Radicado No. 13-001-33-33-008- 2016-00224

Cartagena de Indias D. T y C, Diez (10) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	**ACCION POPULAR**
Radicado	**13-001-33-33-008-2016-00224-00**
Demandante	**MANUEL JULIO TORRES Y OTRO**
Demandado	**LA SERREZUELA S.A.S, ESTABLECIMIENTO PUBLICO AMBIENTAL-EPA, Y DISTRITO DE CARTAGENA**
Tema	**Medio Ambiente Sano**
Sentencia No	**0103**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado a dictar sentencia de la ACCION POPULAR presentada por el señor **MANUEL JULIO TORRES Y OTRO**, contra **LA SERREZUELA S.A.S, ESTABLECIMIENTO PUBLICO AMBIENTAL- EPA, Y DISTRITO DE CARTAGENA**, en aras de proteger los derechos Colectivos vida, salud, trabajo, igualdad de derechos y ambiente sano, por lo que solicitó que en el presente proceso se hicieran las siguientes:.

2. ANTECEDENTES

PRETENSIONES

1. Que se declare que existe violación a los derechos colectivos de vida, salud, trabajo, igualdad de derechos y ambiente sano.

2. Que se adopten las medidas pertinentes para la restitución de los manglares que se encuentran en manos de particulares y prevenir los factores de deterioro ambiental en el caño juan Angola, Ciénaga del cabrero.

3. Que se ordene la reparación del daño emergente sufrido por el pescador artesanal en el caño juan Angola, Ciénaga del cabrero, por la defaunacion y hambre que padecen los pescadores y sus familias

HECHOS

El demandante expone como fundamentos facticos de sus pretensiones los siguientes:

1) El caño Juan Angola es un ecosistema de bajamar con resguardo de pescadores artesanales ahí asentados.

2) Actualmente ese ecosistema se encuentra en sequia por el relleno indiscriminado del mangle con material sobrante de construcción.

3) Por ello, el pescador artesanal se encuentra en estado de indefensión y hambre debido a que el ecosistema se encuentra contaminado y no existen peces para pescar.

4) El demandado EPA con licencias y permisos autoriza a constructora la SERREZUELA S.A.S. colocar un ducto-tubo con dirección a la Ciénaga el cabrero, contaminando aún más el ecosistema.

DERECHOS VULNERADOS

El accionante considera que se están vulnerando las siguientes normas:

Ley 472 de 1998, artículos 2, 4, 15, 19, 25, 32 y 43.

Constitución política colombiana, artículos 2, 13, 7, 17, 25, 79, 80, 88 y 90

Ruega que se amparen los derechos colectivos invocados a favor del pescador artesanal, los cuales siguen siendo vulnerados por los demandados DISTRITO DE CARTAGENA, EPA, SOCIEDAD PROMOTORA LA SERREZUELA S.A.S, por el otorgamiento de licencias y permisos sin ninguna clase de control en sus competencias.

CONTESTACIÓN

- **EPA.**

Manifiesta la entidad que la limpieza de caños no es de su competencia conforme el artículo 65 de la ley 99 de 1993, sino de otras entidades. Además los presuntos hechos vulneradores no se encuentran probados.

Así pues, al no ser función de esta entidad ambiental la limpieza de caños, estima que la demanda debe dirigirse contra la entidad o autoridad directamente responsable, es decir el Distrito.

Aduce como excepciones las de falta de causa para pedir, inexistencia de daño colectivo y falta de legitimación en la causa por pasiva.

- DISTRITO DE CARTAGENA

Si bien es cierto el EPA mediante resolución 095 de 05-05-15 autorizó permiso de vertimiento de líquidos y aprobó plan de gestión de riesgo en el manejo de vertimientos a favor de la SOCIEDAD PROMOTORA A.C.R. S.A.S responsable del centro comercial la SERREZUELA en el barrio san Diego, sin embargo, en ningún momento la autorización se efectuó para el vertimiento de líquidos contaminantes, sino para el manejo de vertimientos de las aguas residuales freáticas o subterráneas provenientes de las operaciones de abatimiento a fin de ser descargadas mediante bombeo a la laguna el cabrero. Además el EPA realiza controles periódicos a los vertimientos, y en caso de incumplimiento, la autoridad ambiental está facultada para iniciar las actuaciones administrativas pertinentes para imponer las sanciones preventivas del caso.

