

Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Clase de acción	POPULAR
Radicado	13001-33-40-014-2016-00480-01
Accionante	PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA
Accionado	DISTRITO DE CARTAGENA- ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL – EPA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD – DADIS, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE – CARDIQUE.
Tema	INVASIÓN Y ABANDONO DISTRITAL DEL CAÑO JUAN ANGOLA Y PUENTE BENJAMÍN HERRERA
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por el DISTRITO DE CARTAGENA contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. HECHOS RELEVANTES

Se sintetizan en los siguientes:

1.1.1. Los cuerpos de agua de la ciudad de Cartagena se encuentran situados entre la bahía interna y la Ciénaga de la virgen, y recientemente se comunicaban entre sí con una extensión de aproximadamente 2.240 hectáreas. Dicha comunicación era posible a través de la Ciénaga de las Quintas, la Laguna de San Lázaro, el caño Bazurto, Marbella, la Laguna del Cabrero y el Caño Juan Angola; no obstante, en las últimas décadas han aecido diversidad de situaciones negativas y fenómenos de la naturaleza, que han generado la degradación en la calidad de las aguas.

1.1.2. El Caño Juan Angola, es uno de los cuerpos internos de agua con que cuenta la ciudad de Cartagena, caracterizado por ser un corredor acuático de unos 2.7 Km de largo, que unido con el canal artificial paralelo a la posta del aeropuerto de la ciudad (1.3 Km) conecta la ciénaga de la Virgen con la laguna del Cabrero. La urbanización de los bancos de arena que inicialmente se formó en las afueras de la ciudad amurallada (Las tenazas y El Cabrero), favoreció a la acumulación de sedimentos marinos frente a la Quinta del barrio Torices, con lo cual se conformó el sector de Marbella y se delimitó el caño Juan Angola. Con las últimas construcciones realizadas sobre la avenida Santander, se





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

cerraron los canales de comunicación del mar con el caño, lo que definió la conversión de esos promontorios de arena en propiedad privada.

- 1.1.3. Como consecuencia de los cierres de los canales, la contaminación de la ciénaga de la Virgen se extendió hacia el cuerpo de agua, que además recibía la contaminación de aguas residuales de los invasores del barrio Torices. La situación fue en detrimento, en el momento en que la Aeronáutica Civil autorizó la extensión de la pista del aeropuerto hacia el sur, en una extensión aproximada de 1 Km, lo que condujo a escindir el contacto directo del caño con la ciénaga, construyéndose posteriormente canal paralelo a la pista, sin embargo su conducto ha funcionado con dificultades debido a su extensión y nula pendiente.
- 1.1.4. Aunado a la problemática anterior, hace 20 años aproximadamente, se dio origen a la reactivación de las orillas de ambos lados del caño, a la altura de los sectores Marbella y Torices. No obstante, en cumplimiento parcial de la Ley 62 de 1937 se construyó la vía marginal al caño (Cra. 11) entre los barrios Canapote y Torices de la ciudad de Cartagena, a través de la cual se logró resolver en dicho tramo, la problemática de la invasión que persistía incontrolada. Por ello, al no extender la vía en comento hasta el playón del blanco (Chambacú), se facilitó la invasión en la calle 47 y Chambacú, sector sobre el cual hoy se concentra la problemática que aqueja a la comunidad producto de la negligencia oficial.
- 1.1.5. La distancia existente entre las carreras 14 y 11 y el imposible acceso por la calle 47 paralelo a la orilla del caño Juan Angola, facilitó la clandestinidad de las invasiones conformando el sector la Unión. Posteriormente, se construyó la tercera Avenida del Cabrero con el fin de eliminar las amenazas de invasiones sostenidas sobre el caño, pero fue imposible parar esas invasiones y por el contrario, éstas se consolidaron y se urbanizó el manglar de El Cabrero pasando a estrato 6. En atención a lo anterior, se procedió a despejar el área como consecuencia de un dragado realizado por EDURBE, zona que también resultó invadida.
- 1.1.6. En el año 2008, se realizó un censo con los invasores para desalojarlos y demoler las 52 casas que en la época se encontraban, y muy a pesar de que, las construcciones fueron abandonadas, volvieron a ser invadidas por sus antiguos ocupantes y por otros nuevos debido a la falta de control y dichos ocupantes se multiplicaron.
- 1.1.7. Como consecuencia de lo expuesto en los hechos anteriores, la comunidad cartagenera padece lo siguiente:
 - i) Deterioro ambiental sostenido, debido a la presión de los escombros y las sobresalientes basuras e impurezas provocadas sobre las aguas del caño paralelo al barrio Torices y sobre el manglar cerca al sector de Marbella.



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

ii) Pérdida de la profundidad por la dilatación de la materia orgánica referente al lodo, lo que genera que el caño se conduzca insostenible mientras no se implementen y ejecuten las medidas necesarias tendientes a proteger y salvaguardar el entorno ambiental sobre dichos sectores.

iii) Sobre el lado oriental del denominado puente, las basuras también ponen en riesgo la viabilidad ambiental y biológica en el cuerpo de agua, debido a que se incorpora gran cantidad de sólidos, materia orgánica y sedimentos que generan olores fuertemente ofensivos en el entorno cercano.

iv) De conformidad con los análisis mensuales que realiza CARDIQUE del caño, se deduce que está más contaminado que la ciénaga de la Virgen, al menos en los parámetros coliformes fecales y DB05 (carga de oxígeno que necesitarían los microorganismos para degradar la materia presente en el agua). En ese orden, alrededor de los dos lados del puente Benjamín Herrera, la mayor profundidad es solo de 40 cm, pero en promedio la profundidad se concreta en 25cm, en tanto que el ancho efectivo del caño es de 4 Mts, cuando una luz bajo el puente corresponde a 12 Mts aproximadamente. A 100 Mts del puente aproximadamente hacia el sector la Unión, el denominado caño se cierra a 1.2 Mts de ancho efectivo, con una profundidad máxima de 50 cm.

1.2. PRETENSIONES

Ordenar a las entidades accionadas ejecutar todas las acciones necesarias tendientes a obtener la protección y salvaguarda de los derechos colectivos que se consideren vulnerados en virtud de lo siguiente:

12.1. Declarar la omisión y negligencia de las autoridades accionadas al quebrantar los derechos colectivos de la comunidad Cartagenera a gozar de un ambiente sano, la existencia de un equilibrio ecológico, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, goce del espacio público y seguridad y salubridad públicas.

1.2.2. Ordenar que se solucionen en su integridad los problemas de taponamiento de desagües en el cuerpo de agua Juan Angola, tomando las medidas que se consideren pertinentes y definitivas, y que en consecuencia se remuevan inmediatamente los sedimentos y aguas estancadas que inundan la vía publica haciendo imposible el tránsito por el sector.

1.2.3. Ordenar provisionalmente el cerramiento del puente Benjamín Herrera mientras las entidades accionadas y competentes toman las medidas tendientes a ejercer operaciones que permitan su restructuración definitiva e igualmente se ordene la restauración de sus barandales, y con ello se establezca el uso normal de la estructura en beneficio y goce de la comunidad; así como se pretende que provisionalmente se implemente el uso





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

de alertas y avisos que restrinjan el acceso de la comunidad al puente Benjamín Herrera.

1.2.4. Ordenar a las entidades accionadas y demás autoridades competentes, un informe detallado respecto de la gestión que se ha realizado sobre los siguientes aspectos: canalización del caño Juan Angola, limpieza sobre el caño, reubicación de las familias que ahí habitan, y en general, todas las demás gestiones que se hayan realizado por parte del Distrito de Cartagena de Indias que conlleven al mejoramiento de las condiciones de vida de dicho sector.

1.3. INTERESES O DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS O AMENAZADOS

Preservación y restauración del medio ambiente, el patrimonio público, el patrimonio cultural de la Nación y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

2. CONTESTACIÓN Y DEFENSA DE LA ACCIONADA

2.1. ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL - EPA¹.

Sobre las pretensiones advierte que, no están llamadas a prosperar contra el Establecimiento Público Ambiental, toda vez que, esta autoridad no realiza limpiezas de caños, peticiones que se formulan en virtud de la limpieza del caño Juan Angola, que no son competencia de esta autoridad ambiental sino de otras entidades.

Propone como excepciones "falta de causa para pedir" en la medida en que, todos los hechos que sirven de fundamento a la acción popular no están probados y deben ser objeto de prueba rigurosa; "falta de legitimación en la causa por pasiva", porque no tiene la función de hacer la limpieza de caños como lo propone el accionante, razón por la cual la acción debió dirigirse contra el Distrito de Cartagena que cuenta con el plan de manejo de drenajes fluviales.

2.2. DISTRITO DE CARTAGENA².

Se opone a las pretensiones, toda vez que a su juicio se ha configurado el fenómeno del agotamiento de jurisdicción, al acreditarse el cumplimiento de los siguientes presupuestos: i) que las acciones versen sobre los mismos hechos y causa petendi; ii) que ambas acciones estén en curso; iii) que se dirijan contra el mismo demandado. Con fundamento en ello, señaló que, en el caso del caño Juan Angola, se presentó ante la jurisdicción acción popular, que cursa en el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena bajo el radicado 13001-33-31-001-2009-00084-00, promovida por RAFAEL CARABALLO POSADA, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda a través de providencia de

¹ Fl. 99-103
² Fl. 106-112



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

fecha 14 de septiembre de 2015, apelada por los accionantes, y cursa en el Tribunal Administrativo de Bolívar para decidir.

Precisó que, el proceso anteriormente descrito, guarda estrecha relación con este, razón por la cual sería un desgaste poner en movimiento la administración de justicia para resolver el problema jurídico que ya fue puesto en conocimiento de la jurisdicción y que aún no ha concluido, lo cual va en contravía de los principios de economía y celeridad que rigen la administración de justicia.

Propone las excepciones previas de: "Cumplimiento de actividades requeridas por el actor popular en virtud del agotamiento de requisito de procedibilidad", con sustento en que la Oficina de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Cartagena informa que, el prestador del servicio público de aseo Promoambiental Caribe S.A E.S.P está llevando a cabo un plan especial de intervención para el barrio Torices – Sector la Unión.

2.3. CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CANAL DEL DIQUE – CARDIQUE³.

Se opone a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto la entidad de conformidad con la Ley 99 de 1993 es la encargada de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente, por tal motivo no ha incurrido en actuación u omisión alguna de derechos colectivos de la comunidad cartagenera. En ese orden, no es el responsable de la recolección de basuras, escombros, y en general todo tipo de impurezas que se encuentre situado en inmediaciones del puente Benjamín Herrera y a lo largo del caño Juan Angola ubicado en el barrio Torices en la ciudad de Cartagena.

Advierte que, tampoco es responsable de la realización de obras tendientes a solucionar los problemas de limpieza y taponamiento de desagüe del cuerpo de agua en comento, ya que todas estas acciones son competencia de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias y la Empresa de Desarrollo Urbano – EDURBE.

Propone como excepciones: "falta de legitimación en la causa por pasiva" en virtud que las pretensiones no tienen en cuenta que, CARDIQUE carece de jurisdicción dentro del perímetro urbano del ente territorial, pues esta facultad esta atribuida al Establecimiento Público Ambiental –EPA, a la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias y a la Empresa de Desarrollo Urbano – EDURBE; "cosa juzgada por agotamiento de jurisdicción" teniendo en cuenta que, la presente acción constitucional, cumple con los requisitos exigidos para entenderse por agotada la jurisdicción, de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado.

³ Fl. 187-196



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Frente a la presentación de dos o más acciones populares en contra de los mismos demandados y en las que se persigan las mismas declaraciones, la jurisprudencia ha determinado la existencia de agotamiento de jurisdicción, por tanto, del análisis efectuado tenemos que en estricto sentido, el objeto de la Litis no resulta ser idéntico en ambos procesos, pues en los comparados el asunto ventilado ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena se persigue de manera expresa y específica, la protección de los derechos colectivos vulnerados o amenazados de los habitantes del sector la unión del barrio Torices de esta ciudad, por la contaminación medio ambiental del caño Juan Angola, pero no el de todas las personas que eventualmente se verían afectadas por el deterioro y abandono del puente Benjamín Herrera, y no hay identidad de demandados.

Concluye la A quo afirmando que, las acciones no guardan plena identidad de la causa petendi, por lo que a prima facie no se configuraría el agotamiento de la jurisdicción.

No obstante lo anterior, la A quo advierte que no puede pasar por alto que en la acción popular con radicado corto 001-2009-00084-00 tramitada ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena profirió sentencia contra los aquí accionados Distrito de Cartagena y Establecimiento Público Ambiental – EPA y la que se tramita ante este juzgado tienen en común por objeto y causa la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, equilibrio ecológico y al espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público, ante la omisión y negligencia de los accionados en tomar medidas necesarias para detener la contaminación medio ambiental que afecta al caño Juan Angola y recuperar el espacio público invadido por escombros y basurero satélite, así como por asentamientos irregulares en el sector conocido como la Unión en el barrio Torices de esta ciudad, en inmediaciones del puente Benjamín Herrera, las cuales impiden la continuación de la carrera 11 entre el puente y el papayal.

Del análisis de la identidad de los procesos en comentario, concluye la A quo que, en el sub examine se configura el fenómeno de la cosa juzgada parcial, respecto de las pretensiones 2,3,7 relacionadas con la problemática medio ambiental del caño Juan Angola y la reubicación de las familias asentadas en sus alrededores.

Una vez decantado lo anterior, procede la A quo a pronunciarse sobre las demás pretensiones, advirtiendo que del material probatorio aportado al plenario, hay certeza en cuanto a la violación de los derechos colectivos en juego, al determinarse la existencia de un puente peatonal – puente Benjamín

Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

Herrera y una calle pública en este caso la carrera 47, que por su estado no ofrecen las garantías de seguridad requeridas, atendiendo a los factores de salubridad y goce del espacio público.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. DISTRITO DE CARTAGENA.

Lo sustenta la accionada bajo los siguientes argumentos:

La alzada versa sobre la revisión y reconsideración del plazo otorgado por la A quo para que el distrito de Cartagena ejecute las acciones impuestas en la sentencia, lo anterior, por cuanto las obligaciones entrañan una carga presupuestal considerable para el ente territorial, teniendo en cuenta que se está frente a una obra de infraestructura que se suma a muchas más impuestas en acciones constitucionales a cargo de la entidad territorial, que implica la puesta en marcha de todo el andamiaje fiscal y operativo del ente territorial.

En ese orden, adujo que el superior podrá observar que las órdenes impartidas por la Juez de primer grado implican diversas gestiones y erogaciones presupuestales y de las pruebas arrimadas, se puede observar que se han realizado obras tendientes a mitigar el problema planteado en la demanda de acción popular, sin pasar por alto que, el Distrito de Cartagena está siendo abocado al cumplimiento de innumerables ordenes de ejecución de obras de infraestructura en el marco del cumplimiento de sentencias judiciales que exigen la apropiación de recursos económicos importantes de difícil consecución. Así las cosas, considera que, el plazo de seis (06) meses para el debido cumplimiento de las órdenes impuestas es insuficiente.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 27 de febrero de 2018, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y se prescindió de correr traslado para alegar de conclusión, como quiera que al hacerlo se desbordaría el término para resolver la segunda instancia⁴.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que las partes no alegaron irregularidades sustanciales o procedimentales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, y se encuentra cumplido el trámite establecido en la Ley 472 de 1998, para las acciones populares, se procederá a resolver la alzada.

⁴ F. 297

Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación formulado contra la sentencia proferida en primera instancia por los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena, de conformidad con el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. ASUNTOS PREVIOS

2.1. IMPEDIMENTO

El Magistrado Edgar Alexi Vásquez Contreras manifiesta estar impedido, amparado en el numeral 3° del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que su cónyuge Delia Estela Calvo Ramírez, fue designada y se posesionó en el cargo de Jefe de Control Interno del Establecimiento Público Ambiental – EPA el 02 de enero de 2018 y actualmente se desempeña en el mismo.

Revisada la fundamentación fáctica del impedimento declarado con los supuestos legales previstos en la causal alegada, concluye la Sala que debe declararse fundado, toda vez que, el mencionado cargo pertenece al nivel directivo, conforme a los artículos 9 y 10 de la Ley 87 de 1993.

La aceptación del impedimento manifestado no implica dudar de la imparcialidad del Magistrado sino rodear de garantías el funcionamiento de la administración de justicia, no sólo respecto de los intervinientes en el proceso sino de toda la ciudadanía frente a los cuales tenemos visibilidad.

En conclusión, con el fin de garantizar la imparcialidad que debe prevalecer en las actuaciones de los Jueces de la República, se aceptará el impedimento manifestado por el Dr. EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS, correspondiendo a la Sala conformada por los suscritos, asumir el conocimiento del diligenciamiento de la referencia.

2.2. COMPETENCIA DEL JUEZ POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme lo prevé el inciso 1 del artículo 328 del Código General del proceso, aplicable al caso por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CAPACA, a su vez aplicable por remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, la competencia del Juez en segunda instancia debe reducirse al análisis de los puntos que fueron objeto del recurso y la apelación debe entenderse interpuesta en lo desfavorable al apelante. Así, bajo el principio de la *no reformatio in pejus*", la providencia no puede ser enmendada por el *ad-quem* en la parte que no se impugnó, más aún cuando se trata de apelante único.

Por lo tanto, la Sala limitará el estudio del presente asunto al punto que fue objeto de apelación en la sentencia impugnada, esto es, respecto de los

Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

Por lo tanto, la Sala limitará el estudio del presente asunto al punto que fue objeto de apelación en la sentencia impugnada, esto es, respecto de los argumentos expuestos por el DISTRITO DE CARTAGENA, como apelante único, sin perjuicio de que, si de la valoración integral de las pruebas se evidencia la amenaza o vulneración de un derecho colectivo que no fue protegido, el juez de la acción popular en sede de la segunda instancia podrá ordenar su protección, ejerciendo sus facultades oficiosas, disponiendo remedios que resulten necesarios para hacer cesar la vulneración o amenaza.

3. ASUNTO DE FONDO

3.1. PROBLEMAS JURÍDICOS.

La Sala habrá de resolver el siguiente problema jurídico principal:

¿La sentencia de primera instancia se debe revocar, modificar y/o confirmar?

Para resolver este interrogante, la Sala deberá dilucidar los siguientes problemas jurídicos asociados:

¿El Distrito de Cartagena acreditó que el término de seis (06) meses concedido en la sentencia de primera instancia, para cumplir las órdenes afirmativas de protección de los derechos colectivos es insuficiente?

4. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, porque el Distrito no acreditó que requiera un mayor plazo para cumplir las órdenes afirmativas de protección contenidas en la sentencia de primera instancia y el Distrito tiene la obligación constitucional y Legal de ejecutar las obras necesarias para el desarrollo local y social dentro de su jurisdicción; máxime cuando con ellas se pretende la protección de derechos colectivos.

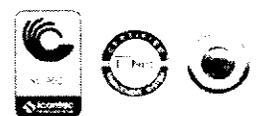
5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará los siguientes temas:

- i. De las acciones populares.**
- ii. Del término para dar cumplimiento a las Sentencias de Acciones populares**
- iii. Carga de la prueba.**
- iv. La función del Juez en las Acciones Populares.**

i. De las acciones populares

El artículo 88 de la Constitución Política consagra las acciones populares como el medio para la protección constitucional de los derechos e intereses





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

colectivos. Esta disposición fue desarrollada por la Ley 472 de 1998, que en su artículo 4º enlistó los derechos que se consideran colectivos y respecto de los cuales resulta procedente la acción popular, entre los que se encuentran el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, el goce de un ambiente sano, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, etc.

A su vez, el artículo 2º inciso segundo ibídem, dispuso que la acción popular se ejerce 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. Por su parte, el artículo 9º de la misma Ley 472 dispone que procedan contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. De allí que se haya establecido los siguientes requisitos para su procedencia:

- a) Que exista un interés colectivo que se encuentre amenazado, en peligro o vulnerado por una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.
- b) Que la acción se promueva durante el tiempo en que subsista la amenaza o peligro al derecho y/o interés colectivo.
- c) Que la acción se dirija contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo.
- d) Que se pruebe la relación de causalidad entre la acción y/o la omisión del accionado con la afectación o amenaza del interés colectivo.

ii. Del término para dar cumplimiento a las Sentencias de Acciones populares

La Ley 472 de 1994 en su artículo 34 indica que "(...) **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 (...)".

Del extracto anterior se infiere que es facultad del juez constitucional señalar el plazo que considere prudente para el cumplimiento de las órdenes impartidas en las sentencias de acciones populares, este precepto deja en la discrecionalidad de cada juez la decisión de conceder un término ya sea amplio o corto dependiendo de las circunstancias de los derechos colectivos que se encuentren vulnerados o en amenaza, y las acciones que se deban adelantar para su protección o prevención de su transgresión.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

El término que se establezca en la sentencia, deberá ser acorde con los factores que implica en este caso para la administración, la ejecución de actividades o trámites que permitan realizar todos los actos tendientes a la superación de la violación de los derechos colectivos que eventualmente se declaren vulnerados, todo ello teniendo en cuenta los pasos a seguir que deben ejecutar las entidades obligadas para obtener los recursos necesarios, en los casos en que sea necesaria la inversión económica para superar la transgresión.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado reiterativamente, en cuanto a los trámites presupuestales, y advierte lo siguiente:

*"(...) En reiterada y uniforme jurisprudencia,⁵ la Sala ha puesto de presente que, el hecho de que la ejecución de obras públicas esté supeditada al agotamiento de los pasos previos, de la formulación+ e inscripción de proyectos en los Bancos de Proyectos de Inversión, así como de la inclusión de los proyectos en los planes de desarrollo municipal, departamental y nacional, no es razón para negar la protección de los derechos colectivos cuando está probado el supuesto fáctico que sirvió de fundamento a la acción popular. En este caso, **el juez debe ordenar a las autoridades adelantar las gestiones técnicas de planeación, las contractuales y presupuestales conducentes a que los respectivos proyectos se incluyan en el plan de desarrollo y cuenten con disponibilidad presupuestal, para que luego de cumplirse las exigencias legales puedan ejecutarse.***

Además, esta Sala ha manifestado que la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos. Ante esa situación, lo procedente es ordenar a las autoridades que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtener los recursos económicos requeridos.

(...)

La falta de recursos públicos no es óbice para proteger los derechos e intereses colectivos; la efectividad de los derechos colectivos garantizados por la Constitución y la ley demandan atención prioritaria de las autoridades administrativas, y si su actuación no colma las exigencias de protección impuestas por el ordenamiento jurídico, es deber del Juez Constitucional de Acción Popular velar porque dicha situación sea debidamente atendida.

Cosa distinta es que para el cumplimiento del fallo se requieran hacer erogaciones presupuestales y que para ello en la sentencia se deban tomar en consideración los tiempos necesarios para surtir los trámites del caso y ordenar agotar los pases presupuestales y trámites administrativos correspondientes. Es claro que las órdenes impartidas por

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia de 25 de octubre de 2001. Radicación: 2000-0512-01(AP). C.P. Camilo Arciniegas Andrade. Sentencia de 5 de septiembre de 2002. Radicación: 2001-0303-01(AP-531). C.P. Camilo Arciniegas Andrade. Sentencia de 10 de abril de 2008. Radicación: 2001-01961-01(AP). C.P. María Claudia Rojas Lasso. Sentencia de 15 de septiembre de 2011. Radicación: 2004-01241-01(AP). C.P. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia de 22 de enero de 2015.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

*el Juez de Acción Popular no pueden hacer abstracción de las exigencias impuestas por la realidad material en que opera la Administración ni por la legislación vigente en materia presupuestal en particular, ni por el marco legal que rige las actuaciones administrativas en general. De aquí que en esta clase de procesos el Juez Constitucional deba siempre ponderar cuidadosamente qué clase de obligaciones impone con el tiempo y las condiciones en que debe llevarlas a cabo."*⁶
(Subrayado fuera de texto)

Al respecto, señala el Consejo de Estado que, la ejecución de una obra pública supone la disponibilidad de recursos así como el agotamiento del procedimiento legal de contratación de la misma por lo que al emitirse una orden en esa dirección deben tenerse en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones financieras de los entes públicos y la naturaleza y alcance de las obras a realizar⁷.

Desde esta perspectiva, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en sentencia de 11 de mayo de 2006, en relación con la gestión administrativa y financiera para obtener los recursos necesarios o disponibilidad presupuestal para adelantar obras públicas, consideró lo siguiente:

*"[...] Ha sido criterio reiterado de la Sala el que la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección aquella se instauró, tal como ocurre en este asunto, y que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades públicas que efectúen las gestiones administrativas y financieras indispensables para obtener los recursos necesarios. En efecto, ciertamente la ejecución de una obra pública supone la disponibilidad de recursos así como el agotamiento del procedimiento legal de contratación de la misma, por lo que al emitirse una orden en esa dirección debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones financieras de los entes públicos y la naturaleza y alcance de las obras a realizar. Por lo tanto, ante una circunstancia como la alegada en la impugnación, es deber de las autoridades públicas adelantar las actuaciones de orden administrativo, presupuestal y financiero que permitan la consecución de los recursos necesarios para adelantar las obras ordenadas, aclarándose, en todo caso, que si bien dichas gestiones no pueden ser inmediatas, tampoco pueden prolongarse en el tiempo, ya que en modo alguno pueden los entes públicos dilatar indefinidamente las soluciones a las necesidades colectivas ni permanecer indiferentes ante los riesgos que amenacen los derechos y la seguridad de los ciudadanos [...]"*⁸

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de diciembre de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés (E). Radicación: 2015-00084-01 (AP).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP: María Elizabeth García González, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 66001-23-31-000-2012-00269-01 (AP), actor: Personería Municipal de Dosquebradas Risaralda, demandado: Municipio de Dosquebradas, el Departamento de Risaralda, la Corporación Regional de Risaralda CARDER, El Ministerio De Ambiente y Desarrollo Sostenible y El Fondo de Adaptación

⁸ Expediente 2002-00654-01 (AP), C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP: Roberto Augusto Serrato Valdés, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 63001-23-33-000-2017-00240-01 (AP) acumulado 63001-23-33-000-2017-00282-00.



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

En igual sentido, en jurisprudencia posterior, precisó:

"[...] La falta de disponibilidad presupuestal y de existencia real de recursos no es, en manera alguna, argumento válido para destruir el acervo probatorio que sustenta el fallo del inferior y que se puntualiza en la indudable demostración de los hechos que sirvieron de fundamento al ejercicio de la acción popular". En el mismo sentido, en oportunidad posterior dijo la Sala: "La falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección se instauró. Cosa distinta es que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades... que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtenerlos [...]"⁹

Así mismo, el alto Tribunal reiteró lo siguiente:

"[...] Tampoco resultan de recibo los argumentos de orden económico para justificar la omisión de las demandadas, pues se ha sostenido de manera reiterada que frente a la acreditada vulneración de derechos colectivos lo procedente es acometer de manera eficaz y sin dilaciones injustificadas todas las gestiones necesarias para prever y lograr los recursos indispensables a fin de realizar las labores que lleguen a conjurar su afectación"¹⁰

En ese sentido, el Consejo de Estado resalta que la finalidad de las acciones populares es 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, motivo por el cual el juez constitucional está en la libertad de impartir las órdenes que a su parecer resulten más apropiadas e idóneas para el cometido final de protección y restablecimiento de los derechos colectivos amenazados o vulnerados¹¹.

vi. Carga de la prueba.

Respecto de la carga de la prueba en las acciones populares el Consejo de Estado ha sostenido que:

"(...) la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la

⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010, exp nro. 2004-00307-01 (AP), C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP: María Elizabeth García González, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 66001-23-31-000-2012-00269-01 (AP), actor: Personería Municipal de Dosquebradas Risaralda, demandado: Municipio de Dosquebradas, el Departamento de Risaralda, la Corporación Regional de Risaralda CARDER, El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Fondo de Adaptación



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba (...) ¹².

De acuerdo a lo anterior se tiene que, en materia de acciones populares, aplica la regla general dispuesta en el artículo 177 del C.P.C., (Hoy Art. 167 CGP) según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que alegan.

El H. Consejo de Estado dispone además de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, la actividad procesal que corresponde al principio del "onus probandi", definido por la doctrina en los siguientes términos¹³:

"Con esta expresión se quiere indicar la **actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda** o de la defensa.

Son tres las reglas que informan la carga de la prueba a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber:

1. **Onus probandi incumbit actori, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción.**
2. Reus, in excipiendo, fit actor, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y
3. Actore non probante, reus absolvitur, es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.
(...)

En efecto, **los hechos constitutivos, los alega el demandante porque crean o generan un derecho a su favor**, como su nombre lo indica "constituye" o construyen su derecho. **Él debe probarlos.** (...)

La distribución de la carga de la prueba consagrada en el artículo 1757 del C.C. tiene por fundamento una **regla de experiencia universal: el interés o conveniencia de cada una de las partes de sacar adelante sus propias afirmaciones.** Quien pretenda ser acreedor al cumplimiento o pago de una prestación es el interesado y no el deudor, en hacer conocidos del juez, mediante la prueba pertinente, los hechos base de su pretensión (...)

Se entiende, entonces, que el "onus probandi" persigue que, las partes asuman en el proceso un rol activo, es decir, sin limitarse a la diligencia del juez como conductor del proceso o a las deficiencias probatorias de

¹² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA- Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)- Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00768-01(AP)- Actor: LUIS CARLOS MONTOYA GONZALEZ- Demandado: ALCALDIA LOCAL DE SAN CRISTOBAL DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA D.C. Y OTROS.

¹³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES- Bogotá D.C., 8 de junio de 2018 Radicación Número: 63001-23-31-000-2010-00222-02(AP), promovida por Cristóbal Sandoval González y otros





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

la contraparte. No obstante, si bien la carga procesal exige una conducta de la parte involucrada, ésta conserva, en todo caso, la facultad de ejercerla o no, sin que pueda el Juez u otra persona coaccionar su ejercicio. Lo anterior, por cuanto, la omisión en el cumplimiento de la carga procesal que le corresponde a la parte actora, trae consigo eventuales consecuencias desfavorables, como lo es, el no acreditar los hechos en que sustenta su demanda y en virtud de ello obtener un fallo desfavorable (...)"

Ahora bien el principio de *onus probandi* de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de estado, admite excepciones en los casos en que la carga de la prueba sea desproporcionada, irrazonable o injusta, permitiéndole al juez pronunciarse frente a la distribución de dicha carga. Es así como el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 impone al juez constitucional el deber de suplir las deficiencias probatorias que se presenten en el proceso, en los eventos en que la carga no pueda ser cumplida por quien esté obligado a ella, ya sea por razones de índole económico o técnico, sin embargo con ello no suplirá las cargas que le impone la norma a las partes y el deber de actuar dentro del trámite procesal.

vii. La función del juez en las acciones populares

El Juez de las acciones Populares es un Juez Constitucional, por lo cual está investido de amplias facultades oficiosas para hacer efectivos los derechos de las personas conforme lo impone el artículo 2 Superior. En efecto, el Juez como autoridad pública¹⁴ en las acciones populares "no debe esperar (...) a que los ciudadanos instauren las medidas que hagan efectivos los derechos de las personas, pues el **"deber de las autoridades de hacer efectivos los derechos constitucionales de las personas y proteger los intereses colectivos es un deber oficioso que no está condicionado a la instauración de una acción administrativa o judicial por los particulares"**¹⁵. (Resaltado fuera de texto)

De lo anterior se concluye que, cuando esté demostrada una amenaza o vulneración de algún derecho colectivo, el juez debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la protección de dicho derecho, sin que encuentre límite en lo pedido por las partes.

6. CASO CONCRETO

6.1. Hechos relevantes probados.

De las probanzas allegadas al plenario, no se observa alguna que permita establecer la necesidad del recurrente de extender el plazo para dar cumplimiento a la sentencia de primera instancia; teniendo en cuenta que este es el único motivo de inconformidad del apelante con la sentencia de primera instancia.

¹⁴Sentencia de Constitucionalidad, expediente D-7580 de Agosto 4 de 2009, M. P Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵ Sentencia T-500 de 1994 citada en la Sentencia T 813 de 2004.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

6.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

El apelante único, centró sus razones de inconformidad en que el fallo de primera instancia concede un término insuficiente para lograr el cumplimiento de las órdenes contenidas en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia y en ese sentido pretende a través de la alzada su ampliación en aras del efectivo cumplimiento de la decisión impartida.

Sobre el particular, considera la Sala que, teniendo en cuenta lo decantado en el marco jurídico de cara a lo decidido por la A-quo y frente a las probanzas allegadas al expediente se advierte que, no se acreditó por parte del interesado que requiera tiempo adicional a los seis (6) meses que se otorgó en la sentencia de primera instancia para cumplir con las ordenes afirmativas de protección y por ello la decisión impugnada se debe mantener.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta, que la sentencia de primera instancia se profirió en el mes de septiembre de dos mil diecisiete (2017) y a la fecha de esta providencia ha transcurrido un término superior al concedido en la decisión impugnada. Además, el Distrito tiene la obligación Constitucional y Legal indelegable de salvaguardar los derechos colectivos protegidos, impulsando, el desarrollo económico y el progreso social para lo cual ejecutará las obras correspondientes a la prestación de los servicios públicos, sin que sea excusa para omitir ese deber, la falta de recursos o de disponibilidad presupuestal.

Por lo tanto, la Sala considera innecesaria una ampliación de termino para el cumplimiento de la decisión, con sustento en que, el Distrito de Cartagena se encuentra en trámite de cumplir distintas decisiones de acciones populares falladas en su contra, porque con ello se prueba es el incumplimiento u omisión de sus deberes constitucionales y legales, más no que requiere más plazo para cumplir las órdenes proferidas por el Juez constitucional dentro de la presente acción, sin que hubiese ofrecido fundamentos razonables y sustento probatorio que permita acreditar que lo requiere.

Por todo lo anterior, esta Sala de decisión, confirmará en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

7. Condena en costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no se condenará en costas porque en el caso concreto las pretensiones de la demanda versan sobre intereses colectivos o de naturaleza pública.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00480-01

FALLA

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento del H. Magistrado Edgar Alexi Vásquez Contreras, para conocer y decidir del presente asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes, la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

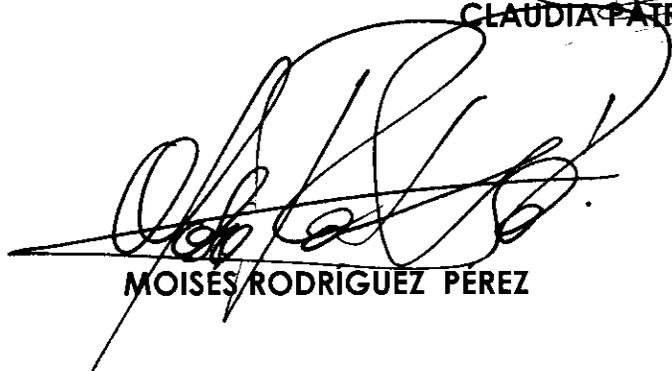
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

IMPEDIDO
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS





Cartagena de Indias D.T. y C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Doctor:

Claudia Patricia Peñuela Arce

Moisés Rodríguez Pérez

Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar

E. S. D.

Referencia: Impedimento

Medio de control	Acción Popular
Radicado	13001-33-40-014-2016-00480-01
Accionante	Personería Distrital de Cartagena
Accionados	Distrito Turístico, Histórico y Cultural de Cartagena- Establecimiento Público Ambiental de Cartagena "EPA" - Departamento Administrativo de Salud- DADIS- Corporación Autónoma Regional Del Canal del Dique- CARDIQUE.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

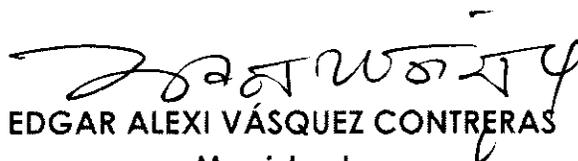
Manifiesto mi impedimento para conocer de la Acción Popular promovida por el accionante contra el Establecimiento Público Ambiental, amparado en el numeral 3° del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece textualmente lo siguiente.

3. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado.

Lo anterior, porque mi cónyuge Delia Estela Calvo Ramírez, identificada con cédula de ciudadanía N°. 33.226.497 fue designada y se posesionó en el cargo de Jefe de Control Interno del Establecimiento Público Ambiental - EPA, el 2 de enero de 2018 y actualmente se desempeña en el mismo. Dicho cargo pertenece al nivel directivo conforme a los artículos 9 y 10 de la Ley 87 de 1993.

Como consecuencia de lo anterior, declaro mi impedimento ante ustedes para conocer del proceso.

Atentamente,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado