



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTA MARTA

Calle 22 No. 4 – 70 of. 510 Edificio Galaxia
Santa Marta

Santa Marta, treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

REF. : 47-001-3331-004-2013-00205-00

EXPEDIENTE

DEMANDANT : NACIÓN-MINDEFENSA-DIMAR

E

**DEMANDADO : DISTRITO DE SANTA MARTA-
CURADURIA URBANA No. 1 Y
OTROS**

CLASE DE : Acción Popular

PROCESO

**TEMA : Derechos colectivos al medio ambiente
sano, equilibrio ecológico, defensa de los
bienes de uso público.**

ASUNTO POR RESOLVER

Al no observar causal de nulidad que afecte la validez de lo actuado, procede el Despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponda dentro de la acción popular impetrada por la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General Marítima-Capitanía del Puerto de Santa Marta contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, Curaduría Urbana No. 1 de Santa Marta, Sociedad Promotora Caribbean International S.A., Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga.

ANTECEDENTES

La demanda

La Dirección General Marítima, por conducto de la Capitanía del Puerto de Santa Marta, formuló acción popular contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, Curaduría Urbana No. 1 de Santa Marta, Sociedad Promotora Caribbean International S.A., Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga, por la presunta violación o amenaza a los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica y el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, previstos en los literales a), c) y d) del artículo 4 de la ley 472 de 1998.

Como sustento de sus pretensiones narró los hechos que a continuación se resumen:

El 5 de septiembre de 2011 la sociedad Caribbean International S.A., solicitó a la curaduría urbana número 1 de Santa Marta, la expedición de licencia de construcción para el proyecto urbanístico denominado Cabo Tortuga etapas I y II, sin embargo el 7 de septiembre de ese mismo año el Área de Litorales de la Capitanía del Puerto practicó visita de inspección y constató la existencia de un cerramiento en un área de playa, al igual que una valla de la curaduría en mención, razón por la cual mediante oficio número 14201102948 MD-DIMAR-CP-04-JURIDICA-712 del 11 de septiembre de 2011, se radicó ante la curaduría urbana objeción al trámite de la licencia radicada bajo el número 47001-1-11-0390, al estimar que se trataba de zona de playa, bien de uso público de propiedad de la Nación.

Mediante resolución número 47001-1-11-0390 del 13 de diciembre de 2011 la Curaduría Urbana número 1 de Santa Marta, otorgó la licencia de construcción de obra nueva para el proyecto Cabo Tortuga etapas I y II, decisión contra la cual la Capitanía del Puerto de Santa Marta formuló recurso de reposición y en subsidio apelación.

Por resolución 003 del 18 de enero de 2012, la Curaduría Urbana resolvió la reposición confirmando en todas sus partes la decisión recurrida y en su lugar concedió el recurso de apelación ante el Secretario de Planeación Distrital de Santa Marta.

Previo a resolver la apelación, la Secretaría de Planeación Distrital decretó la práctica de pruebas mediante autos 002 y 009 del 3 y 16 de febrero de 2012, respectivamente.

Por resolución número 037 del 21 de marzo de 2012, la Secretaría de Planeación Distrital de Santa Marta, resolvió el recurso de apelación modificando la licencia urbanística otorgada estableciendo una zona de retiro de la laguna costera ubicada en el predio con folio de matrícula inmobiliaria 97699 y referencia catastral 01100092006000 de 15 metros, de igual manera obliga a la sociedad peticionaria observar las prohibiciones contenidas en el artículo 2 de la resolución 1602 de 1995 respecto de las obras industriales y actividades que afecten el relicto de manglar y se exhorta al DADMA para que formule un plan provisional de protección de la laguna costera-marisma, su ecosistema de manglar y supervise el cumplimiento por parte de Promotora Caribbean International S.A.

Acota que pese haberse puesto de presente a la Curaduría Urbana No. 1 los informes técnicos que mostraban que la condición de bien de uso público de los predios objeto de solicitud de licencia de construcción presentada por la sociedad Promotora Caribbean International, desde el 10 de abril de 2008, con el oficio 14600800630, se procedió a expedir la licencia de construcción.

Con fundamento en lo anterior, se solicitó que se amparen los derechos colectivos invocados, como consecuencia de ello se garantice el dominio público de las playas del sector y se suspendan los actos emitidos y poner fin a las actividades que puedan vulnerar los mismos.

Actuaciones procesales-pruebas recaudadas

Mediante auto del 15 de agosto de 2013, se inadmitió la demanda al estimarse que la misma presentaba algunos yerros de orden formal; como quiera que la entidad accionante enmendó oportunamente los errores advertidos, por autos del 10 de octubre de 2013, se admitió la demanda, se ordenó su notificación personal a los demandados, de igual manera se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar solicitada.

Por auto de fecha 4 de abril de 2014, este Despacho accedió a la solicitud de medida cautelar deprecada por la parte actora, teniendo en cuenta los informes rendidos por el INVEMAR, la Contraloría General de la República y el concepto técnico 060-ALITMA-613 del 8 de septiembre de 2011; sin embargo, contra esta decisión el Distrito de Santa Marta, la Sociedad Promotora Caribbean International S.A., formularon oportunamente recurso de apelación, que se concedieron en el efecto devolutivo.

Por autos del 16 de mayo de 2014, se admitieron las coadyuvancias del extremo pasivo presentadas por las sociedades Constructora Ovalle Ltda, C.B. Hoteles y Resorts, Adecuamos y Comercializamos S.A.S., Constructora Siglo XXI Santodomingo Ltda, Caribe Inmobiliario S.A.S. y la Cámara de Comercio de Santa Marta, al igual que las coadyuvancias presentadas para el levantamiento de la medida cautelar decretada.

El Honorable Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante proveído de fecha 12 de junio de 2014, declarar la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso a partir de las providencias de fecha 10 de octubre de 2013, a través de la cual este Despacho admitió la demanda y ordenó correr traslado de una medida cautelar, al estimar que se incurrió en un yerro al momento de surtir las notificaciones.

Una vez, regresó el expediente, por auto del 20 de junio de 2014, se ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, se admitió nuevamente la demanda y se ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar.

Surtidas las notificaciones personales del auto admisorio de la demanda y del auto que corrió traslado de la solicitud de medida cautelar, en la forma prevista en la Ley 1437 de 2011, las entidades demandadas se opusieron a la prosperidad de la demanda y a la medida cautelar deprecada.

Por auto del 12 de septiembre de 2014, se efectuó control de legalidad de todo lo actuado y ordenó poner en conocimiento de la Curaduría Urbana numero 1 la posible irregularidad en el proceso de notificación, otorgándosele un término de 3 días para que se pronunciara; como no hubo pronunciamiento alguno, por auto del 30 de septiembre de 2014, se declaró saneado el proceso, proveído contra el cual no se interpuso recurso alguno.

Por auto del 30 de enero de 2015 se fijó el 12 de febrero para llevar a cabo la audiencia especial de pacto de cumplimiento de que trata el artículo 27 de la ley 472 de 1998.

Llegado el día y la hora señalada, pese a que comparecieron todas las partes, se declaró fallida la audiencia especial de pacto de cumplimiento en virtud que no se formuló propuesta de pacto, es más con el uso de la palabra las partes insistieron en las posiciones esbozadas tanto en la demanda como en sus respectivas contestaciones; por tal razón de manera inmediata se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las pedidas y aportadas por las partes en cuanto se consideraron pertinentes, conducentes y útiles, a su vez se hizo uso de la facultad de decretar pruebas de oficio.

Se ordenó incorporar como pruebas, entre otras los certificados de libertad y tradición al igual que las diferentes escrituras públicas que dan cuenta de la cadena de tradición que han experimentado los lotes que posteriormente integraron el predio donde se construye el proyecto cabo tortuga, desde el momento mismo de su adjudicación por parte de la Gobernación del Departamento del Magdalena y que en los actuales momentos se identifica con matrícula inmobiliaria número 080-97699; se arrimó la totalidad del expediente administrativo que contiene el trámite de expedición de licencia de construcción radicado bajo el número 47001-1-11-0390, al igual que los correspondientes actos administrativos; se allegaron aerofotografías del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, vuelos M1451, C2451, C2513 y C2721 de los años 1974, 1991, 1993 y 2004; el plan de ordenamiento territorial del Distrito de Santa Marta contenido en el acuerdo 005 de 2000, sus anexos y antecedentes de expedición; se allegó la plancha S042407 denominada "Levantamiento Taquimétrico Censo Áreas de Bajamar Sector Lagos del Dulcino" de fecha julio de 1992, elaborada por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe; Copia de la investigación administrativa sancionatoria número 14032012014;

El 2 de marzo de 2015, presentó memorial de coadyuvancia de las pretensiones del actor popular el ciudadano ALEJANDRO ARIAS CAYON, quien además allegó como prueba el informe técnico de delimitación de bienes de uso público en el área de interés del proyecto Cabo Tortuga etapas I y II, región de pozos colorados, departamento del Magdalena elaborado por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe en marzo de 2012.

El 5 de marzo de 2015, se llevó a cabo la audiencia de recepción de testimonios de los señores ENRIQUE BUENAVENTURA MILLAN y JAIRO AGUILERA QUIÑONES, quienes explicaron sus conocimientos en el campo de la oceanografía física, de igual manera que el concepto de playa es dinámico, que para la delimitación de esta puede emplearse como criterio el de la línea de vegetación permanente, la cual dicho sea de paso, conceptuaron, puede modificarse o alterarse por intervención entrópica (Del hombre). Por economía procesal en el desarrollo de la audiencia el despacho aceptó la coadyuvancia presentada por el señor ALEJANDRO ARIAS CAÑON y corrió traslado a las partes del informe técnico de delimitación de bienes de uso público en el área de interés del proyecto Cabo Tortuga etapas I y II, región de pozos colorados, departamento del Magdalena elaborado por el Centro de

Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe en marzo de 2012.

El 6 de marzo de 2015, se llevó a cabo diligencia de inspección judicial en el lugar donde se construye el proyecto Cabo Tortuga etapas I y II, se constató el gran estado de avance de las obras, se constató la existencia de dos torres de apartamentos casi concluidas; se designó al señor JUAN CARLOS ROA CUBAQUE como perito oceanógrafo, para que de acuerdo con la inspección física del terreno y el análisis de los estudios de suelos efectuados por la empresa Aqua & Terra, el informe técnico de delimitación de bienes de uso público en el área de interés del proyecto Cabo Tortuga etapas I y II, región de pozos colorados, departamento del Magdalena elaborado por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe en marzo de 2012 y el examen de los demás documentos y pruebas incorporados al proceso emitiera dictamen pericial sobre la ubicación del predio donde se construye el aludido proyecto habitacional, para establecer si el mismo se encuentra en zona de playa. De igual manera se solicitó a las entidades demandadas Caribbean International S.A. y Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga remitir un informe sobre el estado de las obras, el cual se rindió el día 11 de marzo de 2015 determinándose que el proyecto había avanzado un 92,5%.

El 13 de marzo de 2015, se llevó a cabo la audiencia de recepción del testimonio del señor Jefe de Litorales y autor del informe técnico 060-ALITMA-613, quien ratificó el contenido del mismo y sus conclusiones, señalando que para ello se tuvo en cuenta las mediciones efectuadas a través del sistema LIDAR.

El 16 de marzo de 2015, tomó posesión del cargo de perito el señor JUAN CARLOS ROA CUBAQUE, quien aportó los documentos (Diploma y licencia) que lo acreditan como perito oceanógrafo físico.

El 24 de marzo de 2015, se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial con intervención del perito JUAN CARLOS ROA CUBAQUE.

El 11 de mayo de 2015, el señor perito JUAN CARLOS ROA CUBAQUE presentó por escrito el dictamen pericial, del cual se corrió traslado a las partes.

Las sociedades Caribbean International S.A., al igual que Alianza Fiduciaria vocera del Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga, procedieron a controvertir el dictamen decretado de oficio mediante el aporte de sendos dictámenes elaborados por la sociedad Aqua & Terra y por el INVEMAR.

Por auto del 29 de julio de 2015 se procedió a fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de sustentación de dictamen pericial regulada en el artículo 228 del Código General del Proceso, ordenándose la citación del señor JUAN CARLOS ROA CUBAQUE.

Mediante memorial presentado el 6 de agosto de 2015, las partes de consuno solicitaron la fijación de fecha y hora para llevar a cabo una nueva audiencia especial de pacto de cumplimiento. El 10 de agosto de 2015, formuló solicitud de coadyuvancia a la petición la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Mediante memorial presentado el 28 de agosto de 2015, el perito ROA CUBAQUE se pronunció en torno a las observaciones efectuadas por los apoderados de las sociedades Caribbean International S.A., al igual que Alianza Fiduciaria vocera del Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga; en la misma fecha se surtió la audiencia de sustentación de que trata el artículo 228 del C.G.P., en desarrollo de la misma el perito fue interrogado por el juez y las partes, destacándose de su intervención, que señaló que pudo encontrar un error en el informe técnico CIOH 2012, en cuanto no se encontraba correctamente localizado el predio donde se construye el proyecto Cabo Tortuga. A continuación inició la sustentación del dictamen el Director General del INVEMAR doctor FRANCISCO ARMANDO ARIAS ISAZA, la cual continuó el día 15 de septiembre de 2015, quien luego de explicar la metodología aplicada para la elaboración del dictamen, los exámenes y métodos empleados, ratificó el contenido del mismo y sus conclusiones, explicando que el sitio donde se encuentra construido el condominio Cabo Tortuga se corresponde a lo que se conoce como llanura costera, que no constituye bien de uso público, pues se logró encontrar un marcado cambio fisiográfico que permitía arribar a tal conclusión, no obstante en el curso de su intervención, al ser inquirido en varias oportunidades por la Agencia Especial del Ministerio Público, explicó que parte del predio estaba en zona de playa marítima, pero que donde figuraba la construcción como tal no, coincidió con el perito ROA CUBAQUE en que efectivamente en el informe técnico del CIOH del año 2012 existe un error en cuanto a la ubicación que en el mismo se da del predio donde se encuentra construido el proyecto Cabo Tortuga, error que señala equivale a decena de metros y que explica pudo deberse al empleo de escalas diferentes. En la misma diligencia la Agente Especial del Ministerio Público solicitó al despacho el levantamiento de la medida cautelar por haberse recaudado nuevos elementos de juicio, frente a lo cual se señaló que mediante proveído separado se haría pronunciamiento frente a dicha petición.

El 25 de septiembre de 2015, el despacho resolvió levantar la medida cautelar decretada mediante auto del 5 de agosto de 2014, que a su vez había sido confirmado por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante auto del 11 de febrero de 2015.

El 15 de septiembre de 2015, se dio inicio a la sustentación del dictamen por parte del representante legal de la sociedad Aqua & Terra señor ANDRES FELIPE RESTREPO ESTRADA, sin embargo por lo avanzado de la hora se suspendió la diligencia, la cual se continuó el día 12 de agosto de 2016, tras varias solicitudes de aplazamiento debidamente justificadas elevadas por la Agente Especial del Ministerio Público. Durante la continuación de la audiencia, por economía procesal una vez concluyó la sustentación del dictamen, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 5 días para alegar de conclusión.

Contestación de la demanda

Las partes recorrieron el traslado de la demanda de manera oportuna, señalando en términos generales lo que a continuación se resume:

Distrito de Santa Marta. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda señalando que el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, señala que a través de la acción popular no puede declararse la nulidad de actos administrativos o de contratos estatales, por ende la entidad demandante debió acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad.

Acota que con la expedición de la licencia urbanística no se lesionó ningún derecho colectivo pues se dispuso su modificación para disponer una zona de retiro que permitiera proteger el humedal presente en la zona y con ello el ecosistema , a más que corresponde al actor popular acreditar su vulneración, conforme lo dispone el artículo 30 de la ley 472 de 1998.

Corpamag. Señaló que la entidad que tiene competencia ambiental para conocer del asunto que suscita la presente acción popular conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 778 de 2002, es el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente DADMA, el cual fue creado mediante acuerdo Distrital 016 de 2002, modificado por el acuerdo número 005 del 27 de noviembre de 2003, siendo definida esa entidad como el máximo organismo ambiental en el área urbana.

Dadma. Explicó que carece de legitimación en la causa por pasiva y por ello de accederse a las suplicas de la demanda no se puede imponer en su contra alguna obligación; acota que si bien en la resolución 037 del 21 de marzo de 2012 se le exhortó a formular dentro de sus competencias un plan provisional de protección a la laguna costero-marisma y su ecosistema de manglar y supervisar su cumplimiento por parte de Promotora Caribbean International S.A., las pretensiones de la demanda no tiene nexo alguno con la orden impartida al DADMA pues este último no tiene como objeto la defensa del espacio público o el medio ambiente que integra la laguna costera, sino que ello corresponde a la DIMAR y a CORPAMAG.

Ministerio Público. A través de la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios manifestó que no se opone a las pretensiones de la demanda y por contrario con fundamento en el artículo 24 de la ley 472 de 1998, coadyuva la demanda.

Sociedad Promotora Caribbean International S.A.-Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga a través de su vocera Alianza Fiduciaria S.A. Descorrieron el traslado de la demanda de manera conjunta oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando no es cierto que en el lugar donde se levanta el proyecto Cabo Tortuga se hubieren hecho cerramientos en zonas de playa, pues el predio identificado con matrícula 080-97699 es de propiedad privada, concretamente de la Sociedad Alianza Fiduciaria vocera del Patrimonio Autónomo cabo Tortuga, y conforme al POT se encuentra clasificado como suelo urbano.

De igual manera formularon la excepción que denominaron "Inexistencia de violación a los derechos colectivos alegados en la demanda

CONSIDERACIONES

Excepciones.

Previo a analizar el fondo del asunto, el Despacho entrará a analizar la excepción denominada "*Inexistencia de violación de los derechos colectivos alegados en la demanda*", propuesto por las sociedades Promotora Caribbean International S.A., Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga, por conducto de su vocera Alianza Fiduciaria S.A., que sustentaron de la manera que a continuación se resume:

No se discute que las playas y terrenos de bajamar son bienes de uso público pues así lo establece la Constitución, el Código Civil, el Decreto 2324 de 1984, la ley 9 de 1989, el Decreto 1504 de 1998; sino que caprichosamente la accionante quiere desconocer que el predio donde se construye el proyecto Cabo Tortuga no es playa ni terreno de bajamar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 167 del Decreto 2423 de 1984.

Acotaron que la competencia para establecer los bienes de uso público que hacen parte del espacio público está radicada en cabeza de los concejos municipales a través de los planes de ordenamiento territorial conforme al artículo 29 de la ley 1454 de 2011, por tanto es el Acuerdo 005 de 2000 el instrumento jurídico al cual se debe remitir para establecer si el predio identificado con matrícula 080-97699 de la zona pozos colorados, sector lagos del dulcino es considerado playa o terreno de bajamar.

Expresaron que el concepto técnico con el cual se pretende sustentar la demanda no es claro, pues no explica cuales son los argumentos técnicos ara señalar que el predio está ubicado en zona de playa marítima, más aún cuando de acuerdo con el artículo 167 del Decreto 2423 de 1984 la zona de playa en el sector de pozos colorados tiene su límite en la línea de vegetación permanente, por lo cual si se tiene en cuenta anteriores dictámenes emitidos por la DIMAR, como es el caso de plancha S042407 Levantamiento Taquimétrico Censo Áreas de Bajamar Sector Lagos del Dulcino realizado en julio de 1992 por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe, documento en el cual se ubica el predio fuera de la zona de playa y por ende del terreno de bajamar, sin embargo el informe 060-ALITMA-613, no tuvo en cuenta la línea de vegetación permanente formada por la especie conocida como trupillo.

Señalan que con la pretensión que se tenga como bien de uso público un bien que por vocación ha sido de naturaleza privada, pues así lo acreditan la seguidilla de actos traslaticios de dominio iniciados después de la adjudicación del mismo por parte de la Gobernación del Magdalena, lo que se pretende es efectuar una expropiación sin indemnización, lo que choca con lo establecido en el artículo 58 de la Constitución Política.

Precisaron que la construcción del proyecto Cabo Tortuga, con las modificaciones efectuadas a la licencia a través de la resolución 037 de 2013, no afecta el derecho colectivo al goce de un ambiente sano ni atenta contra el equilibrio ecológico, pues se ha atendido el retiro de 15 metros de la laguna y se implementado un plan de manejo

ambiental, por manera que no existe ni siquiera indicios que se ha afectado la laguna o las zonas de manglar.

Finalmente señalaron que conforme al artículo 144 de la ley 1437 de 2011, las acciones populares son improcedentes para cuestionar la legalidad de actos administrativos, en este caso la licencia de construcción otorgada por la Curaduría Urbana número 1 y el Plan de Ordenamiento Territorial, para lo cual debe formularse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto, el despacho debe precisar que toda excepción de mérito debe estar sustentada en hechos y estos a su vez han de ser objeto de pruebas, pero no es cualquier hecho el que les ha de servir de fundamento, sino aquellos que sean relevantes, es más la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha establecido que *“La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal”, “supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión”*¹, así las cosas el hecho relevante propuesto y probado debe ser nuevo, no anterior o concomitante al que sirve de sustento a las pretensiones de la demanda, de lo contrario estaremos en los terrenos propios de un argumento defensivo que desde luego ha de ser examinado en la correspondiente sentencia.

En cuanto a la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el DADMA, la misma no está llamada a prosperar por cuanto de tiempo atrás la jurisprudencia pacífica del Consejo de Estado tiene averiguado que la legitimación en la causa es un presupuesto necesario para obtener sentencia favorable a las pretensiones del demandante. Al respecto, la citada Corporación señaló:

*“Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. 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”*².

¹ Sentencia del 7 de marzo de 2012, expediente 20001-23-31-000-2000-0047-01 (22.936).

² Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 4 de febrero de 2010, expediente 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720)

Fondo del asunto

La Constitución Política de 1991 al reconocer los derechos y garantías de los ciudadanos, estableció que corresponde al Estado la protección de una serie de derechos colectivos, y como mecanismo de protección y aplicación de los derechos, estableció en su artículo 88 la acción popular para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el goce de un ambiente sano, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en la ley.

