

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

SIGCMA

San Andrés Isla, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 0046

Medio de control	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Radicado	88 001 23 33 000 2020 00072 00
Demandante	Leandro Pájaro Balseiro
Demandado	Empresa de Comunicación Celular S.A.- COMCEL S.A., y otros
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala de Decisión del Tribunal, a pronunciar sentencia dentro del medio de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos entablado por el ciudadano Leandro Pájaro Balseiro en contra de la Empresa de Comunicación Celular S.A.- COMCEL S.A., y la vinculación del Ministerio del Interior, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Corporación Ambiental para el Desarrollo Sostenible – CORALINA.

II. ANTECEDENTES

DEMANDA

El ciudadano Leandro Pájaro Balseiro interpuso demanda en ejercicio del medio de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, con el fin de garantizar la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; 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.

Las pretensiones de la acción constitucional son:

“1. Que se ordene, conjuntamente, con la notificación del traslado de la presente demanda, como medida cautelar, la suspensión en forma inmediata de las obras que está realizando la EMPRESA DE COMUNICACIÓN CELULAR SA COMCEL en la zona de Schooner Bight sobre el predio con referencia catastral 00-00-001-1081-00 y se le notifique a la Secretaria de Planeación de la Gobernación de San Andrés , Providencia y Santa Catalina, o a quien competa, para que ejecute esta medida de suspensión requiriendo, para tal efecto. A la EMPRESA DE COMUNICACIÓN SA COMCEL, toda vez que, ni la licencia ha sido concedida aun plenamente, ya que se encuentra en proceso de recurso y apelación administrativa, ni se ha consultado previamente al grupo étnico raizal residente en la zona.

2. Que en consecuencia se niegue el trámite de licencia de construcción actualmente en curso a la EMPRESA DE COMUNICACIÓN SA COMCEL, toda vez que la accionada actuó de manera dolosa, rayana en la fraudulencia, haciendo incurrir en error a las autoridades administrativas en su accionar y cualquier otro que a futuro se inicie si el mismo no cuenta con la realización del proceso de consulta previa que ordena la Constitución, la ley y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional como requisito previo de viabilidad al mismo, así como los permisos, viabilidades o licencias ambientales por parte de la CORPORACIÓN AMBIENTAL CORALINA o no haya sido tramitado con respeto al derecho fundamental al debido proceso o enmarcado dentro de los parámetros legales que rigen para el territorio archipiélago.

3. Que se ordene a la Secretaria de Planeación del Departamento que publique de forma completa y oportuna la totalidad de la documentación correspondiente a este proceso de solicitud de licencia y de consulta previa en la página web de la secretaría de forma pública y transparente y en sitio de fácil acceso; así como cualquier infraestructura de este tipo en la zona de Schooner Bight.”

Los hechos en que se fundamenta la presente acción popular se resumen así:

1. Por parte de la empresa de Comunicación Celular SA COMCEL se solicitó un trámite de licencia de construcción con número de radicado 88001-0-19-0179 del 03 – 02 de 2020 para una estación terrena en la zona de Schooner Bight en el predio con referencia catastral 00-00-001-1081-000. Dicho proyecto se trataba de la construcción de una estación terrena en una zona que se clasifica en el PDT de las islas como rural-agrícola, en dicho sector se encuentra ubicadas varias comunidades raizales.
2. Como respuesta, la secretaría de planeación apegándose a la Constitución y a la ley, indicó al solicitante que no podía seguir con el trámite sin antes desarrollar el proceso de consulta previa o presentar la resolución del Ministerio del Interior donde este indique que no se requería. Tal respuesta

consta en el oficio con radicado No. 3555-2020 del 26 de mayo el cual obra en el expediente de trámite de licencia.

3. La empresa COMCEL acatando la decisión de la Secretaría de Planeación presentó el proyecto “Instalación de Cable Fibra Óptica Submarino AMX-1CV9” ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior con el fin de obtener la autorización para ejecutar el proyecto sin la necesidad de realizar la consulta previa.
4. Explica que en la descripción del proyecto solo se menciona la instalación del cable de fibra óptica en el lecho marino que llega hasta el borde de la playa, pero este no describe que sería en la zona de Schooner Bight, en donde se tramitó la licencia de construcción.
5. En respuesta a tal petición, la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio de Interior mediante la Resolución ST – 0531 del 30 de mayo de 2020 determinó que de acuerdo a las actividades y características que comprende el proyecto INSTALACIÓN DE CABLE DE FIBRA ÓPTICA SUBMARINO AMX – 1CV9 a desarrollarse en la isla de San Andrés, no procede la realización de consulta previa.
6. Explica que en el mencionado acto administrativo se señala de manera explícita que **“el proyecto objeto de estudio no establece la instalación o construcción de infraestructura que genere una afectación directa a los colectivos étnicos, por el contrario, se relaciona a la instalación en el lecho marino de una línea de fibra óptica de entre 14 a 35 milímetros con el objetivo de ampliar la capacidad, confiabilidad y calidad del servicio de telecomunicaciones existentes en la isla de San Andrés”.**

Señala el demandante que este documento no excluye el deber de consulta previa por la construcción de una estación terrena, si no la instalación del cable de fibra en el lecho marino al borde de la playa.

7. La Secretaría de Planeación dio aviso al público el 1 de julio de 2020 donde acepta los requisitos para la expedición de la licencia y dio continuación con la etapa final del trámite haciendo caso omiso a la consulta previa.

8. De igual manera señala el accionante que a pesar de no haberse culminado la etapa procesal de tramitación de la licencia de construcción, la empresa de comunicación celular SA Comcel invadió el predio con maquinaria pesada y contenedores durante el fin de semana del 25 y 26 de julio empezando actividades de la obra sin siquiera contar con los permisos. Todo lo anterior llevó a la movilización de los pobladores raizales a una reunión en la iglesia de dicho sector en donde pedían una explicación sobre este acontecimiento a lo cual les respondieron: *“eso se había solicitado 6 meses atrás”*, explicación que no fue acogida por la comunidad que se rehusó y exigió la realización de la consulta previa.

En consideración del accionante, los hechos que dieron lugar a la presentación del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, configura una grave violación a los derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa, dado que se le mintió a las autoridades para obtener una licencia eludiendo la obligación legal de llevar a cabo el proceso de consulta previa. Considera que también se vulneró la moralidad administrativa, citando al efecto jurisprudencia de la Corte Constitucional para poner de presente que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, lo cual coincide con la noción de desviación de poder.

De igual manera señala que con la ejecución de la obra – construcción de la estación terrena – se está afectando la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación restauración o sustitución. A ese respecto indica que las especies arbóreas nativas hacen parte de la reserva forestal de San Andrés lo cual es relevante dado que, en la mencionada isla los ecosistemas son sumamente frágiles, y no soportan mas cargas de infraestructura ni obras de ingeniería dura. Manifiesta que no se aprecian resoluciones de Coralina que hayan autorizado la tala de los árboles de la zona.

El accionante indica que por tratarse de un proyecto de infraestructura que se desarrolla en una zona rural de la isla, con vocación agrícola, donde se desarrollan actividades ancestrales se debió llevar a cabo el proceso de consulta previa. Para mayor ilustración del punto, el accionante cita la sentencia del 29 de mayo de 2019 proferida por esta Corporación en el proceso radicado con el No. 88-001-23-33-000-

2018-0032-00 relativa a los impactos nocivos causados por el relleno sanitario que opera la empresa Interaseo del Archipiélago S.A. E.S.P. A ese respecto indica que la sentencia llama a la corrección de fallas en la operación del relleno sanitario y que se lleven a cabo acciones que salvaguarden la vocación agrícola de la zona.

También argumenta que se vulnera el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, lo cual argumenta esencialmente indicando que con recursos públicos fue dotada la isla con un sistema de cable submarino a través de un contrato de fomento, habiendo aportado el gobierno nacional, a través del Ministerio de la TIC la suma de \$54.340 millones. Expresa que este contrato prevé una operación de por lo menos 15 años y debe cubrir las comunicaciones de la isla hasta diciembre de 2025. Explica que en virtud de este proyecto existe un uso gratuito de capacidad durante 15 años para las entidades del Estado, como Policía Nacional, SENA, Departamento Archipiélago, ICBF, Consejo Superior de la Judicatura y otros. En este orden de ideas, considera que el cable submarino se convierte en un activo estratégico para la operación del Estado, la seguridad y defensa del territorio y el ejercicio de la soberanía. En esa medida, considera que el cable submarino existente debe ser protegido, así como debe asegurarse la continuidad y viabilidad operativa y financiera del sistema. El accionante amplía sus explicaciones señalando que el actual sistema de cable submarino es estratégicamente equivalente al aeropuerto de la isla que permite comunicaciones, pero así mismo se deben mantener suministros y condiciones de seguridad. Agrega que el despliegue del sistema de cable submarino genera impactos significativos en el medio ambiente precisando que el actual sistema ha causado impactos y que a los anteriores se agregarían lo del nuevo sistema en detrimento del ambiente.

Reitera que en el caso concreto se debe llevar a cabo la consulta previa recordando que esta no se agota a través de una simple reunión informativa, por cuanto el propósito de la consulta previa es lograr la efectiva participación de la comunidad.

COADYUVANCIA

(i) JAVIER ARCHBOLD HAWKINS

El ciudadano Javier Archbold Hawkins, actuando en nombre de la comunidad raizal del sector de Schooner Bight y el sector Nelly Downs del municipio de Providencia,

manifiesta que coadyuva la demanda dentro del medio de control de la Protección de los Derechos e Intereses Colectivos. Respecto de las pretensiones, coadyuva todas y cada una de ellas. De igual manera este coadyuvante presenta la exposición de unos hechos relacionados con la invitación pública No. 001 de 2009 relacionados con la prestación del servicio de energía eléctrica, la instalación de 7.5 MW de generación a través de fuentes eólicas y la instalación de 1 MW de energía eléctrica a través de la transformación de biomasa y residuos sólidos a energía eléctrica, temas que evidentemente no tienen relación alguna con el asunto planteado por el accionante. En razón de ello, la Sala se abstiene de presentar elementos adicionales relacionados con el escrito del mencionado coadyuvante.

(ii) LICETH ARIGAN FORBES Y ALMERSA ESTHER HUMPHRIES

Las ciudadanas Liceth Arigan Forbes y Almersa Esther Humphries, actuando en nombre de la comunidad raizal del sector de Schooner Bight, manifiestan que coadyuvan la demanda dentro del medio de control de la protección de los derechos e intereses colectivos. Respecto de las pretensiones coadyuvan todas y cada una de ellas, adicionalmente solicitan que:

1. Se desestimen todas las oposiciones o excepciones que plantea la demandada, así como los vinculados en razón de las medidas cautelares solicitadas por el demandante y se decreten y ejecuten dichas medidas.
2. Se solicita que se declare la procedencia de la acción popular materia de estudio por la acciones y omisiones por parte de los demandados.

(iii) OFELIA LIVINGSTON DE BARKER

La ciudadana Ofelia Livingston de Barker, actuando en nombre propio, como miembro de la Autoridad Étnica Raizal manifiesta que coadyuva la demanda presentada. Manifiesta que no se necesita otra estación terrena ni otro cable submarino para mejorar la conectividad en internet de las islas. Para sustentar su punto indica que la capacidad de la actual estación es de 10 GBPS y que actualmente solo se están consumiendo 2 GBPS, lo que a su juicio permite incluir que el actual problema de conectividad no radica en falta o adecuación en mas infraestructura sino en deficiencia en la operatividad por parte de los operadores Claro, Tigo, Movistar, etc., que son quienes suministran el servicio final a los usuarios.

De igual manera solicitó que la medida cautelar presentada por el demandante fuera admitida y decretada para así prevenir daños ambientales y garantizar el cumplimiento de las normas: el POT, la UPI-12. También las normas y derechos invocados en la acción popular.

(iv) AL MAY HUMPHRIES

El ciudadano Al May Humphries, actuando en nombre propio, manifiesta que coadyuva la demanda presentada, que se practiquen las pruebas pedidas por la parte accionante y que se acojan las pretensiones. Solicitó al tribunal dictar la medida cautelar de suspensión inmediata de obras de excavaciones en Schooner Bigth que está realizando Comcel, hasta que el tribunal examine los trabajos realizados en el área y por lo tanto concluya si estos traerán consigo daños irreparables al medio ambiente. Así mismo, recuerda que la entidad demandada no cuenta con el permiso ni viabilidad para la realización de la obra de acuerdo con lo establecido en la unidad de planificación insular.

- CONTESTACIONES

COMCEL S.A

Durante el término de traslado, la entidad demandada dio contestación manifestando respecto de los hechos de la siguiente manera: sobre algunos de los hechos manifiesta que son parcialmente falsos, otros no son hechos sino afirmaciones del actor, falsas por demás; de los hechos sexto y séptimo manifiesta que son ciertos. En relación con el tema sobre la necesidad de llevar a cabo o no la consulta previa indicó que desde el año 2009 es claro que este tipo de instalaciones no requieren de consulta previa como se puede evidenciar en el expediente de otorgamiento de la licencia de la estación terrena del cable submarino existente hoy en día. Agrega que la Secretaria de Planeación Departamental mediante comunicación con radicado 2515 del 01 de julio de 2020 aceptó las explicaciones entregadas por COMCEL S.A y reanudó los términos de la solicitud de modificación de la licencia, ante lo cual la sociedad demandada cumplió todos los requisitos para que la licencia le fuera debidamente otorgada.

Explica que en cumplimiento a lo ordenado en Sentencia de Tutela No. 034-20 del Juzgado Primero Civil Municipal de San Andrés Islas, COMCEL presentó solicitud “ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para el concepto de procedencia y oportunidad de la consulta previa respecto del proyecto denominado “construcción estación terrena de telecomunicaciones”, junto con sus modificaciones, a ejecutarse en el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 450-217 y referencia catastral No. 00-00-001-1081-0000, ubicado en el sector de Schooner Bight de esta ciudad”. Esta solicitud obtuvo respuesta mediante la Resolución Número ST –0737 del 25 de agosto 2020, suscrita por el Subdirector Técnico (E) de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior. En este acto administrativo, la autoridad competente decidió que “ (...) no procede la consulta previa con Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, para el proyecto: “CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN TERRENA DE TELECOMUNICACIONES DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A”, localizado en jurisdicción del municipio de la Isla de San Andrés en el departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, identificado con las coordenadas referidas en la parte considerativa del presente acto administrativo.”

FRENTE A LOS DERECHOS COLECTIVOS SUPUESTAMENTE VULNERADOS

El apoderado de la sociedad demandada manifiesta que las actividades desarrolladas por su poderdante no vulneran los derechos colectivos mencionados por el actor. Agrega que no se aporta ninguna prueba en tal sentido y que se trata solamente de los propios juicios y afirmaciones del accionante. Manifiesta que el actor popular hace afirmaciones generales, algunas de las cuales son totalmente contrarias a la verdad, otras son tergiversaciones o afirmaciones y juicios de valor personales por lo cual contradecir esta situación es algo especialmente difícil.

Señala que es necesario poner de presente que siempre existirán tensiones entre los diferentes derechos individuales y colectivos o entre las implicaciones del ejercicio y desarrollo de los diferentes derechos colectivos; siempre es necesario sopesar la necesidad de equilibrar unas eventuales afectaciones a unos derechos para tener otros.

Explica que suspender el proceso del proyecto del cable submarino conllevaría a hacerlo inviable económicamente y dejaría el departamento archipiélago en manos de un solo ofertante en condiciones monopólicas.

Sobre la supuesta vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, expone que la conducta desplegada por su poderdante no ha vulnerado el mencionado derecho colectivo de moralidad administrativa, como tampoco el debido proceso o la consulta previa. Sostiene que en el presente caso, como lo ratifica el Ministerio del Interior, no existe obligación de efectuar consulta previa, por cuanto no existe afectación directa a la comunidad raizal; pero además la doctrina de la Secretaria de Planeación Departamental desde el año 2009, ha sostenido que este tipo de instalaciones no requieren de consulta previa como se puede evidenciar en el expediente de otorgamiento de la licencia de la estación terrena del cable submarino.

En cuanto a la presunta vulneración de los derechos colectivos de existencia del equilibrio ecológico y manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, manifiesta que el predio donde se está ejecutando el proyecto hace parte de una zona intervenida antrópicamente de forma reiterada en la historia de la isla. Agrega que en el predio no existe ninguna especie vegetal o animal de singular protección ambiental o ecológica, y, que en todo caso, la sociedad demandada se encuentra adelantando todos los trámites correspondientes ante la autoridad ambiental.

Frente a la supuesta vulneración del derecho colectivo de defensa del patrimonio público, manifiesta que lo cierto es que el actor popular presenta unos alegatos en favor del actual operador del cable submarino existente. A ese respecto señala que otros sectores de la comunidad de San Andrés Isla, como el señor Alvaro Archbold Núñez y otros, incluido el Comité Intergremial del Departamento, han presentado o coadyuvado acciones populares contra el cable submarino operado por Energía Integral Andina, el cual también se ha dirigido contra la prestación del servicio de telefonía móvil e internet en la isla, que cursa en el Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés con radicación Expediente No 88-001-23-33-000-2018-00021-00. Agrega que el actual cable submarino tampoco realizó trámites de consulta previa, ni en su instalación en la parte marina ni terrestre, algo que el demandante no cuestiona. Manifiesta que con esta actitud se privilegia una infraestructura existente con lo cual se da lugar a la existencia de un monopolio

indebido y prohibido legalmente, que solo evitaría que se mejorara la prestación del servicio público y esencial de telecomunicaciones en la Isla y en el Archipiélago.

El apoderado de Comcel manifiesta que de conformidad con la doctrina constitucional actualizada, está probado ante todas las autoridades competentes que con el proyecto no se causa una afectación directa a las minorías étnicas del Archipiélago por cuanto: (i) No se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) no existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) no se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento de la comunidad del sector de Schooner Bight ni de la Isla en general; (iv) no se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio; (v) el proyecto no recae sobre ninguno de los derechos de los pueblos raizales ni ninguna otra comunidad objeto de protección especial del Archipiélago; (vi) no se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (vii) no se causa interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.

Como argumentos de defensa, la entidad demandada propuso las siguientes excepciones de mérito:

1. NATURALEZA COLECTIVA DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES

La parte demandante declara que desea prestar un mejor servicio a la población de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por ende, la infraestructura y costos del Cable Submarino actual no es adecuada, por lo cual se ha propuesto hacer una inversión significativa y contar con un cable submarino propio, esto puede mejorar significativamente el servicio que se presta a los usuarios en el Archipiélago.

2. INEXISTENCIA DE DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS

Insiste principalmente que la parte demandante no aportó ninguna prueba de la vulneración de los derechos colectivos. Expresa que al parecer, conforme al raciocinio del actor todo proyecto que se desarrolle en San Andrés islas debe ser objeto de consulta directa.

Manifiesta que no consta prueba de afectación alguna a la moralidad administrativa, a la buena fe, a la ética, a la honestidad, a la satisfacción del interés general, así como tampoco aportó prueba alguna de que haya sucedido una afectación a los derechos colectivos mencionados ya por acción u omisión.

3. NO OBLIGATORIEDAD DEL TRÁMITE DE CONSULTA PREVIA Y CONFIANZA LEGÍTIMA.

La parte demandada, frente al trámite del proyecto de cable submarino, indica que no procede la consulta previa, porque no se dan los supuestos de hecho establecidos en las normas y jurisprudencia vigente para ello.

Recuerda que ya hubo pronunciamiento de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior mediante la Resolución ST-0531 del 30 de junio de 2020, que determinó que para las actividades de Instalación del cable de Fibra Óptica submarino AMX-1 CV9, no procede la realización de la consulta previa, toda vez que *“no se evidencia afectación directa sobre sujetos colectivos susceptibles de derechos constitucionalmente protegidos”*. Afirma que está probado ante todas las autoridades competentes que con el proyecto no existe afectación directa a las minorías étnicas del archipiélago.

4. LEGALIDAD DE LOS TRÁMITES ADELANTADOS POR COMCEL S.A.

Alega haber atendido y cumplido con los requisitos legales establecidos por las diferentes autoridades competentes. Reitera que no era necesario el trámite de consulta previa con las comunidades raizales, ya que no existe afectación directa a las mismas. A ese respecto, hace alusión a la doctrina aplicable al proceso refiriéndose al cable submarino existente hoy en la Isla, el cual en su momento no exigía dicho trámite.

Recalca que las acciones realizadas por la sociedad demandada no han sido ilegales ni contrarias a derecho y que, por el contrario, se han hecho de cara a la comunidad. Enfatiza que dichas actuaciones se amparan en la ley y en los términos de sus obligaciones como operador de telefonía celular e internet en la prestación de servicio en el Archipiélago.

5. LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DE COMCEL

Aduce que las actuaciones de la empresa han sido ajustadas a la ley y los términos de sus obligaciones como operador de telefonía celular e internet en la prestación de servicio en el departamento. Afirma que su poderdante cumple con los requerimientos y condicionamientos de las entidades reguladoras y de control, por lo tanto, advierte, no puede ser objeto de ningún reproche o condicionamiento ciudadano o judicial.

Manifiesta que cuenta con una licencia urbanística en firme que le permite hacer las obras que pretende adelantar en la estación terrena, otorgada mediante la Resolución No. 009119 de 30 de diciembre de 2019 expedida la Secretaría de Planeación Departamental. También aclara que se encuentra tramitando una modificación de la licencia pero que ya cumplió todos los requisitos legales, es decir, la licencia de construcción original que corresponde a la Resolución No 009119 del 20 de diciembre de 2019.

6. PROTECCIÓN DE LA LIBRE EMPRESA, ESTABILIDAD JURÍDICA Y LIBRE COMPETENCIA

El apoderado de la sociedad demandada trae a colación los principios esenciales de la economía, como son: la libre empresa, la estabilidad jurídica y la libre competencia, los cuales pueden verse amenazados si se intenta exigir a la parte demandada suspender o incluso atrasar el proyecto, para formalizar un trámite de consulta previa y asumir con ello mayores costos. Alega que tal circunstancia repercutiría en condiciones más gravosas o desequilibrios económicos que afectarían el normal funcionamiento e incluso, pondrían en peligro la empresa. Sostiene que esta acción va en contra de la estabilidad jurídica que es obligatoria en este tipo de negocios. Por ende, manifiesta que no resulta viable que se le impongan obligaciones económicas o logísticas a los operadores del servicio que no sea posible recuperar vía tarifas o no respondan a las condiciones reales del mercado o que vayan en contravía de la disponibilidad logística, física o normativas nacionales.

Concluye argumentando que al sumarse obligaciones económicas o trámites adicionales a los que se establecieron para la implementación del cable submarino

podría traer como consecuencia un grave desequilibrio en el proceso de libre competencia y afectar las condiciones económicas de la empresa de comunicaciones Comcel S.A.

Excepción genérica

El apoderado de la sociedad demandada solicita que en caso de demostrarse cualquier otro hecho constitutivo de excepción de fondo así lo declare, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del C.G.P.

GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Al dar contestación a la demanda, la apoderada judicial de la Gobernación del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina acepta como ciertos todos los hechos expuestos por la parte actora. Manifiesta que coadyuva la acción popular en tanto que se busca la defensa de los derechos de la colectividad y el bienestar de las comunidades raizales. También solicita que en caso que la acción prospere se exima de responsabilidad alguna al archipiélago.

CORALINA

La representante de la empresa CORALINA al contestar la demanda se pronunció sobre los hechos, manifestando que ninguno le consta y que deben ser probados en el proceso. Frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas.

Propone excepciones las cuales se resumen de la siguiente manera:

Falta de legitimación por pasiva

Explica que Coralina como autoridad ambiental no ha vulnerado derechos colectivos enfatizando que no hay elementos materiales probatorios aportados al proceso que prueben que ha habido afectación alguna en la zona con el proyecto en cuestión. Luego de citar jurisprudencia para hacer la distinción entre la legitimación de hecho y la legitimación material, la apoderada de la entidad ambiental manifiesta que la

Corporación ambiental no tiene legitimación en la causa material precisando que este es un elemento de mérito de la litis.

Excepción genérica

La apoderada solicita que se decrete de oficio cualquier excepción que resulte probada en el proceso, indicando que debe darse primacía a la realidad sobre las formalidades, siempre que, las circunstancias fácticas que constituyan la excepción se prueben dentro del trámite procesal.

MINISTERIO DEL INTERIOR

El Ministerio del Interior al contestar la demanda se pronunció sobre la mayoría de los hechos indicando que no le constan y que en consecuencia deben ser probados en el proceso. Sobre los hechos sexto y séptimo manifestó que son ciertos. Y sobre otros manifestó que son apreciaciones subjetivas del actor.

En cuanto a las pretensiones, solicita denegarlas en lo que tiene que ver con el Ministerio del Interior, por concurrir las excepciones de falta de legitimación material en la causa por pasiva e inexistencia de los elementos para declarar la responsabilidad del Estado en relación con esa entidad.

EXCEPCIONES

Falta de legitimación material en la causa por pasiva

El apoderado, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado que al efecto citó, señala que no tiene legitimación material en la causa por pasiva. Precisa que el presupuesto procesal de legitimación material en la causa alude a la “participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda”. Por lo tanto, para que surta la legitimación material por pasiva, es ineludible que se indique de manera clara e indiscutible la relación jurídica entre los supuestos fácticos y jurídicos solicitados por el demandante con la entidad llamada a responder por los hechos demandados. En caso de no demostrarse dicha relación jurídica, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se trata de simplemente una legitimación de carácter formal.

Explica que *“en el presente caso, se aduce que COMCEL S.A. vulneró el derecho fundamental y colectivo de la moralidad administrativa, al intentar engañar a las autoridades administrativas correspondientes (Secretaría de Planeación de San Andrés y Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa), pues se sostiene que no aportaron toda la información para la construcción de una estación terrena de telecomunicaciones. Así las cosas, resulta más que evidente que el supuesto actuar fraudulento de entidades ajenas al Ministerio del Interior, en manera alguna pueden comprometer u obligar a la mencionada entidad pública.”*

Inexistencia de imputación fáctica y jurídica en relación con el Ministerio del Interior

Explica que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la existencia del daño antijurídico es uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, más no es el único; por ende, es necesario sea imputado a algún agente estatal de acuerdo con los distintos regímenes de imputación jurídica establecidos.

Sostiene que tanto la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como la doctrina especializada en el tema, afirman que, en todo juicio de responsabilidad extracontractual del estado, es obligatorio demostrar por qué el daño antijurídico padecido por los reclamantes es imputable fáctica y jurídicamente a cualquiera de sus agentes. Agrega que en el presente caso, el actor aduce que COMCEL S.A. vulneró el derecho fundamental y colectivo de la moralidad administrativa, al pretender tergiversar a las autoridades administrativas correspondientes (Secretaría de Planeación de San Andrés y Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa), manifestando que estos no aportaron toda la información para la construcción de una estación terrena de telecomunicaciones. En este orden de ideas, es claro que de acuerdo con los hechos y pretensiones de la demanda, el demandante no imputa acción u omisión al Ministerio del Interior que haya derivado directa o indirectamente en la vulneración de derechos e intereses colectivos.

Con fundamento en lo anterior, solicita denegar las pretensiones de la demanda en relación con el Ministerio del Interior, de conformidad con los argumentos de hecho y de derecho expuestos.

- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante la Oficina de Coordinación Administrativa y Servicios Judiciales de San Andrés Isla, el 28 de julio de 2020, admitiéndose por medio de auto No. 084 del 12 de agosto de 2020. Posteriormente, mediante escrito de fecha 18 de agosto de 2020 el ciudadano Javier Archbold presentó escrito coadyuvar la demanda mediante el cual manifiesta su coadyuvancia a la demanda. También manifestaron, mediante escrito de fecha 21 de agosto de 2020, las ciudadanas Liceth Arigan Forbes y Almersa Esther Humphries, su coadyuvancia a la demanda, al igual que la Sra. Ofelia Barker.

Mediante auto de fecha 12 de agosto de 2021, se ordenó vincular al presente proceso al Ministerio del Interior, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Corporación Ambiental para el Desarrollo Sostenible – CORALINA, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley 472 de 1998 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del C.G.P.

La audiencia de pacto de cumplimiento, convocada mediante Auto No. 009 del 25 de enero de 2021, fue llevada a cabo el 05 de febrero de 2021 habiendo sido declarada fallida. Mediante Auto No. 018 del 05 de febrero de 2021, se abrió a pruebas el proceso, practicándose las pruebas decretadas. Por medio de auto No. 66 del 27 de abril de 2021, se cerró el período probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

El ciudadano Leandro Pájaro Balsero en sus alegaciones finales insistió en las pretensiones de la demanda y los hechos argumentados en la misma los cuales describe como notoriamente visibles. En relación a los derechos vulnerados el actor aduce que estos continúan siendo *aberrantemente* vulnerados.

De igual manera, insiste en la afectación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, indicando que de la vulneración de este derecho se desprenden afectaciones a otros derechos, entre los que se encuentra el de la consulta previa

como derecho fundamental de las comunidades étnicas. Manifiesta que persiste la violación a las normas del POT y a las UPI de la isla de San Andrés. Además se ignora la condición del territorio como reserva mundial de la biosfera.

Agrega que se incurrió en fraude procesal al mentir sobre la legalidad del proyecto al afirmar que contaban con los permisos de la DIMAR, cuando en la página de la entidad no se encuentra ningún acto administrativo en el sentido de viabilizar el tendido del cable submarino. Alega que tampoco contaban con permiso del Ministerio de la TIC ni con contrato alguno o concesión que avale la legalidad del proyecto.

La parte demandante insiste en el derecho que tienen los pueblos de decidir frente a las prioridades que en este surjan y por ende la participación que estos deben tener frente a los procesos de desarrollo social que se quieran ejecutar. En razón de lo anterior, insiste en que es necesaria la realización de la consulta previa.

Parte demandada

COMCEL S.A.

El apoderado de la empresa COMCEL S.A. manifiesta que la presente acción y todas las solicitudes efectuadas por el demandante no son realizadas en beneficio de la comunidad del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, vocería que no acredita el demandante, sino que esta versa sobre agencia oficiosa cuyos fines son de intereses particulares que intentan frenar el desarrollo de las TICS en el Archipiélago, beneficiando con ello (directa o indirectamente) a agentes externos que no desean el desarrollo de la libre competencia.

En cuanto al proyecto de instalación del cable submarino, el apoderado de la parte demandada señala que aquel tiene dos componentes uno terreno y otro marino, los cuales hacen parte de un solo proyecto, pero por disposición legal y temas de competencias de las autoridades administrativas se tramita de forma separada, uno el componente del tendido del cable submarino cuyo permiso se tramita ante la DIMAR y el otro la construcción de la estación terrena, cuya licencia se tramitó ante el Departamento.

Además, señala que los permisos, licencias y autorizaciones que la ley le exige para llevar a cabo el proyecto han sido cumplidos en su totalidad. A ese respecto se refiere a los siguientes actos administrativos:

a. Para la construcción de la estación terrena: Resolución No. 009119 de 30 de diciembre de 2019, la cual fue modificada mediante la Resolución No 003351 del 2 de septiembre de 2020 de la Secretaria de Planeación del Departamento, confirmada mediante la Resolución No 004428 del 21 de octubre de 2020 de esa misma dependencia y la Resolución No 000142 de 15 de enero de 2021 del Despacho del Gobernador.

b. Para el tendido del cable submarino: Resolución No (0965- 2020) MD-DIMAR-SUBDEMAR-ALIT del 30 de diciembre de 2020 suscrita por el Director de la DIMAR y su concepto técnico.

c. Por parte de Coralina: Resolución No. 320 del 21 de septiembre de 2020, por medio de la cual se resuelve una solicitud de viabilidad ambiental para el proyecto tendido de cable submarino AMX-1 CV) en aguas territoriales colombianas y se dictan otras disposiciones” y la Resolución No 005 del 5 de enero de 2021 “Por medio de la cual se resuelve una solicitud de Aprobación del Plan de Manejo Ambiental para el proyecto tendido de cable submarino AMX-1 CV) en aguas territoriales colombianas y se dictan otras disposiciones”

d. Conceptos del Ministerio del Interior sobre la no procedencia del trámite obligatorio de consulta previa, se ha expresado la Dirección De La Autoridad Nacional De Consulta Previa Del Ministerio Del Interior mediante la Resolución ST-0531 del 30 de junio de 2020 (tendido del cable submarino) y la Resolución Número ST – 0737 del 25 de agosto 2020 (estación terrena).

e. La autorización para el “Tendido de Cable Submarino de Comunicaciones del sistema de cableado AXM-1 CV9 segmentos S4.6.1, S4.6.2 y S4.6.3 con adecuación área de aterrizaje del cable así como la permanencia y operación temporal de las motonaves “IT INTREPID” de bandera BARBADOS, “ILE DE BREHAT” de bandera FRANCIA, y “PETER FABER” de bandera FRANCIA en aguas marítimas jurisdiccionales colombianas” conforme lo dispuesto en la resolución No (0965-2020) MD-DIMAR-SUBDEMAR-ALIT del 30 de diciembre de

2020 suscrita por el Director de la DIMAR, la cual le fue notificada el 4 de enero de 2021.

Expone que la sociedad Comcel S.A. además de cumplir con todos los permisos, licencias y autorizaciones, también obra en cumplimiento del denominado PLAN SAN ANDRES CONECTADO, que es un documento público en el cual se establece la necesidad y el desarrollo del segundo cable submarino.

El apoderado de la sociedad demandada es enfático en indicar que de acuerdo con lo expresado por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior mediante la Resolución ST-0531 del 30 de junio de 2020, no procede la realización de la consulta previa toda vez que “no se evidencia afectación directa sobre sujetos colectivos susceptibles de derechos constitucionalmente protegidos” y la Resolución Número ST – 0737 del 25 de agosto 2020, “ratificado que no procede “la consulta previa con Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, para el proyecto: “CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN TERRENA DE TELECOMUNICACIONES DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A”, localizado en jurisdicción del municipio de la Isla de San Andrés en el departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En este punto, reitera el apoderado de COMCEL que está probado ante todas las autoridades competentes que con el proyecto NO existe afectación directa a las minorías étnicas del Archipiélago conforme las reglas de la Corte Constitucional, señalando que el argumento del actor es errado en tanto que considera que la realización de cualquier obra implica necesariamente la realización de consulta previa.

Manifiesta que *“Conforme a la doctrina constitucional actualizada, está probado ante todas las autoridades competentes que con el proyecto NO existe afectación directa a las minorías étnicas del Archipiélago por cuanto:*

- a. No se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales;*
- b. No existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica;*
- c. No se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento de la comunidad del sector de Schooner Bight ni de la Isla en general.*

- d. No se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente*
- e. El Proyecto No recae sobre ninguno de los derechos de los pueblos raizales ni ninguna otra comunidad objeto de protección especial del Archipiélago.*
- f. El Proyecto No se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT;*
- g. No se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica;*
- h. No se causa interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.*
- i. El actor no aportó ningún elemento de juicio ni probatorio para sustentar las inferencias o valoraciones que hace y que solo le competía probar sobre las eventuales afectaciones.”*

El apoderado de igual manera presenta una extensa exposición de las razones por las cuales considera que no se demostraron los supuestos fácticos para la procedencia de la acción popular, como tampoco se acreditó la vulneración de derechos colectivos contrario a lo afirmado por el actor popular. Sostiene que en el presente caso, quedó demostrada la importancia del cable propuesto por COMCEL para el servicio público de telecomunicaciones, que también tiene el carácter de derecho colectivo de vital importancia para la comunidad en estos tiempos modernos y ahora en pandemia, en especial para la población pobre y vulnerable, así como el rol del Estado en garantizar el despliegue de la infraestructura. Agrega que COMCEL “*atendiendo los clamores sociales, gremiales y judiciales, consideró que es posible estimular la demanda y prestar un mejor servicio a la población del Archipiélago, para lo cual la infraestructura y costos del Cable Submarino actual no es adecuada, por lo cual se ha propuesto hacer una inversión significativa y contar con un cable submarino propio, lo cual puede mejorar significativamente el servicio que se presta a los usuarios en el Archipiélago.*”

Concluye los alegatos solicitando que sean denegadas las pretensiones de la demanda.

Ministerio del Interior

De manera oportuna el apoderado del Ministerio radicó sus alegatos finales, en los cuales afirmó que en el proceso no se acreditó por medios probatorios la violación

de derecho colectivo alguno y, en consecuencia, solicitó negar las pretensiones de la parte actora.

Trajo a colación las excepciones que planteó en la contestación de la demanda, para solicitar de manera principal que se declare la falta de legitimación material en la causa por pasiva, argumentando al efecto que el Ministerio del interior no puede ser centro de imputación jurídica y fáctica dentro de la demanda ya que este no ocasionó el supuesto hecho dañoso que manifiesta el demandante para pedir el amparo de los derechos colectivos.

También manifiesta que se debe declarar probada la excepción denominada *inexistencia de imputación fáctica y jurídica en relación con el Ministerio del Interior*, ya que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado la existencia del daño antijurídico es uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal mas no es el único; por ende, resulta necesario que el daño antijurídico pueda ser imputado a algún agente estatal de acuerdo con los distintos regímenes de imputación jurídica establecidos. En tal sentido indica que cualquier acción u omisión de la entidad solicitante de la licencia de construcción es responsabilidad única y exclusivamente de la empresa COMCEL S.A.

Concluye indicando que en virtud de acción de tutela interpuesta por el actor, el Ministerio del Interior revisó en dos ocasiones la documentación presentada, y en ambas ocasiones la Autoridad Nacional de Consulta Previa concluyó que el desarrollo de las actividades no necesitaban el desarrollo de la consulta previa por no afectar ni directa ni indirectamente a la comunidad raizal con su ejecución.

Solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda en lo que tiene que ver con el Ministerio del Interior.

CORALINA

La apoderada afirmó que la entidad CORALINA como autoridad ambiental no ha vulnerado los derechos colectivos al medio ambiente sano y al equilibrio ecológico, insiste en no hay medios probatorios idóneos allegados al proceso que prueben el impacto ambiental que ha sufrido el sector al que alude el accionante.

Indica que de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso se demostró que no existe vulneración o amenaza a derecho colectivo alguno, ya que no hay evidencia de afectación en la zona del proyecto y por el contrario, se evidenció que no hay talas de especies arbóreas como tampoco uso, aprovechamiento y/o afectación de recursos naturales renovables por parte de la empresa COMCEL.

ALMERZA ESTHER HUMPHRIES MOSQUERA

La ciudadana Almerza E. Humphries Mosquera, coadyuvante en el proceso y lideresa de la comunidad étnica raizal del sector denominado Schooner Bight, presentó alegatos de conclusión *“en procura de JUSTICIA SOCIAL, tal cual como lo sueña la Corte Constitucional en su Sentencia T-068/98.”*

La ciudadana manifiesta que han acudido a diferentes autoridades buscando protección de sus derechos fundamentales ante lo que denomina *vías de hecho* por parte de la empresa CLARO. Señala que con la obra se les privó de la libertad de movilización *“al invadir una servidumbre de la cual gozábamos desde hace más de cincuenta (50) años, para ello, se interpusieron los recursos de ley, los cuales fueron negados por vías de hechos administrativas por parte de la Gobernación Departamental.”* Agrega que se vieron privados *“(…) del derecho a continuar con nuestras costumbres ancestrales culturales y agrícolas, nos vimos precisados a exigir la realización de una consulta previa como medida de protección a nuestros derechos fundamentales, la cual también nos fue negada, a pesar de interponer acciones de tutelas.”*

Sostiene que no han sido atendidas las denuncias presentadas ante las diferentes autoridades y que, por el contrario, los infractores han continuado adelante con su proyecto depredador, lo que ha implicado entre otras cosas la rotura de los arrecifes para introducir su cable de fibra óptica, por lo cual ni siquiera solicitaron permiso. Agrega que *“en el expediente no reposa ni contrato, ni autorización ni aval por parte del MINTIC para este proyecto. Ni permiso por parte de la DIMAR, lo cual no lo obliga a ninguna contraprestación social con los habitantes de esta región ni para con sus entidades”*.

Solicita al Tribunal frenar todas las acciones de vía de hecho realizadas por la empresa COMCEL SA, obligándolos a la práctica de la consulta previa,

argumentando que Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual es de obligatorio cumplimiento, acorde a nuestra legislación. Ello implica que atendiendo “ (...) *los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales*”.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Durante la oportunidad procesal correspondiente, el Ministerio Público guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

En esta oportunidad, corresponde a la Sala de Decisión de esta Corporación, dictar sentencia dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos incoado por el señor Leandro Pájaro Balseiro y coadyuvado por Ofelia Livingston de Barker, Almerza Humphries y Al May Humphries, en contra de la Empresa de Comunicación Celular S.A.- COMCEL S.A., el Ministerio del Interior, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Corporación Ambiental para el Desarrollo Sostenible – CORALINA. Se pretende con el medio de control la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; 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.

COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para proferir decisión de fondo, en atención a lo establecido en el numeral 16 del artículo 152 del C.P.A.C.A., concordado con el artículo 16 de la Ley 472 de 1998, dado que, en el medio de control figuran como demandados la Nación – Ministerio del Interior, la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa – CORALINA – que son entidades del orden nacional.

Legitimación en la causa

Por activa

Sobre la legitimación en la causa por activa en las acciones populares, la Corte Constitucional¹ recuerda que “Del objeto de protección de las acciones populares se desprenden, al mismo tiempo, criterios especiales de legitimación. Así, el artículo 12 de la referida Ley 472, establece una *regla de legitimación ampliada* permitiendo que cualquier persona natural o jurídica, organizaciones de diferente naturaleza y algunas autoridades públicas interpongan la acción. En ese sentido, el Consejo de Estado ha señalado *“que la titularidad es del colectivo y no de la suma de cada uno de los derechos individuales... el interés le asiste a todo el grupo, cualquiera de ellos está legitimado para ejercer su derecho de acción representado a las otras personas igualmente afectadas”*².

El legislador dio aplicación al criterio de la legitimación ampliada, tal como se puede constatar en el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que otorga el derecho de acción en tratándose del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos a cualquier persona, con el propósito de que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los mismos.

Siendo así, encuentra la Sala acreditada la legitimación en la causa por activa del ciudadano Leandro Pájaro Balseiro y de los coadyuvantes Ofelia Livingston de

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-596/2017.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de marzo de 2014. Expediente número: AP-25000-23-27-000-2001-90479-01.

Expediente: 88 001 23 33 000 2020 00072 00
Demandante: Leandro Pájaro Balseiro
Demandado: COMCEL, CORALINA y otros
Medio de control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos

SIGCMA

Barker, Almerza Humphries y Al May Humphries, para interponer el presente medio de control.

Por pasiva

El medio de control fue dirigido contra la empresa de Comunicación Celular COMCEL y vinculados el Ministerio del Interior, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Corporación Ambiental CORALINA, habiendo propuesto estas dos últimas entidades la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva para integrar el medio de control sub examine.

Sobre la legitimación en la causa, el Consejo de Estado ha señalado³ lo siguiente:

“La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

De igual manera, la legitimación material es condición necesaria para obtener una decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, en relación con el extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la parte actora hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.”

Observa la Sala que el objeto central del medio de control es la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; la realización de las

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 76001-23-31-000-2006-01832-02(50522). Actor: LUZ MARINA RODRÍGUEZ TELLO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS.

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.

Respecto de los mencionados derechos e intereses colectivos es evidente que todas las entidades convocadas a este proceso tienen legitimación de hecho en la causa por pasiva. De una parte, se encuentra que a estas solicitudes subyace si era o no obligatoria la realización de la consulta previa para la ejecución del proyecto del cable submarino de Comcel, por lo que claramente está legitimado de hecho el Ministerio del Interior. En efecto, mediante el Decreto 2353 del 26 de diciembre de 2019 se modificó la estructura del Ministerio del Interior para crear la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa con autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica, que hace parte de la estructura del mencionado ministerio por lo que se considera ajustada a derecho su vinculación a este proceso, sin que pueda prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En cuanto a la Corporación para el Desarrollo Sostenible CORALINA, debe observarse que el accionante manifiesta que la ejecución del proyecto de cable submarino por parte de COMCEL S.A. está afectando el equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, así como la conservación de las especies animales y vegetales, asuntos que son precisamente de la competencia de la Corporación CORALINA. Para fundamentar lo pertinente, la Sala se remite a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 99 de 1993:

ARTÍCULO 37. DE LA CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, CORALINA. Créase la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, CORALINA, con sede en San Andrés (Isla), como una Corporación Autónoma Regional que además de sus funciones administrativas en relación con los recursos naturales y el medio ambiente del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, ejercerá actividades de promoción de la investigación científica y transferencia de tecnología, sujeta al régimen especial previsto en esta Ley y en sus estatutos, encargada principalmente de promover la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del medio ambiente del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dirigirá el proceso de planificación regional del uso del suelo y de los recursos del mar para mitigar o desactivar presiones de explotación inadecuada de los recursos naturales, fomentar la integración de las comunidades nativas que habitan las islas y de sus métodos ancestrales de aprovechamiento de la naturaleza al proceso de conservación, protección y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del medio ambiente y de propiciar, con la cooperación de entidades nacionales e internacionales, la generación de tecnologías apropiadas para la utilización y conservación de los recursos y el entorno del archipiélago. (Subrayas de la Sala)

En este orden de ideas, queda claro que siendo que las corporaciones ambientales están encargadas por ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, es indiscutible que Coralina está legitimada de hecho en el presente proceso.

En relación con la legitimación material, se determinará al momento de estudiar el fondo del asunto, en razón de lo anterior, no tiene vocación de prosperidad la excepción propuesta, dado que si se encuentran legitimadas por pasiva para actuar en el sub lite.

Excepciones

Respecto de las demás excepciones propuestas: (i) naturaleza colectiva del servicio público de telecomunicaciones, (ii) inexistencia de derechos colectivos vulnerados, (iii) no obligatoriedad del trámite de consulta previa y confianza legítima, (iv) legalidad de los trámites adelantados por COMCEL S.A., (v) legalidad de las actuaciones de COMCEL, (vi) protección de la libre empresa, estabilidad jurídica y libre competencia e (vii) inexistencia de imputación fáctica y jurídica en relación con el Ministerio del Interior, considera el Tribunal que en realidad son excepciones de fondo que constituyen argumentos de defensa relacionados directamente con el fondo del asunto debatido, razón por la cual deberán ser resueltas a lo largo de las consideraciones y al resolver de mérito sobre las pretensiones.

- PROBLEMA JURIDICO

Para la Sala, el problema jurídico se circunscribe a determinar si se están vulnerando los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, con la ejecución del proyecto de tendido de cable submarino AMX-1 CV9 realizado por la sociedad COMCEL S.A. en sus componentes marítimo y terrestre, conforme lo afirman el demandante y los coadyuvantes en ejercicio de este medio de control.

Para resolver el problema jurídico, la Sala se procederá de la siguiente manera: (i) unas reflexiones sobre las acciones populares, (ii) un breve estudio de los derechos colectivos que se afirman vulnerados; (iii) la Sala luego se ocupará de estudiar un tema cuya resolución resulta esencial en el presente proceso y es el relacionado con la procedencia y oportunidad de la consulta previa; (iv) se revisará, a la luz de las pruebas aportadas al proceso, si se configura la vulneración o amenaza de los derechos colectivos mencionados por el actor, como afectados en virtud de la ejecución del proyecto tendido de cable submarino AMX-1 CV9 ejecutado por la sociedad COMCEL S.A.

- TESIS

La Corporación negará las pretensiones de la demanda en tanto que se demostró que la realización del proyecto tendido de cable submarino AMX-1 CV9 adelantado por COMCEL S.A. no está amenazando ni vulnerando los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y protección del ambiente, aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, así como ningún otro derecho o interés colectivo conforme al estudio efectuado por esta Sala.

Lo anterior, en consideración a que en el proceso se demostró que las entidades accionadas ejecutaron sus funciones dentro del marco constitucional y legal, es decir, sujetas al principio de legalidad; se surtieron todos los trámites correspondientes ante las autoridades competentes quienes otorgaron los permisos y viabilidades del caso, mediante actuaciones públicas en las cuales los interesados pudieron participar para presentar sus puntos de vista sobre los procedimientos y las decisiones administrativas que se fueron tomando.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Carta Política de 1991 hizo expreso reconocimiento de los derechos e intereses colectivos, que son los 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 defina el legislador, lo cual quiere decir que no son taxativos, sino enunciativos.

De manera que, con la finalidad de fomentar la solidaridad ciudadana y de defender intereses vitales colectivos fueron creados tales instrumentos jurídicos de protección en el artículo 88 de la Carta Política; después reglamentados por medio de la Ley 472 de 1998 con el nombre de acciones populares, útiles cuando esos intereses o derechos fueren amenazados o lesionados por la intervención o inactividad de la autoridad o de los particulares en determinados casos

En conclusión, las acciones populares, son el medio para la protección constitucional de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza sobre los cuales “ningún miembro de la comunidad puede apropiarse con exclusión de los demás⁴.”

El Consejo de Estado, en forma reiterada⁵, ha sostenido que los supuestos sustanciales para la procedencia de las acciones populares son: **(i)** la existencia de una acción u omisión por parte de autoridades públicas o de los particulares, en relación con el cumplimiento de sus deberes legales⁶, **(ii)** la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, o vulneración de derechos o intereses colectivos; y **(iii)** la relación de causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses mencionados.⁷

En relación con el carácter preventivo de las acciones populares, tanto la Corte Constitucional⁸ como el Consejo de Estado⁹, han establecido que la prosperidad de

⁴ El estudio referido puede consultarse en la sentencia de 10 de octubre de 2019, Consejera ponente Nubia Margoth Peña Garzón, expediente núm. 68001-23-33-000-2016-00673-01.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Bogotá, D.C., 5 de marzo de 2015. Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP). Actor: Defensoría del Pueblo - Regional Boyacá. Demandado: Fiscalía General de La Nación - Dirección Seccional de Fiscalías De Tunja – CTI.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 9 de junio de 2011, Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Radicación número: (AP) 25000-23-27-000-2005-00654-01. En aquella ocasión la Sección Primera estableció que la amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos, se examina a la luz de la conducta diligente o negligente de las autoridades públicas o de los particulares, en cuanto al cumplimiento de sus deberes legales tendientes a protegerlos o a abstenerse de lesionarlos.

⁷ Sobre el particular ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de junio de 2011. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP).

⁸ Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: N°2002-2693-01.

la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se vulnere un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción y adopte las medidas necesarias para evitar que la vulneración se presente.

Por ser relevante en el asunto que nos compete, la Sala citará *in extenso* apartes de la sentencia del Consejo de Estado¹⁰, en que se ocupa de estudiar los aspectos del juicio de responsabilidad por amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos:

Los derechos colectivos amenazados y/o vulnerados en el proceso y la responsabilidad que respecto de ellos les incumbe a las partes demandadas

4.1. Aspectos generales del juicio de responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos

Antes de abordar el análisis de cada uno de los dos (2) derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, es importante hacer una aproximación introductoria al juicio que atañe a la responsabilidad derivada de su amenaza o vulneración, el cual requiere no solo de la convergencia de los supuestos o requisitos que la jurisprudencia ha colegido de los artículos 9 y 14 de la Ley 472 de 1998, sino también que estos aparezcan demostrados de manera idónea. Los referidos requisitos son los siguientes:

- Una acción u omisión de la parte demandada.

En relación con este primer requisito, vale destacar que, cuando se trata de la omisión de autoridades públicas, la amenaza y/o vulneración de los derechos e intereses colectivos cabe endilgársela a la autoridad cuyas funciones están vinculadas a su protección¹¹, en cuyo contexto, si el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos se dirige contra una autoridad sin ninguna competencia para velar por su defensa, esa circunstancia devendrá tanto en la imposibilidad de imputarle a esta última la amenaza y/o vulneración respectiva, como en que el juez no pueda acceder a las pretensiones de la demanda por ausencia de legitimación en la causa por pasiva¹².

No está de más indicar que el análisis de responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de derechos e intereses colectivos se circunscribe al marco competencial de esas autoridades¹³, razón por la cual, si la regulación del respectivo derecho le

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP). 14 de junio de 2019. C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico

¹¹ Sección Tercera. Fallo de 22 de noviembre de 2001 [Radicado 25000-23-24-000-2000-0097-01(AP-264)]. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² Sección Quinta. Fallos de 14 de junio de 2002 [Radicado 25000-23-25-000-2001-0128-01(AP-447)] y 13-sep-02 [Radicado 13001-23-31-000-2000-9008-01(AP-575)]. Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

¹³ Sección Primera. Fallo de 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-31-000-2012-00074-01(AP)]. Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

atribuye a una o más autoridades públicas competencias asociadas con su protección en forma concurrente o subsidiaria, será preciso determinar cómo incide esa interrelación en la configuración de este primer requisito.

Téngase presente también que, en el contexto del medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, la finalidad implícita del artículo 88 de la Constitución Política y de la Ley 472 de 1998 es que las autoridades antedichas ejerzan efectivamente sus competencias *—si lo que se reprocha son sus omisiones—* o que cesen y/o adecúen su conducta *—si lo que se cuestiona son sus acciones—*. De hecho, aún si se diera una situación en la que, por razones justificadas, una o varias autoridades no hayan podido proteger de ninguna manera o incluso de forma satisfactoria los derechos colectivos vinculados a sus funciones, ello no significa que, en tales casos, aquellas puedan invariablemente desentenderse del cumplimiento individual y/o coordinado de tales funciones.

Precisamente, frente a las autoridades cuyas funciones estén vinculadas con la protección de los derechos e intereses colectivos, la acción u omisión que se reprocha y permite deducir su responsabilidad por la amenaza y/o vulneración de aquellos es la que se aparta de la medida razonable de sus posibilidades, lo cual puede plantear eventualmente diversas valoraciones frente a la oportunidad inmediata o progresiva en la que cada autoridad ejerce sus funciones individual y/o coordinadamente con otra(s).

Así, por ejemplo, de acuerdo con la jurisprudencia, lo exigible es que las autoridades con competencias vinculadas a la protección de los derechos e intereses colectivos actúen de oficio¹⁴, sin que para el ejercicio de tales competencias se requiera que la ciudadanía esté informándoles de las situaciones particulares en las que tales derechos se ven amenazados y/o vulnerados¹⁵. Lo dicho demanda un monitoreo constante o fiscalización permanente de la realidad a cargo de las entidades competentes, dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad¹⁶, pues tampoco cabe imponer a la

¹⁴ Sección Primera. Fallo de 24 de mayo de 2001 [Radicado 13001-23-31-000-2000-0007-01(AP-074)]. Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado

¹⁵ Así, por ejemplo, desde el año 2007, en el seno de la Sección Primera de esta Corporación, el criterio reiterado ha sido considerar que la omisión del deber de recuperación del espacio público no requiere que los ciudadanos les informen a las autoridades municipales sobre situaciones que estén vulnerando dicho derecho colectivo. Véase: Sección Primera. Fallo de 15 de febrero de 2007 [Radicado 25000-2326-000-2004-02596-01(AP)]. Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶ Esta Corporación ha ilustrado el punto que se analiza así: *“Con base en este derecho, por ejemplo, se ha condenado a las entidades públicas por cuya omisión se profundizaron los problemas de inestabilidad de suelos presentes en una localidad, agravados por la realización de unas obras y el rompimiento de unas redes de acueducto y alcantarillado; situación que pese a estar debidamente identificada y presentarse ante los ojos de la comunidad, no fue objeto de solución oportuna por parte de las autoridades responsables* [Sección Primera. Fallo de 10 de octubre de 2012 [Radicado 17001-23-31-000-2010-00326-01(AP)]. Ponente: María Claudia Rojas Lasso]. *También ha sido la base para encontrar responsable a un municipio y a un operador del servicio de energía eléctrica por la prestación del servicio por medio de una red rústica, que no llenaba los requisitos técnicos señalados por la regulación vigente en la materia, con claro riesgo para la seguridad colectiva, por lo cual se les impuso la obligación de reponer la red existente por otra idónea y segura y de adoptar medidas de capacitación para prevenir la ocurrencia de desastres en el sitio donde se presentaba dicha situación* [Sección Quinta. Fallo de 4 de junio de 2001 [Radicado 44001-23-31-000-2000-0421-01(AP-066)]. Ponente: Darío Quiñonez Pinilla]. *Por último, para citar un evento más —entre muchos— en el que este derecho colectivo ha servido de fundamento para la declaración de responsabilidad por el riesgo generado por una situación, se ha invocado asimismo como base para condenar a una entidad que incumplía los mandatos de adecuación de instalaciones y puntos de servicio a las necesidades de la población sorda y sordo-ciega impuestos por la ley 982 de 2005. Lo anterior, por considerar que la falta de las señales luminosas y auditivas legalmente exigidas se traducía en un riesgo elevado e injustificado para las personas que padecen discapacidad auditiva o visual en caso de llegar a presentarse una emergencia o un desastre natural”* [Sección Primera. Fallo de 23 de mayo de 2013 [Radicado 15001-23-31-000- 2010-01166-01. Ponente: Guillermo Vargas Ayala] (subrayado fuera del texto). Sección Primera. Fallo de 26 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-31-000-2011-00031-01(AP)]. Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

Administración obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales.

Aun cuando pudiera discutirse que en ese marco competencial la acción u omisión de una entidad pública que amenaza o vulnera derechos colectivos involucra un reproche implícito a dichas conductas, para efectos de su protección, mal haría el juez popular en adentrarse en los escollos que emergen de los títulos de imputación¹⁷ que fundamentan la atribución de los daños antijurídicos en la responsabilidad patrimonial del Estado, puesto que lo que aquel debe garantizar es que el contenido del derecho colectivo no peligre o sea restaurado, para lo cual le bastará con establecer si, en la medida de las posibilidades de dichas entidades, están siendo o fueron cumplidas sus competencias vinculadas con la protección de los derechos colectivos de que se trate.

En el caso de los particulares, o inclusive de las autoridades públicas cuyas funciones no tengan ninguna vinculación con el derecho e interés colectivo del caso concreto de que se trate, serán primordialmente sus acciones las que justifiquen que el juez ordene que estas cesen y/o que se adopten medidas restaurativas cuando se determine que aquellas lo amenazan y/o vulneran. Esto, sin perjuicio de que, dependiendo de la regulación respectiva, pueda deducirse que sus omisiones también amenazan y/o vulneran dichos derechos cuando respecto de los particulares se establezca la obligación de adoptar específicas acciones.

No sobra indicar que, en el caso del derecho colectivo relacionado con la moralidad administrativa, su propia fenomenología exige que, frente a la acción u omisión que lo amenaza y/o vulnera, se encuentren acreditados no solo los elementos objetivo y subjetivo a los que se ha referido la jurisprudencia de esta Corporación¹⁸, sino también una causalidad entre estos.

- Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos.

La protección de los derechos e intereses colectivos amenazados y/o vulnerados exige que el juez popular constate la posibilidad real de daños contingentes y/o la existencia de daños causados a dichos derechos, lo que demanda la tarea de desentrañar el contenido de cada derecho colectivo en orden a determinar, con base en su variada fenomenología, cómo estos pueden resultar afectados. Buena parte de esa labor pasa por la definición y regulación que de tales derechos realicen la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia, según lo prescribe el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, aspectos que permiten establecer la existencia de una amenaza y/o vulneración del derecho que corresponda.

¹⁷ “(...) en el juicio de imputación de responsabilidad por omisiones administrativas que se efectúa en las acciones populares no se evalúa la causa del daño (títulos de imputación que derivan responsabilidad subjetiva u objetiva) sino el daño mismo, por dos razones principales. De un lado, porque la acción popular no tiene un contenido indemnizatorio sino que busca prevenir, restituir las cosas a su estado anterior y hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos afectados. De hecho, aunque si bien es cierto que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 dispone que la sentencia podrá condenar al pago de perjuicios en forma in genere, no debe olvidarse que ese pago no puede desligarse del objeto de la acción popular (artículo 2º de esa normativa), por lo que debe entenderse que esa condena se efectúa cuando con esos recursos la entidad pública a cuyo favor se ordena puede restituir las cosas a su estado anterior o para cubrir los costos que debe invertir como consecuencia de la afectación de los derechos colectivos”. Sección Quinta. Fallo de 26 de julio de 2002 [Radicado 25000-23-25-000-2001-0544-01(AP-520)]. Ponente: Darío Quiñones Pinilla (subrayado fuera del texto).

¹⁸ CE. SPCA. Fallo de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto en esa oportunidad.

No sobra recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación¹⁹, mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no puede considerarse que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo, razón por la cual, la primera condición para que puedan predicarse daños respecto de derechos colectivos estriba en que estos, reuniendo las características propias del interés colectivo, estén reconocidos como tales por la Constitución Política, las leyes o los tratados internacionales.

En relación con el alcance de este requisito, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el peligro o amenaza no es el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana²⁰ y que corresponderá al juez determinar si se encuentran acreditados hechos fehacientes y cercanos de la existencia real de una conducta de acción o de una omisión, que de manera razonable sea indicadora de la posibilidad casi inmediata del daño contingente o de la efectiva y/o persistente vulneración a derechos e intereses colectivos²¹.

En el caso del daño contingente, la jurisprudencia²² ha destacado que este, de una parte, debe provenir de hechos concretos y no hipotéticos que amenacen derechos e intereses colectivos, concreción que precisamente le permite al juez popular ordenar la cesación de una conducta, si se trata de acciones, o su realización, si se trata de omisiones; y, de otro lado, puede originarse como consecuencia de conductas que dejen entrever la posibilidad de su ocurrencia.

A su turno, la doctrina²³ ha señalado que, por tratarse de un daño no causado, lo que se busca es evitarlo, al detectarse situaciones de peligro, o inclusive, cuando por la fenomenología del derecho colectivo de que se trate, los efectos lesivos del daño se manifiestan paulatinamente con el transcurso del tiempo, lo que se persigue es obstaculizar su producción en ese período.

Recuérdese que la tarea del juez popular en materia de prevención del daño contingente siempre expondrá la contraposición entre el interés colectivo que se busca proteger y el interés de la persona a quien pueda imputársele peligro, contexto en cuyo seno el alcance de dicha prevención podrá variar dependiendo de la magnitud de la posible afectación del interés colectivo en juego, pues, de lo contrario, una óptica pragmática para todos los casos implicará indefectiblemente el riesgo de opresión de libertades individuales²⁴.

- La relación de causalidad entre la acción u omisión y la afectación de los derechos e intereses colectivos.

¹⁹ Sección Tercera. Fallos de 29 de junio de 2000 [Radicado AP-001]. Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez; y 15 de julio de 2004 [Radicado 25000-23-26-000-2002-01834-01(AP)]. Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

²⁰ Sección Primera. Fallos de 3 de agosto de 2006 [Radicado 68001-23-15-000-2002-01106-01(AP)]. Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; 18 de marzo de 2010 [Radicado 25000-23-25-000-2004-01513-01(AP)], 28 de marzo de 2014 [Radicado 25000-23-27-000-2001-90479-01(AP)] y 5 de marzo de 2015 [Radicado 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP)]. Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno; 11 de agosto de 2016 [Radicado 17001-23-33-000-2012-00309-01(AP)] y 19-jul-18 [76001-23-31-000-2011-00212-01(AP)]. Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

²¹ Sección Tercera. Fallo de 12 de julio de 2001 [Radicado 73001-23-31-000-2000-1339-01(AP-101)]. Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

²² Sección Quinta. Fallo de 23 de enero de 2003 [Radicado 25000-23-25-000-2001-9305-01 (AP-335)]. Ponente: Mario Alario Méndez.

²³ GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. Los daños colectivos. 1 Ed. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá. 2009. p. 188.

²⁴ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Ed. Bosch. Barcelona. 1975. p. 575 y ss.

El juez popular debe corroborar si los daños contingentes y/o causados tuvieron origen en la conducta de quienes fungen como demandados²⁵ en el respectivo proceso para que, solo en caso afirmativo, proteja los derechos e intereses colectivos dentro del campo de acción establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

En este último punto vale la pena insistir en que la definición y regulación que de dichos derechos e intereses colectivos realicen la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia, puede entrañar valoraciones distintas en torno a la acreditación de este tercer requisito, como sucede, por ejemplo, con los derechos relacionados con el medioambiente, en particular cuando se trata del daño ecológico puro en el que, según lo anota la doctrina española²⁶, la prueba del nexo causal puede constituir una auténtica prueba diabólica, dada la frecuente pluralidad de agentes contaminantes, la eventual lejanía entre la ubicación del agente lesivo y el lugar de producción de los efectos y la manifestación diferida en el tiempo de los daños o de su real alcance.

Derechos colectivos cuya protección se invoca

Como se ha indicado en el cuerpo de esta decisión, el accionante ejercita el presente medio de control con el objeto de lograr la protección principalmente de los siguientes derechos colectivos: la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; 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.

La Sala considera que los derechos e intereses colectivos que se afirman como vulnerados en razón de la ejecución del proyecto de cable submarino por parte de Comcel, tanto en el tendido como en la estación terrena, son esencialmente el de la

²⁵ La Corte Constitucional en la sentencia C-644/11 [Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio] indicó: “*Acorde con el constitucionalismo occidental contemporáneo, las acciones populares proponen optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública propiamente dicha y de los grupos y emporios económicos de mayor influencia, por ser estos sectores quienes, en razón a su posición dominante frente a la mayoría de la comunidad, están en capacidad de afectar o poner en peligro el interés general. Desde esta perspectiva, las acciones populares parten del supuesto de que quienes las ejercen se encuentran en una situación de desigualdad*”.

²⁶ LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario. La relación de causalidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por daños ambientales. En: Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental. N° 3 de noviembre de 1999. Universidad de Sevilla.

moralidad administrativa y el derecho a la existencia y equilibrio ecológico y la conservación del medio ambiente. Se procede entonces a estudiarlos:

La moralidad administrativa

Sobre la moralidad administrativa debe señalarse que fue contemplada en la Constitución Política desde dos dimensiones: como principio de la función administrativa y como un derecho colectivo susceptible de ser amparado a través de las acciones populares.

En el caso que nos ocupa, y para la debida delimitación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, se considera pertinente citar al Consejo de Estado²⁷ que sobre el tema se ha pronunciado en los siguientes términos:

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁸ de esta Corporación, en sede del mecanismo de revisión eventual, ha indicado que la delimitación conceptual de la *“moralidad administrativa”*, como derecho colectivo, no puede depender de la idea subjetiva de quien, frente a la actuación cuestionada, decide sobre la observancia, amenaza o vulneración de dicho derecho sino que está relacionada con la intención o propósito que influye en esa actuación respecto de la finalidad de la ley.

Dentro del contexto antedicho, la Sala advirtió que, dada la imposibilidad de abarcar rigurosamente los supuestos que podrían presentarse frente a esa intención o propósito, en la determinación de la vulneración o no del derecho en cuestión servía considerar como parámetros la desviación de poder, el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa, la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal, la conducta antijurídica o dolosa *—en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función—*.

La misma Sala subrayó que la moralidad administrativa debe guiar el ejercicio de la función *“administrativa”*²⁹, lo que implica un ejercicio acorde con el

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP). 14 de junio de 2019. C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico

²⁸ CE. SPCA. Fallo de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero. La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto en esa oportunidad.

²⁹ Sin perjuicio de la vinculación de la moralidad administrativa con la función *“administrativa”*, en la sentencia de unificación se indicó: *“La Sala Plena no desconoce que existen otros espacios donde tiene manifestación la moralidad, pero tratándose de la moralidad administrativa, la discusión surge al precisar en qué campo se expresa su violación, si es en el ámbito meramente personal del servidor como miembro de una sociedad o en el ámbito de la función administrativa, que es reglada. Si es en el primero, sería complejo determinar si puede darse la violación del derecho colectivo, en la medida en que éste está íntimamente ligado al ejercicio de la función pública, pero que, sin embargo, existe una regulación normativa que sigue al servidor aún por fuera del ejercicio de sus funciones administrativas. Si es en el segundo campo, se piensa que podría darse la violación del derecho colectivo teniendo una fuente extranormativa, en la medida, a título de ejemplo, en que no exista una regulación sobre alguna materia y el funcionario amparado y aprovechándose de ese vacío*

ordenamiento jurídico y las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Asimismo, se refirió a los elementos que, en la medida en que se correlacionen, permiten acreditar la configuración de la amenaza o vulneración del referido derecho colectivo, es decir, de una parte, el quebrantamiento del ordenamiento jurídico (*elemento objetivo*) en cualquiera de sus dos manifestaciones³⁰: conexidad con el principio de legalidad y la violación de los principios generales del derecho y, de otra parte, la inmoralidad de la acción u omisión del funcionario (*elemento subjetivo*).

También es importante indicar que esta Corporación de vieja data³¹ ha sostenido que la amenaza o vulneración del derecho a la moralidad administrativa puede, en algunos casos, comportar conjuntamente la de otros derechos colectivos, como sucede con la defensa del patrimonio público, también invocado por el actor popular en este proceso; situación que ilustra, por regla general y dejando a salvo las excepciones del caso, una relación de conexidad, “inescindibilidad”³² o de “causa-efecto”³³ entre aquellos, en cuanto atañe a su amenaza o vulneración, como sucede, por ejemplo, cuando se evidencia una falta de “absoluta honestidad y pulcritud”³⁴ en el manejo de los recursos públicos.

El derecho colectivo a la defensa del patrimonio público

Brevemente, debe señalarse que sobre este derecho colectivo, el Consejo de Estado³⁵ ha indicado que:

Al abordar la conceptualización de este derecho colectivo, la jurisprudencia de la Corporación desde tiempo atrás³⁶ ha indicado, de una parte, que el “patrimonio público” versa sobre todos los bienes, derechos y obligaciones sobre los cuales el Estado es titular del dominio, titularidad que no en todos los

normativo actúe de manera desviada o deshonesta, con el convencimiento de que no se le podrá imputar violación a la ley”. CE. SPCA. Fallo de 1 de diciembre de 2015 [Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01]. MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁰ La magistrada ponente de esta decisión aclaró su voto frente a la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, considerando (i) que existen casos de inmoralidad en los cuales ni la norma positiva ni los principios llegan, pero la moralidad podrá hacerlo cuando se redefine perfectamente; (ii) que la moralidad administrativa no se reduce al ámbito de la función administrativa sino de la función pública; (iii) que por tratarse de una revisión eventual de una acción popular, la sentencia de unificación debía fijar una postura clara y no realizar una enunciación de providencias proferidas en distintas épocas.

³¹ Sección Tercera. Fallo de 17 de junio de 2001 [Rad. AP-166]. MP. Alier Hernández Enríquez. En esta oportunidad se indicó que “De modo general, tal vez teóricamente pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias; sin embargo, en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”.

³² Sección Tercera. Fallo de 12 de octubre de 2006 [Rad. 15001-23-31-000-2004-00857-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

³³ Sección Quinta. Fallo de 24 de julio de 2003 [Rad. 73001-23-31-000-2002-0636-01(AP-606)]. MP. Denise Duviau de Puerta; Sección Tercera. Fallo de 15 de agosto de 2007 [Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁴ Corte Constitucional. C-06/94. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado. Sección Tercera. Fallo de 15 de abril de 2004 [Rad. 76001-23-31-000-2001-04017-01(AP)]. MP. Alier Hernández Enríquez.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP). 14 de junio de 2019. C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico

³⁶ Sección Tercera. Fallo de 31 de mayo de 2002 [Rad. 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)]. MP. Ligia López Díaz.

casos se equipara con la del derecho civil³⁷ – como sucede, por ejemplo, con los bienes de uso público³⁸ en los que se manifiesta una interconexión con la comunidad en general antes que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial – y, de otro lado, que la “defensa” de dicho patrimonio se expresa no solo en el mantenimiento de la integridad³⁹ de su contenido sino también en su administración y ejecución eficiente, transparente y responsable, de acuerdo con la respectiva normativa aplicable.

La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas

Sobre el derecho colectivo al ambiente sano y la conservación de los recursos naturales y de los ecosistemas, la Corte Constitucional en sentencia No. C-328 de 1995, expresó que:

“No en vano el constituyente elevó el interés colectivo por el ambiente sano al rango de derecho constitucional. La conservación de los recursos naturales y de los ecosistemas, es necesaria para garantizar la vida y la salud de todos. Por su naturaleza de derecho colectivo, el ambiente goza de mecanismos constitucionales específicos para su defensa, como son las acciones populares (C.P. art. 88) y los deberes calificados, en cabeza del Estado, para su protección.

....

La protección del ambiente sano y de los recursos naturales es un deber del Estado y de los particulares (C.P. arts. 8, 58 y 95). En virtud de expreso mandato constitucional (C.P. arts. 49, 79, 80 y 334) y de compromisos internacionales contraídos por Colombia (Convención sobre Diversidad Biológica, artículo 14), al Estado corresponde cumplir una serie de deberes específicos en materia ambiental, que ninguna ley, por importante que parezca, puede desconocer.

³⁷ Sección Tercera. Fallos de 16 de febrero de 2001 [Rad. 16596]. MP. Alier Hernández Enríquez; 21 de febrero de 2007 [Rad. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez; y 21 de mayo de 2008 [Rad. 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁸ En fallo de 29 de noviembre de 2018 [Rad. 17001-23-33-000-2013-00372-01(AP)] esta Sala tuvo oportunidad de recordar la relación de “causa-efecto” o “género-especie” que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido en determinados eventos entre algunos derechos colectivos, como sucede, por ejemplo, entre la defensa del patrimonio público y la defensa de los bienes de uso público, sin perjuicio de la regulación autónoma que los mismos puedan tener [Sección Tercera. Fallo de 18 de junio de 2008 [Rad. 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP)]. Ponente: Ruth Stella Correa Palacio].

³⁹ Sección Tercera. Fallo de 21 de mayo de 2008 [Rad. 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)]. MP. Ramiro Saavedra Becerra.

La Constitución impone al Estado los deberes especiales de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente (1); proteger su diversidad e integridad (2); conservar las áreas de especial importancia ecológica (3); fomentar la educación ambiental (4); planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (5); prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (6); imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente (7); y, cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (8) (C.P. arts. 79 y 80). Por otra parte, la Carta establece que el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado (C.P. art. 78).

En virtud del "Convenio sobre la Diversidad Biológica", suscrito en Río de Janeiro en 1992, y de la Ley 165 de 1994, aprobatoria del mismo, Colombia contrajo el compromiso internacional de proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica, entre otras cosas, obligándose a explotar sus recursos naturales de manera que no se perjudique el equilibrio ecológico. La Corte, mediante sentencia C-519 de noviembre 21 de 1994, declaró exequible el convenio y la Ley 165 de 1994".

Con fundamento en la previa delimitación de los derechos colectivos que se aseguran vulnerados, procede la Sala a iniciar el estudio del caso concreto.

- CASO CONCRETO

La Sala efectuará el análisis pertinente partiendo refiriéndose a las pruebas aportadas al proceso.

PRUEBAS

En el proceso fueron decretadas y practicadas las pruebas solicitadas por las partes, de las cuales conviene destacar las que a continuación se indican:

1. Resolución número ST – 0531 de 30 junio de 2020⁴⁰ “Sobre la procedencia o no de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades”, suscrita por el Subdirector Técnico (e) de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. En este acto administrativo se

⁴⁰ Ver cuaderno digital en el índice No. 13 fl. 3

concluye que para el proyecto “Instalación de cable fibra óptica submarino AMX.1 CV9” no procede la realización de consulta previa.

2. Auto 15 del 29 de julio de 2020m por medio del cual se rechaza el recurso de reposición en contra de la Resolución ST – 0531 de 30 junio de 2020. El mencionado recurso había sido interpuesto por la Sra. Ofelia Livingston de Barker, como autoridad de la organización Linval Association for the Development of the Raizal People”. La Autoridad Nacional de Consulta Previa esencialmente indicó que no se había podido demostrar las posibles afectaciones por la construcción del cable submarino, dado que el tendido del cable es una actividad de corta duración y en todo caso, la recurrente no presentó argumentos específicos que permitan inferir que el acto administrativo recurrido afectó a la comunidad que representa.
3. Auto 16 del 31 de julio de 2020, por el cual se rechaza el recurso de reposición en contra de la Resolución ST – 0531 de 30 junio de 2020. La decisión se fundamentó en dos razones: (i) la recurrente no acreditó pertenencia a la comunidad raizal o representación de la misma. (ii) No se demuestran las posibles afectaciones del acto administrativo a los derechos de la recurrente.
4. Sentencia 034-20 del 28 de julio de 2020 correspondiente al proceso con radicado No. 88001-4003-001-2020-00068-00, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de San Andrés isla, por medio de la cual se tuteló el derecho fundamental de la consulta previa a la comunidad raizal de San Andrés Isla. En esta sentencia se ordenó a la Secretaria de Planeación del Departamento Archipiélago, suspender el trámite para la expedición de la licencia de construcción radicado bajo el No. 3555, hasta tanto la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior emitiera concepto de procedencia de consulta previa del citado proyecto.⁴¹ De igual manera, se ordenó *“a la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A. que solicite ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior el concepto de procedencia y oportunidad de la consulta previa respecto del proyecto denominado “construcción estación terrena de telecomunicaciones”, junto con sus modificaciones, a ejecutarse en el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 450- 217 y referencia catastral No. 00-00-001-1081-0000, ubicado en el sector de Schooner Bight de esta ciudad.”*

⁴¹ Ver cuaderno digital en el índice No. 06 Fl 36

5. Resolución No. ST-0737 del 25 agosto de 2020 “Sobre la procedencia o no de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades”, dictada por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa. Este acto administrativo fue proferido en respuesta a la solicitud elevada por Comcel, sobre la procedencia de la consulta previa con comunidades étnicas para el proyecto: “CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN TERRENA DE TELECOMUNICACIONES DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A” localizado en jurisdicción del municipio de la Isla de San Andrés en el departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En el acto administrativo se decidió “Que no procede la consulta previa con Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, para el proyecto: “CONSTRUCCIÓN DE LA ESTACIÓN TERRENA DE TELECOMUNICACIONES DE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A”, localizado en jurisdicción del municipio de la Isla de San Andrés en el departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, identificado con las coordenadas referidas en la parte considerativa del presente acto administrativo.”⁴²

6. Oficio No. 20202100468⁴³ del 27 de agosto de 2020, por medio del cual el secretario general de la Corporación Ambiental CORALINA dio respuesta a la solicitud de expedición de certificado ambiental para tramitar PERMISO PARA USO DE ZONA DE VÍA - PROYECTO CABLE SUBMARINO DE COMCEL S.A. En el mencionado oficio, la autoridad ambiental informa “*que bajo el entendido de que para el uso de la vía para llevar a cabo la canalización para la interconexión entre el punto de aterrizaje del cable submarino y el BEACH MAN HOLE que quedará ubicado dentro del predio de la estación base, no se realizará Uso, Aprovechamiento y/o Afectación de los Recursos Naturales Renovables; no es necesario surtir previamente ante esta Corporación, tramites de obtención de licencias, permisos, concesiones y/o autorizaciones ambientales*”.
7. Resolución No. 009119⁴⁴ del 30 de diciembre de 2019, por medio del cual se concede licencia de construcción en la modalidad de obra nueva sobre predio

⁴² Ver cuaderno digital en el índice No. 13 Fl 11 a 21

⁴³ Cuaderno digital, índice No. 21 fl. 10

⁴⁴ Ver cuaderno digital en el índice No. 47, fls. 62 a 70

en el sector de Schooner Bight, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 450-217 y referencia catastral 00-00-001- 1081-000.

8. Documento – Anexo 8 - para la viabilidad ambiental – Destino Dimar ⁴⁵.
9. Anexo 10 – reuniones de socialización con la comunidad⁴⁶, en el cual se constata la realización de una reunión de socialización con la comunidad llevada a cabo el 25 de noviembre de 2019, sobre el proyecto de cable submarino en el sector de Schooner Bight. Se dejó constancia que la reunión se realizó en la Iglesia Church Life in Christ Congregation. De acuerdo con el registro a la reunión asistieron 27 personas.
10. Oficio del 26 de mayo de 2020⁴⁷, suscrito por el Secretario de Planeación del Departamento Archipiélago, mediante el cual se le informa a la representante legal de Comcel que con el propósito de dar cumplimiento a las disposiciones que consagran la consulta previa a las comunidades étnicas, se suspendía el trámite de la solicitud de modificación de la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva. Se indicó que la decisión se mantendría hasta tanto el Ministerio del Interior se pronunciara sobre la oportunidad y procedencia de la consulta previa en el presente caso.
11. Resolución No. 320⁴⁸ del 21 de septiembre de 2020, proferida por el Director General de la Corporación Ambiental Coralina, por medio de la cual se resuelve una solicitud de viabilidad ambiental para el proyecto “Tendido de Cable Submarino AMX-1 CV9 en aguas territoriales colombianas, y se dictan otras disposiciones”. En el acto administrativo se otorgó viabilidad ambiental para la realización del mencionado proyecto, estableciendo a cargo del beneficiario el cumplimiento de medidas compensatorias.
12. Sentencia 047⁴⁹ del 21 de septiembre de 2020, Rad. No. 88-001-31-03-001-2020-00041-00, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés Isla, mediante la cual se declaró improcedente la acción constitucional, porque no existió quebranto alguno al derecho de petición.
13. Resolución No. 003351 del 2 de septiembre de 2020 mediante la cual se otorgó modificación de la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva para la construcción de la Estación Terrena de Telecomunicaciones de COMCEL en el predio identificado con Nro. de matrícula Inmobiliaria 450-217 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de San Andrés Islas.

⁴⁵ Ver índice No. 47 fls 72 y ss.

⁴⁶ Ibídem. Fls 236 y ss.

⁴⁷ Ver cuaderno digital. Índice 50 fls. 121 y 122

⁴⁸ Ver cuaderno digital índice 47, fls. 307 y ss.

⁴⁹ Ver cuaderno digital índice 50 Fls. 3 y ss. Accionante: Lizeth Roxana Arigan Forbes Vs. Nación – Ministerio del Interior y Secretaria de Planeación del Depto.

14. Resolución No. 4428⁵⁰ del 21 de octubre de 2020, proferida por el Secretario de Planeación Departamental, por medio de la cual se resolvió recurso de reposición contra la Resolución No. 003351 de 2020, no accediendo a la petición de reposición y concediendo el recurso de apelación ante la Oficina Jurídica del Departamento Archipiélago.
15. Resolución No. 00142⁵¹ del 15 de enero de 2021 por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto oportunamente por el Sr. Leandro Pájaro Balseiro en contra de la Resolución No. 003351 de 2020.
16. Memoria descriptiva del diseño arquitectónico de la estación terrena en San Andrés Isla.⁵²
17. Aviso público de la Secretaria de Planeación de julio 01 de 2020.
18. Oficio de inspección judicial al predio de Schooner Bight, identificado con referencia catastral No. 0000001- 1081- 000.
19. Documento denominado *Plan San Andrés Conectado*⁵³, elaborado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC- en el que se señala que es el resultado del compromiso adquirido por el Gobierno Nacional en el taller Construyendo País, celebrado en San Andrés el 31 de enero de 2019. En el documento se señala que el Plan San Andrés Conectado será implementado entre 2019 y 2022, busca estructurar alternativas de corto y mediano plazo para mejorar de manera escalonada las condiciones de acceso a las telecomunicaciones e impulsar el desarrollo del ecosistema digital en el archipiélago.
20. Resolución No. 0965-2020⁵⁴ MD-DIMAR-SUBDEMAR-ALIT del 30 de diciembre de 2020 “Por la cual se autoriza a la empresa COMCEL S.A. (Claro – Colombia), el Tendido de Cable Submarino de Comunicaciones del sistema de cableado AXM-1 CV9 segmentos S4.6.1, S4.6.2 y S4.6.3 con adecuación área de aterrizaje del cable así como la permanencia y operación temporal de las motonaves “IT INTREPID” de bandera BARBADOS, “ILE DE BREHAT” de bandera FRANCIA, y “PETER FABER” de bandera FRANCIA en aguas marítimas jurisdiccionales colombianas”, proferida por el Director General Marítimo.

⁵⁰ Ver cuaderno digital. Índice 50, fls.205 y ss

⁵¹ Ver cuaderno digital, Carpeta de Medida cautelar No. 2 (subcarpeta Archivos índice 06)

⁵² Ver cuaderno digital. Índice 50, fls.291 y ss

⁵³ Ver cuaderno digital, Carpeta de Medida cautelar No. 2 (subcarpeta Archivos índice 02)

⁵⁴ Ver cuaderno digital, Carpeta de Medida cautelar No. 2 (subcarpeta Archivos índice 03)

21. Resolución No. 0005⁵⁵ del 05 de enero de 2021, por medio de la cual se resuelve una solicitud de aprobación de plan de manejo ambiental para el Proyecto Tendido de Cable Submarino AMX1 – CV9 en aguas territoriales colombianas. En el mencionado acto administrativo se aprueba el plan de manejo ambiental presentado por Ingemec.

Testimoniales

Fueron recibidos los testimonios de:

1. LUIS EDUARDO ROMERO MORALES, representante legal de Consultores Unidos Asociados S.A., quienes prestaron servicios de asesoría a COMCEL S.A. Este testigo manifestó que:

“(…) Nuestra firma fue la responsable de negociar, buscar y tramitar las correspondientes licencias de construcción y la modificación de la licencia, lo importante que quiero dejar plasmado es que Comcel S.A. es una compañía que no asume riesgos normativos, que es respetuosa de la normatividad de cada localidad, de cada territorio y lo primero que hicimos fue estudiar la norma urbanística del Archipiélago, entender cuáles eran las condiciones para poder construir una estación terrena para el cable submarino y después de muchas reuniones concluimos que el mejor sitio, era el que se negoció. El uso del suelo de una estación terrena no existe realmente en ningún ordenamiento territorial de Colombia, sin embargo, estudiando la necesidad del servicio público, las deficiencias que inclusive uno como turista vive, concluimos que este era el mejor sitio. Radicamos una petición para que nos dieran por escrito que si los sitios que estaban prevaleciendo, si era viable o no construir una estación terrena de telecomunicaciones para el cable submarino, dejando claro que no iba ninguna antena de comunicaciones en la instalación. Mientras se realizaban los ajustes técnicos necesarios, Comcel garante de participar a la comunidad de un proyecto tan importante, realizó una socialización a la cual convocó a la comunidad de la zona, a la comunidad raizal de la zona, a la junta de acción comunal, explicamos que la estación es remota y quedó claro de lo que se trataba el proyecto. Radicamos todas las exigencias técnicas y jurídicas que nos solicitaron, es decir, el presupuesto que nos pidieron, la disponibilidad de los servicios públicos, los comprobantes de la socialización. Como cumplimos con el lleno de los requisitos el 16 de diciembre de 2019, nos expidieron la liquidación del pago del impuesto de alineación o el impuesto de construcción que se causa para que se profiera la licencia y por ese motivo el 30 de diciembre de 2019, fue proferida por la Secretaria de Planeación la Resolución No. 009119 la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva, en la estación terrena de telecomunicaciones en el predio, la cual quedó ejecutoriada el 15 de enero de 2020. Posteriormente fue tramitada una modificación a la licencia de construcción. El 26 de mayo de 2020, la Secretaria de Planeación decidió suspender el proceso para entender si era necesario o no como requisito adelantar una consulta previa. Posteriormente el 01 de julio la secretaria de planeación aceptó nuestros argumentos y decidió reanudar los términos y

⁵⁵ Ver cuaderno digital, Carpeta de Medida cautelar No. 2 (subcarpeta Archivos índice 09)

dictaminó que en principio el proyecto no requería de consulta previa. Mediante acción de tutela que interpuso también el señor Leandro Pájaro, la cual culminó con que el juez de tutela consideró que se debía solicitar a la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior una solicitud formal de si se necesita o no consulta previa. Radicamos ante la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitud de concepto de procedencia o no de consulta previa, y el 25 de agosto de 2020, la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior profirió la Resolución ST-0737 del 25 de agosto de 2020, la cual dictaminó que no procede la consulta previa para el caso en particular.”

2. **DANILO ANDRÉS FERNÁNDEZ MONROY**, gerente de proyecto, quien en su testimonio manifestó:

“(…) Siendo yo el gerente de proyecto conozco todo el alcance del proyecto que se divide en dos grandes frentes, uno es el frente marino y otro es el frente terrestre. Para el frente marino se han hecho distintos trámites con las entidades a nivel nacional, la más importante en este frente es la DIMAR. Con la entidad de DIMAR venimos trabajando alrededor del 2019, el primer trámite que se hizo con ellos fue el trámite para hacer un estudio submarino por parte de Claro Colombia para ver la viabilidad de la ruta del cable submarino que va a conectar a San Andrés, este estudio se radicó de acuerdo a los requisitos solicitados por la DIMAR bajo su resolución para hacer el trámite de estudios marinos en aguas marítimas colombianas. Esto nos da la garantía de que tenemos una resolución por parte de la entidad DIMAR para hacer un estudio en aguas marítimas colombianas por donde va a ir la ruta del cable submarino a San Andrés, con la DIMAR se realizó el trámite de tendido de cable submarino en aguas marítimas colombianas. Adicional, se solicitó a la DIMAR un concepto técnico que tiene que ver con la jurisdicción en baja mar, determinar hasta dónde tiene jurisdicción la DIMAR respecto a la costa a la isla de San Andrés. Para el frente terrestre, el alcance es la construcción como la llamamos nosotros de una estación terrena en la zona de Schooner Bight. Lo primero fue determinar en los predios qué se podía hacer, para ello se hizo una consulta a la Secretaría de Planeación, sobre cuáles eran los usos del suelo de esa zona. Se hizo la compra de ese lote y se comenzó el trámite de licencias a nivel de obra civil, en este caso con Secretaría de Planeación. Posteriormente se obtuvo la licencia de construcción el 30 de diciembre de 2019, seguido a eso, de acuerdo a diseños internos y al tema técnico para la construcción de una estación terrena en San Andrés, nos vimos en la obligación de realizar una modificación a la licencia que ya obtuvimos y de ahí se desprende todo el proceso que usted conoce que llevamos a cabo en este momento. (...)”

El apoderado de la parte demandada solicitó al Tribunal prescindir de la declaración de los testigos Luis Alberto Ortiz Quintero y Liz Adriana Montaña Rivero.

Análisis de las pruebas – hechos relevantes

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, encuentra la Sala demostrados los siguientes hechos relevantes:

Plan San Andrés Conectado

Sobre la prestación de servicios en telecomunicaciones en San Andrés, la Sala hace suyo el análisis preparado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en el cual se presentan los siguientes aspectos relevantes para comprender el estado actual de la prestación de los servicios de telecomunicaciones en San Andrés Isla. A continuación, se citan algunos apartes relevantes del mencionado estudio:

1. La isla de San Andrés se encuentra interconectada con el territorio continental colombiano a través de un cable submarino de fibra óptica que fue financiado por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, mediante el contrato de aporte 331 de 2009, suscrito con la empresa Energía Integral Andina –EIA-, con una inversión de \$54.290.121.004 COP (cifra equivalente a \$77.781.456.838 pesos de 2019).
2. La capacidad del cable responde a un mínimo de 80 Gbps y, de acuerdo con el contrato, la capacidad efectiva mínima de transporte, distribuida en 16 módulos de transporte (STM-1, cada uno con una tasa de bits de 155,52 Mbps) que el operador debía dejar disponible desde el inicio de la fase de operación era de 2.5 Gbps, de la cual se reservó para uso del Gobierno Nacional 648 Mbps, que a la fecha ya ha sido asignada en su totalidad entre las instituciones públicas del archipiélago. El plazo de operación de esta infraestructura se estableció en 180 meses (hasta 2025). Por su parte, hasta el cierre de 2017, la capacidad disponible de transporte sobre el cable había superado 90% de ocupación.
3. Con relación a la prestación del servicio de Internet móvil, hasta el cierre de 2018 se observa que, si bien la cobertura móvil celular en San Andrés ha presentado algunas mejoras, el despliegue de redes móviles 4G se concentra en una restringida porción de la isla, con notable influencia turística y hotelera. Por consiguiente, es necesario llevar a cabo nuevos esfuerzos por ampliar la cobertura, de tal manera que el servicio móvil pueda ofrecer alternativas para mitigar la brecha de acceso a Internet fijo.

4. 2. Diagnóstico

En San Andrés se identifican dos grandes problemáticas en relación con el acceso a Internet. La primera es la baja asequibilidad (altas tarifas al usuario) del servicio que se explica, en parte, por los altos costos de despliegue y operación de infraestructura de telecomunicaciones para el archipiélago; así como porque los altos costos de vida en San Andrés afectan la disposición a pagar de la población por el servicio.

La segunda está asociada a la calidad de las telecomunicaciones. Los altos costos de despliegue y operación de infraestructura de transporte en la isla, en conjunto con la limitada disponibilidad a pagar por los usuarios crean incentivos para que los proveedores de Internet provean velocidades inferiores a las ofertadas en el resto del país, limiten la oferta comercial o, en el caso de redes móviles, limiten la cobertura efectiva a los mínimos que permita la viabilidad de la operación.

Estos elementos se reflejan en la insatisfacción manifiesta de la población, la insuficiente cobertura, la baja penetración del servicio y uso del mismo.

5. 3. Elementos comparativos entre San Andrés y otros lugares del Caribe

En términos de disponibilidad de infraestructura de telecomunicaciones San Andrés presenta un rezago importante frente a varias islas y países del caribe. El principal punto de referencia está dado por la oferta de cables submarinos, sistemas interoceánicos dotados de gran capacidad para el transporte de datos mediante la instalación de fibra óptica sobre el lecho marino. Salvo San Andrés y Suriname, el resto de islas y países del Caribe cuentan con, al menos, dos cables submarinos, lo que les permite contar con mercados más competitivos y les facilita garantizar redundancia en caso de que un cable falle. La competencia en el segmento de transporte es un aspecto de alta relevancia para mejorar la asequibilidad en las islas, puesto que las tarifas de interconexión para el servicio de transporte que prestan los cables impacta las tarifas de las conexiones de última milla.

6. 4. Propuestas de intervención pública

En virtud del diagnóstico expuesto resulta clara la necesidad de fortalecer la estructura de telecomunicaciones en el archipiélago, de tal manera que las tarifas del servicio de Internet puedan disminuir y viabilizar la masificación de la conectividad. En tal sentido, el Ministerio TIC, con el apoyo de la autoridad territorial, y el sector privado, llevarán a cabo el desarrollo de iniciativas tendientes a diversificar la oferta de servicios, incluyendo el segmento portador. De otro lado, el Ministerio implementará medidas para fortalecer la estructura del mercado de telecomunicaciones, soluciones transitorias para mitigar el bajo acceso a Internet y estrategias que fomenten el uso y apropiación de Internet.

- 7. Nuevas iniciativas privadas:** el Gobierno nacional, con la coordinación del Ministerio TIC, promoverá la inversión privada para favorecer la llegada de un nuevo sistema de transporte a San Andrés, de modo que puedan reducirse las tarifas de interconexión y, por ende, se mejore la asequibilidad de los servicios de última milla. Se incentivará la oferta de un sistema de transporte que cuente con múltiples puntos de conexión en el caribe, de tal manera que la recuperación de los costos de instalación, operación y mantenimiento de la infraestructura no dependa exclusivamente del comportamiento de la comercialización del servicio portador en San Andrés.

Producto: sistema de transporte

Meta: 1

Fecha: diciembre de 2021

Inversión: privada

Origen del proyecto del cable submarino

De conformidad con lo expuesto en el acápite anterior, es evidente que el Gobierno Nacional está promoviendo la inversión privada para que ingrese al mercado de San Andrés un nuevo proveedor en el sistema de transporte para reducir las tarifas de interconexión y con ello mejorar la asequibilidad de servicios de última milla.

En desarrollo de esta política promovida por Gobierno Nacional y coordinada por el Ministerio de Tecnologías de Información y Comunicaciones, la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. se encuentra ejecutando el proyecto de Tendido de Cable Submarino AMX-1 CV9 que consta de dos partes o frentes: (i) correspondiente al tendido propiamente del cable submarino y (ii) la

estación terrena de telecomunicaciones para lo cual se están llevando a cabo obras en el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 450- 217 y referencia catastral No. 00-00-001-1081-0000, ubicado en el sector de Schooner Bight de esta ciudad.

A juicio de la Sala, y a pesar de la oposición que tienen derecho a ejercer el Sr. Leandro Pájaro y los coadyuvantes, las actuaciones surtidas por la empresa ejecutora del proyecto y la de las autoridades concernidas: Dirección de la Autoridad de Consulta Previa, Secretaría de Planeación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y Coralina, se hicieron dentro del marco de la legalidad que sujeta a tales autoridades, sin que pueda vislumbrarse acción u omisión a partir de la cual se pudiera considerar que se ha vulnerado el derecho a la moralidad administrativa o el patrimonio público o la protección al ambiente y a los recursos naturales.

La no procedencia de la consulta previa en el caso concreto

Para el análisis de este punto específico, la Sala partirá de las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-123 de 2018, en que estudió el elemento de la *afectación directa* como determinante para la realización de la consulta previa. En estos términos explicó la Corte el tema:

7. Procedencia de la consulta previa y el concepto de “afectación directa”

7.1. Para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha indicado⁵⁶, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse las medidas legislativas o administrativas que tengan la susceptibilidad de impactar directamente a los pueblos étnicos. El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a un pueblo étnico. Por economía de lenguaje suele hablarse del concepto de “afectación directa”⁵⁷, que si bien es un concepto indeterminado, no significa que carezca de contenido, pues ha sido delimitado por el Convenio 169 de la OIT, por la legislación interna, y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH.

7.2. La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo⁵⁸ o negativo⁵⁹ que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que

⁵⁶ Corte Constitucional Sentencia T-236 de 2017. Pueden además consultarse las decisiones SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-075 de 2009, C-175 de 2009, T-661 de 2015, T-226 de 2016, T-080 de 2017 y SU-217 de 2017.

⁵⁷ Corte Constitucional Sentencia SU-217 de 2017.

⁵⁸ Un ejemplo del impacto positivo de una afectación directa se estudió en la sentencia T-201 de 2017 en el que se demandó la procedencia de la consulta previa para la ejecución de los programas de alimentación en el Consejo comunitario de negritudes Julio Cesar Altamar.

⁵⁹ Dentro de los casos de afectación directa por un impacto negativo se puede citar, entre otras, la sentencia T-704 de 2016 que estudió la procedencia de la consulta previa en el caso del pueblo Media Luna Dos por la ampliación del puerto de la empresa Cerrejón.

constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica⁶⁰.
Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente.

En el proceso está demostrado que se adelantaron las gestiones ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa que determinó que para el proyecto “Instalación de cable fibra óptica submarino AMX.1 CV9” no procede la realización de consulta previa. Respecto de la procedencia de la consulta previa, la autoridad competente profirió dos (2) actos administrativos: (i) Resolución número ST – 0531 de 30 junio de 2020, por medio de la cual se revisó el proyecto “Instalación de cable fibra óptica submarino AMX.1 CV9” en el componente de la parte marina y (ii) Resolución No. ST-0737 del 25 agosto de 2020 “Sobre la procedencia o no de la consulta previa con comunidades étnicas para proyectos, obras o actividades”, dictada por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa, determinando que no era procedente respecto del proyecto “Construcción de la Estación Terrena de Telecomunicaciones de Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A” localizado en jurisdicción del municipio de la Isla de San Andrés en el departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

También quedó probado que la presentación de la solicitud de concepto sobre la procedencia o no de consulta previa en el marco del proyecto de construcción de la estación terrena de telecomunicaciones de Comcel S.A. se adelantó en cumplimiento de una orden judicial. En efecto, en la Sentencia 034-20 del 28 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de San Andrés isla, se tuteló el derecho fundamental de la consulta previa a la comunidad raizal de San Andrés Isla. En virtud de lo anterior, se ordenó: (i) a la Secretaria de Planeación del Departamento Archipiélago, suspender el trámite para la expedición de la licencia de construcción radicado bajo el No. 3555, hasta tanto la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior emitiera concepto de procedencia de consulta previa del citado proyecto.⁶¹ (ii) Se ordenó a la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A. solicitar ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior el concepto de procedencia y oportunidad de la consulta previa respecto del proyecto denominado “Construcción Estación Terrena de Telecomunicaciones”, junto con sus modificaciones, a ejecutarse en el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 450- 217 y referencia

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencias T 733/2017, T 236/2017, T 080/2017, SU 217/2017.

⁶¹ Ver cuaderno digital en el índice No. 06 Fl 36

catastral No. 00-00-001-1081-0000, ubicado en el sector de Schooner Bight de esta ciudad.

La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa negó la procedencia de la consulta previa en el caso del proyecto indicado, proyecto dividido en dos fases, se fundamentó en el hecho que no se acreditó la afectación directa a la comunidad raizal. La autoridad administrativa indicó que atendiendo lo establecido por el Alto Tribunal Constitucional se ha definido la afectación directa como “(...) la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias”. Que se puede manifestar cuando: “(...) (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido.”

Dicho lo anterior, esta Sala debe indicar que el estudio de legalidad de tales actos administrativos no puede surtir en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos. Para la discusión de los actos administrativos el legislador ha previsto un medio de control que son el de nulidad y el de nulidad y restablecimiento del derecho, según corresponda a un acto de carácter general o un acto que desconozca un derecho subjetivo que la ley reconoce a una persona particular y concreta. No obstante lo anterior, y dependiendo del caso concreto, el juez constitucional tiene el deber de revisar si se están afectando derechos e intereses colectivos y tomar las medidas para su protección, sin que necesariamente deba efectuar un control de legalidad de los actos administrativos que estén ocasionando una amenaza o una vulneración a aquéllos. En el sub judice, la Sala considera que no obra prueba alguna ni tampoco encuentra que la ejecución del proyecto de tendido del cable submarino y la construcción de la estación terrena de telecomunicaciones pueda causar una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de la comunidad raizal.

En el caso concreto, siguiendo las subreglas determinadas por la Corte Constitucional, por la ejecución del mencionado proyecto, no se encuentra que: (i) se esté causando una perturbación a las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales⁶²; (ii) no se acredita un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica⁶³; (iii) no se observa que se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento⁶⁴ y (iv) tampoco se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio⁶⁵. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido. Sin embargo, en el caso concreto ninguna de las causales enlistadas en los últimos tres últimos numerales se presenta respecto del proyecto del tendido del cable submarino y de la construcción de la estación terrena.

Cumplimiento de las órdenes judiciales

Se cumplieron las órdenes judiciales impartidas, como la determinada en la Sentencia 034-20 del 28 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de San Andrés isla, por medio de la cual se tuteló el derecho fundamental de la consulta previa a la comunidad raizal de San Andrés Isla. En esta sentencia se ordenó a la Secretaria de Planeación del Departamento Archipiélago, suspender el trámite para la expedición de la licencia de construcción radicado bajo el No. 3555, hasta tanto la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior emitiera concepto de procedencia de consulta previa del citado proyecto.⁶⁶ De igual manera, se ordenó *“a la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A. que solicite ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior el concepto de procedencia y oportunidad de la consulta previa respecto del proyecto denominado “construcción estación terrena de telecomunicaciones”, junto con sus modificaciones, a ejecutarse en el bien inmueble identificado con el folio de*

⁶² Sentencia T-1045A de 2010, T-256 de 2015 y SU-133 de 2017

⁶³ Sentencia T-733 de 2017

⁶⁴ Sentencia T-1045A de 2010

⁶⁵ Sentencia T-256 de 2015

⁶⁶ Ver cuaderno digital en el índice No. 06 Fl 36

matrícula inmobiliaria No. 450- 217 y referencia catastral No. 00-00-001-1081-0000, ubicado en el sector de Schooner Bight de esta ciudad.”

Trámite oportuno de los permisos, autorizaciones y viabilidades ambientales

Se tramitaron oportunamente todos los permisos y autorizaciones ante las entidades competentes: DIMAR, CORALINA, Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Respecto de los procedimientos administrativos llevados a cabo, es evidente que se atendió el principio de publicidad y de ello da cuenta el hecho de la participación de diferentes personas, entre quienes se encuentra el accionante en este proceso. En efecto, al proceso se aportaron los actos administrativos que resolvieron los recursos de reposición y de apelación interpuestos por el Sr. Leandro Pájaro Balseiro en contra de la Resolución No. 003351 del 2 de septiembre de 2020 mediante la cual se otorgó modificación de la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva para la construcción de la Estación Terrena de Telecomunicaciones de COMCEL en el predio identificado con Nro. de matrícula Inmobiliaria 450-217 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de San Andrés Islas.

Adicionalmente se demostró en el proceso que las autorizaciones y/o viabilidades requeridas fueron adelantadas de manera oportuna ante las entidades competentes. De ello dan cuenta los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 009119⁶⁷ del 30 de diciembre de 2019, por medio del cual se concede licencia de construcción en la modalidad de obra nueva sobre predio en el sector de Schooner Bight, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 450-217 y referencia catastral 00-00-001- 1081-000.
2. Oficio No. 20202100468⁶⁸ del 27 de agosto de 2020, por medio del cual el secretario general de la Corporación Ambiental CORALINA dio respuesta a la solicitud de expedición de certificado ambiental para tramitar PERMISO PARA USO DE ZONA DE VÍA - PROYECTO CABLE SUBMARINO DE COMCEL S.A. En el mencionado oficio, la autoridad ambiental informa “*que bajo el entendido de que para el uso de la vía para llevar a cabo la canalización para la interconexión entre el punto de aterrizaje del cable*

⁶⁷ Ver cuaderno digital en el índice No. 47, fls. 62 a 70

⁶⁸ Ibídem, índice No. 21 fl. 10

submarino y el BEACH MAN HOLE que quedará ubicado dentro del predio de la estación base, no se realizará Uso, Aprovechamiento y/o Afectación de los Recursos Naturales Renovables; no es necesario surtir previamente ante esta Corporación, trámites de obtención de licencias, permisos, concesiones y/o autorizaciones ambientales”.

3. Resolución No. 320⁶⁹ del 21 de septiembre de 2020, proferida por el Director General de la Corporación Ambiental Coralina, por medio de la cual se resuelve una solicitud de viabilidad ambiental para el proyecto “Tendido de Cable Submarino AMX-1 CV) en aguas territoriales colombianas, y se dictan otras disposiciones”. En el acto administrativo se otorgó viabilidad ambiental para la realización del mencionado proyecto, estableciendo a cargo del beneficiario el cumplimiento de medidas compensatorias.
4. Resolución No. 003351 del 2 de septiembre de 2020 mediante la cual se otorgó modificación de la licencia de construcción en la modalidad de obra nueva para la construcción de la Estación Terrena de Telecomunicaciones de COMCEL en el predio identificado con Nro. de matrícula Inmobiliaria 450-217 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de San Andrés Islas.
5. Resolución No. 0965-2020⁷⁰ MD-DIMAR-SUBDEMAR-ALIT del 30 de diciembre de 2020 “Por la cual se autoriza a la empresa COMCEL S.A. (Claro – Colombia), el Tendido de Cable Submarino de Comunicaciones del sistema de cableado AXM-1 CV9 segmentos S4.6.1, S4.6.2 y S4.6.3 con adecuación área de aterrizaje del cable así como la permanencia y operación temporal de las motonaves “IT INTREPID” de bandera BARBADOS, “ILE DE BREHAT” de bandera FRANCIA, y “PETER FABER” de bandera FRANCIA en aguas marítimas jurisdiccionales colombianas”, proferida por el Director General Marítimo.
6. Resolución No. 0005⁷¹ del 05 de enero de 2021, por medio de la cual se resuelve una solicitud de aprobación de plan de manejo ambiental para el Proyecto Tendido de Cable Submarino AMX1 – CV9 en aguas territoriales

⁶⁹ Ver cuaderno digital índice 47, fls. 307 y ss.

⁷⁰ Ver cuaderno digital, Carpeta de Medida cautelar No. 2 (subcarpeta Archivos índice 03)

⁷¹ Ver cuaderno digital, Carpeta de Medida cautelar No. 2 (subcarpeta Archivos índice 09)

colombianas. En el mencionado acto administrativo se aprueba el plan de manejo ambiental presentado por Ingemec.

El demandante y los coadyuvantes aseguran que con la ejecución del proyecto de tendido del cable submarino se están vulnerando derechos colectivos como son la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la protección del ambiente y de los recursos naturales.

En el otro extremo, la sociedad COMCEL S.A. así como las entidades demandadas han alegado que sus actuaciones se han desarrollado en el marco de las disposiciones legales y se encuentran ajustadas a la legalidad.

Esta Corporación ha estudiado las pruebas aportadas al proceso y no encuentra que ninguna de las autoridades como tampoco la sociedad COMCEL S.A. por acción u omisión hayan amenazado o vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa. A ese respecto, conviene recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la delimitación conceptual de la *“moralidad administrativa”*, como derecho colectivo, no puede depender de la idea subjetiva de quien, frente a la actuación cuestionada, decide sobre la observancia, amenaza o vulneración de dicho derecho sino que está relacionada con la intención o propósito que influye en esa actuación respecto de la finalidad de la ley. Precisamente por la imposibilidad de establecer *ex ante* los supuestos que puedan acreditar que se está afectando la recta intención de las autoridades y servidores públicos, el Consejo de Estado indicó que se podían tener *“como parámetros la desviación de poder, el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa, la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal, la conducta antijurídica o dolosa –en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función–.”*

Esta Corporación ha revisado las actuaciones surtidas y no encuentra prueba a partir de la cual se pueda establecer una desviación de poder o el favorecimiento de intereses particulares o que se hayan adelantado actuaciones de espaldas a los principios que informan las actuaciones administrativas. Debe tenerse en cuenta que al proceso se aportaron abundantes pruebas, incluidos - por supuesto - los antecedentes administrativos, a partir de las cuales se encuentra que los procedimientos administrativos se sujetaron enteramente a la legalidad. Nótese que

cuando por orden judicial se suspendieron, efectivamente ello ocurrió así y luego de surtidas las órdenes impartidas se reanudaron los trámites, acatando los principios legales para estas actuaciones. Es así que la Sala concluye que no hubo inobservancia grosera, arbitraria o alejada de todo sustento legal en los procedimientos adelantados. De hecho, los actos y decisiones fueron sujetos de recursos en vía administrativa, dando lugar a la participación de todos los interesados para la discusión de los mismos.

La Sala concluye en grado de certeza, que no hubo intención deliberada o manifiesta de vulnerar mandatos legales a partir los cuales se pudiera considerar que se afecta la moralidad administrativa. Por el contrario, se observa el ejercicio de una actividad económica amparada en disposiciones constitucionales y legales y que desarrollan políticas gubernamentales en materia de telecomunicaciones.

No se aportó siquiera un principio de prueba a partir del cual se pueda considerar que se causa una afectación al patrimonio público por el hecho de desarrollar el proyecto de cable submarino por parte de COMCEL. Por el contrario, lo que se observa es la materialización de una política incentivada por el Gobierno Nacional para mejorar las condiciones de prestación del servicio de internet en la isla de San Andrés. Ha de recordarse que en el documento Plan San Andrés Conectado se señala que *“La existencia de un único proveedor de servicio portador de fibra óptica en San Andrés incide, de manera crítica, sobre las condiciones de calidad, capacidad y tarifas del mercado minorista. Las elevadas tarifas del servicio han sido atenuadas por los proyectos subsidiados de masificación de accesos, implementados por la Gobernación y el Ministerio TIC (CRC, 2017).”*

Tampoco encuentra la Sala que se estén afectando el medio ambiente y los recursos naturales, más allá de afectaciones que se pueden generar por la realización de actividades antrópicas; para lo cual, precisamente, se constata en los actos administrativos correspondientes que se establecieron las medidas de compensación para atenuar los impactos que se puedan causar con las mismas. Así se puede verificar en la Resolución No. 0005 del 05 de enero de 2021 en que se aprueba el Plan de Manejo Ambiental para la realización del proyecto Tendido del Cable Submarino AMX-1 CV9 en aguas territoriales colombianas, en su componente terrestre. En efecto, en el mencionado acto administrativo se determinan medidas compensatorias, como por ejemplo, la vinculación del

beneficiario a una medida de restauración y/o recuperación de un ecosistema estratégico en la isla de San Andrés que implique o involucre participación comunitaria a través de un esquema de pagos por servicios ambientales o de un incentivo económico a la conservación.

Esta Corporación no encontró ninguna prueba a partir de la cual se pueda vislumbrar conductas de los demandados que puedan considerarse contrarias a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, que pretendan el quebrantamiento del ordenamiento jurídico o inmoralidad en la actuación de cualquiera de los servidores públicos desde una perspectiva subjetiva.

En conclusión, se considera que el proyecto de cable submarino junto con la construcción de la estación terrena no vulnera los derechos colectivos señalados por el accionante, así como ninguno otro que haya podido observar esta Sala. Se trata de la ejecución de un proyecto que propende ejecutar políticas de conectividad promovidas desde el Gobierno Nacional que no requieren autorizaciones ni concesiones por parte del Estado y que, en últimas, pretenden mejorar las condiciones del servicio de internet para los habitantes del departamento Archipiélago en un mercado que dejará de ser esencialmente monopólico para pasar a ser competido, todo ello en beneficio de los usuarios del servicio.

En virtud de todo lo expuesto, las pretensiones de la demanda han de ser negadas.

COSTAS

Sin costas por tratarse de una acción pública.

Acorde a las consideraciones expuestas, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. FALLA

Expediente: 88 001 23 33 000 2020 00072 00
Demandante: Leandro Pájaro Balseiro
Demandado: COMCEL, CORALINA y otros
Medio de control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos

SIGCMA

PRIMERO: DECLARÁSE no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio del Interior y CORALINA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda invocadas por el Sr. Leandro Pájaro Balseiro.

TERCERO: Sin costas por tratarse de una acción pública.

CUARTO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88 001 23 33 000 2020 00072 00)

Expediente: 88 001 23 33 000 2020 00072 00
Demandante: Leandro Pájaro Balseiro
Demandado: COMCEL, CORALINA y otros
Medio de control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos

SIGCMA

Firmado Por:

NOEMI CARREÑO CORPUS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 003 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZALEZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

JOSE MARIA MOW HERRERA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 002 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6a2aaac4a78d1d076f39bd316ae862face528e48f85b70e73a8bb3a6361f922f

Documento generado en 02/07/2021 08:32:37 AM