

FALLO EXTRA PETITA - Condena más allá de lo pedido y debatido en el proceso / FALLO EXTRA PETITA QUE CARECE DE MOTIVACION - Contraría el principio de congruencia y el derecho al debido proceso

La Sala estima oportuno resaltar que aun cuando el fallo declaró a USOCHICAMOCHA, al INCODER y al municipio de TOCA, responsables de la amenaza y vulneración de los derechos colectivos relacionados con el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, así como a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, considera que la controversia a resolver debe centrarse únicamente en estos últimos derechos colectivos, esto es, los previstos por el literal l) del artículo 4 de la ley 472 de 1998. Esto, no solo porque encuentra que el a quo, en el auto admisorio de la demanda, fijó el litigio en esos términos; sino además porque evidencia que dicho fallo, además de ser extra petita, por no haber sido los derechos proclamados en el literal d) del artículo 4 de la ley 472 de 1998 (rectius el derecho al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público) parte del petitum de la demanda, se produjo sin ninguna consideración ni razonamiento que lo justifique o explique. Para la Sala, al tratarse de una condena más allá de lo pedido y debatido en el plenario, así como de lo razonado en la parte considerativa del fallo, ella resulta contraria al principio de congruencia, atenta contra el debido proceso y desconoce el especial deber de motivación de los eventuales fallos extra petita que en virtud del principio iura novit curia está habilitado a emitir el Juez Constitucional de los derechos colectivos. En efecto, tal como ha sido afirmado por esta Sala de Decisión, si de los hechos aducidos en la demanda se deriva que hay un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente por el actor, el juez debe proteger el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado, siempre que ello esté debidamente acreditado en el proceso. No obstante, con miras a armonizar dicha potestad con las garantías propias del debido proceso en el marco de un Estado constitucional de derecho, es natural que ello debe ser objeto de análisis detallado por parte del juez, sobre quien recae entonces una especial carga tanto de estudio y valoración de las pruebas, como de motivación de su fallo. Por esta razón, y aun cuando ello no fue objeto de reproche por ninguna de las apelaciones interpuestas, toda vez que en el sub lite ninguna de estas cargas fue atendida en absoluto por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, en aras de asegurar la efectividad de la garantía constitucional del debido proceso y de impartir lineamientos adecuados como órgano de cierre sobre el ejercicio de la función de Juez Constitucional de Acción Popular, la Sala revocará la condena proferida en relación con el desconocimiento de los derechos al goce al espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público. Lo anterior, se reitera, por ser patente que en relación con ellos no se respetó el derecho de defensa ni de contradicción, ni el juez de primera instancia cumplió en lo más mínimo su carga de motivación del fallo, pues nada en su parte considerativa permite entender las razones de hecho y de derecho que fundamentaron dicho pronunciamiento extra petita.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 4 LITERAL L / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 4 LITERAL D

NOTA DE RELATORIA: En relación con la facultad del juez constitucional de proferir fallos extra petita siempre que atienda el deber de motivación, ver sentencias de esta Corporación: del 3 de noviembre de 2005, exp. 2003-01278-01 (AP), y del 6 de septiembre de 2001, exp. 2000-0005-01(AP-163).

DERECHO COLECTIVO A LA SEGURIDAD Y A LA PREVENCION DE DESASTRES TECNICAMENTE PREVISIBLES - Noción y alcance / TIPOS DE

RIESGOS - Naturales y antropocéntricos / OBLIGACION DE LA ADMINISTRACION - Ejecutar acciones de prevención de riesgos dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad

El asunto sub examine involucra el derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres técnicamente previsibles. Proclamado por el literal l) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción ex ante de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio. Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan advertibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De aquí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho y haya hecho énfasis en su vocación de evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad, ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también -cada vez más- de origen antropocéntrico (v.gr. pérdidas de vidas humanas o animales, contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones). Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que por ende ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan (artículo 2 de la Ley 472 de 1998)... No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 4 LITERAL L / LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: En relación con los tipos de riesgos previsibles, ver sentencia del 23 de mayo de 2013, exp. 2010-01166-01. En cuanto a la obligación de la administración de ejecutar acciones de prevención de riesgos, consultar

sentencias: del 15 de julio de 2004, exp. AP 1834 y del 28 de octubre de 2010, exp. 2005-01449-01(AP). De otra parte, pueden señalarse como casos similares al sub lite, las sentencias del 10 de octubre de 2012, exp. 2010-00326-01 (AP); del 4 de junio de 2001, exp. 2000-0421-01(AP-066); y del 23 de mayo de 2013, exp. 2010-01166-01. Todas estas providencias proferidas por el Consejo de Estado.

LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA - Noción / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Excepción probada por ausencia de vínculo material y funcional entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y los hechos que originan la acción / NOTICIA DE PRENSA - Valor probatorio / NOTICIA DE PRENSA - No constituye por sí sola medio de convicción

La legitimación material en la causa por pasiva exige que la entidad contra la cual se dirige la demanda esté vinculada funcional o materialmente con los hechos que dan origen a la reclamación, es decir, su implicación por acción u omisión, examinada desde la óptica de las responsabilidades que legalmente corresponden al organismo demandado. En este orden de ideas, para este Juez Constitucional es visible que en el sub examine no resulta posible predicar dicha vinculación material ni funcional respecto de los hechos que originan el presente proceso y el MADR. Lo primero queda excluido con la valoración de los hechos en los que se sustenta la demanda y las pruebas obrantes en el expediente; lo segundo, en la consideración de las funciones legales y reglamentarias de dicha agencia estatal. Esto, por cuanto ni de manera general (artículo 59 de la ley 489 de 1998), ni de forma particular (Decretos 2478 de 1999, 967 de 2001, 4486 de 2006 y 4943 de 2011) le asiste a este Ministerio la responsabilidad de vigilar, mantener, gestionar, controlar o financiar las represas o la infraestructura de los distritos de riego. Si bien es cierto que el artículo 8 de la ley 41 de 1993 le otorga la condición de organismo rector de las políticas en adecuación de tierras y cabeza de Subsector de Adecuación de Tierras, no lo es menos que no es un órgano ejecutor de dicha política. Por ende, siendo la presente una controversia esencialmente centrada en la ejecución de dicha política (consecuencia de las muertes, las inundaciones y los riesgos que representa para la comunidad de TOCA el embalse La Copa), no resulta viable extender al Ministerio esta clase de responsabilidades. Mucho menos cuando el único sustento para hacerlo es, según se puede inferir del texto del fallo apelado (que, se itera, no fundamenta en absoluto este extremo de su decisión), la noticia publicada en el diario El Tiempo... no basta con tomar una simple noticia que da cuenta de un anuncio político, pues no figura refrendada por ningún otro medio de convicción obrante en el plenario, para construir el nexo que ahora se valora. Visto lo anterior no queda duda que el MADR carece de legitimación en la causa por pasiva en el asunto debatido, por lo que se impone declarar fundada la excepción propuesta por esta entidad.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 59 / DECRETO 2478 DE 1999 / DECRETO 968 DE 2001 / DECRETO 4486 DE 2006 / DECRETO 4943 DE 2011 / LEY 41 DE 1993 - ARTICULO 8

NOTA DE RELATORIA: En lo atinente a la falta de legitimación por pasiva, consultar sentencias del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973; del 17 de junio de 2004, exp. 1993-0090-01(14452); del 22 de noviembre de 2001, exp. 13.356; del 27 de abril de 2006, exp. 1996-03263-01(15352) y del 8 de abril de 2014, exp. 1998-00036-01(29321). Por otra parte, respecto del valor probatorio de las noticias de prensa, ver sentencia del 29 de mayo de 2012, exp. 2011-01378-00(PI). Todas estas providencias proferidas por el Consejo de Estado.

PROTECCION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A LA SEGURIDAD Y PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES TÉCNICAMENTE - Elaboración de plan de manejo y gestión del riesgo del embalse La Copa

Estima la Sala que resulta procedente su vinculación al cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal a quo. En cuanto a CORPOBOYACÁ, ello deriva del hecho de formar parte, según lo previsto por el numeral 7 del artículo 2 del Decreto Ley 919 de 1989, del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. Disposición plenamente armónica con el papel que la legislación ambiental ha otorgado a las Corporaciones Autónomas Regionales, según la cual la participación de estos órganos en la discusión, decisión y ejecución de medidas, programas y proyectos con incidencia ambiental sobre el territorio en el que ejercen sus funciones, lo cual engloba lo atinente a la prevención de desastres y a obras relativas a la infraestructura para la prestación de servicios públicos, resulta parte de sus responsabilidades... No puede la Sala dejar de mencionar que según el artículo 12 del precitado Decreto Ley 919 de 1989, la actividad de planeamiento inherente a la prevención y gestión de desastres implica tomar en consideración una pluralidad de variables, entre las que el componente ambiental ocupa un lugar destacado... De otra parte, en cuanto a USOCHICAMOCHA, encuentra la Sala que toda vez que legalmente las asociaciones de usuarios están organizadas para asegurar la adecuada representación, manejo y administración del Distrito (artículo 20 de la ley 41 de 1993), en absoluto resulta ilegítima o inaplicable su vinculación al cumplimiento de la obligación impuesta por el sexto punto de la parte resolutive de la sentencia apelada. Esto, toda vez que, contrario a lo afirmado en el escrito de impugnación adhesiva, la participación de esta Asociación en la elaboración, discusión y ejecución de esta clase de planes no resulta ajeno a su ámbito de competencias... Siendo la garantía y defensa de la vida, de la calidad de vida, del medio ambiente y de la propiedad pública y privada fines constitucionales impuestos de manera general al conjunto de las autoridades estatales (nacionales, departamentales y locales), y teniendo en particular responsabilidades frente a la conservación del ambiente y los recursos naturales, como es el caso de CORPOBOYACÁ, y frente a la administración y conservación de la infraestructura del distrito de riesgo, como ocurre con USOCHICAMOCHA, no hay duda que en uno y otro caso se encuentran legitimadas para sumarse al INCODER y al municipio de TOCA en la preparación y ejecución del plan de manejo y gestión del riesgo impuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá con miras a amparar el derecho de la seguridad y la prevención de desastres técnicamente previsibles de la comunidad circundante al Embalse la Copa. En últimas todos ellos comparten la responsabilidad de evitar el daño grave o la alteración grave de las condiciones normales de vida de dicha comunidad como consecuencia de los incidentes que se han venido produciendo en el embalse con ocasión de las épocas de lluvia y de la imprudencia de algunos visitantes a dicho paraje que arriesgan su vida al entrar sin previsión alguna en las aguas de la represa. Bajo este marco, resulta natural que aúnen sus esfuerzos para la adecuada prevención y atención de las distintas situaciones de peligro, calamidad o desastre que se pueden presentar en dicha zona, en la cual todos los condenados ejercen, de una forma u otra, sus competencias sectoriales; que ahora deben coordinarse y enfocarse a la prevención de tales incidentes en el futuro.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 919 DE 1989 - ARTICULO 2 NUMERAL 7 / LEY 99 DE 1993 - ARTICULO 31 NUMERAL 5 / DECRETO LEY 919 DE 1989 - ARTICULO 12 / LEY 41 DE 1993 - ARTICULO 3 / LEY 41 DE 1993 - ARTICULO 20 / LEY 41 DE 1993 - ARTICULO 22 NUMERAL 4

BIEN DE USO PUBLICO - Requisitos para el uso de cerca viva / VULNERACION DEL DERECHO AL GOCE DEL ESPACIO PUBLICO Y A LA UTILIZACION Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PUBLICO - Plan de gestión y manejo del riesgo del embalse La Copa debe contemplar un componente pedagógico e informativo sobre el agua de la represa dirigido a la comunidad

En dicho punto se ordenó a USOCHICAMOCHA y al municipio de TOCA delimitar el área del embalse mediante una cerca viva, de especies nativas, que impidan el acceso de las personas a la misma; orden que en criterio de este Juez Constitucional puede resultar contraria al derecho colectivo consagrado por el literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, a saber: el derecho al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público. Siendo legítima la previsión de medidas orientadas a evitar la pérdida de vidas, estima esta Corporación que este objetivo debe que lograrse sin desmedro de otros valores o bienes jurídico constitucionales (en este evento el derecho de todos a disfrutar de los espacios públicos); lo que impone la necesidad de adoptar medidas intermedias, ponderadas, que no resulten incompatibles con la promoción y defensa de todos los intereses merecedores de protección que confluyen en el caso concreto. En consecuencia, se precisa dicha orden en el sentido que la cerca viva prevista por el a quo para delimitar el área del embalse no deberá impedir el acceso ni el disfrute visual de un bien de uso público como es dicho cuerpo de agua. No puede perderse de vista que de conformidad con el literal a) del artículo 3 del Decreto 1504 de 1998, los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo, forman parte del espacio público; y que según el artículo 4 de este mismo estatuto, los mares, playas marinas, arenas y corales, ciénagas, lagos, lagunas, pantanos, humedales, rondas hídricas, zonas de manejo y protección ambiental tienen la calidad de elementos constitutivos naturales del espacio público... Lo anterior, lógicamente, debe entenderse en el sentido que las demás medidas impuestas (vinculación de personal para que ejerza la vigilancia del lugar y señalización adecuada y advertencia a la comunidad del riesgo que representa), debidamente aplicadas, se muestran suficientemente efectivas para disuadir y mantener a raya a quienes imprudentemente ingresan al embalse sin saber nadar... La Sala exhortará al INCODER, a USOCHICAMOCHA, a CORPOBOYACÁ y al municipio de TOCA, a que en el plan de gestión y manejo del riesgo del embalse La Copa impuesto por el numeral sexto de la sentencia apelada, se contemple un componente importante de pedagogía e información a la comunidad, orientada a transmitirle y hacerle comprender los peligros que conlleva el goce irresponsable, descuidado y negligente de las aguas de la represa, así como su importancia y bondades para la comunidad y la necesidad de respetar el régimen de usos y aprovechamientos establecido.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 - ARTICULO 4 LITERAL C / DECRETO 1504 DE 1998 - ARTICULO 3 LITERAL A / DECRETO 1504 DE 1998 - ARTICULO 25

NOTA DE RELATORIA: En relación con las barreras de acceso a los bienes de uso público, ver sentencia del 17 de febrero de 2005, exp. 2003-01424-01 de esta Corporación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo del dos mil quince (2015)

Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00031-01(AP)

Actor: JOSE AMADO LOPEZ MALAVER

Demandado: MINISTERIO DE VIVIENDA Y DESARROLLO RURAL - MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE - CORPOBOYACA Y OTRO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Corporación Autónoma Regional de Boyacá (CORPOBOYACÁ), la Asociación de Usuarios del Distrito de Riego y Drenaje de Gran Escala del Alto Chicamocha y Firavitova (USOCHICAMOCHA) y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en su calidad de partes demandadas, contra la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2013 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- LA DEMANDA

El ciudadano **JOSÉ AMADO LÓPEZ MALAVER** promovió acción popular¹ contra el **Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural**, el **Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial**, y la **Corporación Autónoma Regional de Boyacá** (en adelante CORPOBOYACÁ), tendiente a la protección de los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la protección y preservación de las áreas de especial importancia ecológica, de ecosistemas estratégicos, así como de los demás intereses de la comunidad relacionados con la restauración y preservación del medio ambiente; la seguridad y salubridad públicas; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; el derecho a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles y a la construcción de los embalses dando prevalencia al beneficio de la seguridad y protección de la vida de los habitantes.

1.1. Hechos y omisiones en que se fundamenta la demanda.

¹ Folios 1-21.

Según lo expuesto por el actor en la demanda, su reclamación se apoya en los siguientes hechos:

1.1.1.- Manifiesta que en el año 1990 fue construido en la jurisdicción del municipio de TOCA, Boyacá, el embalse de La Copa; y observa que desde esa fecha se han ocasionado en él numerosas muertes por ahogamiento. En su criterio ello obedece a que este embalse no se encuentra dotado con las especificaciones técnicas mínimas o medidas preventivas de señalización, regulación, vigilancia o manejo que impidan la ocurrencia de esta clase de acontecimientos.

1.1.2.- Explica que hay una omisión de las autoridades propietarias del embalse en relación con la señalización, vigilancia del acceso y uso de él por parte de personas que no saben nadar y que no están en condiciones de discernir el peligro que asumen; así como negligencia de parte de las autoridades ambientales en relación con el ordenamiento ambiental del territorio, toda vez que no se han adoptado medidas como la reserva, alinderación y declaración de un área protegida en este ecosistema estratégico, ni se han adoptado medidas ni programas que hagan posible la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos en el entorno del embalse La Copa.

1.1.3.- Indica que tampoco se ha realizado ningún control respecto de los altos niveles de contaminación presentes en el embalse como consecuencia de las actividades agropecuarias poco amigables con el medio ambiente que se desarrollan a su alrededor, ni de las aguas contaminadas que vierten a él los ríos que sin tratamiento adecuado recogen las aguas servidas de los municipios circundantes.

1.1.4.- Expone que las autoridades ambientales tampoco han adelantado los trámites pertinentes que permitan la declaración como parque natural o zona de especial importancia ecológica el área que conforma el páramo La Cortadera y el embalse La Copa, que facilite la reinversión en la zona de los recursos que captan las autoridades ambientales por concepto de tasas retributivas, compensatorias y por servicios ambientales.

1.1.5.- Denuncia el estado crítico en que se encuentra la vía que de TOCA conduce a Paipa, como consecuencia del anegamiento que resulta del desbordamiento de las aguas del embalse, causante de la obstrucción de la vía; así como de inundaciones a terrenos aledaños de propiedad privada debido a que el rebosadero no opera en forma adecuada, lo que constituye una amenaza latente para los habitantes del lugar.

1.2. Las pretensiones de la demanda.

Solicita la parte demandante que se acceda a las siguientes pretensiones:

1.2.1.- Que se declare responsable a los demandados por la violación directa de los derechos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales asegurando su conservación, la protección de áreas de importancia ecológica; la seguridad y salubridad pública; el acceso a una infraestructura de servicios públicos que garantice la seguridad pública y a que su prestación sea eficiente y oportuna; la construcción de embalses dando prevalencia a la seguridad y protección de la vida de los habitantes, así como la protección al medio ambiente.

1.2.2.- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a las autoridades competentes: (i) implementar medidas permanentes de control y desarrollo del área en cuestión y que por acto administrativo se declare zona de reserva de especial importancia ecológica, ECOPARQUE EMBALSE LA COPA, con el fin de lograr la adecuada protección y aprovechamiento sostenible de estos recursos; (ii) ejercer control sobre las actividades agropecuarias poco amigables con el medio ambiente que allí se practican; (iii) garantizar la seguridad de las personas que concurren al lugar, poniendo en operación un planchón o transbordador que traslade a los lugareños de manera segura hasta la cabecera municipal, para que puedan ejercer sus labores y disfrutar de sus derechos como ciudadanos del municipio de TOCA; (iv) antes de la ampliación proyectada del embalse, establecer áreas de cerramiento y aislamiento o zona de seguridad alrededor, en una extensión de no menos de 150 metros de diámetro; desarrollar labores de control de navegación e ingreso de visitantes al embalse bajo las más estrictas medidas de prevención, tanto para mejorar la protección ambiental como para evitar más pérdida de vidas humanas; que se construyan y abran a servicio de la comunidad piscinas que permitan a los ciudadanos de Toca el desarrollo de

destrezas para la práctica de la natación y salvamento acuático; (v) que los beneficiarios de las aguas del embalse suscriban pólizas de seguro que garanticen un cubrimiento del 100% de su responsabilidad frente a eventuales incidentes que lleguen a presentarse por razón de las inundaciones o de accidentes con visitantes o navegantes de sus aguas; (vi) efectuar censos que hagan posible que los propietarios de predios aledaños al embalse puedan hacer uso de la porción de agua que desde su construcción está destinada para su consumo; (vi) cumplir todos los requisitos necesarios para que el embalse La Copa y el Páramo La Cortadera sean objeto de un aprovechamiento sostenible, que permitan su preservación; (vii) impartir en las instituciones educativas y deportivas de la localidad cursos destinados a la población infantil para que puedan estar seguros en el entorno del embalse y comprendan las funestas consecuencias de su imprudencia o imprevisión; (ix) conminar a la autoridad local para que el Comité Local de Prevención y Atención de Desastres esté operativo permanentemente, debidamente dotado y dando cumplimiento a sus funciones.

1.2.3.- Que aún en el evento en que durante el transcurso del proceso se realicen labores con objeto de superar las irregularidades enunciadas, se declare la vulneración y violación de los derechos colectivos que cesaron con ocasión de la interposición de la presente acción popular.

1.2.4.- Que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas y gastos judiciales y demás declaraciones que de oficio considere pertinentes el Tribunal.

1.3. Solicitud de medida cautelar.

El actor solicita que como medida cautelar se conforme una comisión técnica conjunta con el fin de establecer con precisión las verdaderas causas de las permanentes inundaciones de la vía que de TOCA conduce a Paipa y de predios particulares circundantes, para de esta forma conjurar una eventual avalancha por un posible rompimiento del muro de contención del embalse. Igualmente pide que se ordene suspender cualquier ejecución de obra de infraestructura del embalse, hasta tanto quede garantizada la seguridad, la vida y la preservación del medio ambiente, de acuerdo con lo previsto en la Constitución y la ley².

² Folio 16.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 9 de febrero 2011³ el Tribunal Administrativo de Boyacá inadmitió la demanda de la referencia al observar ciertas falencias relativas a la no precisión de los hechos que comprometen la responsabilidad de las entidades demandadas, la no concreción de las razones por las cuales se da la supuesta vulneración o amenaza de los derechos colectivos invocados y la falta de claridad y concreción de las pretensiones invocadas en la demanda.

Por medio de escrito con fecha 11 de febrero de 2011⁴, el accionante subsana las falencias de la demanda en los siguientes términos:

1. Con respecto a los HECHOS puntualiza que han sido 34 las víctimas mortales por ahogamiento en dicho embalse en razón de la escueta actividad de control del Ministerio de Agricultura y sus filiales HIMAT- INAT- INCORA – dependencias del INCODER en su condición de propietarias del embalse.

También puntualiza que el Ministerio Agricultura en conjunto con CORPOBOYACÁ ha asumido una actuación pasiva que ha llevado a la realización de labores agropecuarias poco amigables que atentan contra el sano suministro de agua para la región de Boyacá.

En cuanto el Ministerio de Medio Ambiente afirma que ha tenido una negativa sistemática en cuanto al cumplimiento de las leyes, al no desarrollar las labores pertinentes referentes a lograr la declaratoria de zona especial de importancia ecológica y de protección que permitan ejercer una vigilancia y control real hasta proteger y preservar este embalse.

2. Con respecto a los DERECHOS COLECTIVOS, menciona que no se han tomado las medidas correspondientes al control y la debida vigilancia y control de la navegación o uso adecuado del embalse que permitan al ciudadano la seguridad y prevención de desastres.

³ Folios 32-34.

⁴ Folios 133-134.

De igual manera hace referencia a que no se han tomado los correctivos necesarios en relación con el desagüe del embalse que evitan las inundaciones y con ello no se ha logrado la seguridad y protección a la vida de los habitantes.

Alude igualmente a la falta de provisión de medios de transporte adecuado para las familias que habitan en el entorno del embalse, lo cual los fuerza a improvisar chalupas en las que arriesgan su vida al tratar de cruzar las aguas del estanque.

También hace referencia a que la producción de fétidos olores producto de materia orgánica que es vertida libremente y a la subsecuente proliferación de mosquitos, lo cual, afirma, constituye un atentado contra la seguridad y la salubridad pública.

3. Con respecto a las PRETENSIONES pide que:

- i. El embalse La Copa debe ser declarada una zona de reserva de importancia ecológica.
- ii. Las autoridades realicen un control real, efectivo y consecuente preservación del reservorio de agua al servicio de la región central de Boyacá.
- iii. Se ejecuten las acciones administrativas pertinentes para evitar el riesgo de accidentes fatales.

Mediante auto del 16 de marzo del 2011⁵, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Boyacá admitió la demanda por considerar que se subsanaron los defectos advertidos, pero lo hizo solo en relación con los derechos a la prevención de desastres técnicamente previsibles y a la realización de construcciones respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. Lo anterior, por considerar que “los hechos de la demanda se refieren es a la protección de dichos derechos, ante los casos de muertes por ahogo en el embalse “La Copa” y las inundaciones que afectan otros predios aledaños”⁶. Además ordenó vincular al proceso al municipio de TOCA y al Departamento de Boyacá y negó la medida

⁵ Folio 137-141.

⁶ Folio 138.

cautelar que había sido solicitada. Esto último por considerarse que pese a que el actor expone una aparente situación de vulneración de derechos colectivos relacionados con el ambiente sano, la salubridad pública y el acceso a la infraestructura de servicios públicos, para el Tribunal la totalidad de las medidas cautelares solicitadas con la demanda son del mismo tenor de las pretensiones planteadas en la demanda, lo cual desnaturaliza el fin de la medida cautelar.

III.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1.- Contestación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial⁷.

A través de apoderado, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (ahora Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, y en adelante MMADS) señala que se opone a los hechos de la demanda toda vez que en razón de sus funciones y competencias ha actuado conforme a la ley, siendo los hechos y afectaciones a los derechos colectivos que se debaten responsabilidad de CORPOBOYACÁ, del Departamento de Boyacá y del municipio de TOCA.

Aduce que las pretensiones de la demanda carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que permitan demostrar la violación por parte del MMADS de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Resalta que es el organismo encargado de fijar y establecer las políticas a nivel nacional en materia del medio ambiente, uso del suelo, ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial y urbano, así como la política habitacional integral, por lo que no tiene la calidad de órgano ejecutor. Y agrega que en cumplimiento de sus funciones no es responsable de ninguna actuación lesiva a los derechos individuales o colectivos a los que hace referencia el demandante, por no existir ningún nexo causal entre los hechos ocurridos y las funciones del Ministerio.

Aduce que el actor no ha cumplido con la carga de la prueba imperante en materia de acciones populares, ya que se ha limitado a señalar supuestas irregularidades relacionadas con el embalse La Copa de forma abstracta, sin que acompañe

⁷ Folio 160-176 (copia remitida vía fax) y folios 196-210 (copia radicada).

pruebas que respalden sus afirmaciones en relación con los hechos de los cuales deriva la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda.

Adicionalmente propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva al considerar que no es la parte legitimada para responder por la violación de los derechos colectivos invocados. En su criterio, dado el reparto competencial imperante en materia ambiental y de prevención de riesgos la responsabilidad por los hechos que se debaten le corresponde a CORPOBOYACA, al departamento de Boyacá y al municipio de TOCA, en donde se encuentra ubicado el embalse La Copa.

3.2.- Contestación del Departamento de Boyacá⁸.

A través de apoderada, el Departamento de Boyacá (en adelante EL DEPARTAMENTO) expresa su oposición a las pretensiones de la demanda por no ser responsable esta entidad territorial de ninguna de las vulneraciones a los derechos colectivos a los que alude la demanda, ni poder responder por las omisiones de terceras entidades como CORPOBOYACÁ o el municipio de TOCA.

Aduce que los niveles departamental y nacional están organizados y actúan como apoyo complementario y subsidiario a los esfuerzos locales cuando la magnitud de las tareas supera su capacidad o cuando la actuación trasciende su ámbito, por lo cual no es dable señalar como responsable al Departamento de Boyacá cuando ni el municipio ni CORPOBOYACÁ han solicitado colaboración.

Manifiesta que según la reglamentación del Sistema Nacional para la Atención de Desastres, el Comité Regional para la prevención y Atención de Desastres, integrado por entidades públicas y comunitarias y cuyo presidente es el Gobernador, es el organismo que debe desarrollar en el departamento las actividades tendientes al logro de los objetivos y propósitos de dicho sistema, pero que en ningún caso le son imputables las responsabilidades que ahora se debaten.

Afirma que no se le pueden atribuir responsabilidades con ocasión del peligro en que se presume se encuentra todo ser viviente que se encuentre en cercanías del

⁸ Folios 177-189

embalse La Copa y que ha venido cumpliendo con sus funciones de apoyo y colaboración a las entidades locales con el fin de evitar y prevenir desastres en la región.

Propone las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y la de ausencia de vulneración de los derechos colectivos. La primera, se fundamenta en que tanto el municipio de TOCA como CORPOBOYACÁ son entes con personería jurídica, representación legal, autonomía administrativa y financiera, diferente al Departamento, y cada uno es el llamado a afrontar sus responsabilidades. La segunda se apoya en que de su parte no se ha dado vulneración alguna de los derechos colectivos invocados, ya que los entes competentes para el manejo de aguas residuales y la construcción de una planta de tratamiento es el municipio de TOCA con la vigilancia de CORPOBOYACÁ.

3.3.- Contestación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural⁹.

A través de apoderado el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante MADR) expresa su oposición a las pretensiones de la demanda, hace referencia a los hechos y señala que no es cierto que haya incumplido los deberes que la Constitución y la Ley le han impuesto, en particular lo relativo a la supuesta omisión de declaratoria de zona de reserva forestal y la protección de las mismas, toda vez que la entidad no tiene dichas funciones.

Manifiesta que no es cierto que el embalse haya sido construido de una manera anti-técnica, como expresa el actor, ni que debido a ello se hayan ocasionado grandes desastres e inundaciones. Y añade que no se puede perder de vista que en el último año Colombia ha tenido una situación inusual en el volumen de precipitación de lluvias, situación que en algunos lugares del territorio nacional ocasionó catástrofes, pero que en todo caso constituye un evento irresistible.

Indica que no es cierto que haya asumido una actitud de imprevisión con respecto al fallecimiento de 34 personas por ahogamiento en el embalse, y pone de presente que en dicho lugar se practican deportes náuticos, resaltando que cuando se llevan a cabo por personas inexpertas y sin la debida precaución el resultado puede ser trágico. Pero agrega que esta prevención no le corresponde a este Ministerio.

⁹ Folios 217-221.

Expresa que la entidad no es la propietaria de los terrenos del embalse La Copa, por cual no resulta viable pretender imputarle ninguna responsabilidad por la disponibilidad o falta de los medios de transporte adecuados para que la ciudadanía transite por el embalse.

Propone como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, la improcedencia de la acción por no existir vulneración de los derechos colectivos y la “falta de obligación probada frente al Ministerio”¹⁰. La primera excepción se basa en que las omisiones a las que son imputables las vulneraciones a los derechos colectivos denunciadas en la demanda son imputables a las autoridades diferentes, a saber: el MMADS y las Corporaciones Autónomas Regionales. En cuanto al segundo medio exceptivo propuesto, sostiene que ni el daño ni la amenaza a los intereses colectivos que sustentan la demanda existen ni tienen la entidad suficiente para representar un peligro contingente, una amenaza o vulneración de uno o varios derechos o intereses colectivos, por lo cual debe declararse la improcedencia de la acción interpuesta. Finalmente, la excepción denominada “falta de obligación probada frente al ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural”¹¹, consiste en que el actor no ha probado la acción y omisión por parte del Ministerio en cuanto a la causación de los perjuicios mencionados en la demanda, lo cual deriva en la falta de los presupuestos sustanciales requeridos por la acción popular y, por ende, la entidad no tiene el deber jurídico de actuar en el presente proceso.

3.4.- Contestación del municipio de TOCA¹².

A través de apoderado, el municipio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda por considerar falsos los hechos sobre los cuales se apoya la demanda y estimar que la administración municipal no es responsable del manejo del embalse y ha cumplido con sus responsabilidades frente a este reservorio de agua.

Propone como excepción la competencia de CORPOBOYACÁ como máxima autoridad ambiental de la zona de influencia del embalse y solicita el llamamiento en garantía a la Asociación de Usuarios del Distrito de Riego y Drenaje de Gran

¹⁰ Folio 221.

¹¹ Folio 221.

¹² Folios 223-226.

Escala del Alto Chicamocha y Firavitoba – USOCHICAMOCHA) en tanto que administradora del embalse.

3.5.- Contestación de CORPOBOYACÁ¹³.

Mediante apoderada manifiesta su oposición a las pretensiones de la demanda por considerar que ha cumplido oportunamente las funciones que constitucional y legalmente le han sido conferidas.

Señala, en cuanto a los hechos, que se trata de manifestaciones subjetivas del actor que no cuentan con respaldo probatorio alguno, puesto que desconocen la labor de control y seguimiento que ha realizado la entidad respecto de los vertimientos al embalse La Copa, así como las inversiones que ha realizado en ejecución de los recursos del Fondo Regional de Inversión para Descontaminación Hídrica, como el proyecto de mejoramiento de la red de alcantarillado de TOCA.

Aduce que la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales a que se refiere la demanda es un servicio público que está a cargo de las correspondientes entidades territoriales, y no dentro de las funciones asignadas a las autoridades ambientales. Y agrega que constitucional y legalmente corresponde a los Departamentos cumplir funciones de apoyo y complementación a la acción de los municipios.

Reafirma el hecho de que La Copa es una construcción artificial de agua realizada por USOCHICAMOCHA, asociación que está encargada de su manejo y administración, y a la que le corresponde la responsabilidad de mantener el embalse en condiciones ambientales manejables, sin que ello implique desconocimiento de las funciones como autoridad ambiental que le competen en su jurisdicción.

Expresa que como autoridad ambiental en el área de influencia del embalse solo es competente para administrar los recursos naturales, entre ellos el hídrico, para lo cual está facultada para desarrollar actividades de conservación y recuperación de la estabilidad del ecosistema a fin de garantizar la cantidad del recurso del que se va a hacer uso.

Propone como excepciones la ausencia de elementos que estructuren la responsabilidad de CORPOBOYACÁ y la falta de legitimación en la causa por

¹³ Folios 232-341.

pasiva. La primera excepción se funda en que las atribuciones y funciones de los diferentes agentes del Estado se encuentran reguladas, por lo que esta entidad no puede invadir orbitas que no le corresponden, como la relacionada con la construcción, operación y puesta en funcionamiento de las plantas de tratamiento de aguas residuales de los Municipios de TOCA y Siachoque, la cual debe ser adelantada directamente por los entes territoriales. Razones similares le permiten sustentar la segunda excepción formulada.

3.6.- Contestación de USOCHICAMOCHA¹⁴.

Puesto que CORPOBOYACÁ solicitó la vinculación al proceso de la Asociación de Usuarios del Distrito de Riego y Drenaje de Gran Escala del Alto Chicamocha y Firavitova (en adelante USOCHICAMOCHA), ésta fue vinculada como litisconsorte necesario mediante auto de fecha 26 de mayo de 2011¹⁵. En tal calidad, mediante apoderada, este organismo se pronunció dentro del trámite manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda.

Indicó, con respecto a los hechos, que constituyen apreciaciones subjetivas y poco técnicas realizadas por el actor; pues ni siquiera es cierto que haya construido el embalse La Copa, como lo sostiene CORPOBOYACÁ, ya que dicha obra la ejecutó el antiguo HIMAT.

Señala que la represa se encuentra en debido funcionamiento actualmente y su funcionalidad es óptima, pero que debido a la presencia de fenómenos climáticos que se presentaron durante los años 2010 y 2011, en el país en general y en la región en particular, experimentó un aumento en las precipitaciones, lo cual afectó la operabilidad de la válvula de desembalse.

Precisa que las autoridades han venido ejerciendo esfuerzos tanto económicos como técnicos para poder adecuar las obras de infraestructura que conforman el Sistema de Riego y Drenaje de la represa, pese a lo cual se han presentado incidentes como inundaciones, de las que no se puede responsabilizar a USOCHICAMOCHA. Pues si bien es cierto que éste ente operan las compuertas y la válvula de desembalse, la administración de los recursos naturales es

¹⁴ Folios 370-389.

¹⁵ Folios 346-348.

competencia de las autoridades ambientales que conforman el Sistema Nacional Ambiental -SINA-.

Agrega que el embalse La Copa hace parte de la cuenca alta del río Chicamocha, declarada “cuenca de ordenación” desde agosto de 2005 por CORPOBOYACÁ, por lo que responde a una zonificación ambiental (zonas de conservación, de restauración, de uso sostenible y de recuperación), que como administradora de la infraestructura tiene el deber de respetar y acatar.

Expone que debido a la presencia de los aludidos fenómenos climáticos, coordinó la creación de un Comité de Mando Unificado, integrado por los representantes de los municipios y entidades que podrían verse afectadas con la apertura de las compuertas, y para el caso se integró con los alcaldes de los municipios de Paipa, Duitama, Tuta, al Gobernador de Boyacá y CORPOBOYACÁ, para dar solución a la problemática presentada con el embalse “La Copa” y de esta manera determinar soluciones técnicas para la emergencia que atraviesan los municipios de la Cuenca Alta del Río Chicamocha. Y agrega que la problemática del embalse se originó por un fenómeno climático que es imposible de resistir y que no guarda relación alguna con sus funciones.

Explica que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, conformada por mandato legal (artículo 20 de la ley 41 de 1993) por todos los usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras. Y precisa que su función se ejerce de acuerdo con el Contrato de Administración suscrito con el INAT, que la faculta para administrar, operar y conservar las obras existentes en el Distrito de Adecuación de Tierras del Alto del Chicamocha. En consecuencia, dice, le corresponde el mantenimiento de las obras de infraestructura existentes en el embalse, en virtud de lo cual se han venido realizando sucesivas limpiezas preventivas, además de labores de conservación y optimización de las compuertas del embalse; labores que han permitido mantener el buen funcionamiento de la infraestructura.

Aclara que, contrario a lo afirmado, la represa no es propiedad de una entidad específica. Se trata, afirma, de un reservorio de agua o de un cauce artificial, que presta un servicio público y tiene naturaleza de bien de uso público. En consecuencia, por tratarse de un recurso natural, debe ser administrado y controlado por las autoridades ambientales, y en lo que respecta a USOCHICAMOCHA, únicamente le compete realizar el manejo de la

infraestructura de desembalse, de acuerdo a las obligaciones que para tal efecto imponga CORPOBOYACÁ, siendo ésta, también, la entidad responsable para disponer sobre las concesiones que se otorgan en relación con este recurso.

Propone las siguientes excepciones de fuerza mayor, falta de legitimación en la causa e inexistencia de nexo causal entre las vulneraciones alegadas por el accionante y el cumplimiento de las obligaciones y funciones del USOCHICAMOCHA. La primera de ellas tiene relación con las precipitaciones extraordinarias que se presentaron en 2010 y 2011, que constituyen un hecho imprevisible e irresistible con clara incidencia sobre el funcionamiento de la represa. La segunda excepción se funda en que el ente ha cumplido con su objeto social y con sus obligaciones contractuales en cuanto a la conservación de las obras de infraestructura existentes en el embalse La Copa. Finalmente, el tercer medio exceptivo se apoya en que las inundaciones causantes de las violaciones a los intereses colectivos que alega el accionante no tienen relación alguna con las actividades y omisiones imputables a USOCHICAMOCHA, puesto que en su condición de administradora del Distrito de Riego no ha ocasionado daño alguno a terceros ni a sus propiedades.

IV.- AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

El 17 de julio de 2012, día y fecha señalados por auto de 8 de febrero de 2012¹⁶ para llevar a cabo la audiencia especial de pacto de cumplimiento, y luego de que hubiera sido aplazada en una oportunidad anterior¹⁷, se declaró fallida la audiencia de que trata el artículo 27 de la ley 472 de 1998 por la no comparecencia de la totalidad de las partes interesadas.

V.- LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Boyacá, en sentencia del 14 de Noviembre de 2013¹⁸, declaró fundadas la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por el Departamento de Boyacá y por el MMADS; negó la misma excepción propuesta por USOCHICAMOCHA, CORPOBOYACÁ y el MADR y declaró a la primera, junto con el INCODER y el municipio de TOCA, responsables de la amenaza y vulneración de los derechos colectivos

¹⁶ Folio 463

¹⁷ Folio 459.

¹⁸ Folio 613-632.

relacionados con el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, así como a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles. Con base en la anterior declaración, ordenó al MADR que previas las operaciones presupuestales y administrativas que sean del caso, en coordinación con el INCODER y el municipio de TOCA, ejecute la partida presupuestal anunciada en USOCHICAMOCHA por la suma de OCHO MIL MILLONES DE PESOS (\$8.000.000.000.00) para completar la capacidad del embalse La Copa. También ordenó al INCODER que dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, previa socialización con la comunidad, gestione dentro de los seis meses siguientes los proyectos necesarios para poner fin a los problemas que se evidencian en el embalse con el fin de asegurar la protección de los intereses colectivos amparados, procediendo a la ampliación de la represa o a las demás obras que sean necesarias para evitar futuras inundaciones. Igualmente ordenó a USOCHICAMOCHA, al INCODER, al municipio de TOCA y a CORPOBOYACÁ que dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia elaboren y pongan en marcha un plan de manejo de la represa con el fin de evitar futuras inundaciones. Asimismo ordenó al municipio de TOCA y a USOCHICAMOCHA que dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del fallo delimiten el área del embalse por medio de una cerca viva, que impidan el acceso a ella de las personas y que elaboren (si aún no lo han hecho) y pongan en práctica el Plan Municipal de Gestión de Riesgo de Desastres en el que se indiquen las medidas preventivas y de atención de desastres relacionados con ahogamientos en el embalse, se contrate personas que vigilen sus alrededores y se ponga una señalización preventiva y de alerta de peligro con la finalidad de impedir el ingreso de personas no autorizadas a este cuerpo de agua.

VI.- EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá se interpusieron los siguientes recursos de apelación:

6.1.- CORPOBOYACÁ impugnó oportunamente la providencia de primera instancia¹⁹ por considerar que la obligación que le fue impuesta por la sentencia (a saber: participar en la elaboración y puesta en práctica de un plan de manejo de la represa que evite futuras inundaciones) no es de recibo por carecer de soporte

¹⁹ Folios 636-640.

normativo y probatorio y estar totalmente desprovista de un análisis de fondo dentro de la parte considerativa de la sentencia que justifique su imposición.

Adicionalmente remarca que según la normatividad aplicable al embalse La Copa, por tratarse de una infraestructura construida antes de la entrada en vigencia de la ley 99 de 1993 le resulta aplicable el régimen de transición previsto en sus decretos reglamentarios. Por esta razón no precisa de licencia ambiental sino de plan de manejo ambiental, que debe ser evaluado y avalado por ella; por lo cual colige que es clara la obligación que para el caso concreto le asiste al INCODER, como propietario del embalse, de presentar ante ella como autoridad ambiental competente el respectivo plan de manejo ambiental. Y de aquí que no resulte legítimo involucrarla en la obligación que le fue impuesta en el fallo, pues no parece viable que siendo la autoridad ante la cual debe radicarse el instrumento de manejo y control del proyecto, y a cargo de la cual se encuentra su estudio y aprobación, esté además implicado en su preparación y puesta en marcha.

Finalmente, precisa que no puede confundirse el concepto de plan de manejo ambiental con el plan de gestión de riesgo, ya que la sentencia proferida por el Tribunal hace alusión la puesta en práctica de un plan de manejo de la represa con el fin de evitar futuras inundaciones, lo cual no es el objetivo del primer tipo de instrumento sino del segundo.

6.2.- El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural interpuso en tiempo recurso de apelación contra el fallo de primera instancia,²⁰ manifestando que lo ordenado en el punto cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada (a saber: ejecutar la partida presupuestal anunciada en USOCHICAMOCHA por la suma de OCHO MIL MILLONES DE PESOS para completar la capacidad del embalse La Copa) debe ser revocada por tres razones: La primera, que en el *sub lite* el MADR carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las actuaciones y omisiones a las que hace referencia la demanda aluden a competencias y responsabilidades radicadas en cabeza de entes distintos a él; cuestión que pese a haber sido oportunamente expuesta en la contestación de la demanda no fue en ningún caso objeto de ningún análisis ni consideración por parte del fallador *a quo*, no obstante lo cual, recalca, declaró su prosperidad frente al Departamento de Boyacá y al MMADS.

²⁰ Folios 649-656.

En segundo lugar menciona que la prosperidad de las pretensiones de la acción popular está condicionada por la existencia de una situación que implique un peligro contingente o la vulneración de uno o varios derechos colectivos y que dicha situación sea ocasionada por actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares. Y expresa que en el *sub judice* no se evidencia prueba de daño alguno o de amenaza a las personas que habitan la zona del embalse La Copa, razón por la cual no hay motivo para estimar la reclamación presentada.

Por último, afirma el Ministerio que el fallo apelado debe ser revocado en lo que respecta a él porque no tiene el deber jurídico de actuar o de abstenerse de hacerlo frente a las pretensiones esbozadas por el demandante.

6.3.- USOCHICAMOCHA interpuso extemporáneamente el recurso de apelación procedente contra la sentencia de primera instancia²¹, razón por la cual fue rechazado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá en el auto que concedió los recursos interpuestos por CORPOBOYACÁ y por el MADR²². No obstante, con posterioridad USOCHICAMOCHA presentó escrito manifestando presentar apelación adhesiva a los recursos interpuestos por CORPOBOYACÁ y el MADR contra el fallo de 14 de noviembre de 2013²³. Aunque en este documento se presentan diversos argumentos orientados a controvertir la sentencia impugnada, dada la condición de adhesiva de la apelación presentada, el Despacho se limitará a conocer de los argumentos concordantes con los recursos oportunamente interpuestos.

VII.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

No reposa en el expediente alegato alguno de segunda instancia proveniente de ninguna de las partes.

VIII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

²¹ Folios 642-648.

²² Folio 658.

²³ Folios 662-669.

En el presente proceso la Delegada del Ministerio Público ante la Sección Primera del Consejo de Estado guardó silencio.

IX.- CONSIDERACIONES

9.1.- Competencia.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 16 de la ley 472 de 1998, la Sala es competente para pronunciarse sobre el presente recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá del 11 de noviembre de 2013.

9.2.- Presentación del caso.

El asunto bajo revisión surge de la reclamación presentada por el actor para solicitar la protección de los derechos e intereses colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la protección y preservación de las áreas de especial importancia ecológica, de ecosistemas estratégicos, así como de los demás intereses de la comunidad relacionados con la restauración y preservación del medio ambiente; la seguridad y salubridad públicas; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; el derecho a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles y a la construcción de los embalses dando prevalencia al beneficio de la seguridad y protección de la vida de los habitantes. Esto, como consecuencia, primero, de los supuestos problemas de contaminación del recurso hídrico y de la falta de medidas adecuadas para la conservación de los recursos naturales que en concepto del actor se presentan en el embalse La Copa y su entorno; así como, en segundo lugar, resultado de las numerosas muertes por ahogamientos en la represa y de los problemas relacionados con la inundación de la vía que de TOCA conduce a Paipa y de diferentes propiedades situadas alrededor del embalse. Se trata, entonces, en lo fundamental, de un problema relativo a la protección del medio ambiente y a la seguridad y prevención de desastres.

Con todo, puesto que el Tribunal de primera instancia admitió la demanda únicamente en lo referente a los derechos a la prevención de desastres técnicamente previsibles y a la realización de construcciones respetando las

disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, dejando por fuera de la controversia la variable ambiental de la reclamación inicialmente presentada²⁴, *prima facie* aquéllos enmarcan el debate que se debe surtir tanto en la primera como en la segunda instancia de este juicio. No obstante esta situación, el fallo declaró a USOCHICAMOCHA, al INCODER y al municipio de TOCA, responsables de la amenaza y vulneración de los derechos colectivos relacionados con el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, así como a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles. En consecuencia, les impuso una serie de obligaciones orientadas a asegurar la seguridad del embalse, a cuya ejecución deben concurrir, además, el MADR y CORPOBOYACÁ.

Por esta razón estas últimas entidades, únicas apelantes directas junto con USOCHICAMOCHA que lo hace por adhesión, cuestionan la lógica y los fundamentos del fallo en lo que les afecta, pues no encuentran sustento jurídico ni probatorio para la imposición de las obligaciones que les fueron asignadas, a saber: la orden dada al MADR de ejecutar una partida presupuestal por la suma de OCHO MIL MILLONES DE PESOS (\$8.000.000.000.00) a favor de USOCHICAMOCHA (punto cuarto de la parte resolutive del fallo) y la orden impartida a CORPOBOYACÁ, en conjunto con USOCHICAMOCHA, el INCODER y el municipio de TOCA, para elaborar y poner en práctica un plan de manejo de la represa con el fin de evitar futuras inundaciones (punto sexto de la parte resolutive de la sentencia).

9.3.- Cuestión previa.

Antes de precisar el problema jurídico a dilucidar, la Sala estima oportuno resaltar que aun cuando el fallo declaró a USOCHICAMOCHA, al INCODER y al municipio de TOCA, responsables de la amenaza y vulneración de los derechos colectivos relacionados con el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, así como a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles, considera que la controversia a resolver debe centrarse únicamente en estos últimos derechos colectivos, esto es, los previstos por el literal I) del artículo 4 de la ley 472 de 1998. Esto, no solo porque encuentra que el

²⁴ Véase el auto admisorio de la demanda, obrante a folio 138.

a quo, en el auto admisorio de la demanda²⁵, fijó el litigio en esos términos; sino además porque evidencia que dicho fallo, además de ser *extra petita*, por no haber sido los derechos proclamados en el literal d) del artículo 4 de la ley 472 de 1998 (*rectius* el derecho al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público) parte del *petitum* de la demanda, se produjo sin ninguna consideración ni razonamiento que lo justifique o explique.

Para la Sala, al tratarse de una condena más allá de lo pedido y debatido en el plenario, así como de lo razonado en la parte considerativa del fallo, ella resulta contraria al principio de congruencia, atenta contra el debido proceso y desconoce el especial deber de motivación de los eventuales fallos *extra petita* que en virtud del principio *iura novit curia* está habilitado a emitir el Juez Constitucional de los derechos colectivos. En efecto, tal como ha sido afirmado por esta Sala de Decisión, “si de los hechos aducidos en la demanda se deriva que hay un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente por el actor, el juez debe proteger el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado”²⁶, siempre que ello esté debidamente acreditado en el proceso. No obstante, con miras a armonizar dicha potestad con las garantías propias del debido proceso en el marco de un Estado constitucional de derecho, es natural que ello debe ser objeto de análisis detallado por parte del juez, sobre quien recae entonces una especial carga tanto de estudio y valoración de las pruebas, como de motivación de su fallo. Por esta razón, y aun cuando ello no fue objeto de reproche por ninguna de las apelaciones interpuestas, toda vez que en el *sub lite* ninguna de estas cargas fue atendida **en absoluto** por el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, en aras de asegurar la efectividad de la garantía constitucional del debido proceso y de impartir lineamientos adecuados como órgano de cierre sobre el ejercicio de la función de Juez Constitucional de Acción Popular, la Sala revocará la condena proferida en relación con el desconocimiento de los derechos al goce al espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público. Lo anterior, se reitera, por ser patente que en relación con ellos no se respetó el derecho de defensa ni de contradicción, ni el juez de primera instancia cumplió en lo más mínimo su carga de motivación del fallo, pues nada en su parte

²⁵ Folios 137-141.

²⁶ Sentencia de 3 de noviembre de 2005, Rad. No. 25000-23-25-000-2003-01278-01(AP). C.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta. También, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, véase la sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. No. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163). C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

considerativa permite entender las razones de hecho y de derecho que fundamentaron dicho pronunciamiento *extra petita*.

9.4.- Problema jurídico.

Vistos los antecedentes expuestos y teniendo en cuenta la precisión efectuada de manera precedente, corresponde a la Sala determinar si el MADR, CORPOBOYACÁ y USOCHICAMOCHA han atentado o vulnerado los derechos colectivos a la seguridad y a la prevención de desastres técnicamente previsibles. Antes de definir este aspecto la Sala deberá definir si el MADR tiene legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto. Resuelto lo anterior se deberá establecer si los apelantes deben cumplir o no con las órdenes que les fueron impuestas por los numerales cuarto y sexto de la parte resolutive del fallo del 11 de noviembre de 2013 del Tribunal Administrativo de Boyacá con miras a tutelar los derechos colectivos amparados.

9.4.- Análisis del caso.

En orden a resolver la cuestión planteada en el apartado anterior, la Sala estima pertinente efectuar (1) algunas consideraciones generales sobre la acción popular, así como sobre (2) el derecho colectivo objeto de este pronunciamiento; para luego estudiar (3) la legitimación en la causa por activa del MADR y (4) examinar enseguida la responsabilidad de CORPOBOYACÁ y de USOCHICAMOCHA frente a la obligación que se le impuso en el numeral sexto del fallo impugnado. Con base en estos elementos de juicio (5) se resolverá el caso concreto.

9.4.1.- La acción popular.

En desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, el artículo 2 inciso segundo de la Ley 472 de 1998 dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. Se trata, entonces, de un medio procesal de rango constitucional, de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, procedente contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses

colectivos amparados por el ordenamiento jurídico²⁷. Su objeto, según ha sido afirmado por jurisprudencia de esta Corporación, “no es otro que la tutela de aquellos derechos que la Constitución y la Ley han reconocido de manera indivisible y global a la comunidad en cuanto cuerpo social titular de unos intereses merecedores de protección, en tanto que presupuestos o condiciones determinantes para el buen funcionamiento de la sociedad y la realización del orden jurídico, político, económico y social justo que aspira implantar la Norma Fundamental”²⁸.

En tanto que mecanismos procesales para garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, la prosperidad de la acción popular depende, según ha sido establecido por la jurisprudencia, de la verificación de los siguientes supuestos sustanciales en el caso concreto: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana; y, c) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Estos supuestos deben ser debidamente acreditados en el proceso como presupuesto para la que la vulneración del derecho colectivo invocado sea declarada.

9.4.2.- El derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres técnicamente previsible.

Tal como quedó establecido en el problema jurídico esbozado, el asunto *sub examine* involucra el derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres técnicamente previsible. Proclamado por el literal l) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción *ex ante* de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio. Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción, como es habitual en las actuaciones de

²⁷ Vid. artículos 2 y 9 de la Ley 472.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de mayo de 2014, Rad. No. 25000 23 24 000 2010 00609 01(AP). C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan advertibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De aquí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho y haya hecho énfasis en su vocación de “evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”²⁹, ya no solo naturales (*v. gr.* fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más- de origen antropocéntrico (*v.gr.* pérdidas de vidas humanas o animales, contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones).

Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que por ende ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan (artículo 2 de la Ley 472 de 1998).

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación el derecho a la seguridad pública ha sido definido como “parte del concepto de orden público (...) concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas”³⁰. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. Núm. 2005-01449-01(AP).

diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaura como estándar de sus actuaciones. No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales.

Con base en este derecho, por ejemplo, se ha condenado a las entidades públicas por cuya omisión se profundizaron los problemas de inestabilidad de suelos presentes en una localidad, agravados por la realización de unas obras y el rompimiento de unas redes de acueducto y alcantarillado; situación que pese a estar debidamente identificada y presentarse ante los ojos de la comunidad, no fue objeto de solución oportuna por parte de las autoridades responsables³¹. También ha sido la base para encontrar responsable a un municipio y a un operador del servicio de energía eléctrica por la prestación del servicio por medio de una red rústica, que no llenaba los requisitos técnicos señalados por la regulación vigente en la materia, con claro riesgo para la seguridad colectiva, por lo cual se les impuso la obligación de reponer la red existente por otra idónea y segura y de adoptar medidas de capacitación para prevenir la ocurrencia de desastres en el sitio donde se presentaba dicha situación³². Por último, para citar un evento más – entre muchos- en el que este derecho colectivo ha servido de fundamento para la declaración de responsabilidad por el riesgo generado por una situación, se ha invocado asimismo como base para condenar a una entidad que incumplía los mandatos de adecuación de instalaciones y puntos de servicio a las necesidades de la población sorda y sordo-ciega impuestos por la ley 982 de 2005. Lo anterior, por considerar que la falta de las señales luminosas y auditivas legalmente

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10 de octubre de 2012, Rad. No. 17001-23-31-000-2010-00326-01(AP). C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 4 de junio de 2001, Rad. No. 44001-23-31-000-2000-0421-01(AP-066). C.P.: Darío Quiñonez Pinilla.

exigidas se traducían en un riesgo elevado e injustificado para las personas que padecen discapacidad auditiva o visual en caso de llegar a presentarse una emergencia o un desastre natural³³.

9.4.3.- La legitimación en la causa del MADR en el asunto *sub examine*.

De acuerdo con lo expuesto por el MADR tanto en su contestación de demanda como en la apelación de la sentencia del 14 de noviembre de 2013, “los hechos demandados no aluden, para nada, con acciones u omisiones administrativas adelantadas por este Ministerio, puesto que no participó ni llevó a cabo algún hecho, omisión u acción, fundamento de los perjuicios que alegan haber sufrido los demandantes”³⁴. Al respecto nada dijo el Tribunal de primera instancia. Por ende, y por tratarse de un presupuesto tanto para la legítima comparecencia a un proceso (bien en calidad de demandante, bien en condición de demandado) como para proferir sentencia de fondo, se impone esclarecer este aspecto.

Desde el prisma del demandado, la exigencia de legitimación en la causa por pasiva alude a la aptitud que debe reunir la persona contra quien se dirige la demanda para oponerse a las pretensiones del demandante. No basta con ser objeto de demanda para concurrir legítimamente a un juicio. Es preciso estar debidamente legitimado en la causa para ello. Al respecto destaca la Sala que la jurisprudencia de esta Corporación ha distinguido entre la legitimación en la causa de hecho y la legitimación en la causa material; distinción que se ha expuesto en los siguientes términos:

*“(...) toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.***

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

³⁴ Folio 652. En sentido análogo, ver folio 217.

pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores³⁵.

En suma, en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, **legitimación material**, pues ésta **solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales**; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra³⁶³⁷ (subrayado y negrillas fuera de texto).

De acuerdo con esta línea de pensamiento, prohijada por esta Sala de Decisión, la legitimación material en la causa por pasiva exige que la entidad contra la cual se dirige la demanda esté vinculada funcional o materialmente con los hechos que

³⁵ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452). En similar sentido y complementando lo dicho en el texto, se ha afirmado lo siguiente: “La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 8 de abril de 2014, Rad. No. 76001-23-31-000-1998-00036-01(29321). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

dan origen a la reclamación, es decir, su implicación por acción u omisión, examinada desde la óptica de las responsabilidades que legalmente corresponden al organismo demandado.

En este orden de ideas, para este Juez Constitucional es visible que en el *sub examine* no resulta posible predicar dicha vinculación material ni funcional respecto de los hechos que originan el presente proceso y el MADR. Lo primero queda excluido con la valoración de los hechos en los que se sustenta la demanda y las pruebas obrantes en el expediente; lo segundo, en la consideración de las funciones legales y reglamentarias de dicha agencia estatal. Esto, por cuanto ni de manera general (artículo 59 de la ley 489 de 1998³⁸), ni de forma particular (Decretos 2478 de 1999, 967 de 2001, 4486 de 2006 y 4943 de 2011³⁹) le asiste a este Ministerio la responsabilidad de vigilar, mantener, gestionar, controlar o financiar las represas o la infraestructura de los distritos de riego. Si bien es cierto que el artículo 8º de la ley 41 de 1993 le otorga la condición de **organismo rector de las políticas en adecuación de tierras** y cabeza de Subsector de Adecuación de Tierras, no lo es menos que **no es un órgano ejecutor de dicha política**.

Por ende, siendo la presente una controversia esencialmente centrada en la ejecución de dicha política (consecuencia de las muertes, las inundaciones y los

³⁸ **Artículo 59º.- Funciones.** Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

1. Preparar los proyectos de ley relacionados con su ramo.
2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.
3. Cumplir con las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.
4. Preparar los anteproyectos de planes o programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y los planes de desarrollo administrativo del mismo.
5. Coordinar la ejecución de sus planes y programas con las entidades territoriales y prestarles asesoría, cooperación y asistencia técnica.
6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.
7. Orientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas.
8. Impulsar y poner en ejecución planes de desconcentración y delegación de las actividades y funciones en el respectivo sector.
9. Promover, de conformidad con los principios constitucionales, la participación de entidades y personas privadas en la prestación de servicios y actividades relacionados con su ámbito de competencia. **Frase subrayada "y personas privadas" declarada exequible Sentencia C 702 de 1999 Corte Constitucional.**
10. Organizar y coordinar el Comité Sectorial de Desarrollo Administrativo correspondiente.
11. Velar por la conformación del Sistema Sectorial de Información respectivo y hacer su supervisión y seguimiento.

³⁹ Normas actualmente derogadas por el Decreto 1985 de 2013, "Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y se determinan las funciones de sus dependencias".

riesgos que representa para la comunidad de TOCA el embalse La Copa), no resulta viable extender al Ministerio esta clase de responsabilidades. Mucho menos cuando el único sustento para hacerlo es, según se puede inferir del texto del fallo apelado (que, se itera, no fundamenta en absoluto este extremo de su decisión), la noticia publicada en el diario El Tiempo del día 4 de enero de 2013, en la que se hace referencia a una supuesta partida presupuestal de OCHO MIL MILLONES DE PESOS (\$8.000.000.000.00) para la ampliación del embalse de TOCA. Esto, por cuanto, como ha sido destacado por la Sala Plena de esta Corporación en relación con el valor probatorio de las noticias publicadas por un medio de comunicación, “[s]u eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez (...) Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso”⁴⁰. En consecuencia, no basta con tomar una simple noticia que da cuenta de un anuncio político, pues no figura refrendada por ningún otro medio de convicción obrante en el plenario, para construir el nexo que ahora se valora.

Visto lo anterior no queda duda que el MADR carece de legitimación en la causa por pasiva en el asunto debatido, por lo que se impone declarar fundada la excepción propuesta por esta entidad.

9.4.4.- La responsabilidad de CORPOBOYACÁ y de USOCHICAMOCHA frente a la obligación impuesta por el numeral sexto del fallo impugnado.

El numeral sexto del fallo recurrido impuso a CORPOBOYACÁ, al INCODER, a USOCHICAMOCHA y al municipio de TOCA la obligación de “elaborar y poner en práctica un plan de manejo de la represa con el fin de evitar futuras inundaciones”. Al respecto, la apelación planteada por la autoridad ambiental expresa que se trata de “una orden desprovista del estudio jurídico y fáctico que permita ser cumplida (*sic*)”⁴¹. Esto, afirma, porque no se puede tratar de un plan de manejo ambiental, ya que su condición de autoridad ambiental responsable de su fiscalización le

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de mayo de 2012, Rad. No. 11001-03-15-000-2011-01378-00(PI), C.P.: Susana Buitrago Valencia. Este planteamiento fue reiterado por la Sala Plena en sentencia de

⁴¹ Folio 636.

impediría participar en la elaboración y ejecución de dicho plan⁴²; ni tampoco, sostiene, de un plan de gestión de riesgo, pues la providencia alude expresamente a “plan de manejo”⁴³. En sentido paralelo el recurso adhesivo de USOCHICAMOCHA expone que carece de competencia para la realización de dicho plan, por lo que la orden impuesta resulta inaplicable⁴⁴.

Al respecto considera la Sala que si bien es cierto que el *a quo* señala de manera genérica la obligación de adoptar “un plan de manejo de la represa con el fin de evitar futuras inundaciones”⁴⁵, no lo es menos que tanto por el sentido de la obligación impuesta, precaver los desbordamientos de la represa y sus efectos negativos, como por las razones aludidas por el recurso de CORPOBOYACÁ, esto es, la especialidad del contenido, la finalidad, los sujetos implicados y las formalidades de la adopción del plan de manejo ambiental, la carga asignada por el fallo **no puede más que aludir a un plan de gestión de riesgos**. De aquí que corresponda a esta Corporación examinar la aptitud de los dos apelantes para ejecutar dicha obligación.

En uno y otro caso estima la Sala que resulta procedente su vinculación al cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal *a quo*. En cuanto a CORPOBOYACÁ, ello deriva del hecho de formar parte, según lo previsto por el numeral 7º del artículo 2 del Decreto Ley 919 de 1989, del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres. Disposición plenamente armónica con el papel que la legislación ambiental ha otorgado a las Corporaciones Autónomas Regionales, según la cual **la participación de estos órganos en la discusión, decisión y ejecución de medidas, programas y proyectos con incidencia ambiental sobre el territorio en el que ejercen sus funciones, lo cual engloba lo atinente a la prevención de desastres y a obras relativas a la infraestructura para la prestación de servicios públicos**⁴⁶, resulta parte de sus responsabilidades.

Es así como el numeral 5º del artículo 31 de la ley 99 de 1993 describe dentro de sus funciones “[p]articipar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito de su jurisdicción, en los procesos de planificación y ordenamiento

⁴² Folios 639-640.

⁴³ Folio 640.

⁴⁴ Folio 669.

⁴⁵ Folio 631 revés.

⁴⁶ De acuerdo con lo previsto por el artículo 3 de la ley 41 de 1993, “[l]a adecuación de tierras es un servicio público”.

territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta en las decisiones que se adopten”. Además de lo anterior, que pone de relieve la importancia del componente ambiental en las distintas modalidades de planificación y ordenación del territorio, el numeral 19 de la misma disposición resalta expresamente el claro vínculo que hay entre las autoridades ambientales y el Sistema Nacional de Adecuación de Tierras. Esto, al disponer que le corresponde a las CAR “[p]romover y ejecutar obras de irrigación, avenamiento, defensa contra las inundaciones, regulación de cauces y corrientes de agua, y de recuperación de tierras que sean necesarias para la defensa, protección y adecuado manejo de las cuencas hidrográficas del territorio de su jurisdicción, en coordinación con los organismos directores y ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras, conforme a las disposiciones legales y a las previsiones técnicas correspondientes”.

No puede la Sala dejar de mencionar que según el artículo 12 del precitado Decreto Ley 919 de 1989, la actividad de planeamiento inherente a la prevención y gestión de desastres implica tomar en consideración una pluralidad de variables, entre las que el componente ambiental ocupa un lugar destacado:

Artículo 12. ELEMENTOS DEL PLANEAMIENTO DE OPERACIONES EN CASO DE SITUACIONES DE DESASTRE. *En el planeamiento de las operaciones en caso de situaciones de desastre se tendrán en cuenta, principalmente, los siguientes aspectos:*

- a) *Tipos de desastre.*
- b) *Autoridades responsables.*
- c) *Funciones de las entidades, organismos y personas.*
- d) *Identificación de la amenaza, es decir de la probabilidad de que ocurra un desastre en un momento y en un lugar determinados.*
- e) **Análisis de la vulnerabilidad de la población, los bienes y el medio ambiente amenazados, o sea la determinación de la magnitud en que son susceptibles de ser afectados por las amenazas.**
- f) *Evaluación del riesgo, mediante la relación que se establezca entre amenaza y condiciones de vulnerabilidad.*
- g) *Preparación de planes de contingencia.*
- h) *Formulación de programas de educación y capacitación con participación comunitaria.*
- i) *Inclusión de la dimensión de prevención en los planes de desarrollo.*
- j) *Provisión de suministros.*
- k) *Lugares utilizables durante el desastre y formas de utilización.*
- l) *Los demás que señale la Oficina Nacional para la Atención de desastres.*

Artículo 13. PLANES DE CONTINGENCIA. *El Comité Técnico Nacional y los Comités Regionales y Locales para la Prevención y Atención de Desastres, según el caso, elaborarán, con base en los análisis de vulnerabilidad, planes de contingencia para facilitar la prevención o para atender adecuada y oportunamente los desastres probables. Para este*

efecto, la Oficina Nacional para la Atención de Desastres preparará un modelo instructivo para la elaboración de los planes de contingencia.
(negrillas y cursivas fuera de texto)

De otra parte, en cuanto a USOCHICAMOCHA, encuentra la Sala que toda vez que legalmente las asociaciones de usuarios están organizadas para asegurar la adecuada representación, manejo y administración del Distrito (artículo 20 de la ley 41 de 1993), en absoluto resulta ilegítima o inaplicable su vinculación al cumplimiento de la obligación impuesta por el sexto punto de la parte resolutive de la sentencia apelada. Esto, toda vez que, contrario a lo afirmado en el escrito de impugnación adhesiva, **la participación de esta Asociación en la elaboración, discusión y ejecución de esta clase de planes no resulta ajeno a su ámbito de competencias.** No otra conclusión se puede derivar de lo previsto por el numeral 4º del artículo 22 de la ley 41 de 1993, en virtud del cual es función de las asociaciones de usuarios de los distritos de riego “[a]dministrar, operar y mantener los Distritos de Adecuación de Tierras una vez terminados o antes, cuando entre en funcionamiento una parte del proyecto de manera que permita el aprovechamiento de las obras”; siendo posible igualmente, según esta misma disposición, “subcontratar la administración de los Distritos con empresas especializadas y previa autorización otorgada al efecto por el organismo ejecutor”. Esta responsabilidad se ve refrendada, además, por lo dispuesto por la cláusula segunda del contrato de administración de distrito celebrado en el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (INAT) y USOCHICAMOCHA, en la cual se describe como objeto del contrato la entrega a USOCHICAMOCHA de “la Administración, Operación y Conservación de las obras existentes en el Distrito de Adecuación de Tierras de ALTO CHICAMOCHA”⁴⁷; así como por lo acordado en el literal c) de la cláusula tercera, que impone a USOCHICAMOCHA, como ente administrador, la obligación de “[a]dministrar los bienes muebles e inmuebles bajo su cuidado, así como los servicios que se derivan de ellos, de tal forma que el Distrito, como unidad agropecuaria, logre su desarrollo integral y óptimo rendimiento”⁴⁸.

Siendo la garantía y defensa de la vida, de la calidad de vida, del medio ambiente y de la propiedad pública y privada fines constitucionales impuestos de manera general al conjunto de las autoridades estatales (nacionales, departamentales y locales), y teniendo en particular responsabilidades frente a la conservación del

⁴⁷ Folio 409.

⁴⁸ Idem.

ambiente y los recursos naturales, como es el caso de CORPOBOYACÁ, y frente a la administración y conservación de la infraestructura del distrito de riesgo, como ocurre con USOCHICAMOCHA, no hay duda que en uno y otro caso se encuentran legitimadas para sumarse al INCODER y al municipio de TOCA en la preparación y ejecución del plan de manejo y gestión del riesgo impuesto por el Tribunal Administrativo de Boyacá con miras a amparar el derecho de la seguridad y la prevención de desastres técnicamente previsibles de la comunidad circundante al Embalse la Copa. En últimas todos ellos comparten la responsabilidad de evitar el daño grave o la alteración grave de las condiciones normales de vida de dicha comunidad como consecuencia de los incidentes que se han venido produciendo en el embalse con ocasión de las épocas de lluvia y de la imprudencia de algunos visitantes a dicho paraje que arriesgan su vida al entrar sin previsión alguna en las aguas de la represa. Bajo este marco, resulta natural que aúnen sus esfuerzos para la adecuada prevención y atención de las distintas situaciones de peligro, calamidad o desastre que se pueden presentar en dicha zona, en la cual todos los condenados ejercen, de una forma u otra, sus competencias sectoriales; que ahora deben coordinarse y enfocarse a la prevención de tales incidentes en el futuro.

9.4.4.- Resolución del caso concreto.

A la vista de los razonamientos expuestos, la Sala adoptará las siguientes determinaciones: (i) modificar el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar declarar la excepción de falta de legitimación en la causa del MADR; (ii) modificar el numeral tercero de la sentencia, para en su lugar declarar al INCODER, USOCHICAMOCHA y al municipio de TOCA responsables de la vulneración de los derechos colectivos proclamados por el literal l) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, esto es, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, excluyendo la condena impuesta en relación con el derecho al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público (literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998); (iii) desestimar los recursos de apelación interpuestos por CORPOBOYACÁ y USOCHICAMOCHA.

Adicionalmente, teniendo en cuenta lo resuelto por esta Sala en un caso similar al que ahora se examina, en el cual a propósito de la pretensión de encerrar el humedal Juan Amarillo de Bogotá para evitar riesgos de muertes se consideró que “con la pretensión del actor relacionada con la instalación de barandas alrededor

de la laguna, tal como lo sostiene el *a quo*, **el carácter de bien de uso público quedaría desvirtuado**⁴⁹, la Sala precisará lo ordenado en el numeral séptimo de la parte resolutive del fallo apelado. Esto, por cuanto en dicho punto se ordenó a USOCHICAMOCHA y al municipio de TOCA delimitar el área del embalse mediante una cerca viva, de especies nativas, “que impidan el acceso de las personas a la misma”; orden que en criterio de este Juez Constitucional puede resultar contraria al derecho colectivo consagrado por el literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, a saber: el derecho al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Siendo legítima la previsión de medidas orientadas a evitar la pérdida de vidas, estima esta Corporación que este objetivo debe lograrse sin desmedro de otros valores o bienes jurídico constitucionales (en este evento el derecho de todos a disfrutar de los espacios públicos); lo que impone la necesidad de adoptar medidas intermedias, ponderadas, que no resulten incompatibles con la promoción y defensa de todos los intereses merecedores de protección que confluyen en el caso concreto. En consecuencia, se precisa dicha orden en el sentido que **la cerca viva prevista por el a quo para delimitar el área del embalse no deberá impedir el acceso ni el disfrute visual de un bien de uso público como es dicho cuerpo de agua**. No puede perderse de vista que de conformidad con el literal a) del artículo 3 del Decreto 1504 de 1998, los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo, forman parte del espacio público; y que según el artículo 4 de este mismo estatuto, los mares, playas marinas, arenas y corales, ciénagas, lagos, lagunas, pantanos, humedales, rondas hídricas, zonas de manejo y protección ambiental tienen la calidad de elementos constitutivos naturales del espacio público. En línea con esta caracterización, debe tenerse en cuenta que según lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 1504 de 1998, “[l]os parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito”.

Lo anterior, lógicamente, debe entenderse en el sentido que las demás medidas impuestas (vinculación de personal para que ejerza la vigilancia del lugar y señalización adecuada y advertencia a la comunidad del riesgo que representa),

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de febrero de 2005, Rad. No. 25000-23-24-000-2003-01424-01(AP). C.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

debidamente aplicadas, se muestran suficientemente efectivas para disuadir y mantener a raya a quienes imprudentemente ingresan al embalse sin saber nadar.

Adicionalmente, y siguiendo también la línea decisoria marcada en el precedente invocado (Sección Primera, sentencia de 17 de febrero de 2005), en el que pese a denegar las pretensiones de la demanda se consideró procedente “conminar a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P., a fin de que continúe con su labor pedagógica y preventiva respecto del adecuado uso de la zona en que está ubicado el referido humedal y de las prohibiciones que deben ser observadas; al igual que mantener la vigilancia que se requiere para que las medidas que con ese fin se adopten, sean efectivamente acatadas”, la Sala exhortará al INCODER, a USOCHICAMOCHA, a CORPOBOYACÁ y al municipio de TOCA, a que en el plan de gestión y manejo del riesgo del embalse La Copa impuesto por el numeral sexto de la sentencia apelada, se contemple un componente importante de pedagogía e información a la comunidad, orientada a transmitirle y hacerle comprender los peligros que conlleva el goce irresponsable, descuidado y negligente de las aguas de la represa, así como su importancia y bondades para la comunidad y la necesidad de respetar el régimen de usos y aprovechamientos establecido.

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

F A L L A

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar declarar fundada la excepción de falta de legitimación en la causa del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar declarar al INCODER, USOCHICAMOCHA y al municipio de TOCA responsables de la vulneración de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

TERCERO: PRECISAR la orden de construir una cerca viva alrededor del embalse para delimitar su área, contenida en el punto séptimo de la parte

resolutiva de la sentencia apelada, en el sentido que dicha cerca verde no deberá impedir el acceso al embalse, ni su disfrute visual, en tanto que bien de uso público que forma parte del espacio público del municipio de TOCA.

CUARTO: EXHORTAR al INCODER, a USOCHICAMOCHA, a CORPOBOYACÁ y al municipio de TOCA, a que en el plan de gestión y manejo del riesgo del embalse La Copa impuesto por el numeral sexto de la sentencia apelada, se contemple un componente importante de pedagogía e información a la comunidad, orientada a transmitirle y hacerle comprender los peligros que conlleva el goce irresponsable, descuidado y negligente de las aguas de la represa, así como su trascendencia y bondades para la comunidad y la necesidad de respetar el régimen de usos y aprovechamientos establecido para este bien.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente con excusa