Basada en el anterior marco constitucional, fue expedida la Ley 472 de agosto 5 de 1998 cuya finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Esta ley reguló las acciones populares, sobre las cuales cabe señalar que tienen un carácter preventivo habida consideración de que 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 (art. 2º).

Esta clase de acción procede, como ya se anotó, contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, sin que se requiera interponer previamente los recursos administrativos como requisito para su procedibilidad, lo que indica que la acción procede, sin perjuicio de las demás acciones o recursos que tengan a su favor los ciudadanos.

En su trámite, el juez deberá observar los principios constitucionales, en especial el de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, eficacia y celeridad. Igualmente deberá velar por el cumplimiento del debido proceso y deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.

Tal como se expresó, la parte demandante impetró acción popular con el fin de que se accediera a la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, mantenimiento de un equilibrio ecológico, principalmente, vulnerados a su juicio por las demandadas por cuanto se autorizó licencia de construcción sobre un predio que estima se encuentra ubicado en zona de playa, esto es, que se trata de un bien de uso público, sumado al hecho que como quiera que en inmediaciones del mismo existe una laguna costera con presencia de un frágil ecosistema de manglares, debe brindarse especial protección al mismo, más aún para evitar la erosión costera.

Por su parte, las entidades demandadas de manera unísona esbozaron que el Proyecto Cabo Tortuga, no está ubicado en zona de playa y por ende no es bien de uso público,

a más que no está demostrado que la construcción del mismo hubiere afectado el ambiente sano o el equilibrio ecológico.

Así pues la causa petendi se hace consistir en dos aspectos muy puntuales a saber:

1. La presunta afectación de los frágiles ecosistemas que se encuentran en el sistema lagunar y la erosión costera como consecuencia del adelantamiento de las obras de construcción del complejo habitacional;
2. La presunta ocupación de un bien de uso público, pues el proyecto estaría ubicado en zona de playa marítima.

Por lo anterior, el examen del asunto se abordará desde dichas perspectivas. Sin embargo, como acertadamente lo pone de presente la Vista Especial, este asunto no podrá implicar un juicio de legalidad de actos administrativos (Vgr. el que concedió la licencia de construcción y aquél por medio del cual la Gobernación del Departamento del Magdalena en el año 1962 efectuó su adjudicación), pues tal competencia escapa al juez popular, toda vez que para ello el ordenamiento jurídico tiene previstos otros medios de control, como lo es el contencioso de nulidad o el de plena jurisdicción³. Al respecto el inciso segundo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

“Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. (...)

“Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”. (Subrayas del Despacho).

Así las cosas, el precepto normativo traído a colación proscribe la posibilidad de declarar la nulidad de actos y precisamente la causa petendi de la presente acción popular, quírase o no, cuestiona la validez del acto administrativo en virtud del cual se expidió licencia de construcción en favor de la Sociedad Caribbean International S.A., no otra cosa se desprende de la siguiente expresión contenida en el libelo genitor:

“Los bienes de uso público lo son por ministerio de la Ley, y se rigen por normas legales especiales encaminadas a asegurar de manera cumplida su satisfacción al uso público. De igual forma, corresponde a las entidades del Estado, proteger y hacer respetar los derechos de la Nación, razón por la cual se considera la Resolución No. 47001-1-11-0390 del 13 de diciembre de 2011 proferida por la Curaduría Urbana No. 1, y la Resolución No. 037 del 21 de marzo de 2012 por la

³ Al respecto, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples ocasiones en tal sentido, pudiendo ser consultada, entre otras, la sentencia No. 52001233100020100068001 de fecha agosto 15 de 2013, de la Sección Primera de la H. Corporación, C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

Secretaría de Planeación Distrital de Santa Marta, vulnera los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación restauración o sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público"

Ahora bien, lo dicho no significa que a través del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos el juez popular no pueda adoptar otro tipo de decisiones dirigidas a precaver la vulneración o amenaza de estos; empero, aún en este caso, el juez debe atenerse a la causa petendi a los efectos de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa, dicho en otros términos ha de atenderse el principio de congruencia.

En efecto, la jurisprudencia vernácula ha decantado que la acción popular es de naturaleza pública, preventiva y restitutoria la cual se rige por el principio de prevalencia del derecho sustancial frente al formal, y se constituye en el mecanismo idóneo de protección de los derechos e intereses colectivos cuando quiera que éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de funcionarios, entidades públicas o particulares. No obstante lo anterior, el juez popular debe respetar el principio de congruencia, en virtud del cual al momento de proferirse sentencia debe existir identidad entre lo pretendido y los hechos que le sirven de fundamento, sin que el acatamiento de esa regla pueda llegar a derivar en un exceso ritual manifiesto.

En ese orden de ideas, el juez popular puede pronunciarse sobre el curso que los hechos que sirven de causa petendi vayan tomando en desarrollo del trámite procesal, más no examinarse hechos distintos a los narrados por el actor popular que impliquen modificación de la conducta transgresora sobre los cuales el demandado no hubiere podido pronunciarse; tampoco le es permitido abordar el estudio de intereses colectivos no invocados de manera expresa o que se puedan inferir del contenido de los hechos. En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de junio de 2008, señaló:

*"Principio de congruencia que si bien no reviste en sede popular los visos rígidos y absolutos que lo distinguen en procesos ordinarios, en todo caso la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando –ha precisado la Sala– la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda"*⁴³¹.

No debe perderse de vista que el literal b) del artículo 18 de la ley 472 dentro de los requisitos de la demanda exige la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición, en orden a garantizar el derecho de defensa del accionado. A este propósito conviene reiterar el criterio de la Sala:

⁴³¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

“(…) cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso.”^{5[4]}”

La Corte Constitucional, también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estos tópicos, y en sentencia T-443 del 11 de julio de 2013, señaló:

“En consecuencia, como director del proceso, el juez puede conminar, exhortar, recomendar o prevenir, a fin de evitar una eventual vulneración o poner fin a una afectación actual de los derechos colectivos que se pretenden proteger, sin que tal decisión constituya un capricho del juez constitucional.”⁶ Es así como, un elemento esencial de las acciones populares es el carácter oficioso con que debe actuar el juez, sus amplios poderes y con miras a la defensa de los derechos colectivos.

Así, se ha establecido⁷ que es propio del juez de acción popular amparar los derechos yendo incluso más allá de lo pedido por el actor, pues el fin último de este mecanismo no es proteger al demandante, sino resguardar a la comunidad que resulta afectada; debe recordarse que el titular de los derechos colectivos es toda la colectividad, y que tales derechos guardan una relación estrecha con otros derechos como la vida y la salud respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental. Por tal motivo el juez de la acción popular, como garante de los derechos constitucionales colectivos puede, cuando resulte necesario, proferir fallos ultra y extra petita. Por ejemplo, como ha resaltado Consejo de Estado, (...) es viable que se tengan en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que la conducta que se persiga sea la misma que la parte actora indicó como trasgresora en la demanda. En ese orden de ideas, la sentencia debe ser

^{5[4]} CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de marzo de 2006, Radicación número: AP-130012331000200300239-01, Actora: Luz Yolanda Morales Peña, Demandado: Lotería de Bolívar, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ Al respecto, ver: CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Auto de 5 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp: (AP) 25000-23-24-000-2003-00238-01.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 9 de agosto de 2012, Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP). En aquella oportunidad se presentó acción popular y se solicitó la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público, el derecho a la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente, los cuales se estiman vulnerados como quiera que la alcantarilla ubicada en el Km 138 + 002 de la vía Guamo-Espinal no cuenta con las medidas de seguridad necesarias y exigidas por la ley.

coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda.
*(Negrillas fuera del texto)*⁸

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el juez de acción popular, al declarar la vulneración de los derechos colectivos y protegerlos, puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda siempre que resulte necesario. En este sentido, en razón a la obligación positiva en cabeza del juez de proteger los derechos colectivos, si en curso del proceso se encuentra probada una circunstancia que vulnera los derechos colectivos y que no fue alegada por el demandante, el juez está facultado para proferir fallos ultra petita y extra petita”.

De lo dicho se sigue que el juez popular no desconoce el principio de congruencia cuando respetando la causa petendi y el curso que los hechos vayan tomando en el desarrollo del proceso, encuentra que los derechos invocados por el actor popular pueden estar amenazados o ser vulnerados por los demandados como consecuencia de una conducta que guarde una relación directa con el fundamento fáctico indicado, en cuyo caso debe proceder a su amparo y disponer las medidas que sean necesarias para lograr el disfrute pleno de los mismos, para lo cual incluso puede proferir fallos extra y ultra petita.

Se llama la atención sobre este punto, en virtud del curso que los hechos han tomado en el desarrollo de este proceso; pues inicialmente el actor popular, que dicho sea de paso es una entidad pública aseveró la vulneración de los derechos colectivos enunciados, entre otras conductas por una presunta ocupación ilegal de un bien de uso público, más sin embargo, en los actuales momentos sostiene todo lo contrario: Que el predio es de propiedad privada.

Debe anotar el despacho que en punto a la protección de los derechos colectivos que no es el mismo rigor probatorio el que se exige para disponer su amparo, pues en algunos casos, incluso frente a la falta de evidencia científica, la necesidad de anticipar su protección hace viable la adopción de medidas extraordinarias en aplicación del principio de precaución⁹ el cual tiene plena operancia en materia ambiental, ello suele ocurrir cuando están de por ejemplo se trata del “goce de un ambiente sano” y “la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Agosto 9 de 2012. Consejero ponente (E): Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP).

⁹ Sobre este principio, la Corte Constitucional en sentencia C-703 de 2010, señaló que el deterioro del ambiente debe ser neutralizado desde sus propios orígenes, pues no puede diferirse las medidas a adoptar hasta el momento mismo en que los efectos negativos se produzcan, ya que dichas medidas deben estar encaminadas a precaver riesgos o efectos no deseables, en situaciones dominadas por la falta de certeza científica acerca del peligro que para las personas o el medio ambiente pueda representar.

ambiente” consagrados en los literales a) y c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998. De allí que este despacho frente a la petición de medida cautelar deprecada por la DIMAR hubiere accedido a la misma, y ello también fue razón suficiente para que el Tribunal Administrativo del Magdalena, la confirmara; basta pues con que sea probable la lesión o amenaza de estos derechos para que se brinde su protección así lo sea de manera temporal. Desde luego, frente a otros derechos colectivos ese principio no tendrá aplicación y será necesaria contar con plena prueba o en otros términos, tener certeza de su efectiva violación o amenaza, como ocurre por ejemplo con la protección y defensa de los bienes de uso público, pues en este último evento debe probarse con certeza que el bien ostenta tal característica.

Recuérdese que entratándose de acciones populares, la Ley 472 de 1998 en su artículo 30 atribuyó al actor popular la carga de probar la vulneración o amenaza de los derechos e intereses colectivos, y cuando ello no ocurre no queda salida diferente a la de negar las súplicas de la demanda; los únicos eventos en los cuales el juez popular puede corregir las deficiencias probatorias de la parte interesada es cuando por razones de tipo económico o técnico ese deber no puede ser satisfecho por el actor.

Esta disposición debe interpretarse en armonía con los artículos 164 y 167 de la Ley 1564 de 2011, que consagra los principios de necesidad y carga de la prueba, instituyéndose incluso el principio de carga dinámica. En el caso sometido a consideración, en virtud de este último principio, la Dirección General Marítima se encontraba en mejores condiciones que los particulares demandados para demostrar la vulneración o amenaza a los derechos colectivos antes señalados, dado que tenía a su alcance herramientas tecnológicas y científicas a través de las dependencias que la integran.

En el asunto sometido a consideración del despacho, pese haberse decretado una medida cautelar a instancia del actor popular, en el desarrollo del proceso se logró demostrar que la conducta atribuida como presuntamente vulneradora de los derechos colectivos al goce de un ambiente y a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, las pruebas recaudadas con posterioridad a la misma, como bien se expuso en el auto que ordenó el levantamiento de la medida cautelar y a cuyas consideraciones nuevamente nos remitimos¹⁰, quedó ampliamente desvirtuada pues los tres dictámenes allegados (El

¹⁰ “Para decretar la medida cautelar, entre otras pruebas relevantes, este despacho tuvo en cuenta el informe DGI-SCI-AJU 2525 del 19 de noviembre de 2013 emanado del INVEMAR, como consecuencia del requerimiento judicial efectuado por este despacho mediante proveído del 13 de noviembre de 2013, en el cual se solicitó la remisión de copia del “estudio realizado en los terrenos donde se construye el complejo habitacional Cabo Tortuga”; esto es, el despacho especificó el lugar exacto que debía ser materia del informe.

En dicho documento técnico, se señaló lo siguiente:

“En el diagnóstico de la erosión costera en cuanto al área comprendida entre el sector Punta Gloria y el Aeropuerto Simón Bolívar, dentro del cual se encuentra la zona en que se construye el proyecto arquitectónico de Cabo Tortugas, se indica que es una bahía amplia, bastante recta, con amplias playas afectadas por procesos de erosión moderados, inducidos principalmente por las actividades humanas y las construcciones cercanas al mar.

(...)

Otro ecosistema que presenta una vulnerabilidad crítica corresponde a las lagunas costeras, las cuales son ecotonos con una alta dinámica y características ambientales particulares, por conectar el límite continental con la zona costera. Estos ecosistemas altamente productivos son

practicado por el perito ROA CUBAQUE, por el INVEMAR y la Sociedad Aqua & Terra) valorados en su conjunto, permiten concluir que la construcción del complejo habitacional denominado Cabo Tortuga Etapas I y II no afectó el frágil sistema lagunar y el ecosistema o relictos de manglar circundantes, pues su deterioro ha sido progresivo a lo largo de los años por intervención antrópicas previas y por acción

relevantes para la conservación de la biodiversidad, son refugio de aves migratorias y de la biota acuática. Sin embargo, son muy sensibles a las actividades antrópicas, por estar ubicadas al final de las cuencas de drenaje. Se caracterizan por ser sitios de conjunción entre dos flujos hidrológicos: la descarga de agua continental proveniente de los tributarios y las intrusiones marinas (Kjerfve, 1994).

En Santa Marta las lagunas costeras son muy raras y pequeñas, debido a la escasez de terreno planos y al flujo constante de corrientes continentales hacia el mar ya que se encuentran restringidas a las épocas de lluvia (INVEMAR, 2008). Además de lo anterior estos ecosistemas al igual que las playas están sometidas a una gran presión por parte del desarrollo del sector turístico. Un ANM afectaría el 80% de las lagunas costeras de la parte urbana de Santa Marta, que están ubicadas principalmente en el sector de pozos colorados y constituyen el único ecosistema de estas características del distrito, por esta razón y por el grado de afectación que presentan se considera este sector como crítico ante un eventual ANM.

Alrededor del 80% de la cobertura de las lagunas costeras del área urbana de Santa Marta, desaparecerían a causa del ANM. Estos ecosistemas al igual que las playas sufren de una enorme presión por parte de las actividades antrópicas, principalmente por la construcción de infraestructura turística y residencial, problemática presente en el sector de Pozos Colorados. Asimismo, las áreas de manglar también se ven impactadas, con el agravante de ser el único relictos de este tipo de ecosistemas presentes en el área urbana del distrito, perdiéndose así una gran variedad de servicios ambientales inherentes a los manglares tales como la protección de las playas y regulación de sedimentos.

*Los manglares de Santa Marta presentan una vulnerabilidad alta, corresponden a pequeños parches de *Avicennia germinans*, *Laguncularia racemosa* y *Conocarpus erecta*, en algunos lugares como Lagos del Dulcino y a lo largo del litoral entre la quebrada del Doctor hasta la ensenada de Pozos Colorados. Estos ecosistemas se deterioran como consecuencia de las presiones que deben enfrentar. Esta cobertura ha ido cambiando, hasta casi desaparecer en el área urbana del Distrito de Santa Marta; actualmente existen alrededor de 5 aproximadamente de esta cobertura. El impacto que el ascenso en el nivel del mar, pueda tener sobre el ecosistema, se encuentra en función de la interacción de los procesos erosivos desde el mar y a procesos sedimentarios desde la tierra, entre los muchos otros. Sin embargo, dada la generalizada erosión del sector se esperaría que muchos otros. Sin embargo dada la generalizada erosión del sector se esperaría que estos ecosistemas no respondan favorablemente ante un ANM, además que el desarrollo urbanístico del sector se constituye en un factor limitante, en aquellas áreas bajas donde la carga sedimentaria sea alta y los procesos erosivos sean bajos, este sistema podrá adaptarse mejor ante el ANM, cerca de las desembocaduras del río Gaira y la quebrada Tamacá.*

En síntesis, los avances en el estudio de la vulnerabilidad de la zona costera de Santa Marta por ascenso en el nivel del mar (ANM), realizados a una escala 1:25.000 muestran que para el sector de Pozos Colorados, es una de las áreas se puede ver afectada por inundaciones relacionadas con este aspecto. La presencia de ecosistemas clave como las lagunas costeras y relictos de manglar en el área, se constituyen en elementos importantes que pueden contribuir a reducir los impactos que se pueden ocasionar en poblaciones humanas y la infraestructura por este factor. El desarrollo de construcciones en estas áreas, puede llegar a afectar estos ambientes al reducir de la capacidad de respuesta del área ante un eventual ANM. Esta zona dentro del Plan de Ordenamiento Territorial de Santa Marta, es catalogada como de uso residencial, turístico y hotelero, no obstante dada su vulnerabilidad biofísica, el desarrollo de estos usos puede incrementar también la vulnerabilidad socioeconómica.

Es por esta razón, que para algunas playas en el sector de Pozos Colorados, playa salguero, Bello Horizonte, Aeropuerto y Decamerón, se sugiere medidas de adaptación relacionadas con el retroceso, las cuales implican limitar las construcciones cercanas a las playas, con el fin de permitir la respuesta natural que cabe esperar en playas y campos de dunas asociados (Adaptación autónoma)".

Nótese que el aludido informe se solicitó específicamente por este despacho para el caso del proyecto Cabo Tortuga, no en relación con algún otro proyecto de construcción en el sector de pozos colorados; sin embargo, en el informe rendido por INVEMAR, se hizo alusión que lo allí consignado guardaba relación con dicho proyecto, no otra cosa puede inferirse de la expresión "En el diagnóstico de la erosión costera en cuanto al área comprendida entre el sector Punta gloria y el Aeropuerto Simón Bolívar, dentro del cual se encuentra la zona en que se construye el proyecto arquitectónico de Cabo Tortugas"; de allí que al proferirse el auto que decretó la medida cautelar de cesación de actividades que se hubieren iniciado con ocasión de la expedición de la licencia de construcción expedida por la curaduría urbana número 1 de Santa Marta, se hubiere limitado la misma al específico proyecto denominado Cabo Tortuga.

Ahora bien, en el dictamen pericial practicado por el INVEMAR aportado por la parte demandada Promotora Caribbean Internacional S.A., y el Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga, representado por su vocera Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., el cual fue sustentado por el director de dicho instituto, conforme lo señalan los artículos 226 y 228 del C.G.P., el perito tuvo oportunidad de precisar que el proyecto cabo tortuga etapas I y II no ha contribuido con el proceso erosivo de la zona de Pozos Colorados, ni ha deteriorado las condiciones o ecosistema del sistema lagunar ubicado en sus inmediaciones, de igual manera explicó que las consideraciones vertidas en el informe DGI-SCI-AJU 2525 del 19 de noviembre de 2013, se refiere en términos generales al sector de Pozos Colorados.

A no dudar, estas precisiones efectuadas en el decurso de la audiencia de sustentación del dictamen pericial permiten al despacho, arribar a la conclusión, desde luego, sin que ello implique prejuzgamiento, que la afectación del ecosistema lagunar y de manglar obedece a la dinámica propia del entorno costero e intervenciones antrópicas, sin que pueda achacarse su deterioro o agravación específicamente al proyecto Cabo Tortuga, lo que permite concluir provisionalmente que en lo que respecta a los derechos invocados como presuntamente vulnerados a saber: el goce de un ambiente sano; la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y, la protección de áreas de especial importancia ecológica, con la prueba pericial practicada por el INVEMAR y que ha sido recaudada con posterioridad al decreto de la medida cautelar, especialmente atendiendo la aplicación del principio de precaución, como en su momento lo planteó el Tribunal Administrativo del Magdalena, no da lugar a que la medida cautelar siga sosteniéndose, por lo menos en lo que respecta a los citados derechos colectivos".

propia de la naturaleza, igual conclusión se deriva de la presunta erosión costera en las inmediaciones del citado proyecto.

Así las cosas, el despacho debe concluir que le asiste razón a las entidades accionadas cuando manifiestan que no se vulneró los precitados derechos, máxime cuando precisamente han estado prestos a cumplir con las obligaciones derivadas del plan de manejo ambiental impuesto por el DADMA en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución número 037 de marzo de 2013 emana de la Secretaría de Planeación Distrital, a través de la cual se modificó la licencia de construcción concedida a la Sociedad Caribbean International S.A.

En lo que respecta a la presunta ocupación de bienes de uso público, para el despacho no quedan dudas que desde la adjudicación que efectuara la Gobernación del Magdalena, a través de un acto administrativo que hoy goza de presunción de legalidad, hasta la presente se han venido surtiendo una serie de actos traslaticios de dominio hasta finalmente hoy figura como titular del derecho de dominio el Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga; sin embargo, esta larga cadena de actos dispositivos, de llegarse a acreditar más allá de toda duda que el predio está ubicado en zona de playa no resultaban suficientes para sustraerlos del dominio de la Nación, pues en tales eventos ha de recordarse que éstos últimos son inalienables e imprescriptibles por expreso mandato constitucional.

En el subexamine el derecho colectivo que se invocó es la defensa de los bienes de uso público, y precisamente en este estado del proceso de lo único que hay certeza, conforme a los dictámenes periciales practicados, es que en el informe técnico del CIOH de marzo de 2012, se incurrió en un yerro al trata de lograr la ubicación del predio donde se construye el proyecto Cabo Tortuga, así lo manifestaron expresamente en la audiencia de sustentación de dictamen el perito ROA CUBAQUE y el Director del INVEMAR, existiendo contradicción en las conclusiones, en tanto que el primero sostiene que a pesar del yerro, la totalidad del predio se encuentra en zona de playa marítima, en tanto que para el segundo, la edificación y sus anexidades como tal se levantaron en zona de llanura costera, afirmando éste último a su vez que una parte del predio efectivamente está ubicado en zona de playa, sin embargo, no se determinó con certeza qué cantidad y tal conclusión pese haber sido expuesta en la audiencia de sustentación no figura inserta en el dictamen, desde luego, para el despacho no existe dudas que el dictamen que mejor fundamentación técnica y científica posee es el rendido por INVEMAR, pero frente a la duda relacionada a que porción del predio efectivamente es zona de playa marítima, y ante la existencia de un tercer dictamen (el rendido por Aqua & Terra), el principio de carga dinámica de la prueba cobra importancia inusitada, pues correspondía al actor popular acreditar la vulneración del derecho colectivo a la defensa de los bienes de uso público, tal como lo dispone el artículo 30 de la ley 472 de 1998, en armonía con los artículos 164 y 167 del C.G.P., imponen al despacho la decisión de negar el amparo de este derecho, tampoco es posible adoptar una determinación en el sentido solicitado por el Ministerio de Defensa-DIMAR y las sociedades demandadas, esto es, que el juez popular declare que el predio es de propiedad privada, si las decisiones que se adopten en esta clase de procesos es para salvaguardar derechos e intereses colectivos, por manera que tal declaración corresponderá hacerla a otra autoridad, pues no

habiéndose demostrado con certeza que parte del predio es de dominio público, se reitera, la única decisión plausible es negar las suplicas de la demanda por falta de prueba de la vulneración del derecho colectivo invocado¹¹.

Finalmente, frente al acuerdo logrado por las partes, comparte el despacho las precisiones esbozadas por la Agencia Especial del Ministerio Público, cuando señala que las partes demandadas no han aceptado la vulneración de algún derecho colectivo, y si ello es así, mal puede imponerse al particular la carga desproporcionada de realizar actuaciones que competen a las autoridades ambientales, quienes son las constitucional y legalmente obligadas a velar por la conservación de medio ambiente y las zonas de interés especial, por lo cual se les exhortará al DADMA y a CORPAMAG, para que dentro de sus competencias, procedan a realizar los estudios técnicos que permitan adoptar medidas de protección al frágil ecosistema de relictos de manglar, fauna y flora existentes en la laguna adyacente al proyecto urbanístico Cabo Tortuga, pues ciertamente la pretensión de sembrar 2.000 árboles de mangle en tan reducido espacio, incluso puede llegar a ser contraproducente para la especial protección que merece dicho ecosistema. Para ello se les otorgará un plazo que no excederá de dos (2) meses.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar imprósperas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: Niegue el amparo de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Negar el amparo del derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, por no haberse demostrado con certeza su violación.

CUARTO: Exhortar al DADMA y a CORPAMAG, para que dentro de sus competencias, procedan a realizar los estudios técnicos que permitan adoptar medidas de protección al frágil ecosistema de relictos de manglar, fauna y flora existentes en la

¹¹ En sentencia fechada 10 de mayo de 2012, la Sección Primera del Consejo de Estado, proferida dentro de la radicación número 76001-23-31-000-2010-01459-01 (AP), señaló: "Ahora bien, es de resaltar que en materia de acciones populares es al actor popular a quien corresponde la carga de probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección reclama. Así las cosas, ciertamente se advierte que la parte demandante no aportó ningún elemento probatorio para acreditar idónea y válidamente la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, y tampoco manifestó la imposibilidad de allegar las pruebas respectivas, simplemente se limitó a aportar un material fotográfico que es insuficiente para demostrar la situación alegada".

laguna adyacente al proyecto urbanístico Cabo Tortuga, en un término que no exceda de dos meses, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: Remítase copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo, para su inclusión en el Registro Único de Acciones Populares y de Grupo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ
JUEZ**

Alegatos de conclusión.

Las partes e intervinientes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Corpamag.

No obstante lo anterior, frente a lo expuesto y, en lo que respecta a La Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG, es de resaltar de manera primordial, que los actos administrativos expedidos, de los cuales la parte actora deprecia la presunta vulneración de derechos colectivos, no fueron

expedidos por esta autoridad ambiental, máxime de la falta de jurisdicción frente a los hechos, objeto de la presente acción popular.

La vinculación de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG, fue realizada en cumplimiento del inciso final del artículo 21 de la Ley 472 de 1998, que al tenor reza:

"Además, se le comunicará a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado.

Al respecto, resulta importante traer a colación, el siguiente compendio normativo.

La Ley 99 de 1993 señala en su artículo 23 que,

"Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeografía o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente."

Igualmente, el artículo 31 de la Misma Ley, señala:

"Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

- 1. Ejecutar las políticas, planes y programas nacionales en materia ambiental definidos por la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y del Plan Nacional de Inversiones o por el Ministerio del Medio Ambiente, así como los del orden regional que le hayan sido confiados conforme a la ley, dentro del ámbito de su jurisdicción;*
- 2. Ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio del Medio Ambiente;"*

Y el artículo 33 establece que:

"La administración del medio ambiente y los recursos naturales renovables estará en todo el territorio nacional a cargo de Corporaciones Autónomas Regionales."

Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG: su jurisdicción comprende el territorio del Departamento del Magdalena

con excepción de las áreas incluidas en la jurisdicción de la Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Sierra Nevada de Santa Marta,”

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 778 de 2002, establece:

“Competencia Ambiental. Los Distritos de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla ejercerán, dentro del perímetro urbano de la cabecera Distrital, las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano, en los mismos términos del artículo 66 de la Ley 99 de 1993. Para tal fin, los respectivos Concejos Distritales, a iniciativa del Alcalde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 313 de la Constitución Política crearán un establecimiento público que desempeñara las funciones de autoridad ambiental en el área de su jurisdicción.

El Acuerdo Distrital No 005 del 27 de Noviembre de 2003, mediante el cual se reformo el Acuerdo No 016 del 27 de Noviembre de 2002, designa al Departamento Administrativo del Medio Ambiente, como máxima autoridad ambiental en el área urbana y ejercerá como entidad rectora de las políticas ambiental, ecoturística y de sistema ambiental en la jurisdicción del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta.

En ese contexto, señor Juez, la autoridad ambiental con competencia y jurisdicción en el presente caso, es el Departamento Administrativo de Medio Ambiente, DADMA, el cual quedo demostrado en el expediente, autoridad que profirió sendos actos administrativos, de los cuales se pueden citar, las Resoluciones No. 603 del 4 de Octubre de 2013, 1363 del 11 de diciembre de 2014, el auto No 07 del 12 de Febrero de 2015, entre otras.

Adicional a lo anterior, también se hace necesario insistir en la falta de competencia de mi entidad representada frente al tema de la defensa de los bienes de uso público, la titularidad de derechos de dominio, la legalidad de licencia de construcción, etc., puesto que los mismos, escapan de la órbita de su objeto misional.

Esta Entidad como Autoridad Ambiental dentro de su jurisdicción tiene el propósito misional de velar por la preservación y conservación de los Recursos Naturales Renovables, razón suficiente para participar activamente pero sin desconocer el tema de la jurisdicción y competencia, la cual ha sido delimitada de tal manera que se asegure la armonía y coherencia de las políticas y acciones adoptadas por las distintas entidades. No obstante lo anterior, en aras de garantizar el efectivo disfrute de los intereses colectivos al medio ambiente y a la protección del equilibrio ecológico, con ocasión al ecosistema natural existente verificado en el curso del proceso, se solicita muy respetuosamente, se tomen medidas para su respectiva conservación.

Dimar.

De la evaluación de los instrumentos públicos antes relacionados, se desprende que mediante la Resolución No. 408 del 23 de mayo de 1962, el **Departamento del**

Magdalena le adjudicó al señor **Rito Jesús Varón Vargas**, el lote de terreno donde se construyó el Condominio de Cabo Tortuga.

El acto administrativo fue expedido en virtud de lo dispuesto en la Ley 97 de 1946 del 30 de diciembre de 1946, "*Por la cual se dictan disposiciones sobre adjudicación de terrenos baldíos*"- que fuera reglamentada por el Decreto 547 de 1947-, y que establece en los artículos 5 y 6, lo siguiente:

"Artículo 5. En toda resolución de adjudicación de terrenos baldíos, se expresará en su parte motivada el tiempo de ocupación que el adjudicatario haya comprobado en la forma establecida en los artículos anteriores.

Artículo 6. Presúmase de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad a la fecha de la adjudicación".

Por tal motivo, acreditada la posesión sobre la explotación económica del predio, por un período mínimo de cinco años, y de acuerdo con el régimen normativo vigente, la Gobernación de Magdalena adjudicó el predio, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749, al señor **Rito Jesús Varón Vargas**, saliendo el mismo del patrimonio público.

Al hacer una comparación tanto cronológica como normativa sobre el nacimiento de esta propiedad y su salida del patrimonio público con la normatividad vigente para la época se tiene lo siguiente:

Mediante Decreto No. 6 del 8 de noviembre de 1866 del poder ejecutivo de la Unión, se declaró como perteneciente al territorio colombiano y sujeto a su jurisdicción, *todo el mar que baña sus costas, desde la más alta marea hasta una legua marina desde la misma costa*, y que el poder ejecutivo dispondría lo relativo para la construcción de muelles, diques, atracaderos y vías férreas en los puertos nacionales.

De la misma forma, a partir de la expedición del Código Civil Colombiano en el año 1873 y adoptado como legislación nacional mediante Ley 57 de 1887, se hizo formalmente la distinción entre bienes de la Unión de uso público y los bienes de la Unión o bienes fiscales, señalando como única protección respecto de los de uso público, la no prescripción en ningún caso. (Artículo 2519).

Nótese que la legislación aplicable a las playas y terrenos de bajamar ha devenido en constantes modificaciones e igualmente le ha atribuido calidades jurídicas diferentes (bien de la unión, bien fiscal, bien de uso público), colegidas de diferentes definiciones y alcances a lo largo del tiempo.

Por tal motivo, y de acuerdo con el régimen normativo vigente para la época, la Gobernación de Magdalena adjudicó el predio de manera legal sin que le estuviera prohibido hacerlo.

Así las cosas el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749, adjudicado al señor **Rito Jesús Varón Vargas** y, por consiguiente, el predio identificado con la matrícula inmobiliaria 080-97699 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga, salió del patrimonio público y, por tanto, se trata de un bien de naturaleza privada.

Respecto de la seguridad jurídica.

Sumado a ello debe considerarse que la propuesta de pacto armoniza la defensa de los derechos colectivos con la garantía de los particulares de respeto a sus derechos adquiridos, otorgados por el Estado quien, a través de diversos actos positivos, inequívocos y consistentes, ha reconocido plenamente la naturaleza privada del predio en discusión.

En primer lugar debe señalarse que de la evaluación de los títulos de dominio que acreditan la línea de tradición del predio y que reposan en el expediente, se desprende que mediante la Resolución No. 408 del 23 de mayo de 1962, acto administrativo en firme que goza de presunción de legalidad, el **Departamento del Magdalena** le adjudicó al señor **Rito Jesús Varón Vargas**, el lote de terreno donde se construyeron los edificios 1 y 2 del Condominio Cabo Tortuga.

Vale mencionar que los títulos de dominio citados en el acápite anterior, tuvieron como origen la adjudicación efectuada por el Departamento del Magdalena y han sido objeto de registro por virtud de diferentes actos administrativos expedidos por las autoridades correspondientes; como dan cuenta los certificados de tradición y libertad que componen la línea de tradición del predio.

Sumado a ello se observó que el desarrollo urbanístico del predio se fundamentó, en un primer momento, en el Acuerdo 22 de 1988, acto administrativo que sustentó la

aprobación del Plan General de Loteo de la Urbanización Jesús Varón en septiembre de 1990.

Ese documento que reposa en la Secretaría de Planeación del Distrito de Santa Marta, da cuenta del plano del loteo Jesús Varón del que resultaron dos tipos de áreas: i) las áreas dispuestas para cesiones públicas destinadas a vías, que actualmente se encuentran ejecutadas y hacen parte del espacio público del Distrito de Santa Marta y, ii) las áreas útiles resultantes del urbanización, sobre las cuales se permite la obtención de licencias de construcción, como lo fue el caso del área útil sobre la cual se desarrolló el proyecto Cabo Tortuga.

Con base en las previsiones del P.O.T., el entonces Curador Urbano No. 1 de Santa Marta expidió la licencia de construcción No. 47001-1-11-0390 del 13 de diciembre de 2011, la cual fue confirmada por la Secretaría de Planeación por Resolución No. 037 del 21 de marzo de 2012.

Finalmente se resalta que el predio objeto de debate fue objeto de incorporación catastral mediante el No. 011000920006000¹, asignándosele a éste, desde el 10 de julio de 1997, la nomenclatura urbana Lagos del Dulcino Lote 5 Urbanización Jesús Varón². Así mismo sobre el lote de mayor extensión del cual se desagregó el inmueble en controversia, sus propietarios han cancelado distintas sumas de dinero a favor del Distrito de Santa Marta por concepto de impuesto predial, por lo menos, desde el año 2007, a la fecha.

En relación con el principio de seguridad jurídica la Corte Constitucional mediante Sentencia C-250 de 1992, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, consideró que éste supone una garantía de certeza que opera en una doble dimensión: por una parte estabiliza las competencias de la administración para que los ciudadanos no se vean sorprendidos y, por otra, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado, así:

"3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta. La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros

principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas. En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado". (Subrayas, negrilla y cursivas fuera del texto original)

Esa misma Corporación en Sentencia T-284 de 1994 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, indicó:

*"La seguridad jurídica apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza jurídica en las **relaciones de derecho público o privado**, prevalezca sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso justo conduce necesariamente a no permitir las situaciones difusas y, sobretodo, la indefinición jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no sería posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger. Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre, significa que ese individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto de sus derechos".*

La anterior cita jurisprudencial evidencia que el principio de seguridad jurídica debe generar certeza jurídica en las relaciones entre particulares y el Estado con el fin que éstos puedan hacer valer sus derechos.

En el mismo sentido el Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra mediante Sentencia T-466 de 1999, consideró que el principio de seguridad jurídica encuentra plena aplicación cuando puede exigirse tanto a particulares como a la administración y que mientras no se agote un mecanismo que asegure la legalidad de la decisión que afecte derechos reconocidos, éstos han de mantenerse inalterables, asegurándose por lo demás la estabilidad de las relaciones jurídicas.

"El principio de seguridad jurídica que el Estado está obligado a fortalecer y hacer respetar, como fundamento del Estado de Derecho, encuentra plena aplicación, cuando puede exigirse tanto a particulares como a la administración que, mientras no se agote un mecanismo que asegure la legalidad de la decisión que afecte derechos reconocidos por un acto suyo a terceros, éstos han de mantenerse inalterables, asegurándose, por demás, la estabilidad de las relaciones, pues se despoja a quien ejerce cierta posición dominante en éstas, el hacer uso de esa preponderancia, para tomar determinaciones que alteren la estabilidad y seguridad que, precisamente, se busca conferir a estas relaciones, al prohibir que unilateralmente se pueda disponer y decidir sobre el derecho reconocido a otro y del que éste ya se reputa titular".

Por otra parte el principio de confianza legítima pretende también la protección de los derechos o expectativas del administrado.

En relación con el principio de confianza legítima, la Corte Constitucional sentencia SU-360 de 1996³, manifestó:

"Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible. Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse." (Subrayado fuera del texto)

Asimismo, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-703 de 2012, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas, manifestó:

"Las reglas que gobiernan las relaciones del Estado con los asociados son las que hacen dinámica la interacción entre éstos, por lo tanto, al generarse cambios bruscos o intempestivos por parte de la Administración hace que las expectativas legítimamente fundadas por parte de los particulares sobre ésta, basadas en el

principio de confianza legítima, alteren el principio de seguridad jurídica que propende por el respeto al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, no se trata de establecer que el principio de confianza legítima implique que las autoridades no puedan adoptar modificaciones normativas o políticas para desarrollar planes de acción y así cumplir su función de gobierno en beneficio del interés público, de lo que se trata es que la administración no lo haga de manera intempestiva, sino bajo consideraciones proporcionales, indispensables y menos traumáticas para los afectados con su actuar”.

Del contenido de la providencias en cita, se observa que el Estado, al cual pertenece también la Rama Judicial, está en la obligación de proteger a los administrados cuando de su comportamiento se generen expectativas y derechos adquiridos en favor de éstos.

Corolario de lo expuesto y al no existir vulneración alguna al derecho colectivo al espacio público y/o el patrimonio público, no hay lugar a imposición de obligación alguna a las partes por tratarse de un bien inmueble de naturaleza privada.

No obstante encuentra este apoderado que la controversia se ha centrado en la calificación técnica del área en donde se encuentra erigido el proyecto CABO TORTUGA, asunto que a la luz de las normas vigentes sobre las cuales se erigió la tradición del predio, es irrelevante, toda vez que para dicha época era perfectamente viable y legal su salida del patrimonio público.

Así mismo de los dictámenes periciales no se aprecia conclusión diferente, si los mismos son valorados bajo la misma óptica y no sobre la base de la norma actualmente vigente, razón por la cual esta parte considera que dicha pretensión debe ser negada y reconocida por tanto la propiedad privada en los términos contenidos en el presente escrito.

Frente al derecho colectivo al medio ambiente sano y la existencia del equilibrio ecológico

Respecto a la pretensión de la protección al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación restauración o sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica, este apoderado se remitirá a lo consignado en el escrito de solicitud de audiencia de pacto de cumplimiento, que fuera allegada al despacho y sobre el cual se expresó en audiencia del pasado 12 de agosto

Dadma.

Respecto a la pretensión de declarar que ha existido vulneración del derecho colectivo al goce de un ambiente sano y por ende a la existencia de un equilibrio ecológico en aprovechamiento de recursos naturales y la protección de áreas de especial importancia ecológica, es menester precisar que mi representada en ejercicio de sus funciones expidió la Resolución N° 603 del 4 de octubre de 2013 por medio de la cual se le impuso a la Sociedad Cabo Tortuga S.A.S. obligaciones tendiente a adoptar medidas de manejo ambiental para la construcción del proyecto Cabo Tortuga y medidas de manejo ambiental para la renaturalización del cuerpo de agua; obligaciones que fueron cumplidas por parte de la sociedad, tal como quedó consagrado en la Resolución N° 1363 del 11 de diciembre de 2014.

Siguiendo el orden mediante la Resolución N° 218 del 03 de marzo de 2015 se impuso a la sociedad Cabo Tortuga S.A.S (dentro de otras) las siguientes obligaciones:

- La obligación de presentar medidas de manejo, conservación y usos sostenible del ecosistema Manglar, que incluyan, la caracterización biológica de la laguna costera cercana al proyecto, la implementación de viveros, posterior siembra y restablecimiento de flujos hídricos.
- La obligación de retirar de manera inmediata las mallas ubicadas alrededor del lago.
- La Sociedad deberá realizar como medidas de manejo, conservación y uso sostenible: Reforestar con 2.000 mangles en las zonas descubiertas del cuerpo de agua, lo cual puede ser por medio de trasplante o siembra.
- Implementar sistemas de señalización.
- Crear cerca viva o barrera blanda utilizando plántulas de Mangles que soporten las condiciones de desecación permanente.
- Imprimir 30.000 cartillas educativas en aras de una campaña de educación ambiental sobre el cuidado del agua y ecosistemas.
- Intervenir hídricamente el cuerpo de agua.

Contra la anterior resolución la Sociedad Cabo Tortuga interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución N° 1386 del 1° de noviembre de 2015, la cual resolvió no reponer el acto administrativo recurrido, asimismo, se dispuso aprobar el cronograma de actividades propuesto por la sociedad en mención con el fin de dar cumplimiento a las órdenes impartidas por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Santa Marta mediante auto del 25 de septiembre de 2015.

Siguiendo el orden, mediante la Resolución N° 147 del 22 de marzo de 2016 el DADMA otorga a la Sociedad Cabo Tortuga S.A.S. un permiso de ocupación de un cauce y se toman otras determinaciones, dentro de ellas cabe la pena resaltar el artículo 2° literal e que establece *"la ocupación del cauce que se otorga es por el término de 5 años los cuales se condicionan al cumplimiento de las siguientes obligaciones: e) la empresa Cabo Tortuga S.A.S. deberá AUMENTAR LAS ÁREAS DESTINADAS Y PAISAJE FORESTAL EN LOS CERROS TUTELARES DEL DISTRITO , a través de adquisición, siembra y mantenimiento de tres (3) hectáreas con árboles autóctonos de la región, desde el 2016 hasta el 2018 (...)"*

La Sociedad Cabo Tortuga S.A.S. interpuso recurso de reposición contra la resolución antes mencionada, el cual fue resuelto mediante Resolución N° 440 el 25 de mayo de 2016, en la cual se dispuso modificar el artículo 2° literal e quedando así: *"deberá realizar el pago de DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$217.648.00-M/L) como medida de compensación, que serán destinados a los programas relacionados con el Plan de Desarrollo de materia ambiental"*

Expuesto lo anterior, no queda duda que el DADMA ejerciendo como autoridad rectora de la política ambiental, ecoturística y del sistema ambiental de la jurisdicción del Distrito de Santa Marta, ha desplegado todas las actuaciones en aras de proteger el medio ambiente, dentro de ellos la prevención y control de factores de deterioro ambiental que eventualmente se puedan ocasionar en el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga. Asimismo, vale la pena aclarar que si bien la Sociedad en mención ha interpuesto recursos contra las decisiones adoptadas por mi representada, esto no significa que por parte de ella no exista intención de desarrollar actuaciones tendientes a la protección del medio ambiente, el funcionamiento normal de los ecosistemas, la renovabilidad de sus recursos y componentes, la conservación y uso sostenible del ecosistema de Manglar; ya que estas acciones se ven reflejadas con el

cabal cumplimiento tanto de las órdenes judiciales como de las obligaciones impuestas por mi representada.

Así las cosas, el dictamen pericial rendido por el Perito Oceanográfico Físico Juan Carlos Roa Cubaque, confirma los argumentos tenidos en cuentas para proferir las resoluciones antes menciones, ya que éste concluyó que *"El secamiento de la laguna costera no es debido directamente al proyecto Cabo Tortuga, sino por los diferentes impactos realizados por el hombre que han alterado notablemente la dinámica del flujo de agua entre las lagunas de la zona a lo largo del tiempo, ocasionando un secamiento notorio en el cuerpo del agua frente al proyecto. Además, la comunicación entre las lagunas es insuficiente lo que contribuye con el proceso desecación de la misma"*¹

De lo anterior, se puede deducir que con el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga no ha existido vulneración al derecho colectivo al goce de un ambiente sano, ni a la existencia de un equilibrio ecológico en aprovechamiento de recursos naturales y la protección de áreas de especial importancia ecológica, pues como quedó demostrado con el dictamen pericial, el secamiento de la laguna costera obedece a las actuaciones del hombre en su vida cotidiana y no específicamente al desarrollo del proyecto en mención.

Ahora bien, en lo concerniente a la pretensión de declarar vulnerado el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, es pertinente resaltar que si bien es cierto la Dirección General Marítima² es la encargada de investigar, ordenar y restituir las playas como bienes de uso público por ostentar jurisdicción sobre las éstas y terrenos de bajamar; no es menos cierto que al momento de realizar un estudio de los dictámenes periciales rendidos dentro del proceso de referencia se pudo observar lo siguiente.

El grupo empresarial *aqua & terra*³ realizó los estudios de evolución de línea de costa, evolución del sistema lagunar y la evolución de la línea de vegetación permanente como criterio de delimitación de los bienes de uso público con el fin de determinar la influencia del proyecto Cabo Tortuga etapas I y II en la zona costera y el sistema lagunar en el sector Pozos Colorados, dentro de este estudio se recopiló la información secundaria correspondiente a fotografías aéreas, imágenes de satélite, licencias de construcción y ambientales, informes y normatividad vigente, así como información de oleaje y precipitación para los mismos años de las imágenes de satélite.

Dentro de las conclusiones del mencionado informe encontramos:

*"Es evidente entonces que las lagunas costeras que se encuentran entre la zona del proyecto de Cabo Tortuga y la playa delimitan ese cambio fisiográfico que acota la playa en el sector evidenciando así que el proyecto no se encuentra sobre la playa"*⁴.

Otra de las conclusiones a la cual se llegó con el informe en mención, es la siguiente:

"Como se evidencia en las imágenes desde 1955 a 2014, el lote donde se encuentra enmarcado el proyecto Cabo Tortuga, está ubicado siempre detrás de las lagunas costeras (cambio de forma fisiográfica) y de vegetación permanente (árbol Prosopis juliflora conocido comúnmente como trupillo o mesquite) con presencia frente de la laguna costera de cara al mar, lo cual implica que el proyecto no está ubicado en zona playa"

(Negritas y subrayas fuera del texto original)

Por último, reafirmando las conclusiones antes citadas en el informe se dejó plasmado lo siguiente:

"Muy importante destacar que en 2010 el proyecto de Cabo Tortuga aun no comenzaba y en 2014 ya el proyecto no se evidencian cambios significativos o que se puedan responsabilizar al Proyecto, ni en el sistema lagunar, ni en la evolución de la línea de costa. Adicionalmente es importante aclarar que los grandes retrocesos que se han presentado en la línea de costa y en el área del sistema lagunar en el sector han obedecido a causas naturales y no al proyecto de Cabo Tortuga, como se evidencia en que entre los años 1955 y 2010 el sistema perdió más del 80% de su extensión y el proyecto no existía, y entre los periodos de construcción del proyecto 2014 el sistema no ha cambiado significativamente"

De lo expuesto, se infiere que los retrocesos presentados en la línea costera obedecen a causas naturales y no directamente al proyecto Cabo Tortuga, puesto que aun cuando éste ni siquiera existía, el sistema lagunar con el transcurrir de los años venía perdiendo extensión.

En síntesis, y retomando los argumentos citados, el DADMA en ejercicio de sus funciones ha realizado seguimiento al proyecto Cabo Tortuga con el fin de verificar que exista por parte de la sociedad una protección al medio ambiente, lo cual se ve reflejado en las obligaciones impuestas a la Empresa. De igual forma, se reitera que mi representada teniendo en cuenta que Los Manglares son ecosistemas dominados por asociaciones vegetales arboleas que crecen en zonas costeras con playas lodosas, fangosas o cenagosas, los cuales fueron declarados dignos de protección, ordenó a la plurimencionada sociedad reforestar con 2.000 mangles en las zonas descubiertas del cuerpo de agua, lo cual puede ser por medio de trasplante o siembra; decisión que fue modificada ordenándose el pago de DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$217.648.00 MIL) como medida de compensación, que serán destinados a los programas relacionados con el Plan de Desarrollo de materia ambiental.

5.1. EL DOCUMENTO CONTENTIVO DE LA PROPUESTA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO SUSCRITO POR LAS PARTES DEMUESTRA QUE EL BIEN OBJETO DE DEBATE NO ES UNA ZONA DE PLAYA MARÍTIMA, Y QUE EL DESARROLLO DEL PROYECTO NO GENERA DAÑO AMBIENTAL SOBRE EL ECOSISTEMA LAGUNAR, NI FAVORECE LOS PROCESOS DE EROSIÓN COSTERA

Mediante memorial radicado el día 6 de agosto de 2015 el Director General Marítimo, la Viceprocuradora General de la Nación en su calidad de agente especial del Ministerio Público, la Directora de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, CORPAMAG, la Directora del Departamento Administrativo del Medio Ambiente de Santa Marta – DADMA, la Alcaldía Distrital de Santa Marta, la entonces Curadora Urbana No. 1 de Santa Marta y el apoderado judicial de las sociedades Promotora Caribbean International S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. en su calidad de vocera del Fideicomiso Cabo Tortuga, presentaron a consideración del Despacho una propuesta de Pacto de Cumplimiento a partir de la formulación de distintas actividades dirigidas a procurar la defensa de los derechos colectivos alegados en la demanda y, el levantamiento de la medida cautelar que se encontraba vigente para ese momento, y la terminación anticipada del proceso.

Vale anotar que la mencionada propuesta se originó a partir de un proceso de concertación entre las partes que contó con el análisis de las pruebas practicadas dentro del proceso y con el apoyo técnico del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible – MADS -, con el fin de identificar las acciones concretas que deberían implementarse para favorecer la **preservación y manejo** adecuado del ecosistema

lagunar ubicado en el predio, objetivo que siempre ha estado presente en el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga.

Con base en lo anterior el día 8 de julio de 2015 el MADS, profirió concepto técnico respecto de las medidas ambientales ordenadas por el DADMA en la Resolución 218 de 2015², así como respecto de la presunta existencia de daños ambientales sobre el ecosistema lagunar y sobre la generación de fenómenos de erosión costera producto de la implantación del proyecto.

A partir del mencionado insumo técnico, se concluyó la inexistencia de daño ambiental producto de la ejecución del proyecto Cabo Tortuga. No obstante, en razón a la **naturaleza preventiva de las acciones populares**, las partes acordaron la realización de una serie de actuaciones tendientes a preservar la laguna costera y a monitorear el comportamiento de la línea de costa en frente del proyecto, con el fin de tener información que le permita a las autoridades competentes adoptar medidas para controlar el fenómeno de erosión que afecta la costa colombiana.

Ahora bien, de los postulados consagrados en la propuesta de pacto de cumplimiento se extraen varias conclusiones que deben ser valoradas por el Juez al momento de dictar sentencia, habida cuenta que se constituyen como un importante insumo técnico y jurídico para dirimir la presente controversia y para facilitar la adopción de medidas que preserven de manera eficaz el medio ambiente.

5.1.1. ACUERDOS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INMUEBLE IDENTIFICADO CON LA MATRÍCULA INMOBILIARIA No. 080-97699 DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE SANTA MARTA

En cuanto a la presunta ocupación de bienes de uso público en la propuesta de Pacto de Cumplimiento suscrita, entre otros, por el Director General Marítimo, se advirtió que:

"El acto administrativo (de adjudicación) fue expedido en virtud de lo dispuesto en la Ley 97 de 1946 del 30 de diciembre de 1946, "Por la cual se dictan disposiciones sobre adjudicación de terrenos baldíos"- que fuera

reglamentada por el Decreto 547 de 1947-, y que establece en los artículos 5 y 6, lo siguiente:

"Artículo 5. En toda resolución de adjudicación de terrenos baldíos, se expresará en su parte motivada el tiempo de ocupación que el adjudicatario haya comprobado en la forma establecida en los artículos anteriores.

Artículo 6. Presúmase de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad a la fecha de la adjudicación".

*Por tal motivo, acreditada la posesión sobre la explotación económica del predio, por un período mínimo de cinco años, y de acuerdo con el régimen normativo vigente, la Gobernación de Magdalena adjudicó el predio, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749, al señor **Rito Jesús Varón Vargas**, saliendo el mismo del patrimonio público.*

*(...) Para el caso concreto, de la evaluación de los instrumentos públicos de tradición del predio, se desprende que mediante la Resolución No. 408 del 23 de mayo de 1962, el **Departamento del Magdalena** le adjudicó al señor **Rito Jesús Varón Vargas**, el lote de terreno donde se pretende la construcción de los edificios 1 y 2 del Condominio de Cabo Tortuga.*

Por tal motivo, y de acuerdo con el régimen normativo vigente para la época, la Gobernación de Magdalena adjudicó el predio de manera legal sin que le estuviera prohibido hacerlo.

*Así las cosas el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749, adjudicado al señor **Rito Jesús Varón Vargas** y, por consiguiente, el predio identificado con la matrícula inmobiliaria 080-97699 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga, salió del patrimonio público y, por tanto, se trata de un bien de naturaleza privada. (...)"*

En esa misma línea el día 27 de noviembre de 2015 esa Autoridad Marítima, en el marco de la investigación administrativa sancionatoria iniciada en contra de las sociedades Promotora Caribbean International y Alianza Fiduciaria S.A. en su calidad de vocera del Fideicomiso Cabo Tortuga por presunta ocupación de bienes de uso público, resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución del 13 de marzo de 2014 que decidió el proceso No. 14032012014.

En esa oportunidad y luego de adelantar un análisis sobre la línea de tradición del predio, el señor Capitán de Puerto de Santa Marta decidió ordenar el archivo de la investigación con fundamento en lo siguiente:

"(...) Nótese que la legislación aplicable a las playas y terrenos de bajamar ha devenido en constantes modificaciones e igualmente le ha atribuido calidades jurídicas diferentes (bien de la unión, bien fiscal, bien de uso público) colegidas de diferentes definiciones y alcances a lo largo del tiempo.

*Para el caso concreto, de la evaluación de los instrumentos públicos de tradición del predio, se desprende que mediante la Resolución No. 408 del 23 de mayo de 1962, el **Departamento del Magdalena** le adjudicó al señor **Rito Jesús Varón Vargas**, el lote de terreno donde se pretende la construcción de los edificios 1 y 2 del Condominio de Cabo Tortuga.*

*Por tal motivo, y de acuerdo con el régimen normativo vigente para la época, la Gobernación del Magdalena adjudicó el predio de manera legal sin que le estuviera prohibido hacerlo. Así las cosas el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749, adjudicado al señor **Rito Jesús Varón Vargas**, salió del patrimonio público, a razón de dicho acto administrativo.*

Si bien el concepto de playa ha presentado a lo largo de la historia muchas variaciones, para el momento en que se adjudicó el predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749 al señor Rito de Jesús Varón Vargas, el Departamento del Magdalena tenía la facultad y competencia para hacerlo conforme al análisis realizado.

En consecuencia, los actos administrativos y títulos de dominio constituidos con arreglo a las leyes civiles y comerciales permiten colegir que el predio objeto de la presente actuación administrativa salió del patrimonio público, y a su vez, acreditan el derecho de propiedad que tienen la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA, quien funge como vocera del Patrimonio Autónomo denominado Cabo Tortuga, sobre el predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-97699, situación que este Despacho no puede desconocer. (...)

Del anterior aparte se desprende inequívocamente que la Autoridad Marítima en desarrollo de sus competencias legales, reconoció que el acto jurídico que dio nacimiento al predio objeto de debate partió de la adjudicación que en su momento hiciere la Gobernación mediante la Resolución No. 408 del 23 de mayo de 1962 inmueble que, de acuerdo al régimen normativo de la época, era susceptible de adjudicación y, por tanto, **salió válidamente del patrimonio público**, derecho de propiedad que actualmente se encuentra acreditado en favor de la sociedad Alianza Fiduciaria vocera del Fideicomiso Cabo Tortuga.

5.1.2. ACUERDOS SOBRE EL MANEJO Y PRESERVACIÓN DE LA LAGUNA COSTERA

En el numeral 4.2. de la propuesta de Pacto de Cumplimiento las partes consignaron lo siguiente, a partir de las conclusiones técnicas esbozadas por los dictámenes rendidos por el INVEMAR, AQUA & TERRA y el MADS:

"Si bien es claro que no existe daño ambiental sobre la laguna costera ubicada dentro de los linderos del inmueble donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga, lo cierto es que de las posturas técnicas descritas y del Concepto Técnico rendido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se concluye que éste es un ecosistema frágil que requiere de importantes medidas de conservación que, de suyo, garantizan el efectivo disfrute de los intereses colectivos al medio ambiente y a la protección del equilibrio ecológico.

En esa línea el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en el Concepto Técnico rendido sobre el proyecto Cabo Tortuga advirtió:

Respecto de las medidas que pueden ser implementadas por el Proyecto Cabo Tortuga para la preservación, manejo y control de la laguna costera y el sistema de manglar del cuerpo de agua ubicado en el predio del Proyecto, el Ministerio aclaró que tanto la vegetación como su cuerpo de agua deben ser manejados como una unidad llamada para el caso, pantano de manglar.

En tal marco, consideró que las medidas adoptadas e impuestas por el DADMA a través de la Resolución 218 del 2015 “son adecuadas para el manejo en dicho predio”. Sin embargo hizo algunas precisiones para que su implementación permita cumplir el fin de conservación en el corto y mediano plazo.”. (Negrilla fuera del texto)

Nótese que entonces que si bien se reconoció que el desarrollo de Cabo Tortuga no generó daño ambiental sobre la laguna, las partes aceptaron adoptar algunas medidas ambientales en desarrollo del **principio de prevención – no precaución** -, con el fin de conservar el mencionado ecosistema, medidas que deben ir en armonía con las señaladas por el DADMA en las Resoluciones 218³ y 1386 de 2015⁴.

En desarrollo de lo anterior se acordaron como obligaciones a cargo de las partes las siguientes:

“1. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia aprobatoria del Pacto de Cumplimiento y el levantamiento de la medida cautelar, deberá implementar, en concertación con el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente – DADMA -, un programa de actividades para la ejecución de las obligaciones impuestas por esa entidad mediante la Resolución 218 del 3 de marzo de 2015 o la que la modifique⁵.

Ese programa deberá contener el detalle de las actividades y los tiempos en los que se implementarán las medidas de protección dispuestas para la laguna costera con base en las fases propuestas en el concepto técnico del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, siempre que así lo considere el DADMA, las cuales son:

***Fase I:** Establecimiento de vivero (dentro o fuera del predio) o en caso de contar con un proveedor o vivero certificado podrá, si así lo autoriza el DADMA, efectuar la adquisición directa de individuos (cerca viva) y/o plántulas respectivamente para cada fin.*

***Fase II:** Definir tipo de medidas a tomar. Seleccionar y priorizar áreas donde se harpa la siembra del manglar, una vez se identifiquen los tensores que puedan impedir su desarrollo y crecimiento normal así como su afianzamiento en el sistema, y desarrollar acciones para eliminar o mitigar los tensores. Así mismo, si debe existir un paso desde las torres de apartamentos a la playa, deberá ser a través de un sendero único, adecuado a las condiciones del ecosistema, que no cree ninguna fragmentación actual o futura del mangle y del espejo de agua, ni que afecte los flujos de aguas de escorrentía o el flujo halo – hídrico entre otros. Preferiblemente el sendero será elevado sobre estacas de madera, en donde los puntos de anclaje sean los mínimos necesarios y cuyo mantenimiento sea claramente definido y concertado con la autoridad ambiental. Se recalca que es importante asegurar el libre acceso a dichos bienes de propiedad de la Nación y que el sendero no cree fragmentación ecosistémica.*

***Fase III:** Luego de la siembra de los individuos de manglar, el DADMA debe señalar una fecha de retiro de la malla a partir de una visita técnica de verificación del estado de estas barreras vivas.*

***Fase IV:** En el predio del proyecto, monitorear la regeneración del manglar, la supervivencia y la necesidad, según mortandad, de efectuar resiembras y mantenimientos por el periodo que determine el DADMA. Esto implica que la constructora deberá hacerse cargo de esta obligación en principio y hasta la entrega del proyecto a sus*

propietarios y a la administración de la propiedad horizontal, a quienes debe explicarse los términos de cumplimiento según lo disponga el DADMA.

Así mismo el programa de actividades podrá tener en cuenta las siguientes recomendaciones del Ministerio.

a.) Respecto al cerramiento: Es recomendable, con base en la visita técnica del DADMA dispuesta en la Fase III del programa de actividades, disponer el retiro de la cerca de manera que se eviten intervenciones no deseadas de terceros y/o trabajadores y/o personal de la administración del edificio Cabo Tortuga.

b) Respecto a la cerca viva: Si bien los manglares actúan como barreras, esta barrera viva solicitada por el DADMA debe configurarse estratégicamente detrás de la duna, con vegetación apropiada para su estabilización y retención de los sedimentos (no necesariamente manglares), de manera que las arenas no pasen hacia el pantano de manglar y/o restrinja el paso hacia el mismo. Así mismo, se recomienda que las especies a sembrar como barrera viva sean las más aptas para estar ubicadas en una zona con influencia de la duna y de la desecación característica del espejo de agua. Se recomienda para mitigar la migración eólica de la duna sobre el espejo de agua aledaño, siembras de especies herbáceas rastreras, del inventario de especies encontrado en la zona como Sesuvium portulacastrum y Bartia marítima, reconocidas por ser buenas en mitigación de procesos de erosión costera.

c.) Respecto de aumentar la interconexión hídrica: tanto el Box - culvert o canales son apropiados, este último permite un manejo y mantenimiento de sedimentos más adecuado pero al mismo tiempo debe ser complementado con medidas que prevengan o mitiguen el depósito de residuos que pueda presentarse desde la plataforma de paso peatonal sobre el canal. Al mismo tiempo, la apertura del canal debe tener un manejo conjunto con el predio colindante del proyecto Sierra Laguna, por lo cual el usuario deberá gestionar, para la etapa operativa que cualquier medida sea un box - culvert o canal tengan un manejo entre ambos usuarios.

d.) Respecto a la siembra de 2000 manglares: Por lo observado en campo existen zonas no aptas para la siembra, y otras aptas, por lo cual se debe efectuar un análisis de factores para su establecimiento dentro del predio. Dentro de la cantidad señalada en esa obligación se deben tener incluidas las especies de manglar u otras especies que considere la autoridad ambiental necesarias para hacer resiembras en caso de mortandad.

En todo caso, si por factores limitantes, sea espaciales o de densidad de siembra (ind/m²) o físico – bióticos dentro del predio, el DADMA deberá seleccionar y priorizar áreas externas a éste, pero aledañas al área de influencia del proyecto donde se hará la siembra del manglar u otras en jurisdicción del DADMA, y concertar con ésta dichos sitios. En todo caso, se debe tener en cuenta que el monitoreo y la resiembra, en caso de ser necesaria, se circunscribirá al área del proyecto Cabo Tortuga.

La reforestación debe incentivar la conectividad de los parches de manglar dentro y fuera del predio, mejorar su contexto paisajístico, incentivar corredores biológicos para la duna, y no afectar el cuerpo cenagoso (la capacidad de carga del sistema halo – hídrico) que lo sustenta.

Finalmente se debe tener en cuenta que el proceso de restauración del manglar en ningún caso, condicionará la entrega del proyecto por parte del Constructor a sus futuros propietarios, así como a la copropiedad legalmente constituida.

2. El constructor dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y el retiro de la medida cautelar, deberá incluir en el reglamento de propiedad horizontal de Cabo Tortuga, instrumentos que le permitan a la copropiedad tener un control adecuado sobre todas las medidas necesarias para el cuidado del cuerpo de agua y el manglar como, por ejemplo, vallas informativas y de prohibición de depósito de cualquier tipo de vertimiento y desecho orgánico o inorgánico, charlas de temporadas altas a los usuarios tanto de la propiedad como a otros particulares; contratistas, terceros y pescadores que transiten este complejo y sus playas frontales.

Por su parte y con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las obras antes mencionadas se propone la imposición de las siguientes obligaciones a cargo de las autoridades distritales:

4.2.1.2. Obligaciones del DADMA:

La Autoridad Ambiental en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control deberá hacer constante seguimiento a la ejecución de las obras propuestas en el numeral anterior, para lo cual deberá rendir un informe mensual al Despacho durante el tiempo que se extiendan las obras planteadas en el programa de actividades.

4.2.1.3. Obligaciones de la Alcaldía Distrital de Santa Marta

La Alcaldía Distrital en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control de la actividad constructiva deberá hacer constante seguimiento a la ejecución de las obras autorizadas en la Licencia de Construcción, para lo cual deberá rendir un informe mensual al Despacho durante el tiempo de vigencia de la misma, el cual se iniciará desde el momento en que por virtud del presente pacto de cumplimiento empiece a correr nuevamente el término que restaba para su ejecución conforme a lo previsto en la Licencia de Construcción No. 47001-1-11-0390 del 13 de diciembre de 2011 y se extenderá hasta su vencimiento y el de sus prórrogas y/ o revalidaciones. (...)". (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, el Despacho luego de surtir la práctica de las pruebas periciales decretadas y aportadas al proceso y al resolver sobre la solicitud de revocatoria de la medida cautelar formulada por la Viceprocuradora General de la Nación en su calidad de agente del Ministerio Público, y coadyuvada de manera unánime por los demás sujetos procesales – entre ellos, el DADMA -, en auto notificado por anotación en el estado del 25 de septiembre de 2015, dispuso el levantamiento de la medida precautelativa en los siguientes términos:

“PRIMERO: Disponer el levantamiento de la medida cautelar decretada mediante auto fechado 5 de agosto de 2014, conforme a la solicitud formulada por la Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo,

Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General Marítima, Dadma, Corpamag, Curaduría Urbana No. 1, Sociedad Promotora Caribbean Internacional S.A., Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga, representada por su vocera Sociedad Alianza Fiduciaria S.A, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: *No obstante lo anterior, deberán adoptarse por las demandadas las medidas de protección sobre la laguna costera y el ecosistema de manglar presente en las inmediaciones del proyecto cabo Tortuga Etapas I y II, conforme a las recomendaciones efectuadas por el Director del INVEMAR durante la sustentación del dictamen pericial en la audiencia celebrada el 15 de septiembre de 2015 y lo dispuesto por el DADMA en la resolución 218 del 3 de marzo de 2015".* (Subrayas y negrilla fuera del texto)

En relación con la orden impartida en el numeral segundo del auto anterior, es preciso anotar que mediante auto proferido en la audiencia de pruebas celebrada el pasado 15 de septiembre de 2015, ese Despacho Judicial ya se había pronunciado sobre la adopción de las medidas de protección de la laguna costera en la forma prevista en la Resolución 218 del 3 de marzo de 2015 proferida por el Departamento Administrativo del Medio Ambiente – DADMA ordenando, en consecuencia, la ejecución de tales actividades con el fin de procurar la inmediata protección de la laguna.

En esa misma línea, el auto notificado por anotación en el estado del 25 de septiembre de 2015, manifestó:

"(...) Ahora bien, no obstante lo dicho, el Despacho no puede pasar por alto que el Director del INVEMAR, durante la audiencia de sustentación del dictamen pericial llamó la atención sobre la necesidad de implementar medidas de protección sobre la laguna costera y el ecosistema de manglar presente en las inmediaciones del proyecto cabo Tortuga Etapas I y II, razón por la cual, a pesar del levantamiento de la medida cautelar, no se podrán efectuar labores de intervención sobre la laguna y ecosistema de manglar, distintas a las recomendaciones efectuadas por dicho organismo en la audiencia del 15 de septiembre de 20152 (sic), y las establecidas por

el DADMA en la resolución número 218 del 3 de marzo de 2015, ni sobre la zona delimitada por el INVEMAR en su dictamen pericial como zona de playa, y que se encuentra establecida en la gráficas número 22 de 43, 39 de 43 y 27 de 43 de la presentación expuesta por el perito en audiencia celebrada el 15 de septiembre de 2015, y que se explicó durante los minutos 01:54:00 a 01:58:09 de la grabación (DVD 1 del 15-09-15), las cuales se titularon: Variación en línea de costa; vegetación y coberturas, y evolución de cuerpos de agua, respectivamente. (...)"

Es así como las sociedades Promotora Caribbean International S.A. y Alianza Fiduciaria vocera del Fideicomiso Cabo Tortuga, han venido adelantando la ejecución de algunas de las medidas ambientales dispuestas en la propuesta de Pacto de Cumplimiento y formuladas con el fin de preservar la laguna costera, las cuales consisten básicamente en lo siguiente:

- Retiro inmediato de la malla perimetral de la laguna y los cimientos de concreto que la soportan: EJECUTADO
- Implementación de medidas de señalización para informar a la comunidad sobre la existencia del ecosistema, del programa de conservación, y las actividades permitidas y restringidas: EJECUTADO
- Impresión de 30.000 cartillas educativas para contribuir con la autoridad ambiental en la realización de campañas educativas: EJECUTADO
- Intervención hídrica del cuerpo de agua para i) aumentar la conexión de la laguna con el sistema lagunar adyacente, mediante canales de agua que favorezcan una mayor área de anegación del cuerpo de agua y, ii) generar un mayor flujo de agua dulce al cuerpo de agua conectando con ésta las aguas lluvias del proyecto: EN EJECUCIÓN
- Reforestación y establecimiento de cerca viva con 2000 especies de mangle en las zonas descubiertas del cuerpo de agua, por medio de trasplante o siembra: PENDIENTE

Frente a la medida de reforestación y establecimiento de la cerca viva de la laguna con 2000 especies de mangle, es preciso señalar que el MADS indicó:

"(...) d.) Respecto a la siembra de 2000 manglares: Por lo observado en campo existen zonas no aptas para la siembra, y otras aptas, por lo cual se

debe efectuar un análisis de factores para su establecimiento dentro del predio. Dentro de la cantidad señalada en esa obligación se deben tener incluidas las especies de manglar u otras especies que considere la autoridad ambiental necesarias para hacer resiembras en caso de mortandad. (...)."

En punto a lo anterior, mediante escrito radicado el 4 de diciembre de 2015 ante el DADMA, se aportó el estudio técnico denominado "Lineamientos para la rehabilitación ecológica de la laguna costera adyacente al Condominio Cabo Tortuga"⁶. Ese documento luego de adelantar un análisis juicioso sobre los parques vacíos de la laguna costera y de las especies arbóreas presentes en el área, diseñó un programa metodológico siguiendo las fases recomendadas por el MADS, y luego de lo cual concluyó que los factores de densidad y físico bióticos de ese cuerpo de agua, permitirían sembrar un total de 210 especies.

En esa oportunidad se indicó que:

"(...) El material forestal se sembrará utilizando el sistema de siembra al tresbolillo o "pata de gallina" utilizando una separación entre plántulas de 2 metros. En este sistema, los árboles se colocan en filas paralelas formando triángulos equiláteros entre ellos como se observa en la Figura 6.2; con esta distancia de siembra la densidad es de aproximadamente 1.927 árboles por hectárea. El área a ser plantada es de 0,079 hectáreas, lo que significa que se sembraran aproximadamente 155 árboles; de igual manera para la construcción de la cerca viva de manglar, se estima una siembra de 55 árboles. Para un total de 210 árboles plantados como medida de rehabilitación, restauración, recuperación y conservación de las zonas de manglar adyacentes al condominio Cabo Tortuga. (...)"

De los anteriores planteamientos se concluye que tanto para el MADS, como para AQUA & TERRA, la siembra de 2000 especies de manglar en los espacios vacíos de la laguna como lo ordenó la Resolución 218 de 2015 no resulta técnicamente factible, de tal suerte que la viabilidad de esa actividad debe partir de un análisis técnico juicioso que identifique las características físicas y bióticas del área a

reforestar y determine la cantidad de especies arbóreas que deben implantarse para garantizar la funcionalidad del ecosistema lagunar.

En ese orden y dado que el programa metodológico elaborado por AQUA & TERRA acoge en forma integral los planteamientos esbozados por el MADS, en el proyecto de Pacto de Cumplimiento, es oportuno que el Despacho, en desarrollo de la función preventiva de la presente acción popular, adopte íntegramente las conclusiones de carácter técnico planteadas en el documento denominado "Lineamientos para la rehabilitación ecológica de la laguna costera adyacente al Condominio Cabo Tortuga", que actualmente se encuentra a disposición de la Autoridad Ambiental del Distrito de Santa Marta – DADMA -, y provee una solución idónea y factible para la siembra dentro del predio o en la áreas aledañas al proyecto Cabo Tortuga.

5.1.3. ACUERDOS SOBRE LOS FENÓMENOS DE EROSIÓN COSTERA

En relación con la presunta causación de erosión costera en la zona de Pozos Colorados producto del desarrollo del proyecto Cabo Tortuga, en la propuesta de pacto de cumplimiento las partes esbozaron lo siguiente:

"El concepto del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible avaló expresamente la conclusión a la que arribaron los informes del INVERMAR y AQUA & TERRA que indicaron que "la construcción del edificio no intervino en la dinámica costera del área", "dada la localización del proyecto en la llanura costera y detrás del pantano de manglar y la duna".

(...) Con todo, como medida preventiva es necesario monitorear la playa al frente al proyecto para detectar algún fenómeno de erosión costera que con el tiempo pueda afectar a la construcción. En este sentido, se recomienda que inicialmente se haga un monitoreo de perfiles de playa en el área al frente de predio, con el apoyo del manual de monitoreo elaborado por el INVERMAR, como mínimo durante la época seca y la de lluvias por dos (2) años. A partir de los resultados, el DADMA determinará las medidas de recuperación y control de la erosión enfrente del proyecto, en caso que de acuerdo con los estudios, sea necesario.

Una de las soluciones posibles, pero que deberá ser evaluada por la Autoridad Ambiental, previo estudio técnico, es la alimentación del sistema de dunas que bordea la playa, lo cual redundaría en una playa más estable. Para garantizar que las arenas de las dunas no invadan la zona de los pantanos de manglar, se encuentra la cerca viva recomendada por el DADMA y que para entonces debe estar muy bien constituida en la zona del proyecto. Medidas como estas sería interesante aplicarlas no solo frente al predio sino en todo el sector, para lo cual, la Autoridad Ambiental podría diseñar un sistema de monitoreo en el que involucre a los entes privados localizados a todo lo largo de las playas en el sector del Dulcino, y que redundaría en el equilibrio del litoral para beneficio de toda la comunidad afectada y del turismo en general.

Así, dado que el fenómeno de erosión costera responde a las dinámicas marino costeras que afectan un área mucho más amplia que aquella que ocupa el predio objeto de discusión y cuyo origen deviene de múltiples causas naturales y antrópicas, se propone la ejecución de las siguientes actividades, con base en lo esbozado por el Ministerio de Ambiente, en el concepto Técnico:

4.2.2.1. Obligaciones de Promotora Caribbean International S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. vocera del Fideicomiso Cabo Tortuga

1. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia aprobatoria del Pacto de Cumplimiento y levantamiento de la medida cautelar, deberá implementar, en concertación con el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente – DADMA -, un programa de actividades para el monitoreo de la playa en el área al frente de predio, con el apoyo del manual de monitoreo elaborado por el INVEMAR.

Por tanto, el constructor hará cuatro (4) monitoreos, uno (1) durante la época seca y uno (1) durante la época de lluvias, por dos (2) años. A partir de los resultados, el DADMA determinará las medidas de recuperación y control de la erosión en frente del proyecto, en caso que de acuerdo con los estudios, sea necesario.

2. En el evento en que, con base en los resultados de los monitoreos definidos en el numeral anterior, la autoridad ambiental determine la necesidad en la alimentación del sistema de dunas, el constructor deberá implementar las medidas correspondientes únicamente dentro de los límites del predio.

4.2.2.2. Obligaciones a cargo del Ministerio de Defensa Nacional -- Dirección General Marítima, el Distrito de Santa Marta y la Procuraduría General de la Nación

En casos similares al que nos ocupa, en los cuales se ha evidenciado la necesidad de que distintas autoridades del orden nacional y territorial concurren a construir soluciones a problemáticas generales que afectan los derechos colectivos, la vida y los bienes de las personas, las autoridades judiciales han visto la pertinencia de conminar la iniciación de trabajos concertados que propendan por la definición de soluciones definitivas.

*Así pues, considerando que el fenómeno de erosión costera involucra todo el litoral colombiano en su costa pacífica y caribe y, en el caso concreto, el sector de Pozos Colorados, el Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Marítima- Capitanía de Puerto de Santa Marta, el Distrito de Santa Marta y la Procuraduría General de la Nación **en el marco de sus competencias**, y con el apoyo técnico del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y del Instituto de Investigaciones Marinas y Costera - INVEMAR, diseñarán conjuntamente un plan de trabajo para la formulación de medidas de prevención del fenómeno de erosión costera y del riesgo asociado a éste, las cuales deberán incluir, entre otras, la realización de perfiles de playa en áreas concretas del sector de Pozos Colorados. Este programa de trabajo debe incluir el diseño de un sistema de monitoreo en el que se involucre a los entes privados localizados a todo lo largo de las playas en el sector del Dulcino.*

Ese plan de trabajo será presentado al Despacho dentro de los seis (6) meses siguientes a partir de la ejecutoria de la sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento, e incluirá realización de mesas de trabajo con los diferentes sectores sociales y económicos con intereses dentro del sector

de Pozos Colorados – propietarios, comunidades organizadas, gremios, entre otros -, con el fin de garantizar la participación ciudadana y la construcción de soluciones concertadas respetuosas del medio ambiente y los derechos adquiridos.”.

Como se aprecia de lo transcrito y sin perjuicio de las medidas preventivas dispuestas en la propuesta de pacto de cumplimiento, para las partes resulta claro que de acuerdo con los dictámenes periciales rendido por el INVEMAR y AQUA & TERRA, el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga NO HA CAUSADO EROSIÓN COSTERA.

Con fundamento en lo expuesto en precedencia es forzoso concluir que las sociedades Promotora Caribbean International S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. vocera del Fideicomiso Cabo Tortuga **no son responsables de la vulneración de derechos colectivos señalados en la demanda** comoquiera que i) el inmueble sobre el cual se construyó el proyecto Cabo Tortuga es un bien de dominio privado, ii) el desarrollo del proyecto no ha generado daños ambientales sobre el ecosistema de manglar o lagunar adyacente al proyecto y iii) el proyecto Cabo Tortuga no es responsable del fenómeno de erosión costera presente en la ciudad de Santa Marta y, en general, en todo el litoral colombiano. Así las cosas, ante la completa ausencia de responsabilidad, no se le puede endilgar a las sociedades involucradas en el proyecto obligaciones sobre este particular.

5.2. LAS PRUEBAS TÉCNICAS PRACTICADAS SON EN EL TRÁMITE DEL PROCESO DETERMINANTES PARA AFIRMAR QUE EL PREDIO IDENTIFICADO CON LA MATRÍCULA INMOBILIARIA No. 080-97699 DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE SANTA MARTA NO ES UNA ZONA DE PLAYA MARÍTIMA, NI OCASIONA UN DAÑO AMBIENTAL AL ECOSISTEMA LAGUNAR ADYACENTE AL PREDIO, NI GENERA EROSIÓN COSTERA EN LA ZONA DE POZOS COLORADOS

Aun cuando los argumentos expuesto en el acápite anterior resultan suficientes para desestimar las pretensiones de la demanda por encontrarse probado que mis mandantes no vulneraron los derechos colectivos alegados en el escrito inicial, es pertinente efectuar el análisis de las pruebas técnico científicas practicadas en el trámite del proceso, las cuales llevan a reafirmar los planteamientos realizados en

la propuesta de pacto de cumplimiento respecto de la i) la inexistencia de playa marítima en el lugar de implantación del proyecto Cabo Tortuga y, ii) la inexistencia de daño ambiental sobre la laguna o de generación de erosión costera.

5.2.1. EL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO POR EL PERITO DE LA DIMAR CAPITÁN JUAN CARLOS ROA CUBAQUE ADOLECE DE ERROR GRAVE, RAZÓN POR LA QUE DEBE PROSPERAR LA OBJECCIÓN FORMULADA EN SU CONTRA

El Despacho en audiencia de pacto de cumplimiento celebrada el 12 de febrero de 2015 decretó, de oficio, un dictamen pericial cuyo objeto fue el siguiente:

"Con el propósito de establecer los hechos materia del litigio, se ordena la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos expertos en oceanografía física e hidrografía del Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras "José Benito Vives de Andreis" en el sitio "Pozos Colorados", sector Lagos de Dulcinio, corregimiento de Gaira, en este Distrito. Los puntos que deberá absolver el dictamen pericial se fijarán durante el transcurso de la diligencia de inspección judicial (...)"

Así, una vez decretada la prueba, quien se posesionó como perito fue el capitán Juan Carlos Roa Cubaque, profesional adscrito a la lista de auxiliares de la Dirección General Marítima, a quien en términos generales se le solicitó dilucidara los siguientes puntos en controversia:

1. Si la construcción de las etapas I y II del proyecto constructivo Cabo Tortuga se encontraban en zona de playa marítima.
2. Si con el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga se afectó negativamente el sistema lagunar, es decir, si el mismo causó "secamiento" de las lagunas.
3. Si el proyecto constructivo Cabo Tortuga ha influido o puede influir en el fenómeno de erosión costera.

En audiencia celebrada el día 28 de agosto de 2015, el capitán Roa presentó y sustentó el dictamen pericial solicitado, junto con su posterior complementación, actuación en la que concluyó lo siguiente:

1. La zona donde se encuentra ubicado el proyecto constructivo Cabo Tortuga es una zona de playa marítima, toda vez que el mismo se encuentra sobre un terreno conformado por material no consolidado.
2. El secamiento del sistema lagunar presente en el sector de Lagos del Dulcino, Pozos Colorados tuvo como causa el alto impacto antropogénico. Sin embargo, posteriormente en el escrito de complementación del dictamen aclaró que la mencionada disminución de la laguna no ha sido causada *"directamente por proyecto Cabo Tortuga sino por los diferentes impactos realizados por el hombre (...)".*⁷
3. No es posible determinar si el proyecto ha influido en el proceso de erosión costera, pues para ello, *"habría que desarrollar un estudio morfodinámico de alta resolución que incluyera la realización de levantamientos batimétricos y topográficos detallados y cíclicos. Además de una caracterización detallada de la dinámica marina, así como de las posibles fuentes y sumideros de sedimentos"*⁸ (respuesta a la pregunta 30, escrito del dictamen).

No obstante, es de señalar que las conclusiones arribadas por el capitán Roa en su dictamen y posterior complementación no deben ser tenidas como prueba por el Despacho, especialmente en lo relativo a su primera conclusión consistente en que el proyecto Cabo Tortuga se encontraba ubicado en una zona de playa marítima.

Lo anterior, debido a que como se procederá a poner de manifiesto, el mencionado dictamen no es claro, preciso, ni detallado habida cuenta las graves inconsistencias de éste, las cuales se traducen en que gran parte de las afirmaciones y conclusiones, además de contradictorias, no se sustentan en

fuentes confiables, al igual que tampoco se explican ni justifican las metodologías empleadas.

En efecto, la primera inconsistencia de la que adolece el dictamen y complementación del capitán Roa, se dio como consecuencia del desconocimiento mismo del concepto de playa marítima, consagrado éste en el artículo 167 numeral 2º del Decreto-Ley 2324 de 1984, tal y como se transcribe:

*"2. Playa marítima: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado **cambio en el material, forma fisiográfica, o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente**, usualmente límite efectivo de las olas de temporal."*(Subrayado y negrita fuera del texto original).

Contrario al artículo citado, en criterio del perito, el elemento determinante para identificar la zona de playa marítima, está dado primordialmente por la existencia de material no consolidado, postura que deja de lado que los elementos limitantes del concepto de playa marítima, que conforme al citado artículo 167 numeral 2º, son el cambio en el material, cambio en la forma fisiográfica, o el lugar donde inicie la línea de vegetación permanente usualmente límite de las olas de temporal.

A su vez, aseguró infundadamente y sin señalar fuente alguna que validara su aserto, que la metodología apropiada para determinar si una zona está constituida por elementos no consolidados era a través de una simple inspección visual y manual de sedimentos, de tal manera que, si los mismos se desagregaban manualmente con un mínimo esfuerzo, se concluía que se trataba de elementos no consolidados.

En efecto, dicha "técnica" de inspección visual y manual de sedimentos, fue la que utilizó el perito para concluir que la zona donde se ubicaba el proyecto Cabo Tortuga se constituía de elementos no consolidados y, por tanto, se trataba de área de playa marítima.

La mencionada "técnica" carece de todo rigor científico, pues además de no conocerse el respaldo científico de ésta, el resultado de la misma depende

fundamentalmente de las sensaciones del perito en la apreciación manual de los sedimentos, lo cual no garantiza objetividad en el método, pues si éste es replicado o comprobado por persona distinta, es muy probable que el resultado no sea el mismo, ya que se insiste, ello depende del instinto y parecer subjetivo de quien lo practica.

Ahora bien, el equívoco del perito Roa Cubaque sobre el concepto de playa marítima y sus elementos, se acentuó aún más en la diligencia llevada a cabo el día 28 de agosto de 2015, en la cual se surtió la presentación y contradicción del dictamen y complementación del mismo, en donde, el perito expresamente desconoció, sin sustento científico para ello, la existencia de la línea de vegetación permanente como elemento para la identificación de la playa marítima.

En aquella ocasión el capitán Roa Cubaque, manifestó:

"PREGUNTADO: Sírvase a precisar entonces si la existencia de línea de vegetación permanente, produce o no produce o efectos para definir el límite de playa, si usted acaba de señalar que no basta la línea de vegetación permanente sino que el terreno sea consolidado.

CONTESTADO: Lo que quiero decir es que la línea de vegetación permanente se utiliza para caracterizar una zona, no estoy diciendo que sea exclusiva de una zona de material no consolidado, porque también puede haber una línea de vegetación permanente en terreno consolidado debe contextualizarse el uso, no existe técnicamente línea de vegetación permanente, ningún libro habla de línea de vegetación permanente es lo que quiero decir, esa definición está en la Ley no sé dónde la sacaron pero esa es la que hay."

Más adelante el perito, expresó:

"PREGUNTADO: Podríamos precisar que en su criterio técnico la línea de vegetación permanente es aquella que no ha sido intervenida y que usted encontró en el cerro La Gloria *CONTESTADO. No lo que quiero decir es que el criterio principal que se utiliza para determinar si se presenta la existencia de playa o no es el material consolidado o no, la línea de vegetación permanente no fue tomada en cuenta en este caso porque*

no aplica, igual que las olas de temporal, la ola de temporal tampoco fue tomada porque toda la zona fue material no consolidado, voy nuevamente a la definición de playa marítima que es la zona de material no consolidado que se extiende desde la línea de más baja marea hasta el sitio donde se encuentra un marcado cambio fisiográfico

Cómo se puede observar el perito pasa por alto la existencia de la conjunción disyuntiva "o", contenida en la definición del artículo 167 del Decreto-Ley 2324 de 1984, de tal suerte que para éste la playa marítima es únicamente la zona de material no consolidado que se extiende desde la línea de más baja marea hasta el punto donde se presente un cambio fisiográfico "abrupto" circunstancia que, por sí misma, configura un error grave determinante frente a las conclusiones a las cuales arribó el aludido perito respecto de lo que éste consideró como área de playa marítima.

Por su parte en el escrito de adición y complementación al dictamen pericial, en relación a la línea de vegetación permanente advirtió el perito en la página 40 de su escrito, lo siguiente: "*volvemos al mismo dilema de cómo se define la línea de vegetación permanente*" sin definir de manera clara y expresa cómo se determina y a partir de qué criterios.

Ello significa que el perito no pudo en la audiencia de sustentación y contradicción del dictamen junto con su complementación, dar una definición técnica de cómo se determina la línea de vegetación permanente, contenida en el artículo 167 del Decreto 2324 de 1984.

No obstante y pese a esa falencia, se aventuró a concluir que ni el trupillo ni el manglar que el mismo identificó en frente del proyecto, comportaban un límite de playa en el área objeto de estudio en cuanto que éstos no se podían considerar como línea de vegetación permanente, dado que en su criterio, no habían los suficientes árboles y arbustos para trazar a partir de éstos la línea de vegetación permanente.

Argüida la supuesta necesidad de cumplir con una cantidad mínima trupillos para poder trazar a partir de los mismos la línea de vegetación permanente, se le

preguntó al perito en el escrito contentivo de la objeción del dictamen: "*Cuántos trupillos se necesitan para catalogarlo como vegetación permanente*"; a lo cual el perito fue evasivo y contradictorio al afirmar que pese a que las especies encontradas constituían vegetación permanente no constituían la línea de vegetación permanente:

"La vegetación encontrada en la zona de estudio es de características perennes como por ejemplo, el trupillo, el manglar y otras especies, que a su vez podrían denominarse permanentes, pero el tema es relacionarlos con que limitan o hagan parte de la línea de vegetación permanente (...).

*(...) Lo revisado en el campo dio seguridad que si (sic) existen especies perennes pero no es claro que hagan parte de una línea de vegetación permanente. Además porque no se pudo determinar en ninguno de los estudios hasta donde llega las olas de temporal"*⁹.

Por consiguiente, es que claro que, el hecho de considerar que los trupillos ubicados entre la zona de playa y el proyecto no marcan la línea de vegetación permanente, obedece a una valoración personal del perito que no cuenta con sustento alguno, mas no a un ejercicio técnico suficientemente fundamentado.

Igual situación se predica respecto de sus conclusiones sobre el marcado cambio fisiográfico.

Advirtió el capitán Roa que frente y alrededor del predio objeto de controversia se identificaron varias geoformas, entre ellas, una laguna costera, un cordón dunario, una barra litoral, entre otras.

No obstante, indicó que ninguna de éstas podía ser considerada como un límite de playa, dado que en su consideración no constituían un cambio "abrupto" en el paisaje de la playa, ni tenían la pendiente necesaria para ser considerada como tal.

Son varios los reparos frente al particular:

1. La inspección judicial practicada en el marco del proceso, permitió observar el terreno circundante a la construcción de Cabo Tortuga. De allí se extrae que la laguna costera constituye cambio en el paisaje evidente para cualquier persona que haga una mera observación de la zona, de manera que, no se puede entender cómo el perito señaló que, pese a ser una geoforma distinta a la playa, no comporta un "cambio abrupto" en la zona.
2. El perito señaló que para identificar un marcado cambio fisiográfico es necesario que la geoforma tenga una pendiente específica, por lo cual, en algunos casos, los sistemas dunarios no son límites de playa.

Sin embargo, en ninguna parte de su dictamen señaló cuál es el grado que debe tener la pendiente para que una geoforma pueda ser considerada como un cambio "abrupto" constitutivo de límite de playa.

3. En consecuencia el perito advirtió que, en el caso específico, el cordón dunario que se ubica enfrente de la laguna costera no puede ser considerado límite de playa pues no tiene la pendiente necesaria, sin que se pueda determinar porqué dado que, se reitera, el perito nunca mencionó cuál es el grado que debe tener esa pendiente.

De allí que se extraiga que la conclusión de que el cordón de dunas frente a la laguna adyacente al proyecto no es límite de playa, es una conclusión a la que el perito arribó producto de su intuición.

4. Preguntado el Capitán expresamente acerca de por qué los cordones de dunas y la barra litoral ubicados enfrente de la laguna costera no puede ser tomada como límite de playa (pág. 42 escrito de adición) en el predio objeto de debate, éste se limitó a señalar que porque estaba contenida dentro de la definición de playa activa, sin explicar su dicho pese a que a lo largo de su disertación señaló que éstas geoformas podían ser consideradas como límites de playa.

En este orden, la única conclusión válida que eventualmente podría extraerse del dictamen del capitán Roa en lo relativo a la determinación de la zona de playa, es que enfrente del área donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga existen

diferentes geoformas (dunas, barra litoral y laguna costera) que, en general, pueden ser consideradas como límites de playa por constituir un marcado cambio fisiográfico pero que, en el caso concreto, no lo son para el perito por razones que no sustentó ni explicó suficientemente en su dictamen.

Ahora bien, en relación a la objeción del dictamen pericial, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

*"Es pertinente recordar que, para que la objeción del dictamen pericial por error grave prospere se necesita que exista una equivocación de tal envergadura que conduzca a obtener conclusiones igualmente erradas y que se contradigan con la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación que de él haga el perito"*¹⁰

Así las cosas, dado que el dictamen presentado y rendido por el capitán Juan Carlos Roa adolece de serios vicios y equivocaciones como el no comprender en su totalidad cuestiones básicas y a la vez de trascendental importancia, tales como los elementos que delimitan el concepto de playa marítima, el haber resuelto las cuestiones planteadas (en relación al cambio fisiográfico y la determinación de la línea de vegetación permanente) de manera contradictoria y sin fundamentos científicos válidos, deformando con ello de manera manifiesta la realidad del predio objeto de la controversia, es clara la vocación de prosperidad de la objeción por error grave presentada oportunamente por este extremo procesal, por lo que el Despacho debe apartar ese dictamen de la valoración probatoria que le corresponde efectuar al momento de dictar sentencia.

Consecuencia del error grave en que incurrió el perito Juan Carlos Roa Cubaque respecto de la totalidad de las conclusiones de su experticia y habida cuenta que, a la fecha, el Despacho no ha fijado el monto de los honorarios a favor de aquél, es preciso que el Juez se abstenga de señalar el valor dicha labor, en los términos

del artículo 221 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹.

Señaladas las graves inconsistencias de las que adoleció el dictamen presentado por el capitán Roa que lo llevan a incurrir en error grave, es oportuno exponer las conclusiones a las cuales se allegaron mediante los dictámenes periciales elaborados por el INVEMAR - rendido por su director Cp. Francisco Armando Arias Isaza -, y el dictamen elaborado por la sociedad AQUA & TERRA rendido por su representante legal y director Andrés Felipe Restrepo Estrada.

5.2.2. CONCLUSIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA ZONA DE PLAYA MARÍTIMA

5.2.2.1. A PARTIR DE LOS DICTÁMENES PERICIALES RENDIDOS POR EL INVEMAR Y AQUA & TERRA SE CONCLUYE QUE EL PREDIO OBJETO DE DEBATE NO ES UNA ZONA DE PLAYA HABIDA CUENTA QUE SE ENCUENTRA POR DETRÁS DEL LUGAR DÓNDE SE PRESENTA UN MARCADO CAMBIO FISIOGRAFICO DESDE LA LÍNEA DE MÁS BAJA MAREA. SUMADO A ELLO EL PREDIO SE ENCUENTRA CONSTITUIDO POR MATERIAL CONSOLIDADO Y SE ENCUENTRA POR DETRÁS DEL LUGAR DÓNDE INICIA LA LÍNEA DE VEGETACIÓN PERMANENTE

En este punto es oportuno poner de presente, en primer lugar, que el INVEMAR a través de un ejercicio científico cuyas conclusiones fueron plasmadas en el informe técnico denominado “Evolución en la zona costera frente al proyecto Cabo Tortuga y zonas aledañas – Santa Marta, Colombia”¹², determinó que el proyecto Cabo Tortuga se encuentra por fuera de zonas de playa marítima, dado que se ubica por detrás de marcados cambios fisiográficos (laguna costera y cordón de dunas), tiene una composición granulométrica distinta a la propia de la geoforma de playa marítima, y por detrás del lugar donde inicia la línea de vegetación permanente.

El mencionado experticio técnico del INVEMAR fue elaborado por un grupo interdisciplinario de profesionales dados los diferentes elementos que debían identificarse en terreno y evaluó, entre otros factores, las características geomorfológicas del predio, la evolución de la línea de costa y la evolución del sistema lagunar, para lo cual se valió de imágenes suministradas por sensores satelitales remotos, datos y análisis sobre el régimen medio del oleaje del sector, análisis de laboratorio sedimentológicos y de las clases de vegetación permanente presentes en la zona del proyecto Cabo Tortuga.

Esa circunstancia, en sí misma considerada, dota de un gran rigor científico el trabajo adelantado por el INVEMAR, circunstancia que como lo reconoció el capitán Arias Izasa en la diligencia de sustentación del dictamen pericial adelantada el día 15 de septiembre de 2015, permite extraer conclusiones mucho más objetivas, alejadas del “sesgo” subjetivo de que quien realiza el estudio.

El aludido estudio señaló:

"En conclusión, el condominio Cabo Tortuga no se ubica en la playa marítima actual, se localiza en un área conformada por una llanura costera frente a la cual ha evolucionado un cordón litoral, esto ha permitido la formación de lagunas costeras en llanuras fluvio-lacustres rodeadas de pantano de manglar, el desarrollo de un frente de dunas que limitan la actividad de procesos marinos de baja energía hacia el continente y por tanto la localización de la playa actual. (...)

A partir de los perfiles se puede concluir que el área construida del proyecto Cabo Tortuga se encuentra a aproximadamente 15 m de la laguna costera y a más de 30 m del límite de la playa actual. Entre el condominio y la playa se identificaron áreas de pantano de manglar y un cordón de dunas en formación. (Subrayado fuera del texto)

Sumado a ello, en la declaración rendida el 15 de septiembre de 2015, concluyó el capitán Arias Isaza en forma contundente que:

- Es errada la ubicación del proyecto efectuada en el documento técnico sobre definición de zona de playa en el predio Cabo Tortuga, elaborado por el CIOH en el 2012, dado que la identificación del predio Cabo Tortuga con base en las aerofotografías del IGAC y las imágenes satelitales georreferenciadas del área de estudio, fuerzan a concluir que el predio siempre ha estado por detrás de los sistemas lagunares existentes en el área de estudio, NUNCA sobre éstos, ni mucho menos bajo el agua.
- Con base en los perfiles de playa y los datos recogidos en cambio, se deduce inequívocamente que la construcción de las torres I y II del proyecto Cabo Tortuga, se encuentra en una llanura fluvio lacustre (llanura costera), geoforma que de acuerdo con su origen y composición, comporta un elemento distinto a una zona de playa.
- Con base en los perfiles de playa, los datos recogidos en cambio y del levantamiento topográfico efectuado con herramientas automatizadas, se

deduce inequívocamente que delante de la zona de ocupación de las mencionadas torres, se encuentran dos cambios fisiográficos importantes: una laguna costera y un cordón dunario, elementos que representan un marcado cambio dada su altura, forma, composición y funcionalidad dentro de la zona costera. Esas dos geoformas que representan un cambio fisiográfico, se encuentran por detrás de la geoforma playa.

- Los resultados de los análisis sedimentológicos arrojaron que la composición sedimentológica de la playa, la laguna costera, el cordón de dunas y la playa, son diferentes.
- El levantamiento de muestras vegetales y el análisis de los mismos, permitió definir que delante de la construcción de Cabo Tortuga, se encuentran por lo menos cinco especies de vegetación perenne, los cuales conforman un bosque seco tropical costero poco frondoso pero sí permanente.

Esa situación se corrobora en las imágenes satelitales y las aerofotografías que demuestran la permanencia de esa vegetación por aproximadamente 20 años, tiempo que demora como mínimo en desarrollarse los manglares existentes en la zona.

Por su parte, en el informe técnico con carácter de dictamen pericial elaborado por la firma AQUA & TERRA, por un grupo de profesionales interdisciplinario con reconocida idoneidad y valiéndose de diferentes herramientas tecnológicas y análisis de datos recolectados en campo, señaló que:

"Es evidente entonces que las lagunas costeras que se encuentran entre la zona del proyecto de Cabo Tortuga y la playa delimitan ese cambio fisiográfico que acota la playa en el sector evidenciando así que el proyecto no se encuentra sobre la playa."

Vale resaltar que este estudio partió del análisis de los datos recolectados en campo, e hizo un análisis de la línea de costa, de la línea de vegetación permanente y del ecosistema lagunar con base en las aerofotografías de IGAC y las imágenes georreferenciadas del satélite de Google Earth, luego de lo cual

concluyó, al igual que el INVEMAR, que el proyecto siempre ha estado ubicado por detrás de los sistemas lagunar que han existido históricamente en el sector y que por delante de la construcción de Cabo Tortuga se encuentra una laguna costera que, a su vez, cumple la función de límite de playa pues funciona como un dissipador natural del eventual oleaje de temporal, lo que hace que éstas no puedan superar esta geoforma – laguna -.

En conclusión, los estudios de AQUA & TERRA y el INVEMAR, son consistentes en demostrar que el predio objeto de debate no es una zona de playa marítima dado que se encuentra por detrás de la laguna costera que representa un marcado cambio fisiográfico y, por detrás del lugar donde inicia la línea de vegetación permanente constituida por la especie vegetativa perenne denominada trupillo.

5.2.3. CONCLUSIONES SOBRE LA AFECTACIÓN DE LA LAGUNA COSTERA

5.2.3.1. A PARTIR DE LOS DICTÁMENES PERICIALES RENDIDOS POR EL INVEMAR Y AQUA & TERRA SE CONCLUYE QUE EL DESARROLLO DEL PROYECTO CABO TORTUGA NO HA OCASIONADO DAÑO AMBIENTAL SOBRE EL ECOSISTEMA LAGUNAR ADYACENTE AL PREDIO OBJETO DE DEBATE

A partir de los datos aportados mediante los dictámenes de INVEMAR y AQUA & TERRA, se identificó que la evolución del sistema lagunar en el sector de Pozos Colorados, se ha dado en forma natural desde hace más de 60 años, esto es, mucho antes de que se iniciara el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga.

Frente a la supuesta afectación a sistema lagunar por parte del proyecto Cabo Tortuga, en el estudio realizado por el INVEMAR se señaló:

"Al proyecto Cabo Tortuga no se le puede atribuir un impacto negativo sobre las lagunas costeras del sector, por el contrario estas se encuentra en un proceso estable. La laguna costera de la zona del proyecto tiene un área del espejo de agua de 1.356 m² y una zona de recuperación de 2.268 m² que constituye el pantano de manglar, el área del espejo de agua en el año 2009 fue de 1.452 m², solo hubo una diferencia de 96 m², dependiendo de la estacionalidad climática (seca o húmeda) el área puede variar (aumentar

o disminuir). Entre el año 2009 y 2015 tuvo una disminución en su espejo de agua, pero su valor es significativamente bajo en comparación a la reducción del espejo de agua entre el año 1975 (año de mayor extensión) y 2009, previo al proyecto, el cual fue de 113.536 m². La tasa de disminución del área del espejo de agua entre 2009 y 2015 presentó un valor 16 m²/año, por el contrario el complejo lagunar presentó una tasa de 3.339 m²/año desde 1975 a 2009, cifras que comprueban que antes de la construcción del proyecto las tasas de disminución fueron mucho mayores y el impacto del proyecto.

La laguna se encuentra por debajo del nivel del mar, lo que significa que su suministro de agua es a través del nivel freático con el mar y no depende solamente de la comunicación con las otras lagunas. Desde el año 1985 la laguna se dividió en dos de la ubicada atrás del proyecto Sierra Laguna, hecho que confirma que el proyecto Cabo Tortuga no influyó en este cambio.

(...)

"Entre el año 2009 y 2015 se ha presentado una estabilidad en la línea de costa, hecho que confirma que el proyecto no incide en la erosión costera ni alteración en la dinámica litoral. Los procesos de erosión – acreción que se han presentado en la zona han sido causa de procesos naturales de balance sedimentario en la zona. Desde el año 1985 aproximadamente, inicia una serie de construcciones de obras costeras (espolones, canales, etc.) las cuales influyen los cambios en línea de costa, dichas intervenciones antrópicas son un factor adicional a los procesos naturales y no el único. Dicha intervención está asociada con las obras costeras mencionada y no al proyecto Cabo Tortuga, ya que suceden desde mucho antes del inicio de las obras." (Subrayado y negrita fuera del texto original)

Por su parte, AQUA & TERRA advierte que el sistema lagunar del sector de Lagos del Dulcino tiene una dinámica natural que ha conllevado, en el caso particular, a una disminución en su tamaño.

En concreto advierte que entre 1955 y 1967, fecha anterior a la construcción de Cabo Tortuga, lo siguiente:

"El área de la laguna costera en esta época es de aproximadamente 72.040 m2. Lo que representa una disminución de aproximadamente el 16% respecto al año 1955, por causas naturales.

También es muy importante resaltar que ya en 1967 se aprecia como la laguna costera en frente del lote en donde más tarde se ubicaría el proyecto Cabo tortuga se encuentra separada del cuerpo de agua principal, así como de la laguna que se encuentra detrás de lo que posteriormente sería Sierra Laguna, con un área aproximada de 6.217 m2 y 3.326 m2 cada una respectivamente.

Este punto es muy importante resaltarlo, pues se ha llegado a pensar que fue el proyecto de Cabo Tortuga el que genera dicha división pero como ya se comentó, esta división existe desde 1967.

(...) El área de la laguna costera en 2010 es de aproximadamente 17.551 m2. Lo que representa una disminución de aproximadamente el 1% respecto al año 2009. Es a partir de esta fecha cuando se aprecia una estabilización del sistema lagunar, pues los cambios que se presentan en su superficie en los años siguientes no sobrepasan el 5%, lo que puede obedecer como ya se mencionó al régimen de lluvias y la dinámica misma del sector. También se puede apreciar como la laguna frente a Cabo Tortuga pasa de 1.387 m2 a 1.294 m2 entre estas dos fechas, siendo esta una disminución de aproximadamente el 7%, por causas naturales o ajenas al proyecto."

Sin perjuicio de lo ya dicho sobre el dictamen del capitán Roa, vale mencionar que pese a las falencias técnicas de su dictamen rendido, éste arribó a idénticas conclusiones respecto de la disminución laguna.

En efecto, en el escrito de adición y complementación a su dictamen el capitán Roa manifestó expresamente que el proyecto Cabo Tortuga no causó un daño al ecosistema de la laguna costera.

En conclusión, con base en los tres dictámenes periciales practicados, existe certeza técnica que el proyecto Cabo Tortuga no causó daño alguno sobre el sistema lagunar adyacente al mismo, ni afectó su equilibrio, habida cuenta que lo que ha llevado a su disminución acaeció mucho antes de la construcción del proyecto, pues tal fenómeno ha respondido a las dinámicas naturales propias de ese ecosistema.

5.2.4. CONCLUSIONES RESPECTO DEL FENÓMENO DE EROSIÓN COSTERA

En relación con el fenómeno erosivo el mismo INVEMAR, manifiesta:

"La erosión costera es un fenómeno que se ha presentado en la zona litoral frente al proyecto Cabo Tortuga y en general a lo largo de diversos sectores ubicados a lo largo de toda la zona costera del Departamento del Magdalena, sin embargo no es posible asociar al condominio como causa directa del retroceso de la línea de costa ya que en ella influyen otros procesos costeros (climáticos, oceanográficos y geológicos). Determinar sus causas de manera específica es una tarea complicada dada la escasez de información que permita obtener una idea óptima de las variables que intervienen en el fenómeno erosivo de un área en particular. (Página 49).

En cuanto a la erosión, no es posible asociar al condominio Cabo Tortuga como causa directa del retroceso de la línea de costa, ya que en ella influyen otros procesos costeros (climáticos, oceanográficos y geológicos). En los procesos de erosión litoral se deben considerar las intervenciones antrópicas a nivel local como la influencia de obras de impacto en el frente de playa (espolones, muelles) que han propiciado el deterioro de la zona costera desde la década entre 1980 y 1990." (Subrayado fuera del texto)

Por otro lado, el estudio de la firma AQUA & TERRA concluye:

"Los grandes retrocesos que se han presentado en la línea de costa y en el área del sistema lagunar en el sector han obedecido a causas naturales y no al proyecto de Cabo Tortuga, como se evidencia entre los años 1955 y 2010 el sistema perdió más del 80% de su extensión y el proyecto no

existía, y entre los periodos de construcción del proyecto y 2014 el sistema no ha cambiado significativamente".

En síntesis, el fenómeno erosivo, es un proceso natural que obedece a unas dinámicas propias de la naturaleza y, que al menos en el caso concreto, tal fenómeno no puede ser endilgado al proyecto Cabo Tortuga, como quiera que se pudo corroborar que dicha erosión se ha venido produciendo desde mucho antes del inicio de la obra; específicamente se determinó que la erosión costera se ha presentado desde el año 1955, es decir, desde hace más de 50 años de haber sido otorgada la licencia de construcción para el proyecto constructivo cuestionado en la presente acción.

5.2.5. CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones es dable concluir que el predio donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga corresponde a parte de la llanura costera del sector de Pozos Colorados, unidad distinta a una zona de playa marítima.

En igual sentido se concluye que el desarrollo del proyecto no contribuyó con el proceso erosivo que afecta el sector de Pozos Colorados, ni con el proceso natural de disminución del sistema lagunar que se ha venido presentando en el sector de Lagos del Dulcino.

Resulta oportuno advertir que las anteriores conclusiones fueron esbozadas por el Despacho en el auto del 24 de septiembre de 2015, mediante el cual se decretó el levantamiento de la medida cautelar de suspensión de obras del proyecto Cabo Tortuga, providencia en la cual se indicó que:

"(...) Ahora bien en el dictamen pericial practicado por el INVEMAR aportado por la parte demandada Promotora Caribbean International S.A., y el Patrimonio Autónomo Cabo Tortuga, representado por su vocera la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., el cual fue sustentado por el director de dicho instituto, conforme lo señalan los artículos 226 y 228 del C.G.P., el perito tuvo la oportunidad de precisar que el proyecto cabo tortuga (sic) etapas I y II no ha contribuido con el proceso erosivo de la zona de Pozos

Colorados, ni ha deteriorado las condiciones o ecosistema del sistema lagunar ubicado en sus inmediaciones, de igual manera explicó que las consideraciones vertidas en el informe DGI-SCI-AJU 2525 del 19 de noviembre de 2013, se refieren en términos generales al sector de Pozos Colorados.

A no dudarlo, estas precisiones efectuadas en el decurso de la audiencia de sustentación del dictamen pericial permiten al despacho, arribar a la conclusión, desde luego, sin que ello implique prejuzgamiento, que la afectación del ecosistema lagunar y de manglar obedece a la dinámica propia del entorno costero e intervenciones antrópicas, sin que pueda achacarse su deterioro o agravación específicamente al proyecto Cabo Tortuga (...).

En lo que respecta al derecho colectivo a la defensa de los bienes de uso público, se tiene lo siguiente:

(...)

Con posterioridad, durante el curso del debate probatorio se allegó el informe técnico de delimitación de los bienes de uso público bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima en el área de interés del proyecto Cabo Tortuga etapas I y II, región de Pozos Colorados, departamento del Magdalena fechado marzo de 2012, en el cual se concluye que la totalidad del predio 7213,456 m2 donde se construye el precitado proyecto es zona de playa marítima. A la misma conclusión arribó el perito oceanógrafo físico designado por esté despacho doctor JUAN CARLOS ROA CUBAQUE, tanto en la experticia rendida como en la sustentación de la misma al señalar que la totalidad del predio se encuentra en zona de playa marítima; sin embargo, éste último al referirse a la ubicación geo referenciada del predio, advirtió un error en la ubicación del predio contenida en el informe técnico emanado del CIOH en el año 2012. De igual manera se allegó el dictamen pericial rendido por la DIMAR (sic) y sustentado por su Director General, en el cual se revela que la ubicación del predio donde se construye el proyecto Cabo Tortuga etapas I y II, es diferente de la señalada por el CIOH en el informe del año 2012, sin

embargo, se acotó por parte del doctor FRANCISCO ARMANDO ARIAS ISAZA, que solo parte del predio se encuentra en zona de playa marítima, pues la construcción de las dos torres que componen el condominio se levantó en zona de llanura costera.”.

En suma es evidente que al no encontrarse una ocupación indebida de bienes de uso público por parte del proyecto, ni una afectación o daño ambiental sobre el ecosistema lagunar o de manglar adyacente al proyecto, ni la contribución al proceso de erosión costera, no es viable predicar vulneración de derechos colectivos al uso y disfrute del espacio público, la existencia del equilibrio ecológico y la preservación de zonas de especial importancia ecológica.

5.3. CON BASE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICABLE A LA DEFINICIÓN DE LA LÍNEA DE PLATA, EL PREDIO IDENTIFICADO CON LA MATRÍCULA INMOBILIARIA No. 080-97699 DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE SANTA MARTA ES UN BIEN DE DOMINIO PRIVADO

Visto lo expuesto en acápites precedentes, es oportuno indicar que la conclusión técnica concerniente a la inexistencia de playa marítima en el predio objeto de debate coincide plenamente con lo señalado en el Plan de Ordenamiento Territorial de Santa Marta y con lo acreditado en los títulos de propiedad del inmueble, asertos de los cuales ineludiblemente se extrae que el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga no ha vulnerado los derechos colectivos alegados en la demanda.

Intervención de la Agencia Especial del Ministerio Público

3. De los problemas jurídicos que deben resolverse:

Para esta Agencia Especial del Ministerio Público en el presente proceso corresponde resolver cuatro problemas jurídicos concretos, a saber **i)** cuales de las experticias técnicas que reposan en el expediente deben ser valoradas por el juez del medio de control, **ii)** la titularidad del derecho de dominio sobre el predio en el cual se desarrolla el proyecto Condominio Cabo Tortuga, esto en el sentido de definir si el mismo es propiedad privada o si corresponde a un bien de uso público, **iii)** definir si en dicho predio se da la existencia de una laguna costera respecto de la cual deban tomarse medidas de conservación, **iv)** si en ese mismo lugar hay presencia de fenómenos de erosión costera generada por la construcción del proyecto en comento, y, por último, **v)** debe abordarse lo relacionado con la posibilidad de si por el medio de control que nos ocupa es posible realizar estudio sobre la validez y legalidad de la licencia de construcción emitida para la realización del proyecto Cabo tortugas.

4. Análisis de los problemas jurídicos, hechos debatidos y el acervo probatorio que reposa en el trámite del medio de control:

Teniendo en cuenta los documentos procesales en los que se consignan los planteamientos de las partes dentro del presente proceso, se observa que en el mismo se debate una pluralidad de temas, que deben ser objeto de análisis con miras a que sean resueltos al momento de emitirse la sentencia de fondo que ponga fin al medio de control utilizado con pretensión de protección de intereses y derechos colectivos, los cuales se abordan de manera individual a continuación, de conformidad con los problemas jurídicos que fueron planteados en el acápite anterior

4.1 Sobre las experticias técnicas que se encuentran en el expediente.

El CPACA en sus artículos 218 a a 222 regula lo relativo a la prueba pericial, prescribiendo expresamente el artículo 218 que la misma se regirá por el Código de Procedimiento Civil (hoy debe entenderse Código General del Proceso), en aquello que no se encuentre regulado por la preceptiva que rige los procesos contenciosos administrativos.

Al respecto, en el caso que nos ocupa, el juez decidió decretar una experticia de oficio, la cual fue elaborada por el auxiliar de la justicia Capitán JUAN CARLOS ROA CUBAQUE, por lo cual en primer lugar debe acudirse a la revisión de las normas aplicables a dicha prueba, y la manera como debe ser ejercida la contradicción de la misma.

El dictamen de oficio es una posibilidad contemplada en el CPACA en el numeral 3 del artículo 220, así como en el artículo 221, los cuales contemplan la posibilidad de que existan experticias oficiosas, conteniendo el numeral 3 la forma como se realiza la contradicción de la pericia, y el artículo 221 las reglas que rigen lo relativo a los honorarios del perito.

En cuanto a la contradicción el numeral tercero del artículo 220 del CPACA contempla la siguiente regla:

“3. Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 de este Código.”

La regla de contradicción dirige entonces a que en el caso del dictamen de oficio la parte puede ejercer la misma mediante otros dictámenes, y mediante el interrogatorio al perito. La primera de las reglas es clara en la medida en que el numeral 2¹ del artículo 220 del CPACA no puede ser

entendido sin la lectura del numeral 12, que indica que para contradecir el dictamen con fundamento en otro, aspecto plenamente aplicable en caso de que el dictamen fuese decretado de oficio.

Así las cosas, en el presente caso, las partes debatieron el dictamen rendido por el Capitán Roa mediante la presentación de dos experticias, y con la presentación de objeciones a la rendida por el perito designado por el Juzgado al decretar ese medio probatorio oficiosamente, de ahí que debe examinarse la peritación realizando una análisis crítico del contenido del peritaje, así como de los dictámenes allegados en contradicción al mismo, ello con miras a definir cuál debe ser valorado por el Juez al momento de emitir su decisión.

El dictamen solicitado al perito recayó sobre los siguientes aspectos:

- a. Si la construcción de las etapas I y II del proyecto constructivo Cabo Tortuga se encontraban en zona de playa marítima.
- b. Si con el desarrollo del proyecto Cabo Tortuga se afectó negativamente el sistema lagunar, es decir, si el mismo causó "secamiento" de las lagunas.
- c. Si el proyecto constructivo Cabo Tortuga ha influido o puede influir en el fenómeno de erosión costera.

Las conclusiones que arrojó la experticia fueron las siguientes:

- a. La zona donde se encuentra ubicado el proyecto constructivo Cabo Tortuga es una zona de playa marítima, toda vez que el mismo se encuentra sobre un terreno conformado por material no consolidado.
- b. El secamiento del sistema lagunar presente en el sector de Lagos del Dulcino, Pozos Colorados tuvo como causa el alto impacto antropogénico. Sin embargo, posteriormente en el escrito de complementación del dictamen aclaró que la mencionada disminución de la laguna no ha sido causada “directamente por proyecto Cabo Tortuga sino por los diferentes impactos realizados por el hombre (...)”.
- c. No es posible determinar si el proyecto ha influido en el proceso de erosión costera, pues para ello, “habría que desarrollar un estudio morfodinámico de alta resolución que incluyera la realización de levantamientos batimétricos y topográficos detallados y cíclicos. Además de una caracterización detallada de la dinámica marina, así como de las posibles fuentes y sumideros de sedimentos” (respuesta a la pregunta 30, escrito del dictamen).

Respecto de las anteriores conclusiones las partes han considerado que existe error grave sobre la referente a la calificación dada de zona de playa marítima al terreno en que se desarrolla el proyecto constructivo Cabo Tortuga, por lo cual es necesario ocuparse de ello.

Las partes han considerado que el dictamen contiene graves inconsistencias las cuales se traducen en que gran parte de las afirmaciones y conclusiones, además de contradictorias, no se sustentan en fuentes confiables, al igual que, tampoco se explican ni justifican las metodologías empleadas.

En dicho sentido esta Vista Fiscal aprecia que el dictamen y su complementación, se dio como consecuencia del desconocimiento mismo del concepto de playa marítima, consagrado éste en el artículo 167 numeral 2° del Decreto-Ley 2324 de 1984, que dictamina lo siguiente:

“2. Playa marítima: Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica, o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal.”(Subrayado y negrita fuera del texto original).

El criterio adoptado en el dictamen para identificar la zona de playa marítima, está dado primordialmente por la existencia de material no consolidado, postura que deja de lado que los elementos limitantes del concepto de playa marítima, que conforme al citado artículo 167 numeral 2°, son el cambio en el material, cambio en la forma fisiográfica, o el lugar donde inicie la línea de vegetación permanente usualmente límite de las olas de temporal.

Resulta equivocado igualmente considerar que la metodología apropiada para determinar si una zona está constituida por elementos no consolidados es la simple inspección visual y manual de sedimentos, de tal manera que, si los mismos se desagregaban manualmente con un mínimo esfuerzo, se concluía que se trataba de elementos no consolidados.

Esto teniendo en cuenta que la inspección visual y manual de sedimentos, fue la que utilizó el perito para concluir que la zona donde se ubicaba el proyecto Cabo Tortuga se constituía de elementos no consolidados y, por tanto, se trataba de área de playa marítima.

Lo anterior carece de todo fundamento y rigor científico, pues además de no conocerse su sustento, el resultado de la misma depende fundamentalmente de las sensaciones subjetivas del perito en la apreciación manual de los sedimentos, lo cual no garantiza objetividad en el método, pues si éste es replicado o comprobado por persona distinta, es muy probable que el resultado no sea el mismo, ya que se insiste, ello depende del instinto y parecer subjetivo de quien lo practica.

Dado lo anterior, el dictamen presentado y rendido por el capitán Juan Carlos Roa adolece de situaciones que le hacen incurrir en equívocos, ya que el mismo no comprende en su totalidad cuestiones básicas y a la vez de trascendental importancia, tales como los elementos que delimitan el concepto de playa marítima, el haber resuelto las cuestiones planteadas (en relación al cambio fisiográfico y la determinación de la línea de vegetación permanente), por lo que el Despacho, a nuestro juicio, debe

apartar ese dictamen de la valoración probatoria que le corresponde efectuar al momento de dictar sentencia.

En consecuencia, considera esta vista Fiscal que la valoración probatoria que hará el Señor Juez debe recaer sobre los dictámenes periciales elaborados por el INVEMAR - rendido por su director Cp. Francisco Armando Arias Isaza - , y la sociedad AQUA & TERRA, rendido por su representante legal y director Andrés Felipe Restrepo Estrada, ya que los mismos no fueron objetados en su contenido, y cumplen con los requisitos exigidos para los dictámenes de parte consignados en el artículo 219 del CPACA, por lo cual debe fundamentarse el fallo en el estudio de éstos.

4.2. Titularidad del derecho de dominio:

El primero de los aspectos que deben ser dilucidados al momento de resolver sobre la Litis presentada en el medio de control con pretensión de protección de intereses colectivos, corresponde al estudio de la titularidad del derecho de dominio del bien en el que se construye el proyecto condominio cabo tortugas identificado con matrícula inmobiliaria No 080-97699 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta, corresponde a un parte desenglobada del inmueble de mayor extensión identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta .

Sobre dicho particular del acervo probatorio se puede desprender que mediante Resolución No. 408 del 23 de mayo de 1962, la Gobernación del Magdalena adjudicó al señor Rito Jesús Varón Vargas, el predio cuya titularidad hoy se reclama como de uso público. Adjudicación que se efectuó bajo el rigor y vigencia de la Ley 97 de diciembre 30 de 1946 que otorga plenas facultades a los Departamentos para ello.

Tras la anterior adjudicación se realizaron diversos instrumentos públicos en los cuales constan los diversos negocios jurídicos, de los que se desprenden que la tradición del inmueble objeto del presente proceso, data del año 1962, esto es desde la adjudicación a la que hemos referido en el párrafo anterior, y que su actual composición proviene de la segregación del predio de mayor extensión identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080- 749, de cinco hectáreas y cinco mil novecientos veinte metros cuadrados, equivalente a cincuenta y cinco mil novecientos veinte metros cuadrados (55.920 M2).

La tradición del inmueble que es objeto del presente proceso se puede resumir de la siguiente manera:

- Mediante la Resolución No. 408 del 23 de mayo de 1962, el Departamento del Magdalena le adjudicó el predio, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749, al señor Rito Jesús Varón Vargas.

- Con Escritura Pública No. 363 del 30 de abril de 1973 de la Notaría 1 del Círculo de Santa Marta, el señor Rito Jesús Varón Vargas transfirió el derecho de dominio del predio en comento al señor Queipo Alejandro Varón Lobo.
- Con Escritura Pública No. 934 del 19 de octubre de 1973 de la Notaría 1 del Círculo de Santa Marta, el señor Queipo Alejandro Varón Lobo le transfirió a título de compraventa el derecho de dominio que tenía sobre el citado predio a la señora Lucy Amalia Osuna de Salazar.
- Con Escritura Pública No. 926 del 13 de octubre de 1975 de la Notaría 2 del Círculo de Santa Marta, la señora Lucy Amalia Osuna de Salazar transfirió el predio, a las señoras Lilia Marina Varón Lobo y Gloria Estela Varón Lobo.
- Con Escritura Pública No. 123 del 30 de enero de 1980 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá D.C., las señoras Gloria Estela Varón Lobo y Lilia Marina Varón Lobo transfirieron cuatro (4) hectáreas y siete mil novecientos veinte (7920) metros cuadrados (85.6%) en común y proindiviso del predio, al señor Gustavo Suárez Díaz, reservándose para ellas, un área de 8.000 m².
- Con Escritura Pública No. 661 del 31 de marzo de 1980 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá D.C., el señor Gustavo Suárez Díaz transfirió el derecho de dominio que ostentaba sobre el predio (85.6%) en común y proindiviso de la siguiente manera: a Rito Jesús Varón

Vargas, 2Has 7.960 m² (50%), a Benicia Lobo de Varón, 15.960 m² (28%) y a Blanca Benicia Varón Lobo, 4.000 m² (7.1%).

- Con Escritura Pública No. 3750 del 11 de junio de 1984 de la Notaría 9 del Circuito de Bogotá D.C., las señoras Blanca Benicia Varón Lobo y Gloria Estela Varón Lobo transfirieron a título de compraventa el derecho de dominio en común y proindiviso que tenía cada una de ellas, esto es un área de 4.000 m², (7.1%), a la señora Helena Gutiérrez Pumarejo (14.2%).
- Con Escritura Pública No. 4694 del 10 de julio de 1984 de la Notaría 9 del Circuito de Bogotá D.C., la señora Helena Gutiérrez Pumarejo transfirió a título de compraventa, el derecho de dominio que tenía en común y proindiviso sobre 8.000 m² (14.2%) al señor Rito Jesús Varón Vargas.
- Con Escritura Pública No. 7092 del 5 de octubre de 1984 de la Notaría 9 del Circuito de Bogotá D.C., se aclaró la Escritura Publica No. 4694 del 10 de julio de 1984 de la Notaría 9 del Circuito de Bogotá D.C., en su cabida y linderos, y se precisa la matrícula inmobiliaria en el cual debía ser registrada la Escritura Pública.
- Con Escritura Pública No. 2214 del 10 de noviembre de 1987 de la Notaría 35 del Circuito de Bogotá D.C., los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón Lobo transfirieron a título de compraventa, un área de tres mil setecientos cuarenta coma ochenta metros cuadrados (3.740,80 M²), a la cual

se le denomino Lote 2A, al señor Lelis Alfonso Sotelo Sánchez. Es de anotar que con base en la anterior anotación, se dio apertura al folio de matrícula No. 080-31236

- Con Escritura Pública No. 1418 del 25 de julio de 1988 de la Notaría 1 del Círculo de Santa Marta, los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón Lobo transfirió a título de compraventa, un área de terreno de doscientos veinte metros cuadrados (220 M2) al que se denominó Lote 1A, a los señores Javier Gallo Conde y Bertha Olivares de Gallo. Con base en lo anterior, se abrió el folio de matrícula No. 080- 32329.
- Con Escritura Pública No. 1027 del 17 de mayo de 1988 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá D.C., los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón Lobo transfirieron a título de compraventa parcial, un área de terreno de dos mil metros cuadrados con cuatro centímetros cuadrados (2.004 M2), al cual se denominó Lote 4, a los señores Efraín Estrada Restrepo, José Saúl Estrada Restrepo y José Cesar Estrada Restrepo. Por tal razón, se abrió la matrícula No. 080-32341.
- Con Escritura Pública No. 2 del 5 de enero de 1987 de la Notaría 34 del Círculo de Bogotá D.C., los señores Rito Jesús Varón Lobo, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón Lobo, transfirieron a título de compraventa un área de terreno de ciento ochenta metros cuadrados (180 M2), al cual se le denominó Lote 1, a la señora Elvira Pinilla de Rodríguez. Comoconsecuencia, se abre la matrícula

No. 080-32500.

- Con Escritura Pública No. 2295 del 9 de noviembre de 1988 de la Notaría 1 del Circuito de Santa Marta, los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón Lobo transfirieron a título de compraventa un área de terreno de mil seiscientos tres metros coma veinte metros cuadrados (1.603,20 M2), a la cual se le denominó Lote 3, al señor Rafael de Jesús Varón Lobo. Con fundamento en este Instrumento Público, se abre la matrícula No. 080-34199.
- Con Escritura Pública No. 1370 del 22 de mayo de 1989 de la Notaría 5 del Circuito de Bucaramanga, los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón de Ortega (antes Varón Lobo) transfirieron a título de compraventa un área de terreno de setenta y seis metros cuadrados (76 M2), al cual se le denominó Lote 1B, al señor Rodolfo Nova Serrano. Con base en ello, se abre la matrícula inmobiliaria No. 080- 35040.
- Con Escritura Pública No. 440 del 29 de marzo de 1990 de la Notaría 1 del Circuito de Santa Marta, los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón de Ortega (antes Varón Lobo) transfirieron a título de compraventa, un área de terreno de doscientos diez metros cuadrados (210 M2), a la cual se le denominó Lote 1, al señor Javier Enrique Gallo Conde. Por tanto, se da apertura al folio de la matrícula No. 080- 36665.

- Con Escritura Pública No. 4569 del 15 de octubre de 1992 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá D.C., se procede a desenglobar el predio de propiedad de los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón de Ortega (antes Varón Lobo) en los lotes 5, 6, 7, 8,9 y 10, asignando los siguientes folios de matrícula: Al Lote 5, se asignó el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 080-43061. Al Lote 6, se asignó la Matrícula Inmobiliaria No. 080-43062. Al Lote 7, se asignó la Matrícula Inmobiliaria No. 080-43063. Al Lote 8, con una extensión superficial de seis mil seiscientos setenta metros cuadrados (6.670 M2), al cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta le asignó la Matrícula Inmobiliaria No. 080-43064. Lote 9, con un área de tres mil ochocientos cincuenta y dos metros cuadrados (3.852 M2), al cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta le asignó la Matrícula Inmobiliaria No. 080- 43065. Lote 10, con una extensión superficial de dieciocho mil ochocientos metros cuadrados (18.800 M2), al cual la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Marta le asignó la Matrícula Inmobiliaria No. 080-43066.
- El lote No 8, que se desengloba mediante la Escritura Pública No. 4569 del 15 de octubre de 1992 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá D.C., Matrícula Inmobiliaria No. 080-43064, se tiene lo siguiente:

- Con Escritura No. 2585 del 18 de junio de 1994, de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, D.C., los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón, transfirieron a título de compraventa, un área de terreno de 1072 M2, a la Promotora del Valle Ltda.
- Con Escritura No. 140 del 20 de enero de 1995 de la Notaría 34 del Círculo de Bogotá, D.C., se aclara que la señora Lilia Marina Varón Lobo de Ortega, copropietaria también vende los derechos de propiedad que le corresponden sobre el área de terreno vendido mediante Escritura 2585 del 18 de junio de 1994.
- Con la Escritura No. 5167 del 30 de diciembre de 1994, de la Notaría 34 del Círculo de Bogotá, D.C., los señores Rito de Jesús Varón Vargas y Benicia Lobo de Varón transfirieron a título de compraventa, un área de terreno de 5599 M2, a favor de Lilia Varón de Ortega, Rafael Varón Lobo y Luz Varón de Flórez.
- Con Escritura No. 2024 del 30 de diciembre de 1999, de la Notaría 1 del Círculo de Santa Marta, los señores Lilia Varón de Ortega, Rafael Varón Lobo y Luz Varón de Flórez transfirieron a título de compraventa, un área de terreno de 500 M2, a favor de Queipo Alejandro Varón Lobo. Con base en lo anterior, se abre el folio de matrícula No. 080-74149.
- Con Escritura No. 2832 del 27 de septiembre de 2001, de la Notaría 52 del Círculo de Bogotá, los señores Lilia Varón de Ortega, Rafael Varón Lobo y Luz Varón de Flórez, transfirieron a título de

compraventa, un área de terreno de 550 M2, a favor de Luz Helena Alvarez Echeverry. Así mismo, declaran que continúa siendo de su propiedad 3220 mts2. A partir de ello, se da apertura al folio No. 080-79823.

- Con Escritura No. 2966 del 2 de septiembre de 2005, de la Notaría 34 del Círculo de Bogotá, los señores Lilia Varón de Ortega, Rafael Varón Lobo y Luz Varón de Flórez, realizan el desenglobe del terreno de su propiedad en dos lotes. A estos predios denominados Lote 8 Ay 8B, se les identifica con las matrículas No. 080-88755 y 080-88756, respectivamente.
- A través de la Escritura No. 3144 del 14 de septiembre de 2005, de la Notaría 34 del Círculo de Bogotá, se aclara la Escritura No. 2966 del 2 de septiembre de 2005, y los linderos correspondientes a los Lotes 8A y 8B.
- En lo que corresponde al Lote 8 A, identificado con la matrícula No. 080-88755: Mediante la Escritura No. 482 del 27 de febrero de 2006 de la Notaría 52 del Círculo de Bogotá, los señores Lilia Varón de Ortega, Rafael Varón Lobo y Luz Varón de Flórez, transfirieron el predio a título de compraventa, a los señores Javier Augusto Díaz Santamaría y Angela María Gómez Supelano.
- Con Escritura No. 370 del 15 de febrero de 2007 de la Notaría 40 del Círculo de Bogotá, los señores Javier Augusto Díaz Santamaría y Angela María Gómez Supelano, transfirieron este Lote a título de

compraventa, a la sociedad Promotora Caribbean International S.A

- En lo que respecta al Lote 8B, identificado con la matrícula No. 080-88756: Con Escritura No. 1967 del 10 de agosto de 2006 de la Notaría 40 del Circuito de Bogotá, los señores Lilia Varón de Ortega, Rafael Varón Lobo y Luz Varón de Flórez, transfieren a título de compraventa, a la sociedad Promotora Caribbean International S.A.
- el Lote 9, identificado con matrícula inmobiliaria No. 080- 43065, se debe con Escritura No. 1968 del 10 de agosto de 2006 de la Notaría 40 del Circuito de Bogotá, D.C., los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón de Ortega (antes Varón Lobo) transfirieron a título de compraventa, el lote de terreno correspondiente a un área de 3.852 M2, a la sociedad Promotora Caribbean International S.A.
- El Lote 10, identificado con matrícula inmobiliaria No. 080-43066, mediante Escritura No. 3027 del 7 de noviembre de 2006, de la Notaría 40 del Circuito de Bogotá, D.C., los señores Rito de Jesús Varón Vargas, Benicia Lobo de Varón y Lilia Marina Varón de Ortega (antes Varón Lobo) transfirieron a título de compraventa, un área de terreno que comprende 4.200m2 (2.400 m2 de tierra que colinda al occidente con el Mar Caribe y 2000 m2 del área de lago), a la sociedad Promotora Caribbean International S.A.

- con la Escritura No. 1569 del 18 de junio de 2008 de la Notaría 40 del Círculo de Bogotá, se engloban los lotes 5, 6, 8E, 8F, 8B, 9 y 10, con base en lo cual se abre la matrícula inmobiliaria No. 080-97699.
- con Escritura Pública No. 1955 del 3 de noviembre de 2010, de la Notaría 15 del Círculo de Bogotá, se actualiza la Nomenclatura y se aclaran las áreas y linderos consagrados en la Escritura Pública 1569 de 2008.
- con Escritura Pública No. 7919 del 22 de octubre de 2011, la sociedad Promotora Caribbean International S.A. constituyó la fiducia mercantil a favor de la Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Lote Cabo Tortuga.
- Con Escritura No. 2569 del 23 de mayo de 2013, de la Notaría 63 del Círculo de Bogotá, la Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Lote Cabo Tortuga, transfiere a título de compraventa su derecho a la Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Cabo Tortuga.
- Con Escritura No. 1818 del 9 de abril de 2014, de la Notaría 63 del Círculo de Bogotá, se desengloba del predio las áreas de cesión vial tipo A, se hace la declaración del área restante correspondiente a 13.726,21 m², y constituye el Reglamento de Propiedad Horizontal de los edificios 1 y 2 del Condominio Cabo Tortuga

Del estudio de las diversas adjudicaciones y tradiciones que han pesa sobre el inmueble referenciado se desprende que la situación actual vie directamente desligada de lo definido en la Resolución No. 408 del 23 mayo de 1962, mediante la cual el Departamento del Magdalena adjudicó al señor Rito Jesús Varón Vargas, el lote de terreno del cual virtud de los diversos negocios jurídicos que fueron reseñados c precedencia se han desenglobados entre otros el predio en el cual construye el Condominio de Cabo Tortuga.

El acto administrativo de adjudicación, como se indicó, fue expedido virtud de lo dispuesto en la Ley 97 de 1946 del 30 de diciembre de 1946 "Por la cual se dictan disposiciones sobre adjudicación de terrenos baldíos que fuera reglamentada por el Decreto 547 de 1947-, y que establece los artículos 5 y 6,10 siguiente:

"Artículo 5. En toda resolución de adjudicación de terrenos baldíos, se expresará en su parte motivada el tiempo de ocupación que el adjudicatario haya comprobado en la forma establecida en los artículos anteriores.

Artículo 6. Presúmase de derecho que todo terreno adjudicado por el Estado ha sido baldío, cuando la resolución de adjudicación haya tenido como base una explotación con cultivos o establecimiento de ganados por un período no menor de cinco años con anterioridad a la fecha De la adjudicación".

Con base en lo anterior, y teniendo acreditada la posesión sobre la explotación económica del predio, por un período mínimo de cinco años, y de acuerdo con el régimen normativo vigente, la Gobernación del Magdalena adjudicó el predio, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 080-749, al señor Rito Jesús Varón Vargas, por lo cual el mismo no tiene la naturaleza de ser un bien público, sino que por el contrario se trata de un inmueble sobre el cual tiene derechos una persona privada, sobre el cual se han realizado diversos negocios jurídicos, que hacen que del mismo se hayan desenglobado entre otros el predio en el que se construye el condominio cabo tortugas.

Es importante en este aspecto precisar que es un deber del Estado respetar los derechos adquiridos de los particulares, más en situaciones como la que nos ocupa en el presente decurso, en la cual es una entidad estatal, en el caso concreto la Gobernación del Magdalena la que genera la existencia de un legítimo derecho a la propiedad en cabeza de los particulares.

En la misma orientación es pertinente recordar, como dentro del proceso en el que se emite el presente concepto, que el informe técnico elaborado por INVEMAR —emitido por los expertos certificados— determina que el proyecto cabo tortuga no se encuentra ubicado en playa marítima, sino en llanura costera.

De ahí que, el predio en el cual se desarrolla el proyecto de construcción del condominio cabo tortuga es un bien de propiedad privada, y no de uso público.

Condición que, entre otros, aparece expresamente reconocida por la DIMAR en acto administrativo de 27 de noviembre de 2015 —al resolver el recurso de reposición incoado contra la Resolución de 13 de marzo de 2014 en el proceso administrativo 14032012014— en la que consignó, en resumen, el reconocimiento de la legalidad de la adjudicación del área total efectuada por la Gobernación del Magdalena, y la calidad de no ser patrimonio público.

Lo precisado en los párrafos anteriores permite aseverar que no hay lugar a validar la pretensión que en relación con ello esboza la parte actora.

4.3. Sobre la existencia de una laguna costera y su conservación.

En el curso de la acción popular se ha debatido sobre la necesidad de que se dé la conservación adecuada al bien donde se construye el proyecto cabo tortugas, en virtud de la existencia de una laguna costera en el mismo, razón por la cual debe revisarse lo relacionado con la existencia de dicha formación acuífera.

Sobre la existencia de una laguna costera que se encuentra dentro de los linderos del predio, los dictámenes periciales rendidos por el INVEMAR y por AQUA & TERRA han determinado que la misma constituye un

ecosistema de gran relevancia que, por tanto, debe ser conservado frente a las dinámicas propias de la misma naturaleza que han contribuido en la disminución del cuerpo de agua, así como de cualquier acción antrópica a la cual pueda estar expuesta.

En dicho sentido, la Autoridad Ambiental de la ciudad de Santa Marta - DADMA -, mediante la Resolución No. 1363 de 2014, impuso algunas obligaciones al proyecto Cabo Tortuga advirtiéndole que dado que éste no se encontraba adelantando actividad alguna sobre el cuerpo de agua existente en los linderos del predio objeto de controversia, no era sujeto de obligaciones de monitoreo a través de caracterizaciones fisicoquímicas y microbiológicas del espejo de agua de la laguna costera.

Posteriormente, la misma Autoridad Ambiental mediante la Resolución No. 218 de 03 de marzo de 2015, dispuso una serie de medidas de protección a implementar por parte de Cabo Tortuga, así:

- La formulación de medidas manejo, conservación y uso sostenible del ecosistema de manglar adyacente a la Laguna Costera.
- El retiro inmediato de las mallas de protección ubicadas alrededor de la laguna.
- El adelantamiento de medidas de manejo, conservación y uso sostenible consistentes en la reforestación del ecosistema de manglar, implementación sistemas de señalización, instalación de una cerca viva o barrera blanda alrededor de la laguna, contribución

con la autoridad ambiental en la realización de una campaña de educación ambiental debiendo para ello imprimir 30.000 cartillas educativas y, finalmente, la intervención hídrica del cuerpo de agua, aumentando la conexión del mismo con los sistemas lagunares adyacentes mediante canales de Agua.

Las anteriores recomendaciones fueron recogidas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, luego de aceptar la invitación que para tal fin le hizo la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, señaló que de acuerdo con los estudios, el cuerpo del agua presente en el predio y que hace parte de la geoforma denominada pantanos de manglar, ha disminuido entre 2010 y 2014 de 1.194 m² a 1.255 m², equivalente a cerca del 5%, cifras que pueden responder a condiciones estacionales. La pérdida de espejo de agua es un fenómeno natural por la dinámica marino costera de la zona.

Sobre la dinámica natural de la laguna costera ubicada dentro del predio en relación con el sistema lagunar de Lagos del Dulcinea se tiene que para los años 2010 al 2014, el sistema lagunar de Lagos de Dulcino disminuyó de 14.199 m² a 13.442 m², lo que equivale a una pérdida del 5% aproximadamente, porcentaje semejante al del cuerpo de agua del predio.

Se estimó además que entre 1955 y 2009 (años previos al proyecto) el sistema perdió por los mismos procesos y dinámicas naturales el 80% de su extensión propiciado principalmente por la pérdida natural de una espiga costera que se había formado entre 1950 y 1975.

Por lo anterior es claro que en las inmediaciones del predio objeto de acción popular existe una laguna costera, que debe someterse a los cuidados necesarios para su conservación, es importante precisar que de acuerdo con los informes periciales presentados en el decurso del medio de control es claro **que actualmente no existe en virtud de la obra ningún daño ambiental, y ni siguiera un riesgo en dicho sentido**, por lo cual no es posible declarar al respecto vulneración de parte de las accionadas, **y en caso de que se decrete cualquier medida sobre dicho predio, la misma debe ser de medias preventivas tendientes a la conservación de la precitada laguna costera.**

4.4 Existencia de fenómenos de erosión costera en el sector de Lagos del Dulcino, Pozos Colorados:

Con base en el informe del INVEMAR denominado "Diagnóstico de la Erosión Costera en el Caribe Colombiano", se logró determinar la existencia de fenómenos de erosión costera en todo el litoral caribe colombiano como consecuencia de la dinámica propia de los procesos marino - costeros y su interacción con el hombre, los cuales amenazan la vida y los bienes de los habitantes del territorio nacional.

En esa misma línea, esa autoridad dio cuenta de fenómenos de erosión que afectan, en particular, el sector de mayor extensión denominado Pozos Colorados en Santa Marta, en el cual se encuentra ubicado, entre muchos otros predios, el inmueble donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga, hecho que hace necesaria la implementación de medidas de mitigación contra el riesgo que dicho fenómeno natural conlleva.

Por otra parte el estudio técnico rendido por AQUA & TERRA demostró la existencia de variaciones en la línea de costa en el sector frente y aledaño a donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga, **área que actualmente evidencia un fenómeno de acreción en la línea de costa que favorece a la Nación.**

Al respecto es necesario acudir literalmente a lo dicho por el informe de INVEMAR:

“La erosión costera es un fenómeno que se ha presentado en la zona litoral frente al proyecto Cabo Tortuga y en general a lo largo de diversos sectores ubicados a lo largo de toda la zona costera del Departamento del Magdalena, sin embargo no es posible asociar al condominio como causa directa del retroceso de la línea de costa ya que en ella influyen otros procesos costeros (climáticos, oceanográficos y geológicos). Determinar sus causas de manera específica es una tarea complicada dada la escasez de información que permita obtener una idea óptima de las variables que intervienen en el fenómeno erosivo de un área en particular. (Página 49).

En cuanto a la erosión, no es posible asociar al condominio Cabo Tortuga como causa directa del retroceso de la línea de costa, ya que en ella influyen otros procesos costeros (climáticos, oceanográficos y geológicos). En los procesos de erosión litoral se deben considerar las intervenciones

antrópicas a nivel local como la influencia de obras de impacto en el frente de playa (espolones, muelles) que han propiciado el deterioro de la zona costera desde la década entre 1980 y 1990.” (Subrayado fuera del texto)

En la misma línea argumentativa la firma AQUA & TERRA concluye:

“Los grandes retrocesos que se han presentado en la línea de costa y en el área del sistema lagunar en el sector han obedecido a causas naturales y no al proyecto de Cabo Tortuga, como se evidencia entre los años 1955 y 2010 el sistema perdió más del 80% de su extensión y el proyecto no existía, y entre los periodos de construcción del proyecto y 2014 el sistema no ha cambiado significativamente”.

Tenemos entonces, que el fenómeno erosivo, es un proceso natural por lo cual en el caso concreto, **tal fenómeno no puede ser endilgado al proyecto Cabo Tortuga**, como quiera que se pudo corroborar que dicha erosión se ha venido produciendo desde mucho antes del inicio de la obra; específicamente se desde el año 1955, es decir, desde hace más de 50 años de haber sido otorgada la licencia de construcción para el proyecto constructivo cuestionado en la presente acción.

Por lo anterior es claro que el predio donde se construyó el proyecto Cabo Tortuga corresponde a parte de la llanura costera del sector de Pozos Colorados, unidad distinta a una zona de playa marítima, y por ende desarrollo del proyecto; no contribuyó con el proceso erosivo que afecta el

sector de Pozos Colorados, ni con el proceso natural de disminución del sistema lagunar que se ha venido presentando en el sector de Lagos del Dulcino.

Por lo anterior, en el caso concreto, se debe declarar probado que la erosión costera ha sido producto de un fenómeno natural, como lo establecen las experticias que han sido practicadas, y que en las mismas no ha influido la construcción del proyecto cabo tortuga, y **por tanto no es dable imponer a los titulares de dicho proyecto obligación alguna relacionada con el fenómeno de erosión natural que se presenta en las playas ubicadas en inmediaciones del distrito de Santa Marta.**

4.5. Respecto de la licencia de construcción emitida a favor de la constructora sociedad Promotora caribbean international S.A.

En el proceso del medio de control con pretensión de protección de derechos e intereses colectivos se ha presentado como pretensión el que se revoque la licencia de construcción emitida por el curador urbano No 1 de Santa Marta para la construcción del proyecto cabo tortuga etapas I y II.

Respecto de esa pretensión, esta agencia del Ministerio Público considera que es necesario inhibirse de emitir cualquier pronunciamiento que inmiscuya la legalidad de la licencia de construcción emitida, esto de conformidad con lo determinado por el artículo 144 del CPACA que, sobre la procedencia del medio de control con pretensión de protección de derechos e intereses colectivos, estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 144. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. *Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.*

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

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

peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.”

Del inciso segundo se desliga con claridad meridiana que no es posible en el curso de este medio de control emitir pronunciamiento alguno sobre la validez o legalidad de actos administrativos, lo que de suyo incluye la legalidad o validez de las licencias de construcción, razón por la cual en dicho aspecto la decisión no puede ser distinta a la de inhibirse sobre cualquier estudio que requiera un estudio de validez del acto sometido a debate.

No obstante, el juez en virtud del mismo inciso segundo del artículo 144 del CPACA podrá pronunciarse sobre las medidas que puedan llegar a ser necesarias **para proteger intereses y derechos colectivos**, que en el caso concreto **serían objeto de ello las que correspondan a la conservación de la laguna costera.**

4.6 OTROS ASPECTOS IMPORTANTES A EXAMINAR

Dado que, el señor Juez notificó en estrado la decisión del Despacho, debidamente fundamentada, de no fijar fecha y hora para nueva audiencia de pacto de cumplimiento, y por ende las propuestas elevadas para tal finalidad hipotéticamente podrían o no estudiarse para el fallo, esta Agencia Especial del Ministerio Público, en primer lugar **puntualiza que :**

i) jamás se concibió por las partes en ese documento la vulneración a derecho colectivo alguno, sólo se concertó sobre las medidas de preservación y conservación de la laguna costera;

ii) aunque no se citó a audiencia de pacto y menos aún se aprobó éste, lo cierto es que la por la Empresa Arias Serna Saravi- Cabo Tortuga se han venido implementando las obligaciones allí contenidas, como puede verificarse en los varios informes que al respecto se han rendido por su representante legal.

De otra parte, pese a que la suscrita suscribió el escrito contentivo de las propuestas, se permite **solicitar respetuosamente** al titular del Juzgado Cuarto Administrativo de Santa Marta, analizar con rigurosidad las siguientes obligaciones consignadas en ese memorial y relativas a:

a) La protección de la laguna costera. En las páginas 22-23 del escrito de propuesta del pacto, figura, entre las recomendaciones del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible:

d.) Respecto a la siembra de 2000 manglares: Por lo observado en campo existen zonas no aptas para la siembra, y otras aptas, por lo cual se debe efectuar un análisis de factores para su establecimiento dentro del predio. Dentro de la cantidad señalada en esa obligación se deben tener incluidas las especies de manglar u otras especies que considere la autoridad ambiental necesarias para hacer resiembras en caso de mortandad.

En todo caso, si por factores limitantes, sea espaciales o de densidad de siembra (ind/m²) o físico – bióticos dentro del predio, el DADMA deberá seleccionar y priorizar áreas externas a éste, pero aledañas al área de influencia del proyecto donde se hará la siembra del manglar u otras en jurisdicción del DADMA, y concertar con ésta dichos sitios. En todo caso, se debe tener en cuenta que el monitoreo y la resiembra, en caso de ser necesaria, se circunscribirá al área del proyecto Cabo Tortuga.

La reforestación debe incentivar la conectividad de los parches de manglar dentro y fuera del predio, mejorar su contexto paisajístico, incentivar corredores biológicos para la duna, y no afectar el cuerpo cenagoso (la capacidad de carga del sistema halo – hídrico) que lo sustenta.”

Como puede observarse no existe fundamentación acerca de que el número requerido para sembrar los manglares sea el de 2.000. Esta cifra no tiene sustento, máxime que en visita a terreno, se comprueba visualmente en el sector de la Laguna, que el área no permite físicamente colocar esos 2.000 árboles de manglar, tampoco se indicó de manera técnica la distancia que debe existir entre uno y otro. En cuanto a las áreas externas pero aledañas de influencia del proyecto, no es dable cumplir con esa obligación por ser predios de propiedad privada. Igual cabe predicar para “otras en jurisdicción del DADMA” porque no se trataría de medida de preservación sino de compensación. En síntesis no se cuenta para el cumplimiento de esa **recomendación** con un criterio técnico que le sirva de asidero y justificación en lo atinente al número de

árboles de manglar a sembrar. Otro aspecto que no factible soslayar es que esa recomendación contenida en la propuesta no es factible trocirla en dinero y menos aún trasladar las funciones del DAMA en cuanto a mantenimiento de los manglares de la zona a la Coopropiedad de Cabo Tortuga.

b) La erosión costera en el sector de pozos colorados y específicamente a la que corresponde a la parte de la playa al frente del proyecto.

En las páginas 28 y 29 del escrito de propuesta se consignó:

“4.2.2.1. Obligaciones de Promotora Caribbean International S.A. y Alianza Fiduciaria S.A. vocera del Fideicomiso Cabo Tortuga

1. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia aprobatoria del Pacto de Cumplimiento y levantamiento de la medida cautelar, deberá implementar, en concertación con el Departamento Administrativo Distrital del Medio Ambiente – DADMA -, un programa de actividades para el monitoreo de la playa en el área al frente de predio, con el apoyo del manual de monitoreo elaborado por el INVEMAR.

Por tanto, el constructor hará cuatro (4) monitoreos, uno (1) durante la época seca y uno (1) durante la época de lluvias, por dos (2) años. A partir de los resultados, el DADMA determinará las medidas de recuperación y control de la erosión en frente del proyecto, en caso que de acuerdo con los estudios, sea necesario.”

Estima actualmente esta Agencia Especial que, de conformidad con las funciones atribuidas a las autoridades ambientales, no resulta pertinente que un particular, como lo es la sociedad constructora, las asuma, entre otras porque el conocimiento técnico científico y experiencia sobre el monitoreo de la erosión costera lo tienen las autoridades ambientales y la DIMAR, entre otros, por ende resultaría un tanto irresponsable que ese particular indicara en un momento dado, y hasta con su libre apreciación, el resultado de los monitoreos o los acompasara a su perspectiva.

Lo enunciado, conlleva a la suscrita funcionaria a solicitar, comedidamente, que de estimarse necesario implementar un programa de actividades para el monitoreo de playa en el área al frente del predio en que está ubicado el proyecto Cabo Tortuga, aquella se efectúe por las autoridades con el conocimiento y experiencia al respecto, llamando la atención que la erosión, como dan cuentan INVEMAR y AQUA & TERRA no se dan exclusivamente al frente del predio sino en toda la zona de pozos colorados y para indicarlo de manera técnica y ajustada a los dictámenes en toda la zona del litoral, por lo que su monitoreo no debe ser aislado.