derechos colectivos.

La interpretación anterior, a su vez, se acompasa con lo anotado por la propia recurrente, en el informe de actividad de fecha junio de 2016, obrante a folios 96 y 97 del expediente, en donde textualmente se dijo:

“... ADESA S.A. E.S.P., comprometido con el bienestar de la comunidad a través de su equipo de proyectos está en capacidad de formular y diseñar el proyecto hidrosanitario, redes colectoras y pozos de inspección, que se requiera en este sector para brindar una solución definitiva a la situación motivo de esta revisión, sin embargo, con su equipo técnico operativo se ejecutan actividades de mitigación correspondientes a la reparación de los daños presentados en la clave o lomo del tubo, adicional se incluirá dentro de la programación de los mantenimientos correctivos la construcción de un pozo de inspección y de un tramo de alcantarillado en un diámetro que brinde suficiencia al caudal pico transportado por este sistema, que conecte el colector San Vicente con el Colector Caimán, sin embargo, se señala nuevamente que esta solución será estable cuando se canalice el arroyo pues se evitaría o reduciría en gran medida la acelerada socavación del arroyo permitiendo que la obra se ejecute con un mayor grado de estabilidad al tener una estructura de soporte que la respalde”.

De ahí que para la Sala, deba confirmarse la providencia recurrida en el puntual cargo formulado en alzada.

En relación con la apelación surtida por el municipio de Sincelejo, hay que recordar que su preocupación se dirige, exactamente, al período de tiempo que concedió el a quo para ejecutar las órdenes dispuestas en sentencia,

que no es más que el término de 24 meses. Órdenes que en su caso, a su vez, se limitaron a lo siguiente:

“ Al municipio de Sincelejo adelantar las gestiones tendientes a efectuar la canalización en concreto rígido de la totalidad del arroyo El Pintao desde la calle 32 del Barrio El Caribe hasta la calle 38 con carrera 10, carretera troncal de occidente, Barrio La Florida, previa realización de los estudios técnicos y las gestiones administrativas pertinentes”.*

En otras palabras, se dispuso judicialmente la construcción de una obra de canalización en concreto rígido, de la totalidad del arroyo El Pintao, desde la calle 32 del Barrio El Caribe, hasta la calle 38 con carrera 10, carretera troncal de occidente, Barrio La Florida, previa realización de los estudios técnicos y las gestiones administrativas pertinentes.

Siendo así, el término de 24 meses deviene en proporcional y razonable, pues, si bien como lo señala la apelante, para el año 2014 ya se hicieron unos estudios tendientes a la construcción de dicho canal y los mismos a la fecha deben ser actualizados, lo cierto es que no se indica de manera puntual, que un cronograma que tenga como límite de tiempo el indicado, sea insuficiente para cumplir lo dispuesto judicialmente, ya que si bien es cierto, hay necesidad de actualizar los estudios en comento y adelantar las gestiones administrativas pertinentes, nada informa que no pueda efectuarse.

De ahí que el test que tácitamente propone la apelante, se decida en su contra, en tanto, el término escogido para cumplir la orden judicial es adecuado; no sacrifica o al menos no se sabe, que sacrifique principios constitucionales o el ordenamiento legal y se satisface el fin con tal medida, en un ámbito de proporcionalidad estricta.

Lo anterior no obsta, para que el Juez de primera instancia, en la medida de sus funciones de vigilancia de la ejecución de su sentencia, atendiendo los devenires de tal ejecución, modifique fundadamente dicho término, dado que es su facultad.

En resumen de lo dicho, se confirmará lo decidido, en tanto, lo expuesto en alzada por los entes recurrentes, no modificó el argumento de la primera instancia, tal y como se ha indicado.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia del 19 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, conforme lo anotado.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte, previas las desanotaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0169/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA