704

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN PRIMERA

SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., Veintiuno (21) de Noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

EXPEDIENTE NO: **25000-23-15-000-2002-02188- 01**

DEMANDANTE: **LAURA DÍAZ HERRERA**

DEMANDADOS: **MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS**

ACCIÓN POPULAR

ASUNTO: FALLO PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala la acción popular interpuesta por la señora Laura Díaz Herrera contra los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Transporte y las empresas Metrobus S.A., Expres del Futuro S.A., Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A., Sistema de Transporte de Tercer Milenio Transmilenio S.A. por la amenaza o vulneración de los derechos colectivos i) al goce de un ambiente sano, ii) la existencia del equilibrio ecológico y del aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente y a iii) la seguridad y salubridad pública.

705

I. ANTECEDENTES

La accionante presentó la presente acción popular tendiente a lograr las siguientes:

1. Pretensiones

1.1. Se ordene a las empresas demandadas, propietarias de los buses articulados que operan en el Sistema Transmilenio, disponer el acondicionamiento de los tubos de escape de cada uno de los automotores, de tal forma que se ubiquen a 3 metros de altura sobre el nivel del suelo o a 15 centímetros sobre el techo de la cabina de cada vehículo.

1.2. Se declare que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y las empresas propietarias de los buses articulados que operan en el sistema Transmilenio son infractores de lo establecido en el artículo 91 del Decreto 948 de 1995.

1.3. Se ordene al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dar cumplimiento al artículo 91 del Decreto 948 de 1995, exigiendo a los fabricantes, ensambladores e importadores de los buses articulados del sistema Transmilenio la presentación de la certificación expedida por la casa fabricante o propietaria del diseño, visada por la autoridad competente del país de origen o por un laboratorio autorizado, en donde se acredite que los vehículos del sistema al momento de su importación cumplen con las normas de emisión por peso vehicular establecidas por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y con las normas sobre emisiones, opacidad y turbo carga, establecidas en el artículo 38 del Decreto 948 de 1995, inclusive para los vehículos que al momento de presentación de esta acción popular ya hubieran ingresado al país.

1.4. Se ordene a las empresas demandadas propietarias de los buses articulados que operan el sistema Transmilenio den cumplimiento al artículo 91 del Decreto 948 de 1995, realizando la presentación de la certificación antes mencionada.

1.5. Se declare la nulidad del Decreto 1552 del 15 de agosto de 2000 expedido por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, por medio del cual se modifica el artículo 38 del Decreto 948 de 1995, modificado a su vez por el artículo 3° del Decreto 2107 de 1995, con base en los cargos de violación de las normas de protección de la integridad del medio ambiente, del derecho a la igualdad y de la función ecológica de la propiedad y sujeción de la función administrativa a los intereses generales.

1.6. Subsidiariamente, se dé aplicación al mecanismo de excepción de ilegalidad o vía de excepción consagrada en el artículo 4° de la Constitución Nacional y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en relación con el Decreto 1552 del 15 de agosto de 2000 expedido por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, toda vez que transgrede los artículos 2°, 58 parágrafo 2°, 79, 80, 95, 209, 334 de la Constitución Nacional, así mismo desconoce los artículos 1°, 2° y 16 de la Ley 23 de 1973, los artículos 1°, 2° y 7° del Código Nacional de Recursos Naturales.

1.7. Se fije en los términos del artículo 39 de la Ley 472 de 1998, el correspondiente incentivo económico.

2. Hechos

En síntesis se exponen los siguientes:

Señala que el artículo 38 del Decreto 948 de 1995 en los incisos 2° y 3° establecían sin discriminación alguna entre vehículos de un modelo u otro, medidas de carácter técnico que protegían el medio ambiente, la

salubridad pública, la existencia del equilibrio ecológico y del aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible y su conservación, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

Que el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible mediante Decreto 1552 del 15 de agosto de 2000, modificó la anterior disposición legal, estableciendo que los vehículos diesel año modelo 2001 en adelante serían la excepción para la prohibición de usar tubos de escape de descarga horizontal cuando se trate de vehículos con capacidad de carga superior a tres toneladas o diseñados para transportar más de 19 pasajeros que transiten por la vía pública, sin obligarlos a hacer sus descargas a una altura de 3 metros del suelo o a 15 centímetros por encima del techo de la cabina del vehículo, afectando los derechos e intereses colectivos.

La condición técnica bajo la que operan los buses articulados del sistema Transmilenio y que resulta de la excepción antes mencionada, implica que la descarga de contaminantes se realice a una menor altura, haciendo que la concentración de estos tóxicos sea mayor dado que su dispersión y mezcla se reduce ostensiblemente, afectando la salud pública, especialmente la salud de los conductores de vehículos particulares y de servicio público que transitan por la calzada paralela a la de Transmilenio, pues la descarga se hace directamente sobre sus rostros donde la calzada del sistema es más alta que la de los demás vehículos.

Indica que el 18 de diciembre de 2000, luego de 3 meses y 3 días de expedido el Decreto 1552 de 2000, entró en funcionamiento el sistema de transporte público masivo de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. en Bogotá; los buses articulados son de propiedad de las sociedades comerciales Metrobus S.A., Expres del Futuro S.A., Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. y Sociedad Internacional de

708

Transporte Masivo S.A., son tipo diesel con capacidad superior a 19 pasajeros, tienen ubicados los tubos de escape a una altura inferior a 3 metros o de 15 centímetros por encima del techo de la cabina del vehículo.

Expresa que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo actuó por fuera de la ley al importar buses articulados del sistema Transmilenio, sin exigir la certificación expedida por la casa fabricante o propietaria del diseño, visada por la autoridad competente del país de origen o por un laboratorio autorizado, en donde se acredite que los vehículos del sistema al momento de su importación cumplen con las normas de emisión por peso vehicular establecidas por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y con las normas sobre emisiones, opacidad y turbo carga, establecidas en el artículo 38 del Decreto 948 de 1995, desconociendo lo consagrado en el artículo 91 del Decreto ibídem, en donde se dispone que el Incomex exigirá obligatoriamente tal certificación para la importación de vehículos automotores.

Las empresas propietarias de los buses articulados del sistema Transmilenio, no allegaron al momento de importación de los vehículos la mencionada certificación, vulnerando tal disposición legal.

Posteriormente, los Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Transporte expidieron de manera conjunta la Resolución 1048 de 1999 por medio de la cual se establecen los niveles permisibles de emisión de contaminantes producidos por fuentes móviles terrestres a gasolina o diesel.

Mediante radicación 313-1-8173 del 26 de junio de 2002 la accionante solicitó al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible la expedición de un juego de copias auténticas del Decreto 1552 del 15 de agosto de 2000 con la constancia de su correspondiente radicación a efectos de dar cumplimiento con lo establecido en el artículo139 del Código Contencioso Administrativo y el citado Ministerio con documento

709

del 31 de julio de 2002 dio respuesta a esa solicitud, absteniéndose de expedir copia auténtica de la norma referida.

3. Actuación Procesal

Por acta de reparto del 04 de septiembre de 2002, correspondió el conocimiento de la demanda al Magistrado encargado en ese momento del despacho ponente, quien en providencia del 05 del mismo mes y año inadmitió la demanda concediendo un término de 3 días para corregirla y el 16 de septiembre de 2002 la Sala de Sección resolvió rechazar la acción constitucional en aplicación del artículo 20 inciso 2° de la Ley 472 de 1998, por no haberse corregido el escrito en el sentido indicado.

Ante tal circunstancia, la actora popular interpuso recurso de apelación, el cual fue decidido por la Sala Plena del H. Consejo de Estado, en proveído del 21 de enero de 2003, revocando parcialmente el auto recurrido, disponiendo i) la admisión de la demanda presentada y la notificación a las demandadas y ii) confirmando el auto de rechazo en cuanto al Ministerio de Transporte, por no haberse descrito en la demanda las conductas vulneradoras por parte de esta entidad, sin ser litisconsorte facultativo pasivo y en cumplimiento de lo anterior, se surtieron las respectivas notificaciones (Fls. 52-56 y 69-86).

En auto del 11 de abril de 2003, se dispuso la remisión del expediente a la Sección Segunda Subsección D del Tribunal para resolver la solicitud de acumulación formulada por la apoderada del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el proceso No. 00-242 M.P. Nevardo Reyes, por ser más antiguo. Ese Despacho por proveído del 30 de abril de 2003, negó la solicitud de acumulación por no existir identidad de las partes (Fl. 305 y 308-311 C.1).

Se dispuso en providencia del 06 de junio de 2003, señalar como fecha para llevar a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento el día 01 de julio de esa misma anualidad y posteriormente y por solicitud del

710

Procurador 10° Judicial Administrativo, se remitió el expediente a la Sección Tercera Subsección B del Tribunal en razón a que el proceso No. 01-326 M.P. Fabiola Orozco Duque, tenía el mismo objeto, pretensiones y parte demandada; y el 11 de julio de 2003 se decidió negar la acumulación por no haber intervenido las mismas entidades demandadas.

En auto del 11 de agosto de 2003 se dio apertura al periodo probatorio, el 12 de septiembre de 2005 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y el 27 de octubre de 2005 se dictó sentencia inhibitoria al encontrar probada de oficio la excepción de cosa juzgada; el Consejo de Estado en providencia del 16 de septiembre de 2011 al resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la actora popular advirtió que no fueron vinculadas todas las empresas operadoras del servicio de transporte público Transmilenio, por lo que declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio y ordenó remitir el expediente al A-quo a efectos de vincular a las sociedades Transmasivo S.A., SI 02 S.A. y Connexión Móvil S.A.

Recibido el expediente el 12 de abril de 2012, se vinculó y ordenó la notificación personal a los representantes legales de las empresas Transmasivo S.A., SI 02 S.A. y Connexión Móvil S.A. de la demanda; en auto del 27 de noviembre de 2012, se fijó fecha para celebrar audiencia especial de pacto de cumplimiento para el día 22 de enero de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión el 13 de septiembre de 2013 y después el proceso ingresó al Despacho para proferir el respectivo fallo.

4. Contestación de la demanda.

Vencido el término para contestar la demanda, las entidades accionadas, incluyendo las sociedades que fueron posteriormente vinculadas a la presente acción, se manifestaron al respecto, precisandose que las empresas Sistema Integrado de Transporte SI 99

711

S.A. SI 99 y Metrobus S.A. la contestaron de manera extemporánea, razón por la cual sus argumentos no serán tenidos en cuenta.

4.1. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible

La apoderada de este Ministerio se opuso a todas y cada una de las pretensiones, especialmente a la de nulidad del Decreto 1552 de 2000 por extralimitar el objeto propio de las acciones populares y solicito negar las mismas, en cuanto la entidad carece de responsabilidad en los hechos materia de la presente acción popular.

Estima que los vehículos que funcionan con combustible diesel a partir del año modelo 2001, deben implementar sofisticados sistemas de control de emisiones según los estándares establecidos por el mismo, ya que las nuevas tecnologías de control de emisiones mantendrán los vehículos en niveles de emisión de contaminantes y opacidad muy bajos, sin que fuera indispensable la implementación de las obligaciones impuestas por el artículo 38 del Decreto 948 de 1995 relacionados con el turbo cargador y el tubo de escape orientado de manera vertical, por ello tal disposición fue modificada.

Precisa que teniendo en cuenta que el servicio de transporte masivo de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. presta su servicio en la ciudad de Bogotá D.C., la competencia en materia ambiental para el presente caso corresponde al Departamento Administrativo del Medio Ambiente –DAMA-.

Propuso como excepciones las que denominó i) inexistencia del demandado por falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que esta entidad no puede asumir las responsabilidades expuestas en la demanda, en razón a que de conformidad con la Ley, no le compete ninguna de las funciones que en materia ambiental se le atribuyen y ii) las demás consagradas en el artículo 23 de la Ley 472 de 1998 y que resulten probadas.

712

4.2. Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.

El apoderado especial de la empresa transportadora se opone a las pretensiones por carecer de causa legal y fundamento fáctico y existir una indebida acumulación de pretensiones, en consecuencia, solicita negar las pretensiones y condenar en costas a la demandante.

Luego de mencionar la naturaleza jurídica, el objeto, funciones y funcionalidad del sistema Transmilenio S.A., concluye que éste ha mejorado los problemas de movilidad de los ciudadanos de Bogotá D.C., siendo un sistema eficiente, seguro, confortable y accesible, cumpliendo la legislación ambiental vigente para aminorar costos operacionales y tarifarios y causar el menor impacto negativo ambiental, de acuerdo al estudio realizado y pruebas técnicas practicadas por la Universidad de los Andes al equipo rodante utilizado.

Indica que según los contratos de concesión suscritos por Transmilenio S.A. con los operadores troncales se pactó una cláusula sobre las condiciones mínimas de desempeño ambiental de los vehículos, incluyendo el cumplimiento de los requisitos establecidos para la importación de los mismos en relación con sus condiciones de impacto ambiental, en particular la obtención del aval de la certificación de emisiones por prueba dinámica y con las alturas de los tubos de escape vertical con salida de gases, por lo tanto, los autobuses cumplen con lo estipulado en la Resolución 0822 de 2000 y Decreto 1552 de 2000, así como con las normas técnicas colombianas NTC 4901-1 y 4901-2.

Es así como las firmas Mercedes Benz de Brasil y General Motors Colmotores de Colombia entregaron los certificados de emisiones por prueba dinámica, debidamente aprobados por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de cada uno de los autobuses articulados que circulan en las troncales, que ascienden a 223 y que periódicamente se hacen revisiones a las máquinas a efectos de

713

constatar que se mantiene en los niveles permitidos de emisión de gases.

Resalta que para el componente físico del medio ambiente, Transmilenio S.A. ha adelantado un seguimiento a la calidad del aire del área de influencia de la troncal Avenida Caracas en los meses de enero y marzo de 2000 aprovechando los datos de la red de monitoreo del DAMA, red que mide los niveles de partículas contaminantes en promedio y máximo desde 1998, siendo posible realizar comparaciones antes y después de la implantación del sistema, encontrando reducciones sustanciales en los niveles contaminantes medidos, cumpliendo las expectativas en ese sentido.

Excepciona 1) legalidad de la actuación de la administración, pues el servicio se presta cumpliendo las normas legales y técnicas para mantener los niveles de emisiones dentro de los parámetros establecidos en los contratos y normatividad respectiva, 2) inexistencia de supuestos de hechos atentatorios de los derechos e intereses colectivos invocados y que se pretenden proteger, 3) indebida acumulación de pretensiones, 4) cosa juzgada, por cuanto existe un fallo de acción popular del 12 de octubre de 2000 proceso radicado No. 99-0578 Subsección B Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca M.P. Heriberto Reyes Vargas, en el que existe identidad de interés jurídico contra el sistema y 5) la genérica.

4.3. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El apoderado de esta cartera ministerial se opone a las pretensiones de la acción, en tanto que i) está dando aplicación al Decreto 1552 de 2000 mientras el mismo se encuentre vigente, ii) la solicitud de nulidad del citado decreto resulta improcedente, puesto que se debe hacer mediante el procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de nulidad (Arts. 83, 84, 136 y ss.) y no mediante la interposición de una acción popular como se hace en el

714

libelo demandatorio y iii) la excepción de inconstitucionalidad propuesta, al no estar sustentada la contradicción del Decreto 1552 de 2000 con las disposiciones de la Constitución Política señaladas por la accionante.

Teniendo en cuenta que las actuaciones de esa entidad se han enmarcado dentro de las previsiones contempladas por la Ley, especialmente por los Decretos 948 de 1995 y 1552 de 2000, solicita desestimar la acción popular ya que ni por acción ni omisión ha vulnerado los derechos colectivos aludidos.

4.4. Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. Ciudad Móvil S.A.

El apoderado especial de la sociedad Ciudad Móvil expresa que como quiera que su naturaleza y actividad son privadas, con capital 100% privado y al no desempeñar funciones administrativas, se requiere acudir a la jurisdicción civil para debatir las circunstancias señaladas por la accionante.

Sostiene que al momento de presentar la oferta para la licitación 001 de 1999 convocada por Transmilenio S.A. se presentaron los certificados expedidos por la casa fabricante o propietaria del diseño de los autobuses, con los cuales acreditó ante el Incomex el cumplimiento de las normas vigentes de emisiones establecidas por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, particularmente el artículo 91 del Decreto 948 de 1995, razón por la cual se procedió a la importación o fabricación de los mismos con motores Euro II con convertidor catalítico, para disminuir sustancialmente la emisión de contaminantes, sin requerir el tubo de escape vertical con altura mínima de 3 metros.

Atendido el objeto de las acciones populares, no se encuentra la declaratoria de nulidad del Decreto 1552 de 2000, pues para tal efecto debe incoarse la respectiva demanda ante el Consejo de Estado,

715

presentándose de este modo, una indebida acumulación de pretensiones. Así mismo, indica que no está acreditada la vulneración del interés colectivo, sin que sea viable el reconocimiento del incentivo económico a favor del accionante, debiendo ser condenado en costas.

Como excepciones propuso: 1) la previa de falta de jurisdicción, pues de conformidad con el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, la competente para dirimir la controversia es la jurisdicción civil, pues no desarrolla funciones administrativas y su objeto social se circunscribe exclusivamente al desarrollo de un contrato de concesión para la movilización de pasajeros del sistema masivo y 2) las de mérito de: i) ausencia de acreditación de la amenaza o vulneración al ambiente sano, ii) indebida utilización de la acción popular e iii) indebida acumulación de pretensiones.

4.5. Express del Futuro S.A.

El apoderado especial de esta sociedad comercial, se opone a las pretensiones, solicita se nieguen y se condene en costas al demandante, ya que la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para pronunciarse de la condena contra los particulares propietarios de los buses articulados concesionarios del Sistema Transmilenio S.A., quienes no cumplen funciones administrativas.

Aduce que los importadores, ensambladores y las empresas operadoras del sistema no pueden ser sujetos activos del cumplimiento del artículo 91 del Decreto 948 de 1995, pues el mandato allí contenido debe ser acatado por el Incomex y el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, correspondiéndoles cumplir las normas ambientales y los trámites indicados por las entidades públicas.

Excepcionó 1) legalidad de la actuación de la sociedad, por cumplimiento de todas las normas legales y técnicas ambientales en cuanto los vehículos cuentan con las nuevas tecnologías EURO II y se

716

establece como cláusula contractual dentro del contrato de concesión celebrado con Transmilenio, 2) inexistencia de hechos atentatorios de los derechos invocados, pues sus buses son los que menos contaminación producen por la utilización de tecnología moderna, 3) indebida acumulación de pretensiones, los cuales corresponden a tres trámites o procesos diferentes (acción de cumplimiento, proceso ordinario de simple nulidad y la acción popular), sin que sea posible tramitarlos bajo uno solo y emitir pronunciamiento de fondo, 4) irretroactividad de la declaración de nulidad, 5) cosa juzgada, 6) falta de competencia y 7) la genérica.

4.6. Connexión Móvil S.A.

La apoderada de esta sociedad se opone a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico, exceder el ámbito de las acciones populares constitucional y legalmente consagradas, por no amenazar ni vulnerar los derechos e intereses colectivos citados.

Expone que la demandante olvida que Transmilenio S.A. en los pliegos de condiciones de la licitación fase II del sistema, fijó las condiciones técnicas de los buses con fundamento en la norma vigente para ese momento, es decir, el Decreto 1552 de 2000, acogiéndose los operadores a esta normatividad, la cual reconoce las nuevas tecnologías relacionadas con la construcción de carrocerías articuladas en los nuevos modelos, impidiendo que los tubos de escape se orienten de manera vertical, norma que a su vez, goza de presunción de legalidad hasta tanto no sea derogada o declarada nula por el juez administrativo y por ende mal podría violar derechos colectivos.

Puntualiza diciendo que sus vehículos por ser modelos B10 y B12m son Euro III y B7R Euro IV, es decir, emplean estándares internacionales adoptados por ley de la República, por lo que no generan emisiones de gases y por ello adujó la excepción de inexistencia de amenaza o vulneración a los derechos colectivos al medio ambiente sano, al

717

equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales y a la seguridad y salubridad pública.

4.7. Transmasivo S.A.

La apoderada judicial especial de Transmasivo S.A. se opone a las pretensiones por no reunir los requisitos de procedencia y solicito se condene en costas a la accionante de acuerdo al artículo 38 de la Ley 472 de 1998.

Propuso la excepción previa de cosa juzgada por agotamiento de jurisdicción, pues los hechos, objeto, causa y derechos colectivos de la presente acción popular son de idéntico alcance, y ya fueron decididos previamente por el Consejo de Estado mediante sentencia del 9 de diciembre de 2004, el que determinó que los buses que integran el sistema de Transmilenio manejan estándares de contaminación muy por debajo de los niveles tolerables y permitidos, por cuanto poseen un convertidor catalítico con capacidad y características acordes con el motor y el combustible diesel que usa disminuyendo el impacto ambiental, además el comportamiento ambiental del sistema durante la operación es correcto, las sustancias concentradas existentes en el aire están por debajo de lo normal de acuerdo con los niveles máximos permitidos.

De otro lado propuso como excepciones de mérito: i) inexistencia de la causa y de los hechos que dan origen a la demanda, al no existir el nexo causal entre el motivo alegado y el daño o amenaza derivada de la aplicación de una norma vigente por parte de esta sociedad, para la comunidad, ii) indebida acumulación de pretensiones, al no provenir de la misma causa y objeto y iii) la genérica.

4.8. SI 02 S.A. (hoy SOMOS K S.A.)

718

El apoderado especial de la sociedad comercial se opuso a todas las pretensiones formuladas por la actora, aduciendo que todos los vehículos de su propiedad son modelo año 2003 y posteriores, contando con todos los dispositivos tecnológicos de control de emisiones, sus motores diesel son de tecnología Euro IV y Euro V, utilizan combustible mas limpio, tienen filtros y convertidores catalíticos, para reducir los niveles de opacidad y de otros contaminantes, protegiendo el medio ambiente y la salud de las personas.

Por lo tanto, la sociedad ha cumplido todas las disposiciones legales vigentes sobre la materia al momento de la oferta y la suscripción del contrato de concesión 017 de 2002 con Transmilenio S.A., presentando los certificados expedidos por la casa fabricante o propietaria del diseño del autobús en cumplimiento de las normas de emisiones establecidas por el Ministerio de Medio Ambiente, siendo innecesario la ubicación de los tubos de escape de forma vertical y con una altura que supera la del autobús, careciendo de sustento técnico y legal la pretensión, pues va en contravía de la evolución tecnológica que han tenido los motores desde la instauración de la acción popular hasta el día de hoy.

Sostiene que los vehículos de la sociedad fueron ensamblados en Colombia y sus motores Euro IV y Euro V con convertidor catalítico cuentan con todas las certificaciones sobre el cumplimiento de las normas de emisiones de gases y materiales particulados, requiriendo por ello un tubo corto preferiblemente orientado hacia el piso junto con la utilización de combustible más limpio, disminuyendo sustancialmente la opacidad y emisión de contaminantes respecto de los buses de servicio público del año 2005, sin afectar el medio ambiente o salubridad pública.

Resalta que actualmente las normas vigentes no trabajan con base en la ubicación del tubo de escape, pues lo relevante son los niveles de emisión de las fuentes móviles, niveles que la sociedad cumple sin

ningún inconveniente, aprobando los rigurosos controles a los que está sometida por las autoridades ambientales distritales.

Concluye que se presenta una indebida acumulación de pretensiones y en el evento de prosperar la declaratoria de nulidad, ésta solo puede tener efectos retroactivos; así mismo solicita la aplicación lo establecido en la Ley 1425 de 2010 y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

Excepcionó i) falta de jurisdicción por ser una entidad privada que no desempeña funciones administrativas, ii) ausencia de acreditación de la amenaza o posible vulneración al ambiente sano, iii) indebida utilización de la acción popular para lograr la nulidad del Decreto 1552 de 2000 y iv) indebida acumulación de pretensiones.

5. Del escrito de Coadyuvancia

La señora Mábel Eugenia Silva de Amaris coadyuva a la actora popular, exponiendo hechos y pruebas de importancia para la acción popular de la referencia, señalando que en respuesta a un derecho de petición presentado el 25 de febrero de 2003 a Transmilenio S.A. le fue informado que el diseño de los buses articulados del Sistema de Transporte Masivo fue aprobado en el mes de noviembre de 1999, con el exhosto a una altura inferior a los tres metros, luego se expidió el Decreto 1552 de 2000 modificatorio del artículo 38 del Decreto 948 de 1995, el cual entró a regir a partir de agosto de 2000, autorizando a los vehículos año modelo 2000 en adelante, situación que vulnera normas de carácter constitucional, leyes y decretos que la accionante enunció en la demanda y en la subsanación de la misma, denotándose la intención del Decreto 1552 de 2000 de permitir el ingreso y funcionamiento de los mencionados buses bajo condiciones inferiores en perjuicio del medio ambiente.

Indica que los Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Transporte al expedir la Resolución 1048 de diciembre 6 de 1999

720

establecieron que no se hacía imprescindible implementar las obligaciones del artículo 38 del Decreto 948 de 1995 (turbo cargador y tubo de escape) al momento de la aprobación del diseño de los buses articulados del Sistema de Transporte Masivo Transmilenio S.A. y al haber sido aprobado dichos diseños en noviembre de ese mismo año, se desconoció la normatividad vigente en ese momento y que garantiza una mayor protección al medio ambiente.

De otro lado, el señor Arvey Ríos Yate coadyuvó la acción y solicitó vincular a Sistema Integrado de Trasporte SI 02 SA, Conexión Móvil S.A. y Transmasivo S.A., empresas troncales en el Sistema Transmilenio, que no operaban al momento de presentación de la demanda y que se encuentran en la misma situación de las otras empresas demandadas, por tener los exhostos de sus buses al nivel del piso, siendo verdaderos litisconsortes necesarios.

6. La Audiencia de Pacto de Cumplimiento.

La audiencia especial ordenada por el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, se llevó a cabo el 22 de enero de 2003 (Fls. 579-582 C.2), asistiendo los apoderados de la actora popular, de la empresa de Transportes del Tercer Milenio Transmilenio S.A., de la Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. –Ciudad Móvil S.A.-, SOMOS K S.A., Sistema Integrado de Transporte S.I 99 S.A., de la Defensoría del Pueblo, Express del Futuro, del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Transmasivo S.A., del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, al no asistir el apoderado o representante legal de las sociedades Connexión Móvil S.A. y Metrobus S.A. y al no existir fórmula de pacto, se declaró fallida la diligencia.

7. Alegatos de Conclusión.

721

Vencido el término señalado en auto del 15 de junio de 2004 para alegar de conclusión, presentaron sus escritos los apoderados de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de la actora popular, Express del Futuro S.A., Transmasivo S.A., SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.), Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Metrobus S.A, el Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., Ciudad Móvil S.A. y Connexión Móvil, como a continuación se desarrolla:

7.1. Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A.

El apoderado especial de la empresa destaca que conforme a la prueba recaudada en el proceso se ha demostrado que los vehículos con que los concesionarios de las empresas privadas operan el servicio de transporte público del Sistema ingresaron legalmente al país pues en el trámite de importación los mismos cumplieron con las normas pertinentes, tienen las características para los cuales el Ministerio de Transporte los ha homologado para su operación en el territorio nacional, cumple con las normas de control de emisión de gases en cuanto a la opacidad y de revisión técnico mecánica, los resultados de las pruebas realizadas se encuentran dentro de los índices permitidos al tipo de combustible fósil que utilizan y cuentan con características de tecnología euro II con las que fueron ofrecidos y matriculados.

Resalta que la incomodidad de la actora no se desprende de la circunstancia de que los buses estén contaminando el medio ambiente por no cumplir con las especificaciones técnicas contenidas en la regulación colombiana, sino que radica en la ubicación física de la altura del tubo de escape, pues no obstante, la accionante conoce la excepción decide no tenerla en cuenta para estructurar su libelo.
Concluye diciendo que los buses no son contaminantes, que la ubicación del tubo está reglada debidamente y autorizada para el modelo y tipo de vehículo cumpliendo las condiciones reglamentarias

722

impuestas por las autoridades ambientales y de transporte, sin que se amenace o conculque derecho alguno de la comunidad por acción u omisión de persona natural o jurídica, pública o privada dentro del proceso que nos ocupa.

Manifiesta que a la fecha existen otros concesionarios del Sistema de Transporte Masivo, que no han sido vinculados al proceso y pueden resultar afectados con las resultas del juicio, así como los dueños de vehículos de transporte de carga o pasajeros que circulan también por la ciudad y que cuentan con la misma ubicación del tubo de escape, respecto de los cuales existe cosa juzgada por agotamiento de jurisdicción según se desprende de la sentencia de acción popular 2002-1646 dictada por la Sección Segunda del Tribunal Subsección A y por tales razones, como quiera que es notorio que la pretensión final es el pago del incentivo, solicita acceder a las excepciones planteadas y denegar las pretensiones de la demanda.

7.2. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

El apoderado de la entidad aduce que la acción popular resulta improcedente pues no existió violación de los derechos colectivos reclamados al haber actuado conforme al ordenamiento jurídico pertinente y por desconocer el procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo para obtener la nulidad del Decreto 1552 de 2000, pues ello no puede lograrse a través de esta acción constitucional.

Expresa que según comunicaciones emitidas por la Subdirección Ambiental Sectorial del DAMA del 25 de septiembre de 2003 y la Coordinación del Grupo de Procesos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible del 27 de febrero de 2004, los buses del Sistema de Transmilenio en la ciudad de Bogotá D.C. no contaminan y previo a la circulación se les ha efectuado la respectiva prueba técnica de control de emisión de gases, habiéndosele expedido su correspondiente

certificado; además con la ubicación de los tubos de escape no se presentan fenómenos de contaminación del aire, ni se afecta la salud de las personas con el combustible diesel.

Precisa que debido a las nuevas tecnologías de control de emisiones de gases se mantienen los vehículos en niveles de emisión de contaminantes y opacidad muy bajos, sin que sea necesario implementar las obligaciones del artículo 38 del Decreto 938 de 1995 relacionados con el turbocargador y el tubo de escape orientado de manera vertical, y que con las nuevas tecnologías aplicables para la construcción de carrocerías articuladas en los nuevos modelos, se impide que los tubos de escape se orienten de manera vertical, por estar diseñados para efectuar emisiones no contaminantes.

Insiste en que este Ministerio no ha actuado por fuera de la ley, pues procedió a dar aplicabilidad a lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 1552 de 2000, en cuanto a la ubicación de los tubos de escape y la distancia de descarga y en lo que atañe a la exigencia de la certificación expedida por la casa fabricante o la que sea propietaria del diseño donde se acredite el cumplimiento de las normas de emisión por peso vehicular, opacidad y turbocarga, tales requisitos no se exigen en los vehículos diesel modelos posteriores a 2001 por expresa excepción del citado decreto.

En lo demás reitera los argumentos planteados en la contestación del libelo demandatorio, en el sentido que las actuaciones del Ministerio se han enmarcado dentro de las previsiones contempladas por la Ley, especialmente los Decretos 948 de 1995 y 1552 de 2000, por lo que solicita desestimar esta acción popular, ya que ni por acción u omisión ha vulnerado los derechos colectivos aludidos en la demanda, pues está comprobado científicamente que los vehículos del Sistema Transmilenio no contaminan el aire, puesto que sus emisiones de gases se encuentran dentro de los niveles permitidos por la normatividad

423

ambiental, por lo que solicita negar las súplicas de la demanda por no existir vulneración de los derechos colectivos y por configurarse el fenómeno de cosa juzgada.

7.3. Actora popular

El apoderado de la accionante sostiene que todos y cada uno de los hechos y cargos imputados por violación de las normas constitucionales y legales, están plenamente probados en esta acción popular, por cuanto quedó desvirtuada la calidad del combustible diesel que utilizan los vehículos en Bogotá, entre ellos los de Transmilenio y las desventajas de la indebida ubicación de los tubos de escape para la descarga de los gases, lo que conlleva a la vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados, razón por la cual deben prosperar las pretensiones.

7.4. Express del Futuro S.A.

El apoderado de esta sociedad comercial considera que se han acumulado indebidamente pretensiones que no pueden impetrarse dentro del mismo proceso, porque vulnerarían el debido proceso y los pilares básicos de la jurisdicción contencioso administrativa y por tanto, deberá adoptarse un fallo inhibitorio por inepta demanda.

Adicionalmente precisa que no existe certeza sobre la conveniencia de la instalación de los exhostos a la altura de 3 metros, pues se requiere de profundización y contundencia técnica para que merezca credibilidad la postura de la demandante y estima que no es dable a la jurisdicción determinar los niveles aceptables de contaminación ni establecer los detalles técnicos de los automotores, pues lo pretendido es que únicamente las cuatros empresas demandadas cambien la ubicación de los tubos de escape de sus buses afiliados al Sistema Transmilenio, sin

724

tener en cuenta que existen otros automotores en las mismas condiciones, lo que se torna en discriminatorio e ilegal.

7.5. Transmasivo S.A.

El apoderado judicial de la empresa reitera lo expresado en la contestación de la demanda y concluye que i) la accionante no probó la vulneración de los derechos colectivos alegada por la aplicación del Decreto 1552 de 2000, ii) la ubicación de los exhostos o tubos de escape instalados en los vehículos de Transmasivo se encuentran acorde a lo dispuesto en el citado decreto y a las obligaciones pactadas en el contrato No. 016 de 2003, iii) los gases emitidos por los tubos de escape de lo vehículos que integran el sistema Transmilenio manejan estándares de contaminación inferiores a los niveles tolerables y permitidos sin que constituyan amenaza a los derechos colectivos invocados, al poseer un convertidor catalítico y usan combustible de alta calidad, lo que disminuye el impacto de contaminación en el ambiente.

Menciona en su escrito el testimonio rendido por el ingeniero Néstor Yesid Rojas Roa, Director del Grupo de Investigación de Calidad del Aire de la Universidad Nacional de Colombia, donde quedó probado que con el sistema de Transmilenio se redujeron los niveles de contaminación de la ciudad, por contar con un esquema de operación y mantenimiento que tiende a mejorar la calidad del aire y evitar una situación grave de efectos en la salud pública.

Por tanto, solicita declarar probadas las excepciones de cosa juzgada e inexistencia de la causa y de los hechos que dan origen a la acción, negando las pretensiones de la accionante y condenándola en costas.

7.6. SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.)

725

El apoderado especial de la sociedad SOMOS K S.A. señala que existe el programa de autorregulación adoptado por las autoridades ambientales distritales y los concesionarios de operación Transmilenio con normas que son más exigentes que el resto del país; así mismo aclara que los modelos de los vehículos son del año 2003 y posteriores cuentan con todos los dispositivos tecnológicos de control de emisiones, con motores Euro IV y Euro V que poseen convertidores catalíticos para mejorar la calidad del aire, reduciendo las emisiones de las fuentes móviles y las inmisiones (transferencia de contaminantes al receptor) para proteger la vida de las personas, por lo que solicita no se acojan las pretensiones sin declararla infractora de las disposiciones contenidas en el artículo 91 del Decreto 948 de 1995.

7.7. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible

El apoderado judicial del Ministerio reitera los argumentos previamente planteados y precisa que no ha causado perjuicio de ninguna naturaleza por acción u omisión a los derechos colectivos objeto de amparo, pues ha desarrollado las acciones tendientes y necesarias para la fijación de normas a nivel nacional de regulación respecto de la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, para que sean ejecutadas por las demás entidades y particulares intervinientes; en este caso la competencia de ejecución de las políticas ambientales para la época de los hechos corresponde al Departamento Administrativo del Medio Ambiente - DAMA, hoy Secretaría Distrital de Ambiente.

7.8. Metrobus S.A.

La apoderada del citado operador sostiene que los vehículos de propiedad de la empresa cuentan con las nuevas tecnologías, cumplen las normas técnicas colombianas NTC 4901-1 y NTC 4901-2 y los

726

requisitos establecidos para la adquisición de los vehículos en relación con el impacto ambiental, preocupándose por tener un buen sistema de mantenimiento de los mismos, ya que como se desprende de la revisión practicada al parque automotor, las emisiones están entre 0.1% y 19% muy por debajo del 40 % permitido por el DAMA.

Arguye que tal como aparece en la prueba testimonial rendida por el ingeniero Néstor YesidRojas Roa, los vehículos de los operadores del sistema Transmilenio introdujeron tecnologías de baja emisión y a la vez el sistema fue clave para que el combustible diesel también mejorara en el país, esto en atención a que por mediciones hechas por varias universidades, el sistema emite 4% de las emisiones y el resto de los vehículos el 96% restante, concluyendo que era más importante mejorar la tecnología de los motores y combustibles de la operación de los vehículos y su mantenimiento, que la ubicación del tubo de escape en términos de impacto del ambiente y salud pública. Por ello solicita declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y negar las pretensiones de la accionante.

7.9. Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A. y Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. Ciudad Móvil S.A.

El apoderado especial de las dos sociedades comerciales reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda, puntualizando que sus vehículos en cumplimiento de la nueva legislación hicieron uso de los nuevos sistemas que para la época ofrecía la industria automotriz como lo son los dispositivos tecnológicos de control de emisiones y de los convertidores catalíticos, para reducir la emisión de agentes contaminantes del ambiente.

Señala que en la oferta presentada dentro de la licitación 001 de 1999 convocada por Transmilenio se presentó la respectiva certificación de los fabricantes, indicándose que para la época la legislación vigente no

727

estaba encaminada a reglamentar la ubicación de los tubos de escape sino a reducir los niveles de emisión y contaminación, implantándose un riguroso sistema de control además de las sanciones a que se hacen acreedores aquellos que incumplan tales disposiciones y en consecuencia, no debe prosperar la acción popular por carecer de causalidad y legitimidad por inexistencia de la vulneración a algún derecho colectivo ni existe prueba de que la ubicación de los tubos de escape impacte la salud de los habitantes de la ciudad.

7.10. Connexión Móvil

La apoderada de esta empresa aduce que la accionante no probó su causa, al no acreditar los elementos para demostrar que la ubicación de los tubos de escape en la parte de debajo de los vehículos del sistema Transmilenio genere riesgos para la salud, contamine el medio ambiente o viole la normatividad vigente a la fecha de importación de los mismos.

Estima que el promedio de opacidad de la flota Transmilenio está por debajo del 15% en la actualidad, lo cual representa un 54% de los niveles establecidos en la norma que imponen niveles de opacidad del 32%, lo que demuestra que los buses cumplen a cabalidad las normas de emisión y destaca que este sistema fue el primer proyecto de transporte masivo aprobado bajo el protocolo de Kyoto, certificando con esto la reducción de emisiones contaminantes, siendo 5 veces menor a la del trasporte público colectivo. Por ende solicita denegar las pretensiones de la demanda y condenar a la accionante al pago de los gastos y costas del proceso.

8. Intervención del Ministerio Público

728

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación se abstuvo de emitir pronunciamiento respecto de los hechos y pretensiones señalados en la presente acción popular.

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción popular de la referencia, por haberle sido asignado el conocimiento del asunto en vigencia del parágrafo del artículo 16 de la Ley 472 de 1998, del artículo 57 de la Ley 1395 de 2010 y conforme a lo previsto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011.

Problema Jurídico

Corresponde determinar a esta Sala de decisión si existe afectación a los derechos colectivos invocados, por la 1) presunta indebida ubicación de los tubos de escape de gases de los buses articulados que hacen parte del sistema Transmilenio S.A., 2) la contravención de las disposiciones de carácter técnico contenidas en el Decreto 1552 de 2000; de estar demostrado lo anterior, deberán precisarse quienes son los responsables y cuáles medidas deberán adoptarse para mitigar o hacer cesar la amenaza o vulneración que eventualmente podría recaer sobre el recurso natural aire y si de probarse la afectación, hay lugar o no a reconocer el incentivo económico a favor de la actora popular.

Igualmente, deberá analizar la Sala si a través de esta acción constitucional es posible i) exigir a las entidades accionadas el cumplimiento del artículo 91 del Decreto 948 de 1995 y ii) declarar la nulidad del Decreto 1552 de 2000 modificatorio del artículo 38 del Decreto 948 de 1995 o la aplicación de la excepción de ilegalidad.

De otro lado, habrá de precisarse si como lo manifiestan las accionadas

729

en sus escritos de contestación de demanda, se configura el fenómeno de cosa juzgada y/o agotamiento de jurisdicción, por la existencia de otra acción popular relacionada con el mismo asunto al planteado en la acción constitucional que aquí es objeto de controversia.

A efecto de decidir la presente acción constitucional, la Sala tomará en consideración los siguientes aspectos: i) la finalidad de las acciones populares, desarrollo normativo y jurisprudencial, naturaleza preventiva e improcedencia de la acción para declarar la nulidad de actos administrativos, ii) los derechos colectivos invocados, alcance y contenido, iii) la excepción de cosa juzgada y el fenómeno de agotamiento de jurisdicción, vi) de la nulidad del Decreto 1552 de 2000 y de la aplicación de la excepción de ilegalidad del mismo v) el incentivo económico, vi) de la condena en costas y vii) consideraciones finales.

1. Finalidad y Procedencia de las Acciones Populares

El artículo 2º inciso 2º de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Esta acción procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los intereses o derechos difusos, que se encuentran definidos como colectivos en la Constitución Política, en las leyes ordinarias y en los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia; y pueden ser ejercidas por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

Los derechos colectivos se relacionan con la defensa de intereses comunitarios y difusos, que se oponen a las autoridades públicas y a los

730

particulares, a través de la exigencia de deberes de dar, hacer o no hacer. El Consejo de Estado ha definido los intereses colectivos como *"intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo de personas que, en principio, puede ser indeterminado o indeterminable"*[1]

Como lo recuerda la Corte Constitucional en sentencia C-644 del 2011, esta acción es un mecanismo de participación social instituida a favor del ciudadano para defender y representar intereses comunitarios con una motivación esencialmente solidaria, cuya finalidad es asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, *"que se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y cada uno de los individuos y que, como tales, exigen una labor anticipada de protección y una acción pronta de la justicia, inicialmente dirigida a impedir su afectación y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento."*

Frente a la **naturaleza preventiva** de la acción popular, se ha señalado que tiene como objeto evitar el daño contingente, es decir, prevenir el peligro o conjurar la amenaza que se llegase a cernir sobre los derechos e intereses colectivos, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos o restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible.

En este caso, la Sala advierte el carácter preventivo que pretende esta acción constitucional con miras a evitar el daño contingente que se pueda llegar a configurar sobre los derechos colectivos al medio ambiente sano, la salubridad pública y a la existencia del equilibrio ecológico y aprovechamiento de los recursos naturales, con ocasión del

[1] Sentencia del 29 de junio de 2000. Expediente AP-001. C.P. Dr Alier Eduardo Hernández Enríquez

731

funcionamiento del sistema de transporte masivo del servicio público Transmilenio S.A.

2. Derechos Colectivos Invocados

La actora popular reclama ante el juez constitucional el amparo de los derechos colectivos que estima amenazados y que se encuentran consagrados en el literal a), c) y g) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, *"Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones"*, que establece:

> *"Articulo 4. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*
>
> *a) el goce de un medio ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
>
> *(...)*
>
> *c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.*
>
> *(...)*
>
> *g) Seguridad y salubridad públicas.*
>
> *(...)"*

En lo concerniente a estos derechos colectivos según su alcance y contenido es pertinente precisar lo siguiente:

2.1. Derecho al Goce de un Ambiente Sano

La Constitución Política en el artículo 8° y el 95 numeral 8°, en concordancia con el artículo 1° del Decreto 2811 de 1974 establece como obligación fundamental del Estado y de los ciudadanos velar por el cuidado de las riquezas culturales y naturales de la Nación y velar por el manejo, conservación y restauración del medio ambiente sano, por ser patrimonio común, de utilidad pública e interés social.

732

Igualmente, el artículo 79 superior en cuanto al derecho colectivo al goce de un ambiente sano consigna un derecho a favor de los habitantes del territorio nacional de gozar de un ambiente sano y un deber en cabeza del Estado de manejar, prevenir, aprovechar y controlar los factores de deterioro de los recursos naturales procurando su conservación, restauración, sustitución y desarrollo sostenible.

De otro lado, el artículo 11 del Protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia derechos económicos, sociales y culturales estatuye que: *"1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".*

Por ende, las políticas que dicte el gobierno nacional en materia ambiental deberá estar orientada por los principios estatuidos en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993[2], demás normas concordantes y

---

[2] **ARTÍCULO I.- Principios Generales Ambientales.** La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios
generales:
1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo
sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
2. La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida
prioritariamente y aprovechada en forma sostenible.
3. Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en
armonía con la naturaleza.
4. Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de
protección especial.
5. En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.
6. La formulación de las políticas ambientales tendrán cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No
obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual,
cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón
para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.
7. El Estado fomentará la incorporación de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos para la

733

complementarias tanto nacionales como internacionales, propendiendo por la protección de la biodiversidad, del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, su aprovechamiento en forma sostenible para mejorar la calidad de vida de los habitantes y de las generaciones futuras, previniendo, corrigiendo y restaurando el deterioro ambiental que se llegase a ocasionar.

El Decreto Ley 2811 de 1974 *"Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente"*, señala en el artículo 7° que toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano, mientras que en el artículo 8º preceptúa los factores que deterioran o impactan el ambiente.

Ahora, el Consejo de Estado en sentencia radicado 2005-00328-01 del 18 de marzo de 2010 C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso, en cuanto a este derecho colectivo consideró:

> ***"DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO – Alcance. Participación de la comunidad en las decisiones que pueden afectarla.***
>
> *La Carta Política en su artículo 79, reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano y le atribuye al Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia*

---

prevención, corrección y restauración del deterioro ambiental y para la conservación de los recursos naturales
renovables.
8. El paisaje por ser patrimonio común deberá ser protegido.
9. La prevención de desastres será materia de interés colectivo y las medidas tomadas para evitar o mitigar los efectos de
su ocurrencia serán de obligatorio cumplimiento.
10. La acción para la protección y recuperación ambientales del país es una tarea conjunta y coordinada entre el Estado, la
comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado. El Estado apoyará e incentivará la conformación
de organismos no gubernamentales para la protección ambiental y podrá delegar en ellos algunas de sus funciones.
11. Los estudios de impacto ambiental serán el instrumento básico para la toma de decisiones respecto a la construcción de
obras y actividades que afecten significativamente el medio ambiente natural o artificial.
12. El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo.
13. Para el manejo ambiental del país, se establece un Sistema Nacional Ambiental -SINA- cuyos componentes y su
interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil.
14. Las instituciones ambientales del Estado se estructurarán teniendo como base criterios de manejo integral del medio
ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física.

734

ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. Con miras a una adecuada materialización de tales propósitos, dispone que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural" (Subrayas no originales)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-632 de 2011 al desarrollar el derecho al medio ambiente ha precisado que: *"se ha calificado al medio ambiente como un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección".* (Subrayas fuera de texto)

Por consiguiente, es competencia del Estado la toma de medidas para manejar y aprovechar los recursos naturales renovables de manera sostenible, así como prevenir y controlar los factores de deterioro de los mismos, procurando su conservación, restauración, derecho que de ser transgredido puede ser exigible y amparable a través de la acción popular.

2.2. 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.

735

El artículo 80 de la Constitución Política establece entre sus apartes, la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, y su deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

El Alto Tribunal de lo Constitucional en sentencia C-221 del 29 de abril de 1997 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero al estudiar el tema del aprovechamiento racional de los recursos naturales, se refirió:

> *"Se pueden definir los recursos naturales como aquellos elementos de la naturaleza y medio ambiente, esto es, no producidos directamente por los seres humanos, que son utilizados en distintos procesos productivos. A su vez, los recursos naturales se clasifican usualmente en renovables y no renovables. Los primeros, son aquellos que la propia naturaleza repone periódicamente mediante procesos biológicos o de otro tipo, esto es, que se renuevan por sí mismos. Por el contrario, los recursos no renovables se caracterizan por cuanto existen en cantidades limitadas y no están sujetos a una renovación periódica por procesos naturales. Esta diferencia es conceptualmente clara y de gran trascendencia, pues los recursos naturales renovables, como el agua o la madera, pueden ser utilizados de manera indefinida, siempre y cuando en su explotación se respeten los condicionamientos naturales que permiten su autorreproducción. Por consiguiente, una mala explotación puede deteriorarlos e incluso destruirlos, por lo cual los ecólogos señalan con acierto que, a pesar de ser renovables, son recursos que se pueden agotar. Sin embargo, en principio tales recursos pueden ser utilizados en forma indefinida, si su explotación es adecuada. En cambio, cuando se consume una cantidad de un recurso no renovable -como el carbón- ella no puede ser reemplazada, pues la naturaleza no la repone, al menos en una escala humana de tiempo. Por ende, los recursos no renovables existen en cantidad limitada y progresivamente se van agotando, por lo cual la ecología los concibe como un capital natural que inevitablemente se irá consumiendo.*
>
> *Para la Corte es claro que cuando el artículo 80 se refiere al deber del Estado de planificar el manejo de los recursos naturales a fin de garantizar su desarrollo sostenible, la norma constitucional hace referencia no sólo a la Nación sino al conjunto de autoridades públicas, no sólo por cuanto es un deber que naturalmente se predica de todas ellas sino, además, porque específicamente la Carta consagra obligaciones ecológicas de otras entidades territoriales."* (Subraya la Sala)

A este tenor, el Código Nacional de Recursos Naturales contenido en el Decreto 2811 de 1974 en su artículo 2° preceptúa que el objeto de esta normatividad es: a) lograr la preservación y restauración del ambiente y la conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos

736

naturales renovables, según criterios de equidad que aseguren el desarrollo armónico del hombre y de dichos recursos, la disponibilidad permanente de éstos y la máxima participación social, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional; b) prevenir y controlar los efectos nocivos de la explotación de los recursos naturales no renovables sobre los demás recursos y c) regular la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y del ambiente.

De lo que se deduce, que la protección constitucional y legal de los recursos naturales y de medio ambiente tiene como finalidad su conservación, preservación y restauración, mediante el uso racional y mejoramiento de los mismos, asegurando su disponibilidad permanente, para beneficio de la salud y el bienestar de los presentes y futuros habitantes del territorio nacional; la prevención y control de eventuales efectos nocivos por la explotación de dichos recursos, por ser un derecho colectivo de naturaleza social y ambiental, en aras de promocionar y preservar la calidad de vida de la comunidad.

2.3. Seguridad y salubridad públicas

La seguridad y salubridad pública se han entendido tradicionalmente como elementos del concepto de orden público. Así lo recuerda Eustorgio Sarria en su libro de Derecho Administrativo: *"El orden público en sentido tradicional es el orden material y externo, esto es, la situación de hecho antítesis del desorden. Tres elementos lo integran: 1) la tranquilidad pública, o tranquilidad en las calles o vías; 2) la seguridad pública, o garantía preventiva permanente contra los delitos; 3) la salubridad pública, o garantía preventiva permanente contra los factores patógenos que pongan en peligro la salud de los asociados".*

737

El artículo 78 de la Constitución Política preceptúa: *«Articulo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios…»*

En cuanto al derecho colectivo a la seguridad pública como lo precisó el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 5 de febrero de 2009 C. P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta, "*es uno de los elementos constitutivos del orden público, que en la doctrina se delimita como ausencia de riesgos de accidentes, su prevención de diversos tipos y de flagelos humanos y naturales, incendios, inundaciones, accidentes de tránsito, etc., lo que mismo que atentados contra la seguridad del Estado. La seguridad publica comprendía dentro del concepto de orden público no se agota en el desempeño de una "policía de seguridad, que solo evitaba disturbios y sublevaciones y que identificaba el concepto de orden público con un deber genérico de abstención frente a derechos individuales, sino que se extiende a otro tipo de actividades, encaminadas a garantizar unas condiciones mínimas para la vida en sociedad".*

Y frente al derecho colectivo a la salubridad pública ha sostenido el Consejo de Estado[3], de manera coincidente con la Corte Constitucional que:

> *"En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los conceptos de seguridad y salubridad públicas; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad." "…Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que*

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

738

puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria. Es decir, que al momento de ponerse en funcionamiento determinados proyectos de los cuales se pueda derivar algún perjuicio para los ciudadanos, se deben realizar los estudios previos y tomar las medidas conducentes para evitar que se produzca un impacto negativo en las condiciones de salud y seguridad de los asociados".

Por otra parte, el derecho a la seguridad pública puede llegar a ser vulnerado, en cuanto no se garantice por las autoridades competentes, la tranquilidad, la seguridad colectiva así como la convivencia ciudadana, en las calles o vías o se prevengan de manera permanente los delitos y/o contravenciones, además de posibles daños o contigencias producto de actividades lícitas, caso en el cual se instará a las autoridades competentes, para que ejerzan sus funciones tendientes a asegurar este derecho colectivo.

De la carga de la prueba en las acciones populares

El artículo 30[4] de la Ley 472 de 1998 establece que la carga de la prueba en las acciones populares corresponde al demandante, debiendo éste demostrar los hechos, acciones u omisiones que generan amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados y de los cuales se pretende su protección, utilizando los medios probatorios que sean conducentes, pertinentes y útiles para; por su parte, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, precisa que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que ellas persiguen.

---

[4] ARTICULO 30. CARGA DE LA PRUEBA. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.
En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

739

Así, frente a la carga probatoria en esta acción constitucional el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de abril de 2007, radicado 2004-00425-01(AP) C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, puntualizó:

> *"...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones,* ***la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba*** (resalta la Sala).
>
> *Por tanto, la carga de la prueba impone al actor popular el deber de* ***precisar y probar*** *los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda."*

Anticipa esta Sala de decisión que negará el amparo de los derechos colectivos deprecados, pues del material probatorio obrante decreto en el trámite procesal, que resulta relevante y del cual a continuación se hará el respectivo análisis junto con la normatividad vigente aplicable, se colige que no existe vulneración de los derechos colectivos por acción u omisión por parte de las autoridades públicas o de los particulares involucrados en el presente asunto.

De la presunta afectación de los derechos colectivos en el caso concreto

Para resolver el caso particular deberá analizarse el material probatorio que obra dentro del expediente, junto con la normatividad vigente aplicable, según: a) la problemática presentada, b) las normas de protección al medio ambiente y a los recursos naturales renovables, particularmente del recurso atmósfera, c) las competencias de las autoridades públicas accionadas y de las sociedades comerciales

740

encargadas de la prestación del servicio de transporte masivo frente a la protección al medio ambiente y d) de las pruebas, como a continuación se indica:

a) De la problemática presentada

En este asunto particular, se tiene que existe una válida preocupación de la actora popular por la posible afectación al medio ambiente, a la salubridad pública y a la existencia del equilibrio ecológico y el aprovechamiento racional de los recursos naturales cuando considera que con la colocación de los tubos de escape de los buses articulados del Sistema Transmilenio en distancias inferiores y en posiciones incorrectas, están en contravención de las normas legales y técnicas que regulan la materia, generando así una alta emisión de gases contaminantes viéndose afectado los derechos colectivos tanto de conductores como de peatones que circulan cerca de las calzadas donde opera el mencionado sistema de transporte masivo.

b) De la protección al medio ambiente y a los recursos naturales renovables

El Decreto Ley 2811 de 1974 *"Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente"*, señala en el artículo 7° que toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente sano, mientras que en el artículo 8° preceptúa que se consideran factores que deterioran el ambiente, entre otros, los siguientes: i) la contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables, ii) la degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras, iii) las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas, iv) la sedimentación en los cursos y depósitos de agua, v) los cambios nocivos el lecho de las aguas, vi) la acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios, etc.

Frente a la protección de la atmósfera, los artículos 73 a 75 del mencionado Código rezan lo siguiente:

741

*"**Artículo 73º.-** Corresponde al Gobierno mantener la atmósfera en condiciones que no causen molestias o daños, o interfieran el desarrollo normal de la vida humana, animal o vegetal y de los recursos naturales renovables.*

***Artículo 74º.-** Se prohibirá, restringirá o condicionará la descarga, en la atmósfera de polvo, vapores, gases, humos, emanaciones y, en general, de sustancias de cualquier naturaleza que puedan causar enfermedad, daño o molestias a la comunidad o a sus integrantes, cuando sobrepasen los grados o niveles fijados.*

***Artículo 75º.-** Para prevenir la contaminación atmosférica se dictarán disposiciones concernientes a:*

La calidad que debe tener el aire, como elemento indispensable para la salud humana, animal o vegetal;

El grado permisible de concentración de sustancias aisladas o en combinación, capaces de causar perjuicios o deterioro en los bienes, en la salud humana, animal y vegetal;

Los métodos más apropiados para impedir y combatir la contaminación atmosférica;

La contaminación atmosférica de origen energético, inclusive la producida por aeronaves y demás automotores;

Restricciones o prohibiciones a la importación, ensamble, producción o circulación de vehículos y otros medios de transporte que alteren la protección ambiental, en lo relacionado con el control de gases, ruidos y otros factores contaminantes;

La circulación de vehículos en lugares donde los efectos de contaminación sean más apreciables;

El empleo de métodos adecuados para reducir las emisiones a niveles permisibles;

Establecimiento de estaciones o redes de muestreo para localizar las fuentes de contaminación atmosférica y detectar su peligro actual o potencial."

Para la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 948 de 1995, estableciendo lo siguiente:

*"**Artículo 3º.-** Tipos de Contaminantes del Aire. Son contaminantes de primer grado, aquellos que afectan la calidad del aire o el nivel de inmisión, tales como el ozono troposférico o smog fotoquímico y sus precursores, el monóxido de carbono, el material particulado, el dióxido de nitrógeno, el dióxido de azufre y el plomo.*

742

Son contaminantes tóxicos de primer grado aquellos que emitidos, bien sea en forma rutinaria o de manera accidental, pueden causar cáncer, enfermedades agudas o defectos de nacimiento y mutaciones genéticas.

Son contaminantes de segundo grado, los que sin afectar el nivel de inmisión, generan daño a la atmósfera, tales como los compuestos químicos capaces de contribuir a la disminución o destrucción de la capa estratosférica de ozono que rodea la Tierra, o las emisiones de contaminantes que aún afectando el nivel de inmisión, contribuyen especialmente al agravamiento del "efecto invernadero", o cambio climático global.

Se entiende por contaminación primaria, la generada por contaminantes de primer grado; y por contaminación secundaria, la producida por contaminantes del segundo grado.

La autoridad ambiental dará prioridad al control y reducción creciente de las emisiones de estas sustancias y de los tipos de contaminación atmosférica de que trata este artículo.

(...)

Artículo 19º.- *Restricción de Uso de Combustibles Contaminantes. No podrán emplearse combustibles con contenidos de sustancias contaminantes superiores a los que establezcan los respectivos estándares, en calderas y hornos para uso comercial e industrial o para generación de energía en termoeléctricas o en motores de combustión interna de vehículos automotores.*

El Ministerio del Medio Ambiente establecerá las normas y los criterios ambientales de calidad que deberán observarse en el uso de combustibles, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo.

(...)

Artículo 37º.- *Sustancias de Emisión Controlada en Fuentes Móviles Terrestres. Se prohíbe la descarga al aire, por parte de cualquier fuente móvil, en concentraciones superiores a las previstas en las normas de emisión, de contaminantes tales como monóxido de carbono (CO), hidrocarburos (HC), óxidos de nitrógeno (NOX), partículas, y otros que el Ministerio del Medio Ambiente determine, cuando las circunstancias así lo ameriten.*

Artículo 38º.- *Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 2107 de 1995 Emisiones de Vehículos Diesel. Se prohíben las emisiones visibles de contaminantes en vehículos activados por Diesel (ACPM), que presenten una opacidad superior a la establecida en las normas de emisión. La opacidad se verificará mediante mediciones técnicas que permitan su comparación con los estándares vigentes.*

A partir del 1 de enero de 1997 no podrán ingresar al parque automotor de servicio de transporte público, o al de carga de dos ejes o más, vehículos activados por Diesel (ACPM) cuyo motor no sea turbocargado. Para dar cumplimiento a esta prohibición, las autoridades competentes negarán las respectivas licencias o autorizaciones.

Queda prohibido el uso de tubos de escape de vehículos diesel de dos ejes o más que transiten por la vía pública, que emitan humos sobre los costados laterales del automotor. Los tubos de escape de tales vehículos deberán estar dirigidos hacia arriba, ser localizados en la parte posterior o delantera del automotor, y efectuar sus descargas a una altura no inferior a tres (3) metros

743

del suelo. Todos los vehículos de estas características, que no cumplan con los anteriores requisitos, dispondrán de tres (3) meses, contados a partir de la vigencia de este Decreto, para hacer las readecuaciones correspondientes de manera que se ajusten a la norma. Una vez vencido dicho término, si no cumplieren con lo aquí establecido, no podrán circular, hasta que las autoridades verifiquen plenamente que las adecuaciones cumplen con la norma, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes."
(Subrayas fuera de texto)

Posteriormente, mediante Resolución 1552 de 2000 *"Por el cual se modifica el artículo 38 del Decreto 948 de 1995, modificado por el artículo 3o del Decreto 2107 de 1995"*, se consagró una excepción a la ubicación y distancia del tubo de escape, precisando:

"(...) Queda prohibido el uso de tubos de escape de descarga horizontal en vehículos diesel con capacidad de carga superior a tres (3) toneladas o diseñados para transportar más de diecinueve (19) pasajeros que transiten por la vía pública. Los tubos de escape de dichos vehículos deberán estar dirigidos hacia arriba y efectuar su descarga a una altura no inferior a tres (3) metros del suelo o a quince (15) centímetros por encima del techo de la cabina del vehículo.

Los propietarios, fabricantes, ensambladores e importadores de todos los vehículos de estas características que no cumplan con los requisitos del inciso tercero del presente artículo, deberán hacer las adecuaciones correspondientes de manera que se ajusten a lo dispuesto en la presente norma, en orden a lo cual se les otorga plazo hasta el 1° de marzo de 1996. Una vez vencido dicho término, si no cumplieren con lo aquí establecido, no podrán circular hasta que las autoridades verifiquen que las adecuaciones cumplen con la norma.

Exceptúase del cumplimiento de las medidas contenidas en los incisos 2° y 3° del presente artículo, a todos los vehículos diesel año modelo 2001 en adelante".

En consecuencia, la norma consagra una excepción a la ubicación y distancia del tubo de escape de los vehículos que sean modelo posterior a 2001 y que trabajen con combustible diesel, dada las nuevas tecnologías que se incorporan en los mismos, que impiden la emisión de sustancias contaminantes al aire fuera de los límites permisibles y la eficiencia de la combustión.

El Ministerio de Medio Ambiente expidió la Resolución 1048 de 1999, en la que se establecieron los niveles permisibles de emisión de

744

contaminantes producidos por fuentes móviles terrestres a gasolina o diesel en condición de prueba dinámica a partir del año modelo 2001.

Se tiene entonces que es deber del gobierno nacional expedir la normatividad ambiental tendiente a proteger el recurso atmósfera y tomar las medidas preventivas y correctivas pertinentes para evitar impactos sobre el mismo, prohibiendo, restringiendo o condicionando la descarga de sustancias de cualquier naturaleza que puedan causar enfermedad, daño o molestias al conglomerado social o al medio ambiente, cuando se sobrepasen los grados o niveles permisibles previamente fijados, situación que se encuentra acreditada, dada la normativa expedida por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

c) Las competencias de las autoridades públicas accionadas y de las sociedades comerciales encargadas de la prestación del servicio de transporte masivo frente a la protección al medio ambiente

Como primera autoridad ambiental, el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, tiene como funciones principales las de dictar regulaciones ambientales de carácter general, para controlar y reducir la contaminación atmosférica en todo el territorio nacional, definir y regular los instrumentos administrativos y los mecanismos necesarios para la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, establecer los límites máximos permisibles de emisión que puedan afectar el medio ambiente o los recursos naturales renovables, acorde a lo señalado en los numerales 11, 14 y 25 del artículo 5° de la Ley 99 de 1993.

El artículo 65 del Decreto 948 de 1995 *"Reglamento de Protección y Control de la Calidad del Aire"* precisa las funciones del Ministerio de Medio Ambiente en relación con la calidad y el control de la contaminación del aire, disponiendo entre otras regulaciones, prohibiciones y restricciones sobre emisiones contaminantes por fuentes móviles:

745

*"**Artículo 65º.-** Funciones del Ministerio del Medio Ambiente. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente, dentro de la órbita de sus competencias, en relación con la calidad y el control a la contaminación del aire:*

a) Definir la política nacional de prevención y control de la contaminación del aire;

b) Fijar la norma nacional de calidad del aire;

c) Establecer las normas ambientales mínimas y los estándares de emisiones máximas permisibles, provenientes de toda clase de fuentes contaminantes del aire;

d) Dictar medidas para restringir la emisión a la atmósfera de sustancias contaminantes y para restablecer el medio ambiente deteriorado por dichas emisiones;

e) Definir, modificar o ampliar, la lista de sustancias contaminantes del aire de uso restringido o prohibido;

(...)

j) Establecer las normas de prevención y control de la contaminación atmosférica proveniente de actividades mineras, industriales y de transporte, y, en general, de la ocasionada por toda actividad o servicio, público o privado;

l) Homologar los instrumentos de medición y definir la periodicidad y los procedimientos técnicos de evaluación de la contaminación del aire, que utilicen las autoridades ambientales;

m) Fijar los factores de cálculo y el monto tarifario mínimo de las tasas retributivas y compensatorias por contaminación del aire;

n) Otorgar los permisos de emisión solicitados, cuando le corresponda conceder licencias ambientales en los términos previstos por la ley y los reglamentos;

o) Imponer las medidas preventivas y las sanciones por la comisión de infracciones, en los asuntos de su exclusiva competencia o en los que asuma, a prevención de otras autoridades ambientales, con sujeción a la ley y los reglamentos.

***Parágrafo 2º.-** El Ministerio del Medio Ambiente establecerá los requisitos que el INCOMEX deberá exigir para la importación de bienes, equipos o artefactos que impliquen el uso de sustancias sujetas a los controles del Protocolo de Montreal y demás normas sobre protección de la capa de ozono estratosférico."*

El Código de Recursos Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974) consagra los poderes policivos que pueden utilizar los funcionarios competentes en colaboración de la Fuerza Pública, para obtener la protección de los recursos naturales renovables, señalando:

746

*"**ARTICULO 305.** Corresponde a los funcionarios competentes velar por el cumplimiento de las disposiciones de este código y las demás legales sobre la materia e impartir las órdenes necesarias para la vigilancia y defensa de los recursos naturales, renovables y del ambiente.*

***ARTICULO 306.** El incendio, inundación, contaminación u otro caso semejante, que amenace perjudicar los recursos naturales renovables o el ambiente se adoptarán las medidas indispensables para evitar, contener o reprimir el daño, que durarán lo que dure el peligro".*

Por su parte, la Ley 1333 de 2009 *"Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones"* en los artículos 1° y 2° que subrogaron el artículo 83 de la Ley 99 de 1993 precisan que además de las autoridades ambientales los entes territoriales están investidos de facultades sancionatorias ambientales a prevención disponiendo lo siguiente:

*"**ARTÍCULO 1o. TITULARIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA EN MATERIA AMBIENTAL. El Estado es el titular de la potestad sancionatoria en materia ambiental y la ejerce sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial**, las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, las Unidades Ambientales de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, los establecimientos públicos ambientales a que se refiere el artículo 13 de la Ley 768 de 2002 y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Uaespnn, de conformidad con las competencias establecidas por la ley y los reglamentos.*

PARÁGRAFO. En materia ambiental, se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.

ARTÍCULO 2o. FACULTAD A PREVENCIÓN. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial**; la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales; las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible; las Unidades Ambientales Urbanas de los grandes centros urbanos a que se refiere el artículo 66 de la Ley 99 de 1993; los establecimientos públicos a los que hace alusión el artículo 13 de la Ley 768 de 2002; la Armada Nacional; así como los departamentos, municipios y distritos, **quedan investidos a prevención de la respectiva autoridad en materia sancionatoria ambiental. En consecuencia, estas autoridades están habilitadas para imponer y ejecutar las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en esta ley y que sean aplicables, según el caso, sin perjuicio de las competencias legales de otras autoridades.

PARÁGRAFO. En todo caso las sanciones solamente podrán ser impuestas por la autoridad ambiental competente para otorgar la respectiva licencia ambiental, permiso, concesión y demás autorizaciones ambientales e instrumentos de manejo y control ambiental, previo agotamiento del

747

procedimiento sancionatorio. Para el efecto anterior, la autoridad que haya impuesto la medida preventiva deberá dar traslado de las actuaciones a la autoridad ambiental competente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la imposición de la misma." (Negrillas no originales)

Así, el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, es la autoridad con claras competencias legales y constitucionales para la protección del medio ambiente, debiendo velar por la protección de los recursos naturales, garantizando su desarrollo sostenible, el uso y disfrute para las generaciones futuras debiendo tomar las medidas para la prevención o mitigación de los daños que puedan llegar a generar por la actividad de los particulares que los menoscaben e imponer las medidas correctivas y sancionatorias pertinentes.

De otro lado, y cuando se trate de la importación de vehículos automotores, conforme al artículo 91 del Decreto 948 de 1995, el Ministerio de comercio, Industria y Turismo por intermedio del Incomex está obligado a solicitar a los fabricantes, ensambladores e importadores la presentación de una certificación expedida por la casa fabricante o la que sea propietaria del diseño, visada por la autoridad ambiental competente del país de origen o por un laboratorio autorizado, en donde se acredite que los vehículos cumplen con las normas de emisión por peso vehicular establecidas por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Para la importación de vehículos diesel se requerirá certificación de que cumplen con las normas sobre emisiones, opacidad y turbocarga, establecidas en el artículo 38 del citado Decreto. La importación de vehículos diesel con carrocería, requerirá certificación de que la orientación y especificaciones del tubo de escape cumple con las normas. La autoridad ambiental competente y las autoridades de policía podrán exigir dichas certificaciones para los efectos de control de la contaminación.

d) De las pruebas

748

Visto el anterior marco normativo aplicable al caso, la Sala examinará los elementos probatorios que fueron incorporados al proceso de la siguiente manera:

En el curso del proceso, conforme a las pruebas decretadas en *memorando No. 6201 del 25 de septiembre de 2003 elaborado por el Subdirector Ambiental Sectorial del Departamento Técnico Administrativo de Medio Ambiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá*, se indicó que resultaba más beneficioso que los vehículos tuvieran el tubo de escape a más de 3 metros de altura, ya que el material particulado emitido tiene mayor posibilidad de diluirse en el aire causando menores molestias a los transeúntes, conductores y pasajeros, sin embargo el vehículo tiene su punto de emisión a menos de 1 metro y direccionado hacia los vehículos que transitan por la vía paralela de Transmilenio, lo que hace que tal material esté más concentrado, aunque en un porcentaje relativamente bajo se deposite en la vía y no exista en el aire, pero afectando a los conductores, pasajeros y peatones, precisando que todos los buses de Transmilenio cuentan con certificado de emisiones de acuerdo con las normas ambientales vigentes y de los operativos realizados en las vías por el DAMA durante el año 2003, sólo 3 de 47 vehículos de Transmilenio incumplieron los niveles de emisión establecidos en las normas (Fls. 371-373).

El anterior informe, fue complementado por la misma entidad con *memorando No. 1802 de julio 30 de 2004*, señalando que el DAMA no ha efectuado estudios detallados alrededor del tema, sin embargo, ha emitido consideraciones técnicas en virtud del conocimiento que tiene sobre las características del material particulado generado por vehículos diesel y su comportamiento de dispersión en el medio ambiente, concluyendo que el hollín que se ve en la vía está conformado en su mayoría por material particulado mayor a 10 micras, el cual tiene pocas probabilidades de ingresar al sistema respiratorio, pues es retenido por los sistemas de captura de partículas ubicados en las fosas nasales