Señala que la acción popular es improcedente para solicitar la protección de derechos fundamentales o reparar perjuicios de carácter particular, pues para ello se encuentra consagrada la acción de tutela.

- LA SERREZUELA S.A.S.

Indica que los derechos a la vida, trabajo e igualdad, son individuales y no colectivos, cuya protección no se puede pretender a través de una acción popular.

Por otro lado el proceso denominado dewatering para la succión del agua procedente del nivel freático implica un bombeo constante pues el agua que se encuentra en el nivel freático es la mismo agua proveniente de la Ciénega la virgen y dado que se realizaron pruebas fisicoquímicas y

microbiológicas de la calidad del agua, se pudo concluir que el nivel de pureza del agua vertida es aún mayor a la del agua que se encuentra en la ciénaga, dada la filtración natural que ocurre por el paso a través del suelo, por lo que se solicitó permiso al EPA para verter el agua mencionada en la ciénaga de la virgen.

Esta actividad se ha realizado en la forma autorizada y rindiendo de forma periódica los respectivos informes a la autoridad ambiental, evidenciándose con ello que la calidad del agua no ha tenido impacto fisicoquímico o microbiológico en esas aguas. El tubo mencionado que hace vertimiento de agua permanente en la ciénaga no tiene ningún potencial contaminante, pues no derrama hipoclorito ni mercurio, y mucho menos sobrantes de construcción.

Formulas las excepciones de ausencia de amenaza, vulneración o agravio sobre derechos o intereses colectivos; necesidad de que el tubo continúe instalado; licencias y trabajos controlados por las autoridades competentes; improcedencia de restituciones; improcedencia de condenar a un daño emergente.

- EDURBE

La acción popular no es el mecanismo judicial idóneo para formular pretensiones de índole indemnizatorio, teniendo en cuenta que debe ejercerse exclusivamente para evitar el daño contingente, hace cesar el peligro, la amenaza, la vulneración sobre los derechos e interese colectivos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Aunado a ello, esta entidad no es la causante de la contaminación, ocupación o defaunacion del medio ambiente que aduce el actor, amen que las pretensiones de la demanda exceden el objeto social y la órbita de competencias de la demandada toda vez que las medidas de restitución del espacio y bienes públicos, que sean ocupados o usurpados por particulares, al igual que las sanciones legales que se deriven de estos actos o de la contaminación por vertimiento de líquidos o residuos en los cuerpos de agua, implican el uso de prerrogativas públicas y de la fuerza pública, que no está en cabeza de la accionada, pues su naturaleza corresponde a la de una sociedad pública por acciones.

Propone como excepciones la de indebido agotamiento de los requisitos de procedibilidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de violación de derechos colectivos, inexistencia de litisconsorcio necesario, inexistencia de obligación, improcedencia de pretensiones indemnizatorias, hecho imputable a un tercero, carencia de objeto frente a EDURBE.

TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 05 de octubre del año 2016, siendo admitida mediante auto adiado 07 de octubre de la misma anualidad, siendo notificada al demandante por estado electrónico 167.

El día 21 de febrero de 2017 se realiza audiencia de pacto de cumplimiento, pero en la etapa de saneamiento se decide suspender la audiencia hasta tanto se surta por completo el traslado a favor de EDURBE, por lo que se fija el día 07 de marzo de 2017 para su realización.

Llegada la fecha señalada, se lleva a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, en la que SERREZUELA S.A.S propone proposición de pacto, pero se requiere la intervención del EPA por lo que la apoderada judicial de la autoridad ambiental solicita un plazo para obtener directrices al respecto, a lo cual el Despacho accede, en consecuencia se suspende la diligencia y se fija su reanudación para el 14 de marzo de 2017. Acaecido este día, se reanuda la diligencia y se declara fallida luego de que las partes manifestaran que no tienen ánimo de pactar.

A través de auto del 27 de abril de 2017, el proceso se abre a pruebas practicándose hasta el día 02 de junio de 2017, en donde se corre traslado para alegar por el término de 5 días.

ALEGACIONES

DE LA PARTE ACTORA. Solicita que se tengan en cuenta el acápite de pruebas y la vinculación de EDURBE al proceso ya que en asocio con DRAGACOL se atenta contra el agua, flora, fauna y la colectividad de pescadores desde hace 18 años por peculado en apropiación de 10 hectáreas de manglares donde se construyen grandes edificaciones en los límites de bajamar.

También solicita que se tenga en cuenta las contestaciones efectuadas por los demandados, en las cuales manifiestan que se debió demandar con acción de grupo o reparación directa, es decir que el daño ya esta hecho.

DE LA PARTE ACCIONADA:

- EDURBE.

Solicita que se rechacen las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que EDURBE no es responsable de ninguna omisión o vulneración que afecte los derechos colectivos pues los supuestos perjuicios derivados de la contaminación, ocupación y defaunacion entre otros actor, fueron realizados por terceras personas. Además las indemnizaciones deprecadas no son de la naturaleza, fines y efectos de la acción popular.

Aduce que la parte demandante incumplió con el deber de probar el supuesto factico de las normas que le servían de fundamento y en las cuales soportaba las pretensiones, pues con la inspección judicial practicada se logró acreditar que no existe acción contaminante sobre los cuerpos de agua del cabrero y caño Juan Angola, aunado a que las competencias de esta entidad no tienen nada que ver con el otorgamiento de permisos ni gestiones ambientales para permitir el vertimiento de líquidos.

- DISTRITO DE CARTAGENA

Alega que el EPA mediante resolución 095 de 05-05-15 autorizó permiso de vertimiento de líquidos y aprobó plan de gestión de riesgo en el manejo de vertimientos a favor de la SOCIEDAD PROMOTORA A.C.R. S.A.S responsable del centro comercial la SERREZUELA en el barrio san Diego, sin embargo, en ningún momento la autorización se efectuó para el vertimiento de líquidos contaminantes, sino para el manejo de vertimientos de las aguas residuales freáticas o subterráneas provenientes de las operaciones de abatimiento a fin de ser descargadas mediante bombeo a la laguna el cabrero. Además el EPA realiza controles periódicos a los vertimientos, y en caso de incumplimiento, la autoridad ambiental está facultada para iniciar las actuaciones administrativas pertinentes para imponer las sanciones preventivas del caso.

Por ultimo señala que durante la inspección judicial realizada se logró evidenciar que el ducto-tubo motivo de controversia ya fue retirado por LA SERREZUELA S.A.S, por lo que se configura una carencia actual de objeto hecho superado.

- SERREZUELA S.A.S.

Esta entidad dentro de sus alegatos destaca la importancia y necesidad del proceso de Dewatering, pues el agua vertida sobre la ciénaga no tiene la capacidad de contaminar y generar afectaciones al medio ambiente. Adicional a ello, quedo demostrado que el agua vertido era libre de residuos y sobrantes de construcción. También se hicieron pruebas fisicoquímicas y microbiológicas periódicas sobre el agua vertida, cuyos informes eran enviados al EPA, en ellos se puede corroborar la calidad del agua, que en muchas ocasiones era mejor que aquella que ya se encontraba en la ciénaga.

Es claro que la sociedad cumplió los términos de la autorización otorgada por el EPA para el vertimiento de aguas, con ello se pudo constatar que el agua vertida sobre el mentado cuerpo de agua no es el causante de la mortandad de peces.

También explica que las pruebas aportada por el demandante no acreditan la presunta vulneración invocada pues los recortes de periódico presentados donde se reporta una mortandad de peces, ni siquiera indican la fecha en que ello ocurrió, haciendo imposible verificar que la muerte de esos peces fue ocasionada por el vertimiento de agua. Respecto a los informes aportados por los accionantes en los que, según ellos, consta que el agua vertida lleva cloro, no es posible identificar cuando ni donde se tomaron las muestras.

- **EPA**

Sea lo primero señalar que mediante resolución 095 de 05-05-15 el EPA autorizó permiso de vertimiento de líquidos y aprobó plan de gestión de riesgo en el manejo de vertimientos a favor de la SOCIEDAD PROMOTORA A.C.R. S.A.S.

Es de total relevancia manifestar que el EPA realizo visita el dia 15 de mayo de 2017, en la que el técnico ambiental se pudo percatar que la tubería que se encontraba endosada en la muralla había sido desmontada, por medio del cual los vertimientos de aguas freáticas o subterráneas en el presente no existen

Finalmente, el EPA mediante seguimientos ejecutados por parte de la subdirección técnica de desarrollo sostenible, en los múltiples informes de resultados de reporte físico-químico y microbiológico de las muestras de agua realizados por CARDIQUE- laboratorio de calidad ambiental, se lograba determinar la calidad del agua subterránea o freática suministrada por la SERREZUELA S.A.S.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Se contrae a Determinar si las entidades demandadas amenazan y/o vulneran los derechos colectivos de los pescadores artesanales demandantes, al verter las aguas subterráneas o del nivel freático emanado desde el proyecto denominado plaza la serrezuela hacia los cuerpos de agua del cabrero y caño Juan Angola.

TESIS

El Despacho llega a la conclusión que en el caso de marras no existe afectación a los derechos o intereses colectivos aducidos por el actor, por las siguientes razones:

En primer lugar, el ducto-tubo que se encontraba adosado a la muralla y que provenía de la construcción proyecto Plaza La Serrezuela, con destino hacia la ciénaga, ya fue desmontado tal como se pudo constatar en la inspección judicial practicada el día 02 de junio de 2017. Por ende se entiende que la presunta afectación generada por el vertimiento de agua sobre la ciénaga ya se encuentra superada.

Se advierte que las acciones adoptadas por la SERREZUELA S.A.S, han sido las apropiadas para mitigar los posibles daños que se pudieran causar al medio ambiente con la extracción de agua del nivel freático, pues no existen amonestaciones o llamados de atención de parte de la autoridad ambiental sobre ello.

Con el testimonio de RODRIGO VICARIA WITTING- representante legal de Dewatering & Foundations S.A.S.- quedó demostrado que el proceso de vertimiento de agua es netamente físico y no implica un fenómeno de cambio químico en el líquido que se vierte.

Las pruebas documentales aportadas por la parte accionante, tales como recortes de periódico y fotografías, no tienen el poder suasorio suficiente para acreditar que la presunta contaminación que invade estos cuerpos de agua, sea consecuencia de acciones u omisiones por parte de las entidades demandadas. La parte demandante tampoco desvirtuó o desacreditó el testimonio rendido por RODRIGO VICARIA WITTING.

En ese sentido, el actor no probó el nexo causal entre los hechos planteados en la demanda y el supuesto daño causado al medio ambiente, siendo que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso y articulo 30 de la ley 472 de 1998 a la parte interesada le corresponde demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos se persigue.

A las anteriores conclusiones se llegaron teniendo en cuenta el siguiente análisis:

FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES APLICADOS AL CASO CONCRETO

El artículo 88 de la Constitución Política dispone:

*«La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, **el ambiente**, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella.»*

En desarrollo de este precepto constitucional se expidió la Ley 472 de 1998 (25 de agosto) cuyo artículo 2° define las acciones populares así:

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

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

Los derechos cuyo amparo se pretende son, ciertamente, derechos colectivos, contemplados en los literales a, b, c, d, g y l del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante el ejercicio de la acción popular.

La naturaleza, objeto y características de la Acción Popular reclama un procedimiento preferencial, ágil y despojado de formalismos, y su ejercicio se encamina a hacer cesar la amenaza, vulneración o agravio a los derechos colectivos y restituir las cosas al estado anterior, en cuanto fuere posible. Ni el artículo 88 de la Carta, ni la Ley 472 de 1998, excluyen las acciones populares cuando existan otros medios que tengan la misma finalidad, porque, aunque existan otras acciones, la

Acción Popular es específica e independiente, y procede contra toda acción u omisión de la autoridad pública que amenace o vulnere derechos colectivos[1]

Goce de un ambiente sano, seguridad y salubridad públicas.

La Carta Política en su artículo 79, reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano y le atribuye al Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural.

Sobre el concepto de "salubridad pública" ha sostenido el Consejo de Estado, de manera coincidente con la Corte Constitucional:

> *"En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los conceptos de seguridad y salubridad públicas; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad." "...Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria. Es decir, que al momento de ponerse en funcionamiento determinados proyectos de los cuales se pueda derivar algún perjuicio para los ciudadanos, se deben realizar los estudios previos y tomar las medidas conducentes para evitar que se produzca un impacto negativo en las condiciones de salud y seguridad de los asociados"*[2].

recordemos que los artículos 1° y 2° del Decreto Ley 2811 de 197411 , el cual fue expedido luego de la Declaración de Estocolmo de 1972, disponen que el medio ambiente es un patrimonio común que debe preservarse. De hecho en los artículos referidos se lee:

> *"Artículo 1°. El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social.*
>
> *Artículo 2°. Fundado en el principio de que el ambiente es patrimonio común de la humanidad y necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos, este Código tiene por objeto:*
>
> *1°. Lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad*

[1] SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Bogotá D.C., diez de agosto de dos mil uno. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-0205-01(AP)

[2] Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de 15 de julio de 2004. AP 1834. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

permanente de éstos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional.

2°. Prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos.

3°. Regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la Administración Pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente."

A su turno, turno, los artículos 8°, 58, 79, 80 y 95 de la Constitución Política de 1991, consagran, respectivamente, i) la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas naturales de la Nación; ii) la función ecológica de la propiedad; iii) el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservando las áreas de especial importancia ecológica y fomentando la educación para el logro de estos fines; y iv) el deber del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, así como el de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Precisamente, el medio ambiente hace parte de lo que la jurisprudencia constitucional[3] ha denominado la "Constitución Ecológica", conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

En igual sentido la corte constitucional refiriéndose respecto al derecho al goce de un medio ambiente sano, ha expresado a través de sentencia T-724 de 2011 que:

"... la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Artículo 366 C.P.

*La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado '**Constitución ecológica**', conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección"*

En lo referente al concepto de Constitución Ecológica, la Corte Constitucional ha explicado a través de sentencia T- 760 de 2007 lo siguiente:

"Esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho

[3] Corte Constitucional. Sentencias T-411 de 1992, Actor: José Felipe Tello Varón, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-523 de 1994, Actores: María de Jesús Medina Pérez y Otros M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-126 de 1998, Actores: Luis Fernando Macías Gómez y Luis Roberto Wiesner Morales M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-431 de 2000, Actor: Julio César Rodas Monsalve, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares".

Acerca de la Carga de la Prueba

Se tiene que en principio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, *"la carga de la prueba corresponderá al demandante"*, es decir, que es deber del actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se reclama con la demanda. Y se afirma que en principio, porque por razones de orden técnico o económico, si no puede cumplir con dicha carga, le corresponde al juez impartir las órdenes necesarias para suplir esa deficiencia, para lo cual puede acudir a las entidades públicas cuyo objeto esté referido al tema de debate.

Sobre este punto, el H. Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 03 de septiembre de 2009[4], cuando al respecto expuso:

> *"En esta oportunidad reitera la Sala la importancia de cumplir por parte de los actores con la carga de demostrar válidamente los supuestos de hecho que motivan sus demandas. En efecto, a la luz del artículo 30 de la Ley 472 de 1998,* ***le corresponde al demandante acreditar y probar los hechos, acciones y omisiones que en su criterio, constituyen la amenaza o la trasgresión de los derechos e intereses colectivos invocados****. En ese sentido, se entiende que* ***el actor popular no debe limitarse a señalar la presunta vulneración de derechos e intereses colectivos con la enunciación de determinados hechos, pues está a su cargo demostrar los supuestos fácticos indicados en la demanda****. Empero, de acuerdo con esa misma norma, dicha regla es atenuada tratándose de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, evento en el cual el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los* elementos *probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito; además, en el caso de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva en virtud de lo antes establecido "el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos". No obstante, resulta forzoso resaltar que el* ***decreto oficioso de pruebas lo que pretende es complementar el acervo probatorio mas no producirlo en su integridad****, pues como ya se señaló,* ***es el actor quien deben soportar la carga de demostrar de los hechos u omisiones que a su juicio representan la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se busca.***"[5] (Negrilla fuera del texto)

Por tanto, la carga de la prueba no es del Juez, de los auxiliares de la justicia o del accionado, sino del actor popular que debe precisar y acreditar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda y si bien el Juez cuenta con las facultades oficiosas ellas no son para mejorar las pruebas del demandante o suplir la carga que al actor le incumbe. Se advierte, el actor sólo se puede sustraer de la carga de la prueba por razones de orden técnico o económico, expresamente advertidas y acreditadas. Así, en un caso donde hubo inactividad probatoria del actor popular, el Consejo de Estado puntualizó una serie de aspectos que reafirman la tesis que viene sosteniendo la Corporación sobre la carga de la prueba:

> *"Sobre este mismo aspecto en sentencia proferida el 10 de marzo de 2005 dentro de la AP-2003-01195 se dice:*
>
> *...Se tiene, entonces, que pese a la naturaleza constitucional de la acción popular y a que mediante su ejercicio se procura la protección de derechos colectivos de categoría*

[4] *Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 03 de septiembre de 2009. C.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. radicación No. 85001-23-31-000-2004-02244-01(AP).*

igualmente constitucional (art. 88 C.P.), al demandante le corresponde la carga de la prueba, obligación de la cual solo puede sustraerse por razones de orden económico o técnico expresamente advertidas y acreditadas, sin perjuicio de la facultad probatoria oficiosa que asiste al juez popular por mandato del artículo 28 de la Ley 472 de 1998.'[6]

En este orden de ideas, es claro que la carga de la prueba impone al actor popular el deber de precisar claramente y probar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda, pues de conformidad con el artículo 167 del Código General Del Proceso, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se presenta la vulneración o amenaza de los derechos colectivos incumbe al actor; carga de la prueba sustentada en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones.

CASO CONCRETO

Manifiestan los accionantes que se han visto afectados en sus derechos colectivos a vida, salud, trabajo, igualdad y medio ambiente sano, debido a que los cuerpos de agua de la ciénaga del Cabrero y caño Juan Angola, se encuentran contaminados por hipoclorito y mercurio en razón al relleno de material sobrante de la construcción proyecto Plaza la Serrezuela, aunado a la tala de mangle, lo cual ha generado una gran mortandad de peces, impidiendo así que los pescadores artesanales de esa zona puedan ejercer su actividad económica y que logren el sustento personal y el de sus familias.

Frente a lo anterior, las demandadas EDURBE, DISTRITO DE CARTAGENA Y ESTABLECIMIENTO PUBLICO AMBIENTAL- EPA, señalan, en síntesis, que no son los responsables de la presunta contaminación, ocupación y defaunacion que se ha causado en la ciénaga el Cabrero y caño Juan Angola, ya que no ha realizado acciones u omisiones que generen tales afectaciones.

Por su parte SERREZUELA S.A.S, aclara que el proceso denominado DEWATERING utilizado para excavar y construir sobre seco el proyecto PLAZA LA SERREZUELA, no implica cambios químicos en el agua que extrae del suelo y que luego es vertida en la mentada ciénaga, sino que dicho procedimiento solo es físico, pues el agua extraída pasa por un filtro natural que lo descontamina de impurezas y residuos sólidos, lo que conlleva en muchos casos a que esa agua que se vierte sea mucho más limpia que la de la misma ciénaga.

En este orden de ideas, luego de hacer un análisis minucioso de las pruebas aportadas por las partes, las practicadas por el Despacho y los argumentos expuestos, se llega a la conclusión que en el caso de marras no existe violación a los derechos colectivos invocados por el actor, en razón a lo siguiente:

En primer lugar, el ducto-tubo que se encontraba adosado a la muralla y que provenía de la construcción proyecto Plaza La Serrezuela, con destino hacia la ciénaga, ya fue desmontado tal como se pudo constatar en la inspección judicial practicada el día 02 de junio de 2017. Igualmente a folio 207 del expediente se constata acta de visita de inspección realizada por el ESTABLECIMIENTO PUBLICO AMBIENTAL- EPA, en el que se informa que la tubería adherida a la muralla ya fue retirada. Por ende se entiende que la presunta afectación generada por el vertimiento de agua sobre la ciénaga ya se encuentra superada.

Mediante resolución 095 de 05 de mayo de 2015 el ESTABLECIMIENTO PUBLICO AMBIENTAL-EPA otorgó permiso de vertimientos líquidos y se aprobó plan de gestión de riesgo en el manejo de vertimientos del proyecto centro comercial La Serrezuela y advirtió que si durante el desarrollo

[6] *Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del veintidós (22) de enero de dos mil nueve (2009). C.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. radicación No. 68001-23-15-000-2003-00521-01(AP).*

de la obra se evidencia que las medidas implementadas para el control de vertimientos no son adecuadas para mitigar, compensar y corregir los impactos significativos del mismo, la actividad seria suspendida. De esto se advierte que las acciones adoptadas por la SERREZUELA S.A.S han sido las apropiadas para mitigar los posibles daños que se pudieran causar al medio ambiente con la extracción de agua del nivel freático, pues no existen amonestaciones o llamados de atención de parte de la autoridad ambiental sobre ello.

En segundo lugar, con el testimonio de RODRIGO VICARIA WITTING- representante legal de Dewatering & Foundations S.A.S.- quedó demostrado que el proceso de vertimiento de agua es netamente físico y no implica un fenómeno de cambio químico en el líquido que se vierte, en otras palabras, dicho proceso consiste en sacar el agua que se encuentra en el subsuelo o del nivel freático, que a su vez es proveniente de la ciénaga o del mar, y depositarla en la misma ciénaga. Aclara que para la iniciación de la obra era necesario excavar y construir sobre suelo seco, lo cual solo se logró encerrando la zona de construcción en una especie de "cuadro" que se encuentra cercado por denominados "muros pantalla", con esto se obtuvo que el agua del nivel freático no se filtrara por las paredes, y que solo se debe succionar o bombear el agua que se filtra por la parte de abajo del subsuelo, logrando así una menor capacidad de recuperación del nivel freático y de arrastre de sólidos.

Explica el testigo que posteriormente se inicia el proceso de "Dewatering" propiamente, que consistió en introducir un tubo de PVC en el suelo hasta una profundidad aproximada de 14 metros. Dicho tubo tiene micro-poros en cierto punto deseado y que corresponde al mismo punto del subsuelo del cual se pretende extraer el agua, por lo tanto el agua que se succiona no es la que se encuentra en la superficie del suelo o subsuelo, sino la que está debajo, esto es a 14 metros de profundidad, y por ello el agua que se encuentra en la superficie o parte superior empieza a descender por razones naturales obvias, lo que implica que a medida que el agua va descendiendo por el subsuelo automáticamente se va filtrando a través de la arena, convirtiéndose en un filtro natural de 14 metros de arena. En otras palabras, la particula de agua que se encuentra en la superficie del nivel freático, debe descender por ese filtro natural para poder entrar al tubo y luego ser bombeada. En consecuencia el agua que se extrae a través del tubo de PVC está totalmente libre de sólidos. De esta manera se garantiza que el agua extraída sea cristalina, sin que se afecte químicamente, pues propiedades como la alcalinidad, salinidad y acides no se ven afectadas.

El testigo también explica que se hicieron muestras de agua en distintos puntos, por ejemplo, del lugar donde se toma, donde se vierte, a cierta distancia del punto de vertimiento y en la misma ciénaga; arrojando como resultado que las características químicas del agua vertida son similares a la que se encuentra en la ciénaga, inclusive hubo informes en los que se concluyó que el agua vertida era más limpia.

Así pues, esta Judicatura colige que el testigo expone las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el proceso de extracción y vertimiento de agua, además que justificó la ciencia de su dicho, lo cual se robustece con las pruebas documentales aportadas y la inspección judicial practicada; por lo que en consideración de este Despacho, su declaración es totalmente coherente y genera certeza acerca de los hechos.

Por otro lado, a folio 515- 520, 573-583, 635-655 se atisban los reportes de resultados fisicoquímicos y microbiológicos de muestras de aguas efectuado por CARDIQUE correspondiente a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, octubre, noviembre, diciembre de 2016, y enero 2017, presentados a ESTABLECIMIENTO PUBLICO AMBIENTAL. Quiere ello decir que Serrezuela S.A.S., cumplía con su deber de hacer pruebas de forma periódica sobre el agua a fin de mantener un control y evitar cualquier contaminación sobre el líquido.

De igual forma, a folio 562-570 se encuentra incorporada certificación de que la empresa CONTRUHS LTDA entregaba material para relleno compuesto de material de excavación no contaminada proveniente de la obra La Serrezuela y el cual era utilizado con posterioridad para relleno de un lote ubicado en Pasacaballo. De ello se advierte que los residuos sólidos producto de la construcción proyecto Plaza La Serrezuela, no eran desechados a través del agua que se vertía en la ciénaga, sino que eran trasladados y utilizados como material de relleno de un lote.

En este orden de ideas se colige que la Serrezuela, no está contaminando los cuerpos de agua de ciénaga el cabrero y caño Juan Angola, pues el agua extraída del subsuelo y vertida sobre la ciénaga no ha sido afectada químicamente, amen que dicho proyecto ha contado con los permisos pertinentes de las autoridades ambientales y ha cumplido con la rendición de los informes respectivos, donde se evidencia la similitud en las características químicas entre el agua de la ciénaga y la extraída del subsuelo.

Es preciso acotar que las pruebas documentales aportadas por la parte accionante, tales como recortes de periódico y fotografías, no tienen el poder suasorio suficiente para acreditar que la presunta contaminación que invade estos cuerpos de agua, sea consecuencia de acciones u omisiones por parte de las entidades demandadas. La parte demandante tampoco desvirtuó o desacreditó el testimonio rendido por RODRIGO VICARIA WITTING.

En ese sentido, el actor no probó el nexo causal entre los hechos planteados en la demanda y el supuesto daño causado al medio ambiente, siendo que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso y artículo 30 de la ley 472 de 1998 a la parte interesada le corresponde demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos se persigue.

En conclusión, de acuerdo a las normas, pruebas documentales e inspección judicial practicada, se logró corroborar que las entidades demandadas no han vulnerado los derechos colectivos incoados por el actor; por lo que se negara la protección solicitada.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARESE PROBADA la excepción de inexistencia de daño a los derechos o intereses colectivos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **NEGAR** la protección a los derechos colectivos invocados por la parte demandante.

TERCERO: Una vez en firme ésta sentencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez