

ACCION POPULAR - Contrato estatal / CONTRATO ESTATAL - Acción popular

De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa, que con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad, el goce de un ambiente sano y el patrimonio públicos. Con la celebración de los contratos estatales, los funcionarios deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (art. 3 ley 80 de 1993). El particular que contrata con el Estado, si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem). Esto significa, que cuando en la celebración o ejecución de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se hace necesario realizar una revisión pormenorizada del contrato y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. No obstante, el artículo 9º establece que las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. De otra parte, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo. En este sentido, el art. 40 de la ley 472 de 1998 indica que “para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”. Esto significa que las irregularidades en que puede incurrirse en la actividad contractual pueden vulnerar derechos colectivos, que podrán traducirse en sobrecostos, sin que ello signifique que cuando éstos se presentan necesariamente se viole el patrimonio público, ya que será el juez en cada caso en particular, el que determine si se configura o no esa trasgresión. Con base en el anterior desarrollo de la acción popular, la Corporación ha protegido derechos colectivos que encontró vulnerados, no obstante que se trataba de actividades involucradas con la contratación estatal. Nota de Relatoría: Ver sentencia de la Corte Constitucional C-449 de 1992; sentencia del 17 de junio de 2001, Exp. AP-166; sentencia del 24 de agosto de 2001 Exp. AP-100

ACCION POPULAR - Moralidad administrativa / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Acción popular

Dentro de los derechos e intereses colectivos consagrados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, se encuentra el que tiene que ver con la moralidad administrativa, concepto que sólo es mencionado más no desarrollado a lo largo de dicha normatividad. Conforme aquellas normas que desarrollan la noción de moralidad

administrativa, se encuentra el artículo 209 de la Constitución Política en el que se consagran los principios orientadores de la función administrativa. Teniendo en cuenta la normatividad mencionada, se tiene que la moralidad administrativa no sólo es un derecho colectivo, sino también un principio orientador de la función pública en el ejercicio del poder, según el cual, la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general. Es así, como el concepto de moralidad administrativa, está directamente relacionado con la noción de función pública, es decir, que aquél se ve vulnerado cuando se observan irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas. Por consiguiente, cuando una persona en virtud de la acción popular acude en procura de la protección de ese derecho, debe analizarse la acción u omisión de la administración en el caso concreto, pues el desconocimiento de lo previsto en tal disposición debe ir acompañado de algún fenómeno de corrupción para dar lugar a la vulneración alegada en la demanda. Nota de Relatoría: Ver Sentencia A.P. 1408-01 del 19 de agosto de 2004, C.P. Alíer Eduardo Hernández.

AMBIENTE SANO - Derecho colectivo / GOCE DE UN AMBIENTE SANO - Derecho colectivo

Otro derecho colectivo consagrado en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, es el derecho a gozar de un ambiente sano, el cual se encuentra señalado dentro del artículo citado, en el literal a) y ha cobrado a lo largo de la última década un importante lugar y especial protección en la Constitución, las leyes y en las disposiciones reglamentarias. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado, que el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, aprovechamiento de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre, entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en varias disposiciones que establecen mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo. Así mismo, la Constitución se ocupó también de regular otros temas de orden ecológico como la conservación de áreas naturales de especial importancia, del desarrollo sostenible, de la calidad de vida y de la educación y la ética ambiental, entre otros; los cuales constituyen, de igual forma, la estructura mínima para la necesaria convivencia de los asociados dentro de un marco de bienestar general. En desarrollo de los principios constitucionales se han consagrado en otras normas directrices en materia de política ambiental. En el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, decreto ley 2811 de 1974, se establece que el ambiente es patrimonio común y que tanto el Estado como los particulares deben participar en su preservación y manejo (art. 1º). Por tanto la obligación del Estado va más allá de la simple regulación normativa y trasciende al plano de la materialización de esas políticas, mediante la participación en su preservación y manejo, a través de sus diferentes entidades y de los particulares. Nota de Relatoría: Ver sentencia de la Corte Constitucional, Sentencia T-046 de 1999

PATRIMONIO PUBLICO - Acción popular / ACCION POPULAR - Patrimonio público

La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, y si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular. El derecho a la defensa del patrimonio público, busca asegurar no

sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular. Nota de Relatoría: Ver Sentencia AP-163 de 2001

ACCION POPULAR - Carga de la prueba

En este sentido es pertinente recordar, que conforme al artículo 30 de la Ley 472 de 1998, la carga de la prueba corresponde al demandante y, en consecuencia, dado que lo dicho por el apelante sobre las alteraciones, acciones y omisiones por parte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena en cabeza de su representante y funcionarios, en beneficio propio o de un tercero, se quedó en simples afirmaciones, es ésta una razón más que suficiente para negar la supuesta violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

RECURSO DE REPOSICION - Silencio administrativo procesal / SILENCIO ADMINISTRATIVO PROCESAL - Recurso de reposición. Resolución

El 28 enero de 2004, la Corporación Autónoma Regional del Canal del dique CARDIQUE, expidió la Resolución No. 0023, en la cual se determinó que la empresa TIRSA S.A. E.S.P., debía remover la totalidad de las basuras y disponerlas en un sitio autorizado, para lo cual le dio un término de siete semanas y se le impuso una sanción de 300 salarios mínimos por los incumplimientos reiterados. Contra dicha resolución, fue interpuesto recurso de reposición por parte de la empresa TIRSA S.A. E.S.P, el cual, según información de CARDIQUE de fecha 14 de abril de 2005, está a la espera de ser resuelto. No obstante, la Sala, en aplicación del artículo 60 del C.C.A., considera que frente a esta resolución operó el fenómeno del silencio administrativo procesal, o lo que es lo mismo, el recurso de reposición presentado por TIRSA S.A., se entiende como denegado.

ACCION POPULAR - Ambiente sano. Tirsa / AMBIENTE SANO - Acción popular. Tirsa / RESIDUOS SOLIDOS - Indebida disposición. Daño ambiental / DAÑO AMBIENTAL - Acción popular

De las pruebas relacionadas, la Sala advierte que el lote La Concordia ubicado en la variante Mamonal - Gambote, no sólo se ha convertido en un foco de contaminación e insalubridad en todo el sector, sino que la empresa TIRSA S.A. E.S.P. ha descuidado y ocasionado graves daños ambientales, por la disposición de residuos sólidos mezclados en plataforma de terrenos no impermeabilizados y la falta de manejo de aguas de escorrentía y posibles lixiviados, al punto de encontrarse en una situación de contaminación causada por la actividad del basurero a cielo abierto, sin cumplir con lo consagrado en el Decreto 1713 de 2002. Por estas razones, la Subdirección de Gestión Ambiental, al ejercer el control sanitario selló de manera provisional los aludidos predios empleados para la disposición final de los residuos sólidos, por cuanto los establecimientos en mención no cumplían con las normas ambientales vigentes, pues, en su entorno existían focos de insalubridad potenciales para la contaminación del medio ambiente. La misma División señaló, que su funcionamiento ponía en riesgo la salud y bienestar de la comunidad; que las zonas

de dispendios para el depósito de basuras no están organizadas; que las superficies de los terrenos sirven de depósitos de los residuos sólidos, sin tener medidas de clasificación de los mismos y, finalmente que tanto el desarrollo de las actividades ejercidas por TIRSA S.A., como las condiciones del terreno, no están adecuadamente diseñado para la disposición final de residuos sólidos. No obstante, verificado el deterioro ambiental generado por TIRSA S.A. E.S.P., la Sala revocará la decisión proferida por el Tribunal, pues como se observa a lo largo de la parte motiva de esta sentencia, la crisis ambiental en el lote La Concordia, presentada con ocasión de la adjudicación del contrato de concesión, entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA y la Sociedad Anónima de Tratamiento y Disposición de Residuos Sólidos TIRSA S.A. E.S.P. continúa presentándose, razón por la cual, se puede determinar que el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, es el único derecho de los mencionados por el actor dentro de la acción popular que se encuentra efectivamente violado. En efecto, si se atiende a que en el numeral 3 del acto de terminación bilateral del contrato DAMA 001-2002, quedó como obligación del contratista dar cumplimiento al parágrafo 2 de la cláusula primera del mencionado contrato, y que este parágrafo establece que “está a cargo del concesionario la clausura, post-clausura y seguimiento, para lo cual deberá tener en cuenta las disposiciones vigentes al momento de realizar tales etapas del proyecto” , para la Sala es evidente que dicha terminación del contrato implicaba que TIRSA S.A. debía tomar las medidas ambientales pertinentes, para que cualquier actividad realizada por ésta. en el terreno La Concordia, no generara impactos ambientales dañinos. No obstante, los documentos citados anteriormente dan cuenta de que TIRSA S.A. no ha realizado la remoción de las basuras, ni las actividades tendientes a recuperar los terrenos indebidamente utilizados. Según el Oficio del 14 de abril de 2005 ya citado, remitido a este proceso por parte de CARDIQUE, la violación del derecho colectivo al medio ambiente se concreta en que tanto en el lote La Concordia en la vereda Bajo del Tigre, como en el terreno localizado en la zona industrial de Mamonal en la vía a la ladrillera CLAY, en la parte posterior de la empresa ABOCOL, se han generado una serie de daños ambientales por la indebida disposición de residuos sólidos, sin el cumplimiento de los requerimientos exigidos para la realización de dicha actividad y por no haberse atendido a los conceptos de la autoridad competente en la región, CARDIQUE, y sus informes técnicos que hacen referencia al problema de contaminación y daño ambiental presentado en el sector.

ACCION POPULAR - Objeto / ACCION POPULAR - Principal / ACCION POPULAR - Restitutiva / DAÑO AMBIENTAL - Acción popular. Indemnización de perjuicios / ACCION POPULAR - Indemnización de perjuicios. Excepción. Daño ambiental / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Acción popular / ACCION POPULAR - Daño indemnizable. Características / CONDENA IN GENERE - Indemnización de perjuicios. Acción popular

De otra parte, a pesar de que todas éstas eran obligaciones de TIRSA S.A. no obra dentro del proceso demostración alguna de que la Alcaldía de Cartagena haya realizado actuaciones tendientes a requerir o a sancionar a TIRSA S.A., para que cumpliera con sus obligaciones, lo cual era esperable, dada la condición de primera autoridad de policía que tiene el Alcalde, y su deber de exigir el cumplimiento los deberes contractuales suscritos con dicha entidad estatal. Por lo anterior, para dar cumplimiento al objeto de las acciones populares como acción principal y en este caso restitutiva; por estar siendo violado el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano; con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior y hacer cesar el daño ambiental causado en el lote La Concordia y en el lote ubicado en la parte posterior de la empresa ABOCOL, ordenará la Sala el pago de una indemnización de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable, encargada de la protección

del derecho colectivo aquí violado, pues considera que se dan los presupuestos para ello. En efecto, sobre este asunto considera la Sala pertinente señalar, que si bien se ha expresado en múltiples oportunidades que la acción popular no tiene fines indemnizatorios, y que ésta no puede ejercerse por ninguna persona buscando tal fin, es procedente de manera excepcional, condenar a tal indemnización, cuando quiera que se ha causado daño a un derecho colectivo, decisión ésta, que más que el resultado de una pretensión de la demanda, la cual no es necesaria para que dicha condena proceda, corresponde más bien a una decisión potestativa del juez popular al momento de dictar sentencia, con fundamento en la valoración de las pruebas obrantes dentro del proceso. En este sentido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, la Sala concluye, que para que proceda la condena a una indemnización de perjuicios dentro de una acción popular, se requiere, en primer término, que se haya ocasionado un daño a un derecho colectivo - luego no procederá cuando se trate de un acción popular de carácter preventivo - y; adicionalmente, el daño causado no debe ser susceptible de ser restablecido mediante una simple orden de hacer o de no hacer, o se prevea que dicha orden sería a todas luces ineficaz. De otra parte, la condena se hará a favor de la entidad pública no culpable encargada de la protección del derecho colectivo violado, sin que se requiera que ésta sea parte dentro del proceso y, en todo caso, la indemnización que dicha entidad reciba, podrá ser utilizada única y exclusivamente para efectos del restablecimiento del derecho colectivo violado. En consecuencia, y atendiendo las funciones de tal entidad, la Sala condenará in genere a la empresa TIRSA S.A. a pagar a CARDIQUE como entidad no culpable encargada del medio ambiente, la cifra que se establecerá mediante incidente y que sea necesaria y suficiente para que CARDIQUE, directamente o mediante contrato elabore un cronograma de actividades de retiro de la totalidad de las basuras en los predios La Concordia y en el lote ubicado en la zona industrial de Mamonal en la vía a la ladrillera CLAY, en la parte posterior de la empresa ABOCOL, mediante la elaboración y el uso de una matriz donde se indiquen todas y cada una de las actividades a realizar. Dentro del cronograma de actividades deben estar incluidas, especies, cantidades, tamaños del material vegetal a usar en el proceso de revegetalización de la totalidad de las zonas impactadas. Para cumplir tales medidas, la liquidación de la indemnización se hará mediante incidente que presente CARDIQUE ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, inmediatamente la presente sentencia cobre ejecutoria, y conforme a las previsiones del artículo 307 del C.P.C. Dicha indemnización será utilizada por CARDIQUE única y exclusivamente para la recuperación de los terrenos en cuestión. Nota de Relatoría: Al respecto pueden verse las siguientes providencias de la Sala: 11 de septiembre de 2003, Exp. AG-00019; 14 de abril de 2005, Exp. AP 1238; 6 de octubre de 2005, Exp. AP. 1480, entre otras.

INCENTIVO ECONOMICO - Acción popular

El artículo 39 de la ley 472 de 1998 establece que “El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales...”. Por su parte, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 establece que “En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) que recupera la entidad pública en razón a la acción popular”. Significa lo anterior que en todos los eventos, salvo cuando la acción proceda por violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, caso en el cual el actor popular tendrá derecho a recibir el 15% de lo que recupere la entidad, el incentivo es de 10 a 150 salarios mínimos legales mensuales. En el caso concreto, como ya se señaló, el contrato celebrado entre la Empresa TIRSA S.A. E.S.P. y el Distrito Cultural y

Turístico de Cartagena de indias, amenaza el goce a un ambiente sano, pero no se demostró que en su celebración se haya lesionado el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Si bien el desconocimiento del derecho a la moralidad administrativa está generalmente vinculado con la violación de otros derechos colectivos como el patrimonio público, no sucede lo contrario, es decir, la violación del derecho al patrimonio público no implica siempre la vulneración del derecho a la moralidad administrativa. Por lo tanto, se reconocerá al actor como incentivo el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual deberá ser pagado por partes iguales entre La Empresa TIRSA S.A. E.S.P. y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006)

Radicación número: 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP)

Actor: ERNESTO BARRIOS PEREZ

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Referencia: ACCION POPULAR

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1° de abril del 2004, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar (fls. 276 a 281 Cdno ppal), en la cual dispuso lo siguiente:

*“**NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en las consideraciones de este fallo”.*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Por medio de escrito presentado el 27 de marzo de 2003, ante la Secretaría General del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar (fls.1 a 8,

cdno 2), el señor ERNESTO BARRIOS PÉREZ obrando en nombre propio, formuló acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política y en la Ley 472 de 1998, en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y la sociedad anónima de tratamiento integral de residuos sólidos TIRSA S.A., en procura de la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a gozar de un ambiente sano, los cuales consideró vulnerados por los demandados.

Con esa orientación formuló las siguientes pretensiones:

Que se requiera al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a darle cumplimiento a la resolución 0069 del 18 de marzo de 2003, proferida por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique- CARDIQUE, para que se proteja el derecho colectivo relacionado con la moral administrativa, la defensa del patrimonio público, el goce de un ambiente sano y, así mismo, 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; además, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica y también los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

Que por intermedio del alcalde de Cartagena Dr. CARLOS DÍAZ REDONDO, o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente acción, se restaure el orden jurídico vulnerado y por lo tanto se obligue a la firma Contratista a que cumpla los requerimientos ambientales o en caso contrario declare la caducidad del contrato con la firma TIRSA S.A. E.S.P., al tener en cuenta la imposibilidad que tiene esta firma para darle cumplimiento al objeto del contrato DAMA 001-2002, "Concesión para la prestación en su componente disposición final de los residuos sólidos en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias", toda vez que, por la imposibilidad de cumplir el contrato, se ocasionó un detrimento en el patrimonio ambiental y económico de la comunidad de Cartagena y así mismo del menoscabo del derecho colectivo a la "Moralidad Administrativa". Según indicó, con ello se exige al Distrito a que busque una alternativa que garantice la prestación eficiente y adecuada del servicio de manejo y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad, que cumpla con los requisitos legales y ambientales.

Que se condene al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y a la firma TIRSA S.A. E.S.P., al pago del incentivo económico, de conformidad con lo estipulado en el inciso 1° del artículo 40 de la Ley 472 de 1998.

2. Los hechos:

A manera de síntesis, la parte actora narró los siguientes:

1. Por medio de licitación pública internacional DAMA 001-2002, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, adjudicó el 28 de diciembre de 2002 a la firma TIRSA S.A. E.S.P., el contrato de concesión de servicio público domiciliario de aseo, para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena durante 30 años.
2. Adjudicado el contrato mencionado, y conforme a lo dispuesto en los pliegos de condiciones para acceder a la contratación, el contratista debía asumir el manejo y disposición final de los residuos sólidos, a partir del 29 de enero de 2003, cláusula que el contratista incumplió, pues carecía de dos requisitos fundamentales: la licencia ambiental expedida por autoridad competente y el sitio autorizado para el tratamiento y disposición de los residuos sólidos.
3. Frente a la situación anterior, el Alcalde de Cartagena, mediante resolución 0073 del 14 de febrero de 2003, decretó la caducidad del contrato antes mencionado, con fundamento en la imposibilidad de la empresa contratista de cumplir con el objeto del mismo.
4. Decretada dicha caducidad, la firma TIRSA S.A. E.S.P., presentó recurso de reposición a la resolución 0073 del 14 de febrero de 2003, el cual fue resuelto mediante la resolución 0152 del 11 de marzo de 2003, en la que se revocó la resolución de caducidad permitiendo que TIRSA S.A. E.S.P. iniciara la ejecución del objeto del contrato, el “servicio domiciliario de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena Distrito Turístico y Cultural”.
5. El 12 de marzo del mismo año, TIRSA S.A. E.S.P. empezó a prestar dicho servicio, en el lote denominado la Concordia, que se encuentra ubicado en la variante Mamonal-Gambote, “mediante un sistema de aprovechamiento de

residuos sólidos, el cual consiste en la realización de labores de reciclaje y la producción de compostaje (abono orgánico) con el material de origen orgánico que contengan los desechos, fundamentándose en un concepto del Ministerio del Medio Ambiente para realizar dicha operación”.

6. La Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique CARDIQUE, había impuesto una medida preventiva de suspensión de actividades en el lote llamado la Concordia, disposición adoptada con anterioridad al inicio de las labores de tratamiento y disposición de los residuos sólidos de la ciudad, desarrollado por la firma TIRSA S.A. E.S.P., por no solicitar autorización a la autoridad ambiental para realizar la adecuación del lote, lo cual fue presentado a manera de reclamo por la comunidad.
7. Mediante resolución 0069 del 18 de marzo de 2003, CARDIQUE ordenó la suspensión de toda actividad en el lote, argumentando que no se está haciendo un tratamiento o aprovechamiento de residuos sólidos consistente en la realización de labores de reciclaje y la producción de compostaje, siendo éste una alternativa para minimizar los residuos y no un sistema de disposición final, ya que se trata de una práctica a cielo abierto de residuos sólidos sin distinción de residuos hospitalarios y peligrosos. Insistió CARDIQUE, que el concepto del Ministerio del Medio Ambiente en el cual se fundamentó TIRSA S.A. E.S.P., “para adelantar la disposición final de las basuras necesita de permisos para usar, aprovechar y/o afectar recursos naturales renovables, como también permisos de vertimiento, permiso de emisiones atmosféricas entre otros”. Además según indicó, el concepto del Ministerio del Medio Ambiente no puede estar por encima, ni puede anular una resolución de suspensión de actividades dictada por un ente autónomo y el Ministerio no es el jefe de las Corporaciones Regionales.
8. La firma TIRSA S.A. E.S.P., carece de medios técnicos y de personal suficiente, ante el volumen de basuras depositadas, imposibilitándose la labor de separación y manejo de los residuos hospitalarios y peligrosos, ocasionando los siguientes problemas:
 - a. Daños sobre el suelo y los residuos naturales aledaños al no existir una impermeabilización necesaria del terreno donde actualmente se están depositando los residuos sólidos y otros.

- b. Afectación a la salud de los recicladores y demás personas que laboran en el sitio de disposición de las basuras, por carecer de los implementos e instrumentos necesarios para la realización de esta labor.
 - c. La actividad de separación por parte de los recicladores de los residuos acumulados se realiza encima y dentro de los apilamientos de las mismas, lo cual representa un serio riesgo para la salud y la vida de los trabajadores, ya que no está en funcionamiento la banda transportadora que permite eliminar estos riegos.
 - d. No hay control sobre generación de roedores, insectos, goleros (sic) y malos olores.
 - e. La disposición a cielo abierto no tiene control sobre la generación de lixiviados.
 - f. Violación a la normatividad sobre manejo y disposición de los residuos peligrosos y especiales.
 - g. No existe tratamiento y disposición de residuos inorgánicos no reciclables ya contaminados.
 - h. Los materiales reciclables son mezclados y contaminados en el proceso de recolección por falta de un programa de reciclaje en la fuente.
9. Conforme al Decreto 1728 de 2002 del Ministerio del Medio Ambiente, el cual reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencia Ambiental, como competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales, el numeral 10 del artículo 9, señala que “requerirá Licencia Ambiental la construcción y operación de rellenos sanitarios”. Si bien la firma TIRSA S.A. E.S.P., señaló que estaba realizando actividades de compostaje que no requerían licencia ambiental, era necesario que CARDIQUE previamente conociera, analizara y autorizara el proceso para determinar si se requería licencia o, en caso de no requerirse, analizar la viabilidad ambiental de la actividad de compostaje desarrollada y determinar los trámites de los permisos, autorizaciones o concesiones pertinentes.
10. Por carecer de una báscula y caseta de control en donde se establezca el volumen exacto de los residuos que maneja diariamente la empresa TIRSA S.A. E.S.P., no se determina exactamente cuánto debe cancelar el Distrito al contratista por concepto de manejo de toneladas mensuales de residuos

sólidos, lo cual representa un detrimento patrimonial para el Distrito de Cartagena y para todos los cartageneros.

3. Admisión y trámite de la demanda:

La acción popular que interpuso el señor ERNESTO BARRIOS PÉREZ, por medio de escrito presentado el 27 de marzo de 2003, fue admitida en providencia del 11 de abril de 2003 (fl. 45 del cdno. 2), y para su trámite se dispuso la notificación personal del Representante Legal del Distrito de Cartagena y del Representante Legal de la firma de Tratamiento de Residuos Sólidos TIRSA S.A., las cuales se llevaron a cabo en debida forma el 25 de abril del mismo año a través de la Secretaria General del Tribunal Administrativo de Bolívar (fls. 46 a 49 del cdno. 2).

De igual forma, en la providencia en mención, se dispuso también, advertir a los demandados que a partir del día siguiente al de la notificación tendrían 10 días para contestar la demanda y solicitar las pruebas que consideren pertinentes.

Además ordenó la notificación al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo, al Contralor Distrital de Cartagena y al accionante, las cuales se realizaron en debida forma a través de la Secretaria General del Tribunal en mención.

4. Actuación de las partes demandadas:

Con base en el informe secretarial que obra a folio 124 del cuaderno 2, se informa acerca de los escritos de contestación de la demanda y proposición de excepciones de mérito, presentados por el apoderado del Distrito de Cartagena, donde se le dio paso al correspondiente Despacho y se advirtió acerca del silencio por parte de la firma demandada TIRSA S.A., la cual, como se narró anteriormente, fue notificada y vinculada al proceso en debida forma.

4.1. Distrito Turístico y Cultural de Cartagena:

Mediante escrito presentado el 22 de mayo de 2003 (fls. 52 a 59, cdno. 2), el apoderado del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, se opuso a todas las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes términos:

1. Afirmó que los hechos de la demanda no eran ciertos, y presentó excepciones de fondo de inexistencia de la vulneración, estricto cumplimiento de un deber legal y constitucional, y trámite inadecuado de la acción, lo cual, según indicó, confirma la improcedencia de la acción.

2. Narró, que la Administración Distrital de Cartagena, con el propósito de garantizar la prestación del servicio de disposición final de los residuos sólidos urbanos, dio apertura a la Licitación Pública internacional DAMA 001-2002, la cual terminó con la adjudicación a la Unión Temporal Urbaser-Sala-Emas, mediante Resolución 001 de enero 3 de 2003, proferida por el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena.

3. El objeto del contrato mencionado, es la contratación por el sistema de concesión del servicio público de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena, a través de la alternativa del numeral 2) de los puntos 1.4 y 3.1 de los pliegos de condiciones de la citada licitación y la oferta del concesionario del 4 de diciembre de 2002, los cuales hacen parte integrante de este contrato, consistente en:

“la construcción, licenciamiento y operación de un relleno sanitario, u opción distinta a la del relleno sanitario, o sistema mixto, para el manejo y disposición final de residuos sólidos en un lote determinado por la Alcaldía de Cartagena como de interés público, para la adquisición mediante negociación directa o por expropiación por vía administrativa o judicial, económicamente a cargo del oferente “PARÁGRAFO 1.- De conformidad con el numeral 2.3.1.9. de los pliegos de condiciones de la licitación y propuesta del concesionario contenida en el numeral 18.3 de su oferta, sobre el establecimiento de una alternativa tecnológica temporal para el manejo de la disposición final de residuos sólidos del Distrito Turístico y cultural, el concesionario se obliga a asumir la prestación del servicio público domiciliario contratado, diez (10) días hábiles después de la suscripción del presente contrato, por un plazo máximo de doce (12) meses asumiendo los costos que genere esta alternativa, mientras no exista la infraestructura o los permisos ambientales correspondientes para la prestación del servicio mediante la alternativa definitiva. Para efectos del cumplimiento de la obligación del establecimiento de una alternativa tecnológica temporal para el manejo de la disposición final de residuos sólidos del Distrito, el concesionario podrá prestar directamente el servicio o subcontratarlo, previa autorización expresa y escrita del Distrito. PARÁGRAFO 2.- Está

a cargo del concesionario la clausura, post-clausura y seguimiento, para lo cual deberá tener en cuenta las disposiciones ambientales vigentes al momento de realizar tales etapas del proyecto.”

4. Señaló, que de conformidad con los numerales 2.1.6 y 2.3.1.4 de los pliegos de condiciones de la Licitación en comento, todo oferente podía manifestar en su propuesta la intención de suscribir y ejecutar el contrato de concesión para la prestación del servicio de aseo en su componente de disposición final de residuos sólidos, opción a la que se acogió la Unión Temporal Urbaser - Sala - Emas, dándole cumplimiento al constituir la sociedad anónima “TIRSA E.S.P.”, con quien el Distrito de Cartagena de Indias suscribió el contrato DAMA No. 001-2002.

5. Mencionó, que con base en lo estipulado en el párrafo 1 de la cláusula primera del contrato DAMA 001-2002, la empresa TIRSA S.A. E.S.P. debió asumir la prestación del servicio de disposición final de residuos, ya que se trataba de realizar solamente labores de reciclaje y compostaje, que no requieran tramitar y obtener licencia ambiental ante CARDIQUE.

6. Así mismo expresó, que el interventor del contrato en marzo 6 de 2003, certificó la exactitud de los argumentos técnicos esgrimidos por el contratista y emitió en marzo 11 del mismo año, concepto mediante oficio No. 0123, sobre la “viabilidad técnica positiva para que esa empresa pueda entrar a operar la alternativa propuesta. Igualmente, certifica que la “alternativa propuesta corresponde a la presentada en la licitación pública como una de las soluciones de disposición final de los residuos sólidos, entre tanto se pone en ejecución el sistema de relleno sanitario” y que la misma “no requiere licencia ambiental según lo establece el decreto 1728 de agosto de 2002”.

7. El Distrito de Cartagena, con fundamento en el artículo 18 inciso 2 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, consideró que además de motivos de legalidad se podían tener en consideración otros de conveniencia e interés general para revocar un acto administrativo si tiene la plena convicción de encontrarse superada la causa que dio lugar a su expedición, como en efecto ocurrió con la expedición de

la resolución 0152 de 2003 que revocó la 0073 de 2003 y ordenó adoptar las medidas de control e intervención necesarias para garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

8. Además señaló, que la interventoría ordenada en la resolución 0152, ha tomado todas las medidas de control necesarias para la adecuada ejecución del contrato DAMA 001-2002, que se resumen en las actividades detalladas en el informe que el Director del Establecimiento Público Ambiental de Cartagena - EPA Cartagena, Rafael Vergara Navarro, presentó al señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena dentro del trámite de la acción de tutela que la empresa TIRSA S.A. E.S.P. instauró contra CARDIQUE, del cual anexó copia suscrita por el interventor.

9. Mencionó, que del cierre del sitio denominado la Concordia el día 10 de abril de 2003, se recibió en la Alcaldía de Cartagena la comunicación 1251 de la misma fecha remitida por el Director de CARDIQUE, en el cual solicitaba al Alcalde apoyo por parte de la Policía del Distrito para que TIRSA S.A. E.S.P. acate y de cumplimiento a la medida de suspensión de las actividades que requiriendo licencia, permisos y/o autorizaciones ambientales, se han venido desarrollando sin los mismos en el lote "la Concordia", caso en el cual, el Alcalde solicitó mediante comunicación del 11 abril de 2003, al Director de CARDIQUE, aclaración y ampliación del alcance de dicha comunicación.

10. Concluyó, que la presente acción es desde todo punto de vista improcedente, en algunos eventos por inexistencia de la vulneración, en otros por no estar ante una omisión sino ante el estricto cumplimiento de un deber constitucional y legal por parte del Alcalde de Cartagena de garantizar la continuidad en la prestación del servicio esencial de aseo en el componente de disposición final y por haberse tramitado inadecuadamente a través de una acción judicial que corresponde para otro tipo de enjuiciamientos.

5. Audiencia Especial:

Mediante auto del 5 de junio de 2003 (fl. 125, Cdno. 2), el a quo citó a las partes a la audiencia especial prevista en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la cual se celebró el 4 de julio de 2003 (fl. 137 a 139, Cdno. 2).

En dicha actuación, se propuso seguir el curso procedimental estipulado en la Ley 472 de 1998, y se afirmó, que ha sido comprobado que hubo y sigue habiendo violación del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano.

El apoderado del Distrito de Cartagena, presentó oposición a las pretensiones del accionante, por considerar que a raíz de la terminación del contrato celebrado con TIRSA S.A. existe sustracción de materia en el presente asunto. Consecuentemente con esa posición no propuso formula de pacto de cumplimiento.

El apoderado de la firma TIRSA S.A. E.S.P., declaró que participaba de lo expresado por el apoderado del Distrito de Cartagena, en el sentido de que el objeto perseguido con la acción perdió su fundamento de hecho y de derecho al igual que su razón de ser, al darse por terminado de forma bilateral el contrato DAMA 001-2002, tal como aparece probado en el expediente el 16 de mayo de 2003, lo cual se traduce, en que para todos los efectos legales se dio una sustracción de materia en el caso pertinente y atendiendo al principio de economía procesal el Tribunal debe ordenar la terminación del proceso.

La apoderada de CARDIQUE, expresó que estarían atentos al cumplimiento, vigilancia y control de todos los actos administrativos expedidos por la Corporación dentro del proceso sancionatorio ambiental seguido al señor Abelardo Blanco y a la sociedad TIRSA S.A. E.S.P., por violación las normas ambientales vigentes.

Así mismo, el Ministerio público manifestó que frente al hecho de no haberse dado en esta audiencia un pacto de cumplimiento, consideró irrelevante cualquier pronunciamiento sobre los extremos de esta acción y decidió reservar su intervención para los alegatos de conclusión.

Finalmente, la Magistrada del Tribunal, teniendo en cuenta que las partes no demostraron interés en celebrar un pacto de cumplimiento, procedió a declarar fallida la audiencia, conforme a lo estipulado por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 y ordenó continuar con el trámite del proceso.

6. Alegatos de conclusión en la primera instancia

El actor popular, mediante escrito presentado el 5 de septiembre de 2003 (fls. 265 a 266 cdno. 1), manifestó que la empresa TIRSA S.A. E.S.P., ha continuado vulnerando los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, el goce a un ambiente sano, a la comunidad de Cartagena, toda vez que a la fecha existen basureros satélites, montados por dicha empresa.

Expresó, que se probó plenamente que con la terminación del contrato entre la empresa TIRSA S.A. E.S.P. y el Distrito de Cartagena, hubo un menoscabo al patrimonio público, ya que éste último debió decretar la caducidad del contrato DAMA No. 001-2002, aduciendo la incapacidad de la parte contratista para seguir con la ejecución del mismo y así solicitar el cumplimiento de las pólizas que garantizaban el mencionado acto. En su opinión, el Distrito debió también, a través de su Alcalde, imponer las multas estipuladas en las cláusulas del mencionado contrato.

7. La Providencia Impugnada

El Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar mediante sentencia del 01 de abril de 2004, denegó las pretensiones de la demanda, fundamentado en las excepciones propuestas y exponiendo en concreto los argumentos que se resumen a continuación:

Advirtió que la presente acción tuvo como propósito proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el goce de un ambiente sano, entre otros, que ajuicio del accionante, estaban siendo vulnerados por causa de la ejecución del Contrato de Concesión DAMA 001-2002 del servicio público domiciliario de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena, suscrito por el Distrito de Cartagena y la firma TIRSA S.A. E.S.P.

Invocó que el accionante en su demanda, afirmó que la firma TIRSA S.A. E.S.P. se encontraba en imposibilidad de cumplir algunas disposiciones legales y administrativas de carácter ambiental, por carecer de suficientes recursos técnicos y de personal, para realizar el objeto social.

Consideró además, que el Distrito de Cartagena, en su escrito de contestación de la demanda, mostró que el contrato DAMA 001-2002, fue terminado por mutuo acuerdo el 16 de mayo de 2003.

Señaló que el Distrito, en razón de la inexistencia del contrato en mención, dijo que no se le podía exigir el cumplimiento de lo pretendido por el actor popular, ya que se estaría frente a una sustracción de materia.

Para el a quo, no obstante estar suficientemente probados los hechos aducidos por el Distrito de Cartagena, era necesario pronunciarse sobre si pudo haber existido o no, violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa. En este sentido, encontró, que efectivamente la administración no actuó con el debido cuidado al momento de la celebración del contrato, toda vez que el Distrito de Cartagena, tenía conocimiento de las falencias de que adolecía la empresa contratista para la ejecución de sus obligaciones contractuales, razón por la cual, se pudo pensar que indudablemente se dio una vulneración a los intereses de la colectividad, lo cual analizó detalladamente.

Consecuentemente afirmó, que si bien el Distrito no tuvo en cuenta al momento de celebrar el contrato, el cumplimiento de todos los requisitos, se encontró probado en el expediente, que la misma administración saneó dicha irregularidad al dar por terminado en forma bilateral, el contrato DAMA 001-2002, objeto de esta acción, ya que éste es un medio procesal que se ejerce para proteger los derechos colectivos en aquellos eventos en donde se puede evitar el daño contingente, para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre derechos colectivos o restituir las cosas al estado anterior, cuando fuere posible.

Por consiguiente, consideró el Tribunal, que al darse por terminado el contrato objeto de esta acción, el posible daño, amenaza, peligro, agravio o vulneración de los derechos colectivos, cesó en forma definitiva, la motivación y la posibilidad de acceso a las pretensiones del demandante en la acción popular, ya que carecería de eficacia, y no cumpliría con los fines dispuestos por el artículo 2 de la Ley 472 de 1998.

Finalizó el a quo, citando una providencia de su autoría, dictada dentro de una acción de cumplimiento¹ donde se había demandado al Distrito de Cartagena por hechos similares a los del presente caso, en donde se dijo que :

“Para hacer un pronunciamiento definitivo sobre éste asunto, es necesario recordar que la petición de los actores prácticamente se sustrae cuando a la fecha del fallo ya se han solucionado todos inconvenientes surgidos a consecuencia de la preparación del terreno denominado La Concordia, como lugar de destino final de residuos sólidos de la ciudad de Cartagena, pues el contrato celebrado entre la empresa contratista y el Distrito fue dado por terminado de común acuerdo entre las partes.”

Por tales razones, y según se indicó en precedencia, el a quo denegó las pretensiones de la demanda.

8. La Apelación

Inconforme con la decisión de instancia, con fecha 29 de abril de 2004, el actor popular interpuso recurso de apelación exponiendo los argumentos que se resumen a continuación (fls. 284 a 286, Cdo 1):

Consideró que la sentencia objeto de impugnación, incurrió en error al denegar las pretensiones de la demanda, ya que en su opinión, omitió pronunciarse sobre la violación del derecho colectivo a un ambiente sano solicitado por la demandante, pues se encuentra suficientemente probado que la Empresa TIRSA S.A. E.S.P. violó las normas ambientales, hecho discutible que conllevó a declarar el cierre del lote La Concordia, por parte de la autoridad ambiental competente y que produjo de manera inminente la terminación del contrato; por tal razón la omisión del contratista, al no cumplir con todos los requisitos de la normatividad ambiental, fue la que vulneró, a su parecer, el derecho colectivo a un ambiente sano y, por lo mismo, produjo inevitablemente la terminación anticipada del contrato.

Mencionó además, que la violación del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, sigue presentándose y continúan toneladas de basura depositadas por la empresa TIRSA S.A. E.S.P., en el lote la Concordia y también en un lote cercano a la empresa Abocol, los cuales fueron cerrados por CARDIQUE, pues se constituyeron como basureros a cielo abierto, ocasionando fuertes impactos

¹ Acción de cumplimiento No. 001-2003-0011-00. Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión.

ambientales y molestias para los habitantes de la vereda Bajo del Tigre quienes han presentado varias quejas por la preocupante situación.

Anotó, que sobre este hecho CARDIQUE expidió una resolución del 28 de enero de 2004, en la cual determinó que la Empresa TIRSA S.A. E.S.P., debía remover la totalidad de las basuras y disponerlas en un sitio autorizado, en un plazo de siete semanas, e impuso una sanción de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes. A esta resolución le fue interpuesto recurso de reposición por parte de la Empresa TIRSA S.A. E.S.P., y se está a la espera de la resolución de CARDIQUE.

Así mismo, el apelante adjuntó copia del diario “El Universal” del 27 de abril de 2004 y argumentó que se produjo la violación del derecho a un ambiente sano, en el momento en que el Distrito de Cartagena otorgó la licitación del servicio público domiciliario de aseo a la Empresa TIRSA S.A. E.S.P., sin exigir previamente el trámite y la obtención de la licencia ambiental, de acuerdo a lo exigido por el decreto 1728 de 2002 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece en su artículo 3, que “La licencia ambiental deberá obtenerse previamente a la iniciación del proyecto, obra o actividad.”

Según indicó, el Tribunal tampoco acertó al afirmar que no se violó el derecho colectivo a la moralidad administrativa, argumentando que “al darse por terminado el contrato objeto del presente caso, en el transcurso del proceso, el posible daño, amenaza, peligro, agravio y, en general, la vulneración a los derechos colectivos cesó en forma definitiva...”, sin tener en cuenta que la empresa TIRSA S.A. E.S.P., incumplió la ejecución del contrato por carecer de requisitos esenciales, como un sitio autorizado en donde depositar las basuras y la obtención de manera previa de la licencia ambiental, motivos por los cuales, se llegó a la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo. La contratista, TIRSA S.A. E.S.P. presentó reclamación al Distrito por cinco mil seiscientos once millones ciento sesenta y cinco mil pesos (\$5'611.165.000), por concepto de investigaciones realizadas para cumplir con el tratamiento y disposición de los residuos y una reclamación por lucro cesante. Anotó además, que el contrato que se estipuló por un término de 20 años, sólo demoró 66 días y en este momento la empresa TIRSA S.A. E.S.P., está pidiendo que se declare el incumplimiento del mismo por parte del Distrito.

Indicó también, que se lograron demostrar los incumplimientos reiterados en los cuales incurrió el contratista, los cuales se dieron debido a las fallas en la adjudicación del contrato suscrito entre las partes, el 14 de enero de 2003. Conforme a lo dispuesto en el pliego de condiciones, para acceder a dicha contratación, el contratista debía asumir el manejo y disposición final de los residuos sólidos el día 29 de enero del mismo año, fecha en la cual no se pudo empezar a ejecutar el objeto del contrato, por carecer de un sitio autorizado para tal fin y la obtención previa de la licencia ambiental. Sólo hasta el 14 de febrero de 2003, un mes después de haberse suscrito el contrato, el Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, Dr. Carlos Díaz Redondo, mediante resolución 0073, decretó la caducidad del mismo. Luego de resolver el recurso que revocó la declaratoria de caducidad, únicamente hasta el 12 de marzo del mismo año, la empresa pudo asumir el servicio, ya que en todo ese tiempo, no se declaró la caducidad del contrato.

Por otro lado, el apelante se cuestionó acerca de lo ocurrido durante el tiempo en que la empresa no pudo asumir el servicio, por los costos de prestación del mismo, teniéndolo que hacer el Distrito y, con ese enfoque, planteó la siguiente pregunta: “¿Por qué a pesar de todos esos contratiempos e incumplimientos que sufrió el Distrito, produciéndose un perjuicio para el erario público, no se le reconocieron al liquidar el contrato por mutuo acuerdo?”, con la cual, consideró que la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa quedó claramente demostrada.

Además, hizo alusión a que en la sentencia, se dijo que las pretensiones ya habían sido solucionadas, sin embargo, indicó que debe tenerse en cuenta que al momento de los hechos eran acertadas las pretensiones solicitadas, debido al tiempo que tomó en resolverse la presente acción popular.

Finalmente solicitó, que por lo expuesto a lo largo del libelo del recurso, el Consejo de Estado se sirva revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, como consecuencia, se acojan las pretensiones de la demanda.

9. Alegatos de conclusión:

Conforme al informe secretarial que obra a folio 313 del cuaderno principal, corrido el término del traslado para alegar de conclusión las partes y el ministerio público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Naturaleza de las acciones populares:

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, las acciones populares, reglamentadas por la Ley 472 de 1998, están encaminadas a proteger derechos e intereses colectivos, en aquellos eventos en que se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares.

Se trata de una acción principal, preventiva, cuando alude a que un derecho colectivo está siendo amenazado y restitutiva, cuando el derecho colectivo está siendo violado, con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior. Por lo expuesto el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998 establece que éstas *“... 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”*.

Puntualizando lo anterior, el artículo 4° de la mencionada Ley 472, hace alusión a cuáles son los derechos e intereses colectivos; se debe aclarar que la lista que presenta éste artículo no es taxativa y que estos derechos e intereses colectivos también se consagran en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados internacionales ratificados por Colombia, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo citado.

Estas acciones entonces, le pertenece a todos y cada uno de los miembros de la colectividad, propenden por la protección de los derechos e intereses colectivos de la comunidad y pueden ser promovidas por cualquier miembro de ésta con el fin de evitar el daño contingente o hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio a un derecho o interés colectivo.

2. La acción popular frente a los contratos estatales

De conformidad con lo establecido en el artículo 209 de la Constitución, la actividad contractual del Estado, en tanto modalidad de gestión pública, ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad². Esto significa, que con los contratos también pueden vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad, el goce de un ambiente sano y el patrimonio públicos.

Con la celebración de los contratos estatales, los funcionarios deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales, la continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (art. 3 ley 80 de 1993).

El particular que contrata con el Estado, si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones (ibídem).

Esto significa, que cuando en la celebración o ejecución de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se hace necesario realizar una revisión pormenorizada del contrato y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. No obstante, el artículo 9º establece que las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

De otra parte, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone

² A este respecto, ver sentencia de la Corte Constitucional C-449 de 1992.

concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.

En este sentido, el art. 40 de la ley 472 de 1998 indica que *“para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”*. Esto significa que las irregularidades en que puede incurrirse en la actividad contractual pueden vulnerar derechos colectivos, que podrán traducirse en sobrecostos, sin que ello signifique que cuando éstos se presenten necesariamente se viole el patrimonio público, ya que será el juez en cada caso en particular, el que determine si se configura o no esa trasgresión.

Con base en el anterior desarrollo de la acción popular, la Corporación ha protegido derechos colectivos que encontró vulnerados, no obstante que se trataba de actividades involucradas con la contratación estatal.

En sentencia del 17 de junio de 2001 (Exp. AP- 166), esta sección ordenó suspender la construcción de una obra que en la práctica significó la suspensión de un contrato estatal. Si bien no encontró probadas las irregularidades contractuales que se alegaban, sí protegió los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la seguridad pública, en tanto dicha obra no cumplía con los requisitos de planeación urbana.

En la sentencia del 24 de agosto de 2001 (exp. AP-100), en la cual se promovió acción popular para proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y de los usuarios de los servicios que presta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Ibagué y que se dirigía a que se ordenara la suspensión de los actos preparatorios del contrato de concesión, a través del cual se prestarían los servicios a cargo de esa empresa, la Sección Quinta de esta Corporación ordenó “suspender inmediatamente el proceso de concesión de la empresa demandada” hasta tanto se adoptaran las medidas necesarias para tomar en cuenta los balances y los estados sobre la realidad financiera de la empresa y luego definir “el esquema de gestión empresarial que asegure la prestación eficiente del servicio público de acueducto y alcantarillado de todos los habitantes del municipio de Ibagué”. Ello implicaba y así se ordenó, que se debían adelantar los

estudios pertinentes para definir las prioridades de inversión y la eficiente y oportuna prestación de los servicios públicos en ese municipio.

Precisó la providencia, que si bien es cierto no corresponde al juez señalar si la definición de una alternativa de gestión de una empresa es deseable o conveniente, ya que se trata de una decisión política o administrativa, también lo es “que no toda gestión de empresa pública pueda considerarse válida legalmente”, ya que si tiene la capacidad de afectar el patrimonio público puede ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular, como quiera que si la finalidad de esta acción “es precisamente establecer un control ciudadano que pretende evitar el daño contingente o hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos (artículo 2º de la ley 472 de 1998)”, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público debe protegerse por vía de esta acción “cuando se demuestre, en un caso concreto, la existencia de actuaciones, omisiones o decisiones administrativas de una empresa pública que ponen en peligro ese interés colectivo”. De tal manera, que si el juez advierte la afectación del patrimonio público, éste tiene facultades preventivas de protección que debe evaluar y aplicar en ese caso concreto.

3. El derecho colectivo a la moralidad administrativa

Dentro de los derechos e intereses colectivos consagrados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, se encuentra el que tiene que ver con la moralidad administrativa, concepto que sólo es mencionado más no desarrollado a lo largo de dicha normatividad.

Conforme aquellas normas que desarrollan la noción de moralidad administrativa, se encuentra el artículo 209 de la Constitución Política en el que se consagran los principios orientadores de la función administrativa, así:

*“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, **moralidad**, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La

administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”
(negrillas adicionales)

En igual sentido, el artículo 3° de la Ley 489 de 1998 dispone que:

*“La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, **moralidad**, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. (...)”* (negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta la normatividad mencionada, se tiene que la moralidad administrativa no sólo es un derecho colectivo, sino también un principio orientador de la función pública en el ejercicio del poder, según el cual, la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el bien común y el interés general.

El Consejo de Estado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales ha abordado la noción de moralidad administrativa en los siguientes términos:

“El desconocimiento de un precepto legal no constituye, per se, vulneración del derecho colectivo en análisis, en tanto que para poder concluir que dicho derecho ha sido desconocido es necesario que la vulneración del principio de legalidad vaya acompañada de algún fenómeno de corrupción. Puede afirmarse que si se vulnera lo preceptuado en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, degradando la autoridad de la que ha sido investido el servidor competente, si éste se separa del texto normativo desconociendo los fines del mismo y con la pretensión de obtener algo a cambio, si con su actuación desobediente vicia la función, entonces la ilegalidad llevará consigo una carga de inmoralidad⁷”.

Es así, como el concepto de moralidad administrativa, está directamente relacionado con la noción de función pública, es decir, que aquél se ve vulnerado cuando se observan irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas.

⁷ Sentencia A.P. 1408-01. del 19 de agosto de 2004. Sección Tercera del Consejo de Estado. C.P. Alier Eduardo Hernández.

Por consiguiente, cuando una persona en virtud de la acción popular acude en procura de la protección de ese derecho, debe analizarse la acción u omisión de la administración en el caso concreto, pues el desconocimiento de lo previsto en tal disposición debe ir acompañado de algún fenómeno de corrupción para dar lugar a la vulneración alegada en la demanda.

4. El derecho colectivo a gozar de un ambiente sano

Otro derecho colectivo consagrado en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, es el derecho a gozar de un ambiente sano, el cual se encuentra señalado dentro del artículo citado, en el literal a) y ha cobrado a lo largo de la última década un importante lugar y especial protección en la Constitución, las leyes y en las disposiciones reglamentarias.

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado, que el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, aprovechamiento de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre, entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en varias disposiciones que establecen mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo³.

Así mismo, la Constitución se ocupó también de regular otros temas de orden ecológico como la conservación de áreas naturales de especial importancia, del desarrollo sostenible, de la calidad de vida y de la educación y la ética ambiental, entre otros; los cuales constituyen, de igual forma, la estructura mínima para la necesaria convivencia de los asociados dentro de un marco de bienestar general.

Consecuentemente, la Carta Política como fuente jurídica de tal derecho, en el artículo 79 expresa:

“() 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

³ Corte Constitucional, Sentencia T-046 de 1999

especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”.

En desarrollo de los principios constitucionales se han consagrado en otras normas directrices en materia de política ambiental. En el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, decreto ley 2811 de 1974, se establece que el ambiente es patrimonio común y que tanto el Estado como los particulares deben participar en su preservación y manejo (art. 1º).

Por tanto la obligación del Estado va más allá de la simple regulación normativa y trasciende al plano de la materialización de esas políticas, mediante la participación en su preservación y manejo, a través de sus diferentes entidades y de los particulares.

5. La defensa del Patrimonio público

La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, y si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

El derecho a la defensa del patrimonio público, busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En tal virtud, si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público y, por ende, su protección puede proceder por medio de la acción popular.⁴

6. El Caso Concreto

En cuanto al caso objeto de estudio, el actor pretende el amparo de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa y el goce a un

⁴ Sentencia AP – 163 de 2001. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera.

ambiente sano, derechos que considera vulnerados por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena y la Empresa de Servicios Públicos TIRSA S.A. E.S.P. toda vez que se le adjudicó a la firma demandada, el contrato de concesión del servicio público domiciliario de aseo, para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad, por un término de 20 años, sin que la firma haya cumplido con dos requisitos pertinentes: la licencia ambiental y un sitio autorizado para desarrollar la actividad objeto del contrato.

En lo que hace referencia a la violación al derecho a la moralidad administrativa, el actor argumentó que con la adjudicación del contrato de concesión suscrito entre las partes el 14 de enero de 2003, para la prestación del servicio público domiciliario de aseo se produjeron varias irregularidades, específicamente, que al haber adjudicado dicho contrato a la firma TIRSA S.A. E.S.P. sin el cumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, ello condujo a la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo.

No obstante, lo anterior, el demandante no arrimó prueba alguna acerca de un hecho, una actuación, o una omisión, que demostrara el interés personal o en beneficio de un tercero por parte de los funcionarios o autoridades públicas que elaboraron y suscribieron el contrato en cuestión, lo que no permite a la Sala condenar en manera alguna en éste sentido, y el simple incumplimiento del contrato por parte de la firma TIRSA S.A. no se prueba el interés en conseguir un beneficio personal o a favor de un tercero por parte de los funcionarios participantes en el presente caso.

En este sentido es pertinente recordar, que conforme al artículo 30 de la Ley 472 de 1998, la carga de la prueba corresponde al demandante y, en consecuencia, dado que lo dicho por el apelante sobre las alteraciones, acciones y omisiones por parte del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena en cabeza de su representante y funcionarios, en beneficio propio o de un tercero, se quedó en simples afirmaciones, es ésta una razón más que suficiente para negar la supuesta violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Ahora bien, de otro lado, el actor popular consideró que existía igualmente una violación al derecho colectivo al patrimonio público, configurada por el hecho de que el Distrito tuvo que asumir los costos de prestación del servicio de manejo y disposición final de los residuos sólidos, entre el 29 de enero de 2003, que

fue la fecha en que se había pactado en el contrato como de inicio de ejecución y el 12 de marzo de ese mismo año, que fue la fecha en que finalmente se asumió tal labor. Anota el recurrente que no obstante que el Dr. Carlos Díaz Redondo, Alcalde Mayor de Cartagena, por medio de la resolución 0073 del 14 de febrero de 2003, decretó la caducidad del contrato, dicha determinación fue posteriormente revocada por virtud de reposición. Lo anterior determinó, que durante el lapso comprendido entre las fechas anotadas anteriormente, fue la Alcaldía Mayor de Cartagena la que debió asumir los costos del servicio durante un término que formaba parte del contrato y debió ser asumido por el contratista.

Para la Sala el argumento anterior carece igualmente de sustento probatorio alguno, pues el actor no probó que durante el lapso comprendido entre el 29 de enero y el 12 de marzo de 2003, la Alcaldía Mayor haya incurrido en costo alguno, por actividades que hallan debido ser asumidas dentro del contrato que nos ocupa. Es ésta pues otra afirmación carente de soporte probatorio alguno.

Adujo además, el actor, que hubo igualmente, una posible vulneración del derecho colectivo al patrimonio público, ya que la empresa TIRSA S.A. E.S.P. presentó reclamación al Distrito por cinco mil seiscientos once millones ciento sesenta y cinco mil pesos (\$5.611.165.000.00), por concepto de inversiones realizadas para cumplir con el tratamiento y disposición de los residuos, además de una reclamación por lucro cesante. Por lo anterior, se observaría un posible desequilibrio económico teniendo en cuenta que el contrato se firmó por el término de 20 años y sólo demoró 66 días y al ser mayor el monto de la reclamación que el costo del contrato mismo, el cual fue estimado en dos mil trescientos cuarenta y dos millones cuatrocientos veinticuatro mil pesos (\$2'342.424.000.00), podría acarrear una vulneración al patrimonio público.

La Sala encuentra desvirtuada la posibilidad que plantea el recurrente como vulneradora al derecho colectivo al patrimonio público, ya que no obstante que se observa con tal reclamación una cuantificación aparentemente irregular, ésta no se configura en violación al patrimonio público, puesto que no obra en el expediente prueba alguna de que el Distrito haya pagado o tenga la intención de pagar los montos pretendidos por el contratista en la correspondiente solicitud y, en consecuencia, corresponderá al juez competente, en desarrollo de lo regulado por el Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993, pronunciarse sobre si hay lugar o no al pago solicitado por TIRSA S.A. E.S.P., por lo que, sin pruebas de lo

anotado por el actor, no se puede afirmar la existencia de una violación del derecho colectivo mencionado.

Ahora bien, en ejercicio de esta acción popular, el actor solicitó igualmente la protección del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, el cual, a su juicio, se encuentra violado en virtud de que con el Contrato DAMA 001-2002, se presentaron una serie de irregularidades de carácter ambiental, ya que, según indicó, la empresa TIRSA S.A. E.S.P., ha incumplido con los cuidados y requerimientos que la prestación del servicio público de disposición de residuos sólidos acarrea. En tal sentido, pasa la Sala a analizar la situación expuesta, tomando como referencia los documentos emitidos por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique CARDIQUE de la siguiente manera:

En la Resolución No. 0060 del 7 de febrero de 2003, aportada al proceso en copia autentica (fls. 235 a 239 del cdno. 2), y en relación a lo denunciado por la Junta Administradora Local del Corregimiento de Pasacaballos y el Frente Único Pro-Medio Ambiente Pasacaballos, a través de sus representantes, se declaró el daño ambiental que probablemente la empresa TIRSA S.A. E.S.P. había ocasionado en el lote ubicado en la vereda Bajo del Tigre del Corregimiento de Pasacaballos, donde se pretendía construir y operar un relleno sanitario sin los permisos correspondientes. Al respecto, CARDIQUE advirtió a la gerencia de dicha firma, que la disposición de residuos sólidos debe hacerse en sitios o lugares que tengan licencia ambiental vigente con base en investigaciones hechas en el lugar de los hechos y consideraciones técnicas.

Resolvió entonces, abrir investigación administrativa contra el señor ABELARDO BLANCO DÍAZ, por la presunta violación de las normas ambientales vigentes y le formuló cargos, ya que la actividad que se estaba ejecutando no contaba con los permisos ambientales requeridos para su ejecución, lo que trajo como consecuencia, destrucción de la cobertura vegetal de la zona, cambios en la geografía de la zona, generando áreas susceptibles de ser erosionadas y emisión de partículas.

Adicionalmente, impuso medida preventiva de suspensión de las obras que se venían ejecutando, hasta tanto no se obtengan los permisos pertinentes y se implementaren las medidas de mitigación por los impactos causados. También se autorizó al Alcalde Mayor de Cartagena, como primera autoridad de Policía del lugar,

para que de cumplimiento a la medida preventiva de suspensión de actividades y, finalmente, se advirtió a la gerencia de la firma TIRSA S.A. E.S.P. que la disposición de residuos sólidos debe hacerse en sitios o lugares que tengan licencia ambiental vigente.

Con respecto a la Resolución No. 0069 de marzo 8 de 2003, la cual obra a folios 240 a 251 del cuaderno 2, en copia auténtica, y tomando como referencia la resolución anteriormente citada, CARDIQUE realizó una visita al lote La Concordia en donde se observó el incumplimiento de lo ordenado en el acto administrativo del 7 de febrero de 2003, debido a que se continuó con las obras que proyectan el futuro funcionamiento de un relleno sanitario, para lo cual, no se tenía licencia ambiental y se estaban afectando la cobertura vegetal, los sistemas de drenajes, la geomorfología, y se incrementaron los efectos erosivos, la pérdida del bosque seco y la generación de un alto nivel de partículas sobre las zonas aledañas.

Por lo anterior, se vinculó a la empresa de Tratamiento Integral de Residuos Sólidos S.A. TIRSA S.A. E.S.P., a la investigación administrativa ordenada por CARDIQUE, como presunta infractora de las normas ambientales vigentes y se le formularon cargos por desarrollar dentro del predio La Concordia, las actividades que se describen en el concepto técnico No. 278 del 17 de marzo de 2003, las cuales estimó violatorias de disposiciones legales vigentes. Además, dispuso que se tuvieran en cuenta como pruebas de los hechos de investigación y formulación de cargos, los siguientes informes técnicos elaborados en el año 2003, que fueron aportados en copia auténtica: 120 del 10 de febrero (fls. 208 a 210 cdno 2); 122 de febrero 13 (fls. 213 a 215 cdno 2); 262 del 11 de marzo (fls. 216 a 219 cdno 2); y 278 de marzo 17 (fls. 220 a 229 cdno 2), emitidos todos por la Subdirección de Gestión Ambiental de CARDIQUE, en los que se describe la situación del lugar y los correspondientes análisis técnicos ambientales, determinándose el adelantamiento de obras sobre el terreno para adecuarlo a un lugar de disposición de residuos sólidos cuando no hay licencia ambiental para el efecto, obras estas que no obstante haber sido suspendidas por CARDIQUE en varias ocasiones; se estableció así mismo el indebido manejo de las basuras que se estaban llevando al terreno La Concordia, olores ofensivos, eventuales generadores de gases producto de la degradación del material orgánico de los residuos sólidos, generación de lixiviados por los materiales en descomposición, y utilización de microorganismos no adecuados para el tratamiento de los residuos, ausencia de laboratorio móvil, ausencia de adecuación del terreno para trabajar en tiempos de lluvia.

El 28 enero de 2004, la Corporación Autónoma Regional del Canal del dique CARDIQUE, expidió la Resolución No. 0023 (fls. 321 a 344 del cdno. ppal, en copia autentica), en la cual se determinó que la empresa TIRSA S.A. E.S.P., debía remover la totalidad de las basuras y disponerlas en un sitio autorizado, para lo cual le dio un término de siete semanas y se le impuso una sanción de 300 salarios mínimos por los incumplimientos reiterados. Contra dicha resolución, fue interpuesto recurso de reposición por parte de la empresa TIRSA S.A. E.S.P, el cual, según información de CARDIQUE de fecha 14 de abril de 2005 (fl.319 cdno. ppal), está a la espera de ser resuelto. No obstante, la Sala, en aplicación del artículo 60 del C.C.A., considera que frente a esta resolución operó el fenómeno del silencio administrativo procesal, o lo que es lo mismo, el recurso de reposición presentado por TIRSA S.A., se entiende como denegado.

Así mismo, dicha Corporación por medio de auto No. 0636 de noviembre 16 de 2004 en copia autentica (fls. 378 a 379 del cdno. ppal), dispuso que la Subdirección de Gestión Ambiental realizara una visita de control y seguimiento al lote La Concordia, para constatar el posible desbordamiento de la laguna de lixiviados del basurero de la empresa TIRSA S.A. E.S.P., basándose en la información suministrada por el señor Ibonel Cortina Bustos, Presidente de la Asociación de Agricultores de Bajo de Tigre, el 12 de octubre de 2004.

De las pruebas relacionadas, la Sala advierte que el lote La Concordia ubicado en la variante Mamonal - Gambote, no sólo se ha convertido en un foco de contaminación e insalubridad en todo el sector, sino que la empresa TIRSA S.A. E.S.P. ha descuidado y ocasionado graves daños ambientales, por la disposición de residuos sólidos mezclados en plataforma de terrenos no impermeabilizados y la falta de manejo de aguas de escorrentía y posibles lixiviados, al punto de encontrarse en una situación de contaminación causada por la actividad del basurero a cielo abierto, sin cumplir con lo consagrado en el Decreto 1713 de 2002.

Por estas razones, la Subdirección de Gestión Ambiental, al ejercer el control sanitario selló de manera provisional los aludidos predios empleados para la disposición final de los residuos sólidos, por cuanto los establecimientos en mención no cumplían con las normas ambientales vigentes, pues, en su entorno existían focos de insalubridad potenciales para la contaminación del medio ambiente.

La misma División señaló, que su funcionamiento ponía en riesgo la salud y bienestar de la comunidad; que las zonas de dispendios para el depósito de basuras no están organizadas; que las superficies de los terrenos sirven de depósitos de los residuos sólidos, sin tener medidas de clasificación de los mismos y, finalmente que tanto el desarrollo de las actividades ejercidas por TIRSA S.A., como las condiciones del terreno, no están adecuadamente diseñado para la disposición final de residuos sólidos.

Por último, la Sala toma como prueba de la violación al derecho colectivo a gozar de una ambiente sano, el oficio enviado a este proceso por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique CARDIQUE del 14 de abril de 2005 (fls 319 a 320 cdno 2) en el cual, la Corporación manifiesta el incumplimiento de las medidas ordenadas por ella misma en las Resoluciones mencionadas anteriormente.

Se advierte así mismo, que esta situación ha sido investigada por la Subdirección de Gestión Ambiental a través de sus técnicos y como resultado de ello se han tomado diferentes medidas, tales como, el cierre del lote mencionado, la imposición de sanciones, y otras, por las autoridades ambientales competentes, sin que TIRSA S.A. haya acatado tales medidas, y antes por el contrario lo que sí es evidente, según se extrae de las diferentes visitas realizadas por CARDIQUE, las cuales están documentadas en este proceso, es que TIRSA S.A. desobedece flagrantemente las determinaciones de las autoridades competentes.

La acción intentada ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, tuvo como propósito solucionar la crisis presentada con ocasión de la adjudicación del contrato de concesión para la prestación del servicio público domiciliario de aseo para el manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos de la ciudad de Cartagena, habiéndose solicitado dar cumplimiento a la Resolución No. 0069 de 2003, expedida por CARDIQUE para que se obligue a la firma TIRSA S.A. E.S.P. a que cumpla todos los requerimientos ambientales, o que se declare la caducidad del contrato DAMA 001-2002, ya que la firma se vio imposibilitada para dar cumplimiento al objeto del contrato, lo cual no fue acogido por el Tribunal, quien consideró que con la terminación bilateral del mismo, cesaba la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a gozar de un ambiente sano, aducidos en la demanda.

No obstante, verificado el deterioro ambiental generado por TIRSA S.A. E.S.P., la Sala revocará la decisión proferida por el Tribunal, pues como se observa a lo largo de la parte motiva de esta sentencia, la crisis ambiental en el lote La Concordia, presentada con ocasión de la adjudicación del contrato de concesión, entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA y la Sociedad Anónima de Tratamiento y Disposición de Residuos Sólidos TIRSA S.A. E.S.P. continúa presentándose, razón por la cual, se puede determinar que el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, es el único derecho de los mencionados por el actor dentro de la acción popular que se encuentra efectivamente violado.

En efecto, si se atiende a que en el numeral 3 del acto de terminación bilateral del contrato DAMA 001-2002, quedó como obligación del contratista dar cumplimiento al parágrafo 2 de la cláusula primera del mencionado contrato, y que este parágrafo establece que *“está a cargo del concesionario la clausura, post-clausura y seguimiento, para lo cual deberá tener en cuenta las disposiciones vigentes al momento de realizar tales etapas del proyecto”*, para la Sala es evidente que dicha terminación del contrato implicaba que TIRSA S.A. debía tomar las medidas ambientales pertinentes, para que cualquier actividad realizada por ésta. en el terreno La Concordia, no generara impactos ambientales dañinos. No obstante, los documentos citados anteriormente dan cuenta de que TIRSA S.A. no ha realizado la remoción de las basuras, ni las actividades tendientes a recuperar los terrenos indebidamente utilizados.

Según el Oficio del 14 de abril de 2005 ya citado, remitido a este proceso por parte de CARDIQUE (fl, 319 a 320 del cdno 2), la violación del derecho colectivo al medio ambiente se concreta en que tanto en el lote La Concordia en la vereda Bajo del Tigre, como en el terreno localizado en la zona industrial de Mamonal en la vía a la ladrillera CLAY, en la parte posterior de la empresa ABOCOL, se han generado una serie de daños ambientales por la indebida disposición de residuos sólidos, sin el cumplimiento de los requerimientos exigidos para la realización de dicha actividad y por no haberse atendido a los conceptos de la autoridad competente en la región, CARDIQUE, y sus informes técnicos que hacen referencia al problema de contaminación y daño ambiental presentado en el sector.

De otra parte, a pesar de que todas éstas eran obligaciones de TIRSA S.A. no obra dentro del proceso demostración alguna de que la Alcaldía de Cartagena haya realizado actuaciones tendientes a requerir o a sancionar a TIRSA

S.A., para que cumpliera con sus obligaciones, lo cual era esperable, dada la condición de primera autoridad de policía que tiene el Alcalde, y su deber de exigir el cumplimiento los deberes contractuales suscritos con dicha entidad estatal.

Por lo anterior, para dar cumplimiento al objeto de las acciones populares como acción principal y en este caso restitutiva; por estar siendo violado el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano; con el propósito de que vuelvan las cosas al estado anterior y hacer cesar el daño ambiental causado en el lote La Concordia y en el lote ubicado en la parte posterior de la empresa ABOCOL, ordenará la Sala el pago de una indemnización de perjuicios a favor de la entidad pública no culpable, encargada de la protección del derecho colectivo aquí violado, pues considera que se dan los presupuestos para ello.

En efecto, sobre este asunto considera la Sala pertinente señalar, que si bien se ha expresado en múltiples oportunidades que la acción popular no tiene fines indemnizatorios, y que ésta no puede ejercerse por ninguna persona buscando tal fin⁵, es procedente de manera excepcional, condenar a tal indemnización, cuando quiera que se ha causado daño a un derecho colectivo, decisión ésta, que más que el resultado de una pretensión de la demanda, la cual no es necesaria para que dicha condena proceda, corresponde más bien a una decisión potestativa del juez popular al momento de dictar sentencia, con fundamento en la valoración de las pruebas obrantes dentro del proceso.

En este sentido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, la Sala concluye, que para que proceda la condena a una indemnización de perjuicios dentro de una acción popular, se requiere, en primer término, que se haya ocasionado un daño a un derecho colectivo - luego no procederá cuando se trate de un acción popular de carácter preventivo - y; adicionalmente, el daño causado no debe ser susceptible de ser restablecido mediante una simple orden de hacer o de no hacer, o se prevea que dicha orden sería a todas luces ineficaz. De otra parte, la condena se hará a favor de la entidad pública no culpable encargada de la protección del derecho colectivo violado, sin que se requiera que ésta sea parte dentro del proceso y, en todo caso, la indemnización que dicha entidad reciba, podrá ser utilizada única y exclusivamente para efectos del restablecimiento del derecho colectivo violado.

⁵ Al respecto pueden verse las siguientes providencias de la Sala: 11 de septiembre de 2003, Exp. AG-00019; 14 de abril de 2005, Exp. AP 1238; 6 de octubre de 2005, Exp. AP. 1480, entre otras.

De acuerdo con lo anterior, y atendiendo a que a la fecha y a pesar de haber tenido múltiples oportunidades, TIRSA S.A., no ha cumplido con las recomendaciones y los requerimientos de CARDIQUE para evitar el daño colectivo aquí demandado, lo cual precisamente generó el daño ambiental enunciado, la Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, dispondrá la condena a favor de la entidad pública no culpable que tenga a su cargo la protección del medio ambiente que, para el presente caso, se considera que es CARDIQUE.

En efecto, el artículo 33 de la Ley 99 de 1993 creó la Corporación Autónoma del Canal del Dique - CARDIQUE, cuya sede principal se encuentra en el Distrito de Cartagena y su jurisdicción comprende al distrito de Cartagena de Indias y los municipios de Turbaco, Turbana, Arjona, Mahates, San Estanislao de Koztka, Villanueva, Santa Rosa, Santa Catalina, Soplaviento, Calamar, Guamo, Carmen de Bolívar, San Juan, San Jacinto, Zambrano, Córdoba, Marialabaja en el departamento de Bolívar. Como Corporación Autónoma Regional que es, tiene como objeto la ejecución de políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, así como dar cumplida y oportuna aplicación a las disposiciones legales vigentes sobre su disposición, administración, manejo y aprovechamiento (art. 30 Ley 99 de 1993).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, dentro de sus funciones se encuentran las de:

“...(...)...

“6. Celebrar contratos y convenios con las entidades territoriales, otras entidades públicas y privadas y con las entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto sea la defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de ejecutar de mejor manera alguna o algunas de sus funciones, cuando no correspondan al ejercicio de funciones administrativas.

“...(...)...

“10. Fijar en el área de su jurisdicción, los límites permisibles de emisión, descarga, transporte o depósito de sustancias, productos, compuestos o cualquier otra materia que puedan afectar el medio ambiente o los recursos naturales renovables y prohibir, restringir o regular la fabricación, distribución, uso, disposición o vertimiento de sustancias causantes de degradación ambiental. Estos límites restricciones y regulaciones en ningún caso podrán ser menos estrictos que los definidos por el Ministerio del Medio Ambiente.

“...(...)...

“20. Ejecutar, administrar, operar y mantener en coordinación con las entidades territoriales, proyectos, programas de desarrollo sostenible y obras de infraestructura cuya realización sea necesaria para la defensa y protección o para la descontaminación o recuperación del medio ambiente y los recursos naturales renovables.”

En consecuencia, y atendiendo las funciones de tal entidad, la Sala condenará *in genere* a la empresa TIRSA S.A. a pagar a CARDIQUE como entidad no culpable encargada del medio ambiente, la cifra que se establecerá mediante incidente y que sea necesaria y suficiente para que CARDIQUE, directamente o mediante contrato elabore un cronograma de actividades de retiro de la totalidad de las basuras en los predios La Concordia y en el lote ubicado en la zona industrial de Mamonal en la vía a la ladrillera CLAY, en la parte posterior de la empresa ABOCOL, mediante la elaboración y el uso de una matriz donde se indiquen todas y cada una de las actividades a realizar. Dentro del cronograma de actividades deben estar incluidas, especies, cantidades, tamaños del material vegetal a usar en el proceso de revegetalización de la totalidad de las zonas impactadas.

Para los dos terrenos se deberá diseñar un programa de recuperación de los suelos, restauración vegetal y paisajística, arborización del total de los terrenos intervenidos y una categorización de los cuerpos de agua ubicados dentro de los terrenos en cuestión y en sus zonas contiguas.

En desarrollo de dichos cronograma y programa, CARDIQUE con los dineros producto de la indemnización retirará la totalidad de las basuras ubicadas en los lotes mencionados y realizará la respectiva recuperación de suelos, restauración vegetal y paisajística, arborización de los terrenos y recuperación de la calidad de las aguas en las zonas contiguas al terreno.

Para cumplir tales medidas, la liquidación de la indemnización se hará mediante incidente que presente CARDIQUE ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, inmediatamente la presente sentencia cobre ejecutoria, y conforme a las previsiones del artículo 307 del C.P.C. Dicha indemnización será utilizada por CARDIQUE única y exclusivamente para la recuperación de los terrenos en cuestión.

7. El incentivo

El artículo 39 de la ley 472 de 1998 establece que *“El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales...”*.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 40 de la ley 472 de 1998 establece que *“En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) que recupera la entidad pública en razón a la acción popular”*.

Significa lo anterior que en todos los eventos, salvo cuando la acción proceda por violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, caso en el cual el actor popular tendrá derecho a recibir el 15% de lo que recupere la entidad, el incentivo es de 10 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

En el caso concreto, como ya se señaló, el contrato celebrado entre la Empresa TIRSA S.A. E.S.P. y el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de indias, amenaza el goce a un ambiente sano, pero no se demostró que en su celebración se haya lesionado el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Si bien el desconocimiento del derecho a la moralidad administrativa está generalmente vinculado con la violación de otros derechos colectivos como el patrimonio público, no sucede lo contrario, es decir, la violación del derecho al patrimonio público no implica siempre la vulneración del derecho a la moralidad administrativa.

Por lo tanto, se reconocerá al actor como incentivo el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual deberá ser pagado por partes iguales entre La Empresa TIRSA S.A. E.S.P. y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 1 de abril de 2004 y en su lugar se dispone:

PRIMERO: Condenar a la empresa de Tratamiento Integral de Residuos Sólidos TIRSA S.A. y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, por la violación al derecho colectivo al goce de un ambiente sano.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a TIRSA S.A. a pagar a CARDIQUE a título de indemnización de perjuicios por el daño ambiental causado, a pagar la suma de dinero que se establecerá mediante incidente en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: La cifra obtenida podrá ser utilizada por CARDIQUE única y exclusivamente en la recuperación de los terrenos, con el fin de reestablecer el derecho colectivo violado, en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFÓRMESE para el cumplimiento de las órdenes judiciales que aquí se disponen, un Comité de Vigilancia integrado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el demandante, la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique CARDIQUE, la Procuraduría Judicial de Asuntos Ambientales y Agrarios y la Contraloría Distrital, conforme a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

QUINTO: Se concede al actor un incentivo equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cual deberá ser pagado por la Empresa TIRSA S.A. y el Distrito de Cartagena en proporciones iguales.

SEXTO: NOTIFÍQUESE a la Procuradora Judicial de Asuntos Ambientales y Agrarios y a la Alcaldía Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena la presente providencia.

SÉPTIMO: Una vez en firme la presente providencia, remítase copia de la misma a la Defensoría del Pueblo, para efectos de lo establecido en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

RUTH STELLA CORREA PALACIO

Presidente de la Sala

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA