



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
Magistrada sustanciadora: **MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ**

Santa Marta D.T.C.H., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación N°: 47-001-3333-001-2011-00079-01
(N°I. 2016-0326)
Demandante: MIGUEL ÁNGEL ENCISO PAVA
Demandado: CORPAMAG, DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E
HISTÓRICO DE SANTA MARTA, DADMA y NACIÓN –
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIMAR,
CAPITANÍA DE PUERTO DE SANTA MARTA
Acción: POPULAR

SISTEMA DE ORALIDAD
SENTENCIA

- Ley 1437 de 2011 -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el día 23 de mayo de 2016, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta, mediante la cual se amparó los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, al goce del espacio público, utilización y defensa de los bienes de uso público, al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su conservación, restauración o sustitución derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente de los habitantes del Distrito de Santa Marta.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

a.- Pretensiones

En el petitum reformado de la demanda inicial (fl. 47) se pretende lo que a continuación se transcribe:

"A) Que en virtud de lo dispuesto en las Leyes 28 de 1988, 99 de 1993 y 768 de 2002, mediante decisión de mérito se ordene a la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL MAGDALENA – CORPAMAG-**, al **DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA** y al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DEL MEDIO AMBIENTE – DADMA-** que por su propia cuenta y dentro del término que se les fije para ello:

PRIMERO: Restituyan al **RIO GAIRA** el cauce natural que originalmente tenía en el trayecto en que fue alterado luego de pasar bajo el puente que lo cruza a la altura de la carrera segunda (2ª) o Avenida Tamacá en la Localidad de El Rodadero, zona urbana del Distrito, Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, Departamento del Magdalena.

SEGUNDO: Restituyan al **RIO GAIRA** las áreas o zonas de ronda hidráulica y preservación ambiental propias de su entorno natural y paisajístico así como su cauce natural y su desembocadura originaria que se encuentran al descubierto.

TERCERO: Restituyan al **RIO GAIRA** el lecho de su desembocadura originaria en el Mar Caribe y el primitivo curso de sus aguas dentro de la misma.

CUARTO: Construyan, en cualquier caso, el **MURO** o los muros **DE CONTENCIÓN**, en gaviones u otra obra de ingeniería adecuada que contrarreste, proteja y mitigue técnicamente los riesgos de **EROSIÓN** a que están expuestos los predios o terrenos ubicados a lo largo de la orilla derecha del **cauce artificial** que le fue levantado al **RIO GAIRA**.

QUINTO: Construyan, en cualquier caso, el **ESPOLÓN** o los espolones que sean necesarios para restituir al **RIO GAIRA** el lecho originario de su desembocadura en el Mar Caribe y el primitivo curso natural de sus aguas dentro de la misma.

B) Que en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 2340 de 1984 se ordene a la **DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –DIMAR-** que ejecute o promueva las obras a que haya lugar para restablecer al **RIO GAIRA** el curso original de sus aguas dentro del lecho propio de su primitiva desembocadura en el Mar Caribe."

b.- Hechos

El demandante expuso los siguientes fundamentos fácticos (fls. 45-47), indicando lo siguiente:

"En la Localidad de El Rodadero, área urbana del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, Departamento del Magdalena, luego de pasar bajo el puente por donde se desplaza la Carrera Segunda o Avenida Tamacá, se encuentra la cuenca baja del Rio Gaira y la desembocadura de éste en el Mar Caribe.

Por lo que en el punto donde las aguas del Rio Gaira desembocaban en el Mar Caribe, fue cambiada de lugar y sustituida por un extenso cauce artificial construido sobre los predios ubicados en el costado derecho del mencionado rio y que hacen parte del Barrio Rodadero Sur –Cantamar.-

A lo largo del cauce artificial mencionado, no se levantó ningún muro de contención por lo que sobre su costado derecho se ha desencadenado un proceso de deterioro ambiental por erosión que carcome paulatina pero inexorablemente los predios colindantes pues las tierras removidas para convertirlas en la nueva orilla, carecen de estabilidad y estructura que impida su arrastre y desmoronamiento por la corriente del agua al no tener la capa protectora propia de la milenaria ronda hidráulica que primitivamente poseía el Rio Gaira en su cauce natural.

Asimismo los predios del Barrio Rodadero Sur –Cantamar- ubicados a lo largo del costado derecho del referido cauce artificial, afrontan una tragedia ecológica ante su deterioro por la erosión, lo que los convierte en zonas urbanas de alto riesgo; proceso de erosión que incrementa, en forma grave, el encausamiento al rio Gaira de aguas lluvias provenientes de otros sectores poblacionales como es el caso de los tres (3) Box-couvert localizados, uno sobre la carrera 4ª con la calle 6ª, otro en la carrera 4ª con calle 11 que recoge las aguas de la calle 10 desembocando en el rio Gaira y el último en la carrera 4ª con calle 14 que capta, además, las de las calles 13 y 12.

Por otro lado, ni CORPAMAG, ni el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, ni el DADMA, ni el DIMAR han levantado muros de contención, construido espolones, ni ejecutado obras técnicas de ingeniería tendientes a impedir, contrarrestar o mitigar el proceso de erosión que soportan los predios ubicados en todo el largo de la orilla derecha del canal artificial que le fue construido al rio Gaira; igualmente dichas entidades han incumplido su obligación que tienen de promover la preservación ambiental propia del entorno natural y paisajístico de la mencionada cuenca baja restableciendo

el río Gaira a su primitivo cauce y con ello su ronda hidráulica, su desembocadura en el mar Caribe.”

c. – Fundamentos de derecho

La parte actora estima como fundamentos en los artículos 1º, 2º, 8º, 58º, 63º, 79º, 80º, 82º, 86º, 95º y 366º de la Constitución Política; la Ley 472 de 1998 tal como la reformó la Ley 1425 de 2010; la Ley 99 de 1993; la Ley 768 de 2002 y el Decreto Ley 2324 de 1984.

d.- Contestación de la demanda.

- La Corporación Autónoma Regional Del Magdalena - CORPAMAG expresó en su escrito (fls.26-31) en síntesis lo siguiente:

La entidad demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en la demanda, como quiera que no es la autoridad competente para desarrollar las obras solicitadas por el accionante, ya que la jurisdicción corresponde al Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente – DADMA según lo dispuesto en el Acuerdo 016 de 2002 en concordancia con la Ley 768 de 2002.

Expone que fue creada por la Ley 28 de 1988 modificada en su jurisdicción y denominación por la Ley 99 de 1993. De otro lado, la Ley 768 de 2002 por medio de la cual se consagran las normas que integran el estatuto político, administrativo y fiscal de los Distrito Especiales de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta dispuso en el artículo 13, que dichos distritos ejercerán dentro de su perímetro urbano de las cabeceras distritales, las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano en los términos del artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

Agrega que no les corresponde el área referenciada en el escrito demandatorio, ya que esta área pertenece al Distrito de Santa Marta en su zona urbana en cabeza del DADMA. Con relación al tramo final de la cuenta baja del río Gaira, no han realizado acciones de desviación de cauce, que pueda conducir a la apreciación de un cauce artificial, si se han presentado leves movimientos del cauce se debe a la dinámica natural del río donde influyen factores como la sedimentación, incrementos de caudales y otras características propias de las precipitaciones como intensidad y

duración de estas, que conllevan a determinar la agresividad de sus acciones hidráulicas.

Indica que en el sector de la cuenta baja del río Gaira se llevó a cabo en el año 2005 un dragado mecánico para mejorar las condiciones hidráulicas del río en este sector, el material dragado se dispuso en las áreas adyacentes del cauce del río precisamente para que esté no se reincorporara nuevamente al cauce por causas de escorrentías en caso de presentarse nuevas precipitaciones, por lo que no se conformaron nuevas orillas.

Respecto al sector de El Rodadero Sur – Cantamar afirma el ente demandado que afronta actualmente procesos de erosión poniendo en riesgo las viviendas, debido a su cercanía a la ronda hidráulica del río Gaira y al sitio donde se viene presentando este fenómeno, situación que debió preverse en el momento de la construcción del barrio, minimizando la susceptibilidad de los efectos de la erosión aún más por la inestabilidad de los suelos de este sector.

Otro aspecto que trata la entidad territorial se refiere a que no hay razón para realizar un estudio de impacto ambiental sobre obras que nunca se han realizado, así como tampoco se puede pretender que existan permisos de la DIMAR cuando el área de su competencia no ha sido intervenida. Adiciona que no es competencia de ellos construir el muro de contención para contrarrestar o mitigar el proceso de erosión en ese sector, ya que el mismo está en el área urbana del Distrito cuya competencia es del DADMA, sin embargo, CORPAMAG con el ánimo de contribuir a la solución del problema elaboró unos diseños de obra en gavión que fue entregado a la Alcaldía de Distrito de Santa Marta para los fines pertinentes.

Por último, manifestó que es errado considerar que el proceso de erosión se vea afectado por el aporte de aguas de los tres Box Couvert, pues un mayor aporte de agua al río Gaira puede incidir si las tasas de sedimentación son altas en la presencia de procesos de inundación lo cual se controla a través de obras de dragado, y los espolones en nada inciden en el proceso de erosión, por lo tanto, no existe justificación para solicitar este tipo de estructura, la cual al construirse corre el riesgo eventual de colapso a corto tiempo por la inestabilidad de los suelos del área de playas, los cuales son susceptibles de ser afectados severamente por la acción del río Gaira.

- La Alcaldía del Distrito, Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta en el escrito de contestación de la demanda (fls. 77-81) manifestó:

El ente territorial referenciado se opone a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el presente litigio, ya que considera que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento a las mismas.

Añade que si bien es cierto el Distrito de Santa Marta dentro de la órbita del Plan de Ordenamiento Territorial en lo atinente al manejo de corrientes de aguas y de sus rondas, manejo de aguas servida, obligaciones de tratamiento de suelo, arborizaciones de ríos y quebradas, ese mantenimiento del medio ambiente lo hace en coordinación con la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG, conforme a las pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 en sus numerales 19 y 20 de la Ley 99 de 1993 y que entrevé que dicha entidad tiene competencia para ejecutar obras para regulación de cauce para control de inundaciones, adecuación y conservación de rondas hidráulicas.

Concluye su contestación la entidad accionada diciendo que no está legitimado materialmente por pasiva por cuanto no cuenta con maquinaria y personal idóneo para llevar a cabo las obras de ingeniería en la ronda hidráulica, en razón al ámbito de competencia ambiental que le corresponde a CORPAMAG y, no efectuó contratación de obras para la ampliación y dragado del río Gaira.

- El Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente – DADMA (fls. 91-94) declaró lo siguiente:

Arguye la entidad demandada que fue necesario realizar una inspección al lugar que motiva la presente acción popular con el fin de verificar la veracidad de los inconvenientes que en la demanda se declararon, visita atendida por el señor Sibares Rincón. En dicha visita se logró verificar que ambos costados del cauce presentan alta cobertura vegetal lo cual indica que el río no ha sufrido crecientes fuertes y tampoco la ejecución de obras hidráulica recientemente, además el ingeniero ambiental encargado de la inspección mediante el uso de la herramienta Google Earth pudo evidenciar que el cauce del río Gaira no ha cambiado su curso en los últimos 6 años.

Igualmente se realizó seguimiento a lo descrito por el señor Rincón en la inspección respecto que el cauce del río Gaira fue desviado debido a unas obras hidráulicas realizadas por CORPAMAG en años anteriores haciéndosele la respectiva consulta al ente en mención y existe alguna evidencia de que se construyeron gaviones a la altura del puente de la avenida Tamacá sobre el río Gaira entre los años 1995 – 1997.

Finalmente expone el ente distrital que su creación fue en el año 2002 bajo los Acuerdos Distritales 016 de 2002 y 005 de 2003, por lo cual las pretensiones del accionante no caben dentro de las funciones establecidas en las mencionadas resoluciones, sin embargo, la entidad dispondrá de todo su recurso físico y humano para atender las necesidades de la comunidad siempre y cuando estén dentro de su alcance.

- La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima, Capitanía de Puerto de Santa Marta (fls. 168-182) se pronunció de la siguiente manera:

Contesto la demanda en forma extemporánea.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta mediante sentencia de fecha 23 de mayo de 2016 (fls. 449-463), amparó los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, al goce del espacio público, utilización y defensa de los bienes de uso público, al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su conservación, restauración o sustitución derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente de los habitantes del Distrito de Santa Marta, argumentado en el siguiente análisis:

El A quo en sus consideraciones señaló que los cambios que ha experimentado el río Gaira no han obedecido a la acción u omisión de las entidades accionadas, como también es claro que actualmente no existen condiciones físicas o naturales para revertir ese proceso de transformación del flujo del río Gaira en su entrega al Mar Caribe. Asimismo no fue probado en el proceso la erosión de los predios ubicados en la margen derecha del río Gaira, en el tramo localizado en el cruce de la Avenida

Tamacá hasta la desembocadura de este río al Mar Caribe pero sí se acreditó la invasión de la ronda hidráulica de este afluente, en los kilómetros cercanos a su desembocadura.

Acorde a la normatividad actual se contempla que la franja de terreno circundante a la ribera de los ríos es considerada como espacio público, cuya protección, recuperación y vigilancia corresponde al Estado, que debe reivindicar cualquier invasión u ocupación que de ellas se haga sin autorización alguna, competencia que la ley atribuye concretamente a los municipios y distritos. En conclusión, conforme con el acervo probatorio, hechos de la demanda y del examen normativo pertinente se concluye que el Distrito de Santa Marta es responsable por la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, por haber permitido la indebida ocupación de la zona de ronda del río Gaira.

III. EL RECURSO DE APELACION

1. DE LA COMPETENCIA Y TRÁMITE DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, PARA CONOCER DEL PRESENTE RECURSO DE APELACIÓN.

1.1 Competencia:

El artículo 153 del C.P.A.C.A establece que los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

1.2 Trámite:

El día 6 de julio de 2016 (fl.510), fue repartido a esta Corporación el recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 23 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Santa Marta.

Mediante auto de fecha 29 de agosto de 2016 (fl. 512), este Despacho Judicial admitió el recurso de apelación, ordenando correr traslado a las partes para que

presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

1.3 Argumento del recurso de apelación:

La Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG expone (fls.465-472) su oposición respecto de las obligaciones que le fueron impuestas en los numerales tercero, cuarto y quinto de la providencia de instancia.

En primer lugar, la asesoría en materia de reubicación de viviendas que se encuentran invadiendo la ronda hídrica no es competencia de CORPAMAG, más aún cuando en la misma sentencia el juez A quo reconoce que por ley es el Distrito de Santa Marta quien le corresponde ejercer las facultades necesarias para lograr la restitución de los bienes de naturaleza pública; por lo tanto, no se tiene porque imponer a la corporación la obligación mencionada por escapar de la órbita de su competencia.

Y en segundo lugar, en lo referente a la presentación de un informe sobre las condiciones actuales del río Gaira, en el tramo final hacia su desembocadura y la realización de obras que resulten necesarias para su adecuación hidráulica, las cuales deberán ser ejecutadas conjuntamente entre el Distrito de Santa Marta y CORPAMAG; es preciso señalar que el juez de instancia da por sentado que los resultados del informe ordenado arrojaran la necesidad de realizar obras de adecuación hidráulica; lo cual no se encuentra sustentado en fundamento probatorio idóneo. Además, sólo después que el Distrito de Santa Marta logró reubicar las viviendas que se encuentran en la zona de ronda hidráulica del río Gaira es que se podrá determinar si hay lugar o no a realizar obras de protección marginal acordes con el Plan de Ordenamiento y Manejo de Cuencas – POMCAS que se adopte.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES PRESENTADOS EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1 PARTE DEMANDANTE: el activo extremo de la litis no presentó alegatos de conclusión.

2.2 PARTE DEMANDADA CORPAMAG: mediante escrito visible a folios 817 al 824 del plenario, se vislumbra que la entidad accionada esboza los mismos argumentos que fueron presentados en el recurso de alzada.

2.3 PARTE DEMANDA DISTRITO DE SANTA MARTA, DADMA Y NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIMAR, CAPITANÍA DE PUERTO DE SANTA MARTA: no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

2.4 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: El Ministerio Público, dentro del término que establece la Ley no realizó pronunciamiento alguno.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Cumplidos los trámites propios del proceso, procede la Sala a decidir sobre el fondo de la litis planteada en la demanda objeto de revisión en sede de segunda instancia, con el siguiente derrotero: **1)** Problema Jurídico; **2)** Norma procesal aplicable al presente asunto; **3.)** Análisis de los derechos colectivos presuntamente vulnerados **4.)** De lo probado en el proceso; **5)** Estudio del caso en concreto; **6)** Conclusiones.

1. Problema jurídico

A partir de los motivos de inconformidad planteados por la parte apelante en este caso CORPAMG, estima la Sala que el problema jurídico principal se concreta en establecer si en el *sub-judice* las entidades demandadas han vulnerado o trasgredido a la parte demandante los derechos colectivos a un ambiente sano; a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su conservación, restauración o sustitución; el goce del espacio público, preceptuados en los literales a), c), d) y e) del artículo 4 de la ley 472 de 1998.

Igualmente de acuerdo al recurso presentado por CORPAMAG, determinar si las ordenes tomadas por el A-quo en cuanto a la realización del censo y a las medidas hidráulicas es de competencia de la CAR del Magdalena.

2. Norma procesal aplicable al presente asunto

Sobre las normas aplicables al caso bajo estudio es importante mencionar que las acciones populares están reguladas en el inciso primero del artículo 88 de nuestra

Carta Magna, además están definidas en la **LEY 472 DE 1998**, la cual expone lo siguiente:

"Artículo 2º.- 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." *(Subrayado fuera del texto original)*

Adicionalmente el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo prescribe:

"Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. **Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda"** (negrillas fuera del texto)

Teniendo en cuenta las normas arribas citadas y retornando al caso en concreto se puede verificar que el extremo activo de la Litis no presentó reclamación ante la parte demandada; sin embargo esta Corporación considera que no se hace necesario este requisito en razón a que se sustentó en la demanda la existencia de un presunto peligro inminente.

El Consejo de Estado¹, sobre la naturaleza de las acciones populares ha establecido lo siguiente:

“En relación con la naturaleza y características esenciales de este tipo de medio de control, la Corporación, en providencia del 19 de abril de 2007, Exp. 70001-23-31- 000-2004-00267-01(AP), Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez, tuvo oportunidad de razonar de la manera que pasa a retenerse:

La Acción Popular, considerada como una acción constitucional , ha sido instituida como una vía adicional para el ejercicio efectivo del control judicial de la actividad de la Administración Pública y, por tanto, su objeto lejos de resultar extraño al que la Constitución y la ley han señalado de manera general a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, encuadra dentro del mismo. Por tal razón resulta elemental que a esta Jurisdicción especializada se atribuya el conocimiento de aquellas acciones populares que tengan origen en la actividad de las entidades públicas y de los particulares que desempeñen funciones administrativas”.

Igualmente, el Consejo de estado² ha dicho que las características de la acción popular son las siguientes:

“En cuanto hace referencia a su configuración normativa, de las reglas contenidas en los artículos 1º, 2º, 4º y 9º de la citada Ley 472, se desprende que son características de la acción popular, las siguientes:

- a) Está dirigida a obtener la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva;
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses;
- c) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de protección mediante el ejercicio de este medio de control, son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y en los tratados celebrados por Colombia;
- d) Su objetivo es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible;

¹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, Cp: Hernán Andrade Rincón, veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-33-000-2012-00148-01 (AP) Actor: CESAR AUGUSTO ARRIETA ROJAS Demandado: UNIVERSIDAD SAN BUENAVENTURA – SECCIONAL MEDELLIN Y OTRO.

² Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación: 13001-23-31-000-2011-00315-01 Actor: DAVID LEONARDO SANDOVAL Demandado: LA NACION – PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS Referencia: reubicación de familias en sede de acción popular – protección de área de manglares y franja de baja mar.

e) Es una acción pública, esto es -como mecanismo propio de la democracia participativa- puede ser ejercida por "toda persona" y además, para afianzar pedagógicamente un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los personeros y los servidores públicos.

f) No tiene carácter sancionatorio respecto de aquel contra quien se dirijan las pretensiones y, eventualmente, recaiga la sentencia estimatoria.

g) No ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo, se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.

h) Por la finalidad que persigue la acción popular y en virtud a su configuración normativa, se tienen entonces, como presupuestos de una eventual sentencia estimatoria los siguientes:

- Una acción u omisión de la parte demandada;
- Que para la época en que se dicte la sentencia se presente daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos;
- Que se demuestre la relación de causalidad entre la acción o la omisión y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses."

3.) Análisis de los derechos colectivos presuntamente vulnerados

El artículo 4° de la Ley 472 de 1998, establece los derechos e intereses colectivos amparados por el A-quo en la sentencia de primera instancia, el mencionado artículo consagra lo siguiente:

"Artículo 4°.- *Derechos e Intereses Colectivos.* Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

(...)

c) 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;

(...)

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

(...)

e) La defensa del patrimonio público;

(...)"

3.1 Alcance constitucional y jurisprudencial del derecho colectivo al goce de un ambiente sano.

Los artículos 79 y 80 de la Constitución de 1991, concretan a rango constitucional la protección de los derechos al medio ambiente, los cuales establecen:

ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

ARTICULO 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

La Corte Constitucional³ ha calificado al medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que asiste lo siguiente:

(i) *"Es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación.*

(ii) *Aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales.*

³ Sentencia C-632 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En la cual esta Corporación, declaró la exequibilidad de los artículos 31 y 40 (parcial) de la Ley 1333 de 2009 "Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones".

(iii) *Tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país.*

(iv) *Y aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiéndolo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección”.*

Igualmente la Corte Constitucional⁴ calificó al goce del medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos.

“(…) En su reconocimiento general como derecho, la Constitución clasifica el medio ambiente dentro del grupo de los llamados derechos colectivos (CP. art. 79), los cuales son objeto de protección judicial directa por vía de las acciones populares (CP. art. 88).

La ubicación del medio ambiente en esa categoría de derechos, lo ha dicho la Corte, resulta particularmente importante, “ya que los derechos colectivos y del ambiente no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de ‘tercera generación’, sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer”, toda vez que “fija humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho ”

Para este cuerpo colegiado es claro que el goce de un ambiente sano es considerado un derecho en la escala constitucional, el cual debe ser protegido y conservado para garantizar el entorno de los ciudadanos actuales y de las futuras generaciones, igualmente se encuentra ligado con otros derechos fundamentales.

Además de lo anterior es importante el rol del Estado para la conservación de un ambiente sano, por lo tanto el mismo debe procurar adoptar medidas necesarias para la preservación de este, para que se eviten o se subsane algún tipo de daño o menoscabo ambiental.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-699/15, dieciocho (18) de noviembre de dos mil quince (2015), M.P ALBERTO ROJAS RÍOS

3.2 El goce de espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Es importante traer a colación la definición de espacio público, en el artículo 5 de la Ley 9° de 1989 el cual establece:

Artículo 5°.- Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes. (...)

La Carta Magna, constituye en su artículo 82 y 88, el derecho de defensa al espacio público y defensa de los bienes de uso público, prescribe:

ARTICULO 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común. (Subrayado fuera del texto)

ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

4.) Pruebas en el proceso

- Imágenes de la delimitación del perímetro urbano de Santa Marta fuente mapa basa IGAC aportada en la contestación de la demanda por parte de Corpamag (folio 39).
- Acta visita técnica realizada por el DADMA, el 13 de julio de 2013 por el funcionario Alberto Bolaño aportada por el Distrito de Santa Marta (folio 90)

- Acta visita técnica realizada por el DADMA, el 13 de julio de 2013 por el funcionario Alberto Bolaño aportada por el DADMA (folio 96)
- Fotografía obtenida por la fuente del google earth en junio de 2006 y 2009, aportadas por el DADMA en la contestación de la demanda (folio 97-98)
- Copia simple del Acuerdo 005 de 2003 proferido por el Concejo Distrital de Santa Marta, "Por medio del cual se reforma el Acuerdo 016 del 17 noviembre de 2002, se le asignan funciones y rentas al Departamento Administrativo Distrital del medio Ambiente y a sus órganos de administración y se dictan otras disposiciones", aportada por el DADMA en la contestación de la demanda (folios 104-111).
- Copia del Acuerdo 016 del 17 noviembre de 2002 expedido por el Concejo Distrital de Santa Marta (folios 135-146)
- Concepto emitido por el Ministerio del Medio Ambiente sobre el alcance de los artículos 214 y 215 de la ley 1450 del 2011, radicado 4120-E1-12218 (folios 228-230)
- Informe rendido por el director de Corpamag sobre los hechos de la demanda folios (276-281) solicitado por auto de fecha 15 de mayo de 2014 (folio 272-273)
- Acta de inspección judicial realizada en la desembocadura del río Gaira en el mar caribe folio (303-306) en el que incluye soporte fotográfico.
- Testimonios de los señores Fernando Emilio Floréz Ramírez y Jairo Bautista Méndez rendidos en la diligencia de inspección judicial.
- Plano de la urbanización Cantamar en el Rodadero recibido en la Secretaria de Planeación el 25 de noviembre de 1987 (folio 307) aportado por el declarante Jairo Bautista Méndez en la diligencia de inspección judicial
- Dictamen pericial dictado por el perito ingeniero Dorian Rodríguez a solicitud del ente demandado Corpamag (105-116) del cuaderno N° 3, junto con el testimonio rendido por ese perito en la diligencia de interrogación (402-404).
- Contrato de obra pública N° 02 de 2010 suscrito entre Corpamag y CASIA LTDA, que tuvo por objeto la construcción de obras biomecánicas para la reducción de riesgo y desabastecimiento de agua para consumo humano y la interrupción de los servicios de productos y alcantarillado en la cuenca de los ríos Manzanares, Gaira, Córdoba, Fundación y Ariguaní. (fls. 1-18) cuaderno N°2.
- Contrato de obra pública N° 01 de 2009 suscrito entre Corpamag y el Consorcio Cumana el cual tuvo por objeto la interventoría administrativa, financiera y técnica de las obras civiles e hidráulicas de reducción de riesgo de desabastecimiento de agua para el consumo humano y la interrupción de los servicios de productos y alcantarillado en la cuenca de los ríos Manzanares, Gaira, Ariguaní y Fundación; Ciénagas de Buenavista, Zapayán y Cerro de San Antonio y Caños de Plato SCHILLER mediante la construcción de 922.381 m³ de terraplenes en las cuencas de los Municipios de Ariguaní, Concordia, Fundación, Pivijay, Plato, Remolino y Santa Marta (folios 25-58) y cuaderno N° 2 en folios (140-153).
- Contrato de consultoría N° 005 de 7 de noviembre de 2008 suscrito entre Corpamag y la Unión temporal de alta Ingeniería 2008.

- Contrato de obra pública N°003 de 2008 suscrito por Corpamag y la Unión Temporal Canales de Bureche cuaderno N° 2 en folios (72-95).
- Contrato de obra pública N°001 de 2009 suscrito entre Corpamag y la Unión Temporal Dragados del Magdalena folios (96-139) y (153-161) del cuaderno N°2

5.) Análisis del caso en concreto

Para el estudio del *sub judice*, se debe tener en cuenta lo establecido en el Código Civil, en los artículos que a continuación se relaciona:

ARTICULO 677. PROPIEDAD SOBRE LAS AGUAS. Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

Exceptúense las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños.

ARTICULO 678. USO Y GOCE DE BIENES DE USO PÚBLICO. El uso y goce que para el tránsito, riesgo, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes. (Subrayado fuera del texto)

ARTICULO 679. PROHIBICION DE CONSTRUIR EN BIENES DE USO PÚBLICO Y FISCALES. Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión.

Adentrándonos al caso bajo estudio el demandante solicita que la Corporación Autónoma Regional del Magdalena restituya el Río Gaira al cauce natural que originalmente tenía, trayecto que alega fue alterado luego de pasar el puente que lo cruza a la altura de la carrera segunda o avenida Tamacá en el sector de El Rodadero; además pretende que CORPAMAG construya un muro de contención, gaviones y otra obra de ingeniería para proteger a los moradores del edificio Cantamar de los riesgos de la erosión.

Cabe agregar que por medio de auto calendarado el día 16 de mayo de 2012 (fl.68), el Juzgado Primero del Circuito de Santa Marta vincula al Distrito Turístico, Cultural e

Histórico de Santa Marta, al Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente DADMA y a la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional DIMAR, por estar comprometidas en los hechos de la demanda y eventualmente podrían resultar responsables por los mismos.

Conocido lo anterior se observa en el expediente inspección judicial realizada por el A-quo en la ronda hidráulica del río Gaira (fl.303-316) donde se realiza análisis y tomas fotográficas en la zona, con el fin de verificar la alteración del cauce del río en su desembocadura y el curso natural de sus aguas; en la citada diligencia se encuentra que la construcción más cercana a la desembocadura del río es el hotel Cantamar y está ubicado a una distancia promedio de 47.20 metros; el juez de primera instancia deja constancia que a simple vista no se observa desvío del mismo.

Asimismo como material probatorio se observa a folios (402-404) diligencia de interrogatorio del perito Dorian Rodríguez González, en donde claramente se realiza un informe técnico ambiental de la problemática planteada en la presente acción popular, es importante traer a colación fragmentos de la citada diligencia, con el propósito de tener claridad sobre el tema:

- 1.) Si ha tenido cambios la desembocadura del río Gaira
- 2.) Si el cauce del río Gaira ha sido desviado de su curso de manera natural o por manipulación humana.
- 3.) Establecer si las obras hidráulicas (Gaviones) realizadas por CORPAMAG entre los años 1995 y 1997 han afectado el curso natural del río Gaira o han agravado la problemática de la erosión en la zona.
- 4.) Si la quebrada del río Bureche y el río Gaira se afectan en su curso por la construcción del hombre; es decir la invasión cercana a la ribera y desembocadura del río Gaira.

En relación con el primer ítem ¿Si ha tenido cambios la desembocadura del río Gaira? el perito debidamente acreditado, señor Dorian Rodríguez González, expone:

“De las imágenes de la NASA (disponibles en google EARTH) se observan los cambios de la desembocadura del río hacia el mar, así como el de la quebrada Bureche en los años 1969 hasta el 2015. En el año 1969 se observa en las imágenes que la desembocadura del río Gaira y Bureche estaban separadas. En el año 2006 se observa un retroceso de la playa, debido a la acción erosiva de la ola rompiente hacia el continente, perdiéndose una distancia de 238 metros de playa

hasta el año 2006. Entre el año 2006 y 2009, la distancia de playa perdida por el fenómeno erosivo, fue de aproximadamente 20 metros. Entre el año 2009 y 2010, se pierden 43 metros de playa. Entre 2010 y 2011, se pierden 10 metros de playa. Entre el 2011 y el 2012 se pierden 3 metros de playa y así sucesivamente hasta el año 2015, la distancia total perdida de playa es de 335 metros con respecto al año 1969. Fenómeno que es totalmente natural y cambiante.”

Sobre el segundo punto ¿Si el cauce del río Gaira ha sido desviado de su curso de manera natural o por manipulación humana? el mismo perito alega:

“El río Gaira desde la avenida Tamacá hasta su desembocadura no ha sufrido desviación de su cauce, pero se ha dado una modificación en la franja costera, por el efecto erosivo del mar que es un fenómeno natural, obligando al río en ese punto a sufrir modificaciones justo en la desembocadura por la acción marina, es decir, el mar obliga a que el río se vaya acomodando en la entrega”.

Acerca de la tercera problemática la cual consiste en ¿Establecer si las obras hidráulicas (Gaviones) realizadas por CORPAMAG entre los años 1995 y 1997 han afectado el curso natural del río Gaira o han agravado la problemática de la erosión en la zona?, señala:

“El gavión es una estructura que funciona para proteger la orilla izquierda (en sentido del flujo) de los fenómenos erosivos que en su momento habían colocado en riesgo la estabilidad del talud de esa margen. Esto significa que la estructura intenta en lo posible conservar el cauce original del río.

Los muros en gaviones son estructuras hidráulicas flexibles y no rígidas diseñadas por su composición de mallas de acero trenzado rellenas con roca, en ella se evidencia la flexibilidad del muro y puede este acomodarse a los cambios del subsuelo, además una de las características y propiedad de este tipo de estructura es disipar la energía del flujo y a su vez reducir las velocidades del mismo evitando el reflejo del mismo a la orilla opuesta.

La estructura del gavión no genera cambios en la desembocadura del río Gaira, ya que los valores obtenidos de los resultados del modelo matemático implementado por el suscriptor consultor, corroboran que el cauce que sigue el río hasta su entrega es totalmente natural y las variaciones que han ocurrido se deben al nuevo orden

climático por la erosión del litoral costero y, esta afirmación se evidencia en el análisis multitemporal de orillas en el punto de entrega del río Gaira hacia el Mar Caribe.

En cuanto al punto de la estructura cuestionada en gavión se observa en la abscisa K0+042.43 que las velocidades del lado derecho de la imagen están en el orden de 0 metros por segundo hasta 0.5 metros por segundo, lo que significa que son velocidades muy bajas, mientras que en el centro del río por su naturaleza de la pendiente de éste se encuentran velocidades hasta de 2 metros por segundo. Si el gavión afectara aguas abajo, observaríamos velocidades 100 metros después de la estructura en la K0+118.59 que está entre los rangos de 0 metros a 2 metros por segundo, lo que significa que no hay velocidades importantes que permiten cambiar el cauce. Finalmente, en cualquier literatura técnica podemos encontrar que los gaviones se constituyen con el objeto de proteger orillas y reducir las presiones y velocidades del agua.”

Como respuesta al interrogante cuarto ¿Si la quebrada del río Bureche y el río Gaira se afectan en su curso por la construcción del hombre; es decir la invasión cercana a la ribera y desembocadura del río Gaira?

“ocurren tres fenómenos, el primero es el cambio en la dirección del flujo, es decir, cambio en la dirección de las corrientes porque se reduce la sección transversal hidráulica, es decir, el espacio por donde corre el agua, obligando que en parte de su recorrido final erosione en un lado y sedimente en el otro. El segundo fenómeno es el represamiento del agua por consiguiente, el desbordamiento de la lámina de agua porque su sección transversal se ha reducido. El tercer fenómeno que al tener invadida la ronda hidráulica no permite que el flujo de agua y sus corrientes (vectores de velocidad), funcionen libremente.”

Asimismo en la inspección judicial realizada por el A-quo en la ronda hidráulica del río Gaira (fl.303-316) se observa el testimonio de testigos que mantienen la postura de la parte accionante; sin embargo tanto la desviación del cauce del río Gaira, como la alteración del cauce del mismo por la instalación que hizo Corpamag de gaviones hacia la desembocadura del río, es desvirtuada con el interrogatorio de perito realizado el día 16 de febrero de 2016.

Por consiguiente de las pruebas practicadas se tiene como resultado que el cauce del río Gaira hacia su desembocadura no ha sido desviado ni se ha producido un cauce artificial por parte de la entidad demandada CORPAMAG ni por las entidades vinculadas al proceso, en últimas se entiende que los cambios en la desembocadura de los ríos Gaira y la quebrada Bureche son producto de la acción costera del mar a través del tiempo, por lo que es un fenómeno producto de la acción de la naturaleza y el cambio climático.

Ahora bien, esta Corporación Judicial confirma lo expuesto por el A-quo entorno al tema de la erosión, es justo decir que no fue probada esta problemática en los predios ubicados en el costado derecho del río Gaira exactamente en la cercanía de la desembocadura del mismo, como es el caso del Hotel Cantamar.

Sin embargo a folios (276-277) se evidencia un informe presentado por Corpamag a solicitud judicial, en el que se certificó la invasión en la ronda hidráulica del río Gaira especialmente, en el tramo cercano a su desembocadura. Lo expuesto indica que se está realizando ocupación de una franja de terreno de la ribera del río Gaira cuya vigilancia, protección y recuperación corresponde al Estado en cabeza de los entes territoriales.

Por lo tanto es preciso indicar que el espacio público en relación con la zona de ronda hidráulica del río Gaira debe ser protegido por el Estado teniendo en cuenta la importancia ambiental que ésta tiene.

En cuanto al deber del Estado para preservar el espacio público los artículos 1 y 5 del decreto 1504 de 1998, establecen:

Artículo 1º.- Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo. Los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo.

“Artículo 5º.- El espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios:

I. Elementos constitutivos

II.

1) Elementos constitutivos naturales:

- a. Áreas para la conservación y preservación del sistema orográfico o de montañas, tales como: cerros, montañas, colinas, volcanes y nevados;
- b. Áreas para la conservación y preservación del sistema hídrico: conformado por:
 - i) Elementos naturales, relacionados con corrientes de agua, tales como: cuencas y microcuencas, manantiales, ríos, quebradas, arroyos, playas fluviales, rondas hídricas, zonas de manejo, zonas de bajamar y protección ambiental, y relacionados con cuerpos de agua, tales como mares, playas marinas, arenas y corales, ciénagas, lagos, lagunas, pantanos, humedales, rondas hídricas, zonas de manejo y protección ambiental; (...)" (Subrayado fuera del texto)

Igualmente en los artículos 11 y 14 del decreto 1541 de 1978, modificado por el decreto nacional 2858 de 1981 se establece:

Artículo 11°.- Se entiende por cauce natural la faja de terreno que ocupan las aguas de una corriente al alcanzar sus niveles máximos por efecto de las crecientes ordinarias; y por lecho de los depósitos naturales de aguas, el suelo que ocupan hasta donde llegan los niveles ordinarios por efectos de lluvias o deshielo.

Artículo 14°.- Para efectos de aplicación del artículo 83, letra d) del Decreto-Ley 2811 de 1974, cuando el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, Incora, pretenda titular tierras aledañas a ríos, lagos procederá, conjuntamente con el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, a delimitar las franja o zona a que se refiere éste artículo, para excluirá de la titulación.

Tratándose de terrenos de propiedad privada situados en las riberas de ríos arroyos o lagos, en los cuales no se ha delimitado la zona a que se refiere el artículo anterior, cuando por mermas, desviación o desacatamiento de las aguas, ocurridos por causas naturales, quedan permanentemente al descubierto todo o parte de sus cauces o lechos, los suelos que se tendrán como parte de la zona o franja que alude al artículo 83, letra d) del Decreto-Ley 2811 de 1974, que podrá tener hasta treinta (30) metros de ancho.

Está claro que el espacio público está conformado por elementos naturales como los ríos, cuencas entre otros, y es deber de las autoridades territoriales la protección de

sus cauces y evitar su ocupación, dado su carácter de inajenable como bienes de uso público.

En casos similares el H. Consejo de estado⁵, se pronunciado de la siguiente manera:

(...) las franjas aledañas a los ríos y quebradas y sus zonas de ronda, son de carácter público y por ende constituyen espacio público, cuya protección, recuperación y vigilancia corresponde al Estado. Compete a los Municipios impedir su invasión u ocupación. Ahora bien, es criterio de la Sala que la normativa municipal que amplíe el ámbito de protección ambiental respecto de recursos hídricos debe aplicarse de preferencia por tratarse de norma especial, pues la norma general da un parámetro de protección estándar. En tal virtud, bien puede el Concejo Municipal, como es el caso que nos ocupa, adoptar una medida de protección ambiental mayor a la contemplada en la norma general, en atención a estudio de circunstancias específicas y particulares. (...)

Sentado lo anterior, el Distrito de Santa Marta deberá salvaguardar las orillas y desembocaduras de las cuencas hídricas de este Distrito y recuperar ese espacio público cedido por su omisión de vigilancia y control; entonces según el acervo probatorio se concluye que el Distrito de Santa Marta es responsable por la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público invocado por la parte demandante y consagrado en el artículo 4 numeral d de la Ley 472 de 1998.

Sobre los entes demandados DIMAR y DADMA esta Corporación judicial negará las pretensiones de la demanda en contra del DADMA, -hoy DADSA, Departamento Distrital de Sostenibilidad Ambiental- en razón a que si bien según lo establecido en el Acuerdo 005 del 27 de Noviembre del 2.003, expedido por el Concejo Distrital de Santa Marta, es la Máxima Autoridad Ambiental en el área urbana del DTCH de Santa Marta, es competencia de CORPAMAG según lo establecido en la Ley 1450 de 2011 artículos 214 y 215 literal f, la gestión integral del recurso hídrico del río Gaira al ser un afluente principal del Distrito de Santa Marta. Igualmente en la citada norma se asignó a las Corporaciones Autónomas Regionales en las respectivas áreas de su competencia la formulación y ejecución de proyectos para la recuperación y conservación de los citados recursos hídricos.

⁵ Consejo De Estado, sala de lo contencioso administrativo, quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009), Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

En relación con la DIMAR esta Corporación Judicial encuentra jurídicamente procedente impartir órdenes a la DIMAR, tanto en el comité de verificación como en ejercicio de actividades propias del ámbito de su competencia funcional, con el objetivo de que no se vuelvan a generar situaciones como las que dieron origen a la presente acción popular.

Con respecto a este tema el H. Consejo de Estado⁶ ha establecido lo siguiente:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto – Ley 2324 de 1984, la Dirección General Marítima y Portuaria – DIMAR, es una dependencia del Ministerio de Defensa, agregada al Comando de la Armada Nacional que ejecuta la política gubernamental en materia marítima y tiene por objeto la dirección, coordinación y control de las actividades marítimas. Entre sus funciones, la DIMAR tiene a su cargo “autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción” y, además, con respecto a tales bienes, dicho organismo tiene el deber de hacer respetar los derechos de la Nación e impedir su ocupación de hecho. Precisamente, en relación con la recuperación de bienes de uso público por parte de la DIMAR, la Sección Primera del Consejo de Estado ha precisado que pese a que a los alcaldes les corresponde defender los bienes de uso público que integran el espacio público, tal circunstancia “no sirve de sustento para alegar la incompetencia de las Capitanías de Puerto y de la Dirección General Marítima para adelantar las actuaciones administrativas tendientes a la recuperación de los bienes bajo su vigilancia”, toda vez que, “en definitiva, la DIMAR tiene –como lo ha dicho la Sala- la potestad de recuperar mediante acto administrativo unilateral los bienes de uso público de su jurisdicción”. (Subrayado fuera del texto original)

Por consiguiente, se impartirá la orden al DIRECTOR DE LA DIRECCION GENERAL MARITIMA – DIMAR para que inicie la autorización y control en las áreas de litorales, playas y terrenos del mar caribe objeto de la presente acción popular, en cumplimiento de las funciones determinadas en los numerales 21 y 22 del artículo 5ª del Decreto 2324 de 1984 o normas que los sustituyan y en lo dispuesto en el DECRETO 1561 DE 2002. “Por el cual se modifica parcialmente la estructura del Ministerio de Defensa Nacional”.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 8 de mayo de 2006, Radicación núm. 52001-23-31-000-2000-00208-01, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade

En relación a los motivos de inconformidad por parte de La Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG respecto de las obligaciones que le fueron impuestas en los numerales tercero, cuarto y quinto de la providencia de instancia, esta Corporación judicial solo modificará la orden impartida en primera instancia por el A-quo en el artículo 3 de la sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, entorno a la obligación impuesta a CORPAMAG de asesorar al Distrito de Santa Marta luego del censo realizado por este, para desarrollar un plan a corto plazo de reubicación de esas viviendas y recuperación de ronda hídrica de protección del Río Gaira, es importante precisar que se realizará modificación a la citada orden en razón a que esta obligación debe estar solo en Cabeza del Distrito de Santa Marta, asimismo se vislumbra que la orden impartida por la Juez de primera instancia está por fuera del ámbito de competencia de CORPAMAG según lo contemplado en el artículo 46 de la Ley 99 de 1993.

Ahora bien, en cuanto al Comité de Verificación de la sentencia se ordenará incluir además del accionante, el agente del Ministerio Público, representantes de la Defensoría del Pueblo y de la Personería Distrital, la Corporación Autónoma Regional Del Magdalena -CORPAMAG- y a la Dirección General Marítima DIMAR, teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas.

6. Conclusiones

En síntesis, teniendo en cuenta la legislación vigente, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional y atendiendo el análisis del caso en concreto, esta Sala confirmará parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, en tanto se encuentra plenamente acreditado la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público invocado por la parte demandante.

Por consiguiente y teniendo en cuenta las facultades y poderes del juez constitucional, tal y como se precisaron con antelación, la Sala modificará la decisión adoptada por el A-quo, a efectos de brindar una mayor claridad y precisión a las órdenes impartidas.

Por último se conmina al D.T.C.H. de Santa Marta para que ejerza control vigilancia en las riberas y desembocadura de los ríos del distrito, adoptando medidas técnicas, administrativas y pertinentes encaminadas a la recuperación del espacio público.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el **Tribunal Administrativo del Magdalena** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR los artículos **1, 2, 4, 5, 6** de la sentencia del 23 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta, que amparo los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público invocado por la parte demandante.

SEGUNDO: MODIFICAR el artículo 3 de la sentencia del 23 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Santa Marta, el cual quedará de la siguiente manera:

“TERCERO: Para hacer efectivo el amparo del derechos colectivos vulnerados, se imparten las siguientes órdenes:

- a) **Ordenar al ALCALDE DEL D.T.C.H. DE SANTA MARTA** que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo realice un censo para determinar el número de viviendas y/o construcciones que se encuentran invadiendo la ronda hidráulica del río Gaira, en el tramo entre el puente de la avenida Tamacá y la desembocadura.
- b) **Ordenar al ALCALDE DEL D.T.C.H. de Santa Marta** tomar los correctivos legales y técnicos respecto de las construcciones que según el censo realizado, se encuentran invadiendo la ronda hidráulica del río Gaira en el tramo entre el puente de la Avenida Tamacá y la desembocadura que sean Reubicar a las familias asentadas en la ribera y desembocadura del río Gaira hasta cumplir con la distancia establecida de treinta (30) metros de protección conforme a la disposiciones legales y al uso del suelo según lo dispuesto en el Plan de

Ordenamiento Territorial Vigente; para lo cual dentro de los quince (15) días siguientes a la realización del censo deberá expedir un Plan de Acción de reubicación de ser necesario teniendo en cuenta parámetros administrativos, jurídicos, técnicos y presupuestales; plan que deberá ejecutarse dentro de los seis (6) meses siguientes a su presentación.”

TERCERO: ORDENAR a la **Corporación Autónoma Regional Del Magdalena – CORPAMAG-**, en coordinación con el **DISTRITO DE SANTA MARTA**, que dentro del mes siguiente a la restitución efectiva del espacio público ocupado, realice en un término que no exceda los (6) meses, los estudios técnicos, proceso de contratación, gestiones financieras y administrativas necesarias para darle cumplimiento a las siguientes actividades:

- a) Recuperación de los suelos en áreas afectadas por procesos erosivos para su conservación y estabilización en la desembocadura del río Gaira.
- b) Realización de obras de ingeniería, con respaldo técnico ambiental para el mantenimiento y recuperación de la ribera y desembocadura de la fuente hídrica del río Gaira.

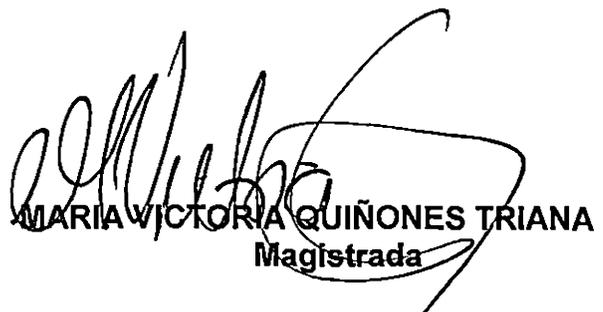
CUARTO: CONMINAR al **DIRECTOR DE LA DIRECCION GENERAL MARITIMA – DIMAR** que realice la vigilancia y control en las áreas de litorales, playas y terrenos objeto de la presente acción popular.

QUINTO: INCLUIR a la **DIRECCION GENERAL MARITIMA – DIMAR**, en el Comité de Verificación del cumplimiento de la sentencia, conformado por el accionante, el agente del Ministerio Público, representantes de la Defensoría del Pueblo, de la Personería Distrital, la Corporación Autónoma Regional Del Magdalena –CORPAMAG-, en cumplimiento al inciso 4° del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

SEXTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE⁷.


MARIBEL MENDOZA JIMENEZ
Magistrada


MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada

⁷ La sentencia de la referencia fue estudiada y aprobada en Sala dual, teniendo en cuenta la vacancia temporal del Despacho 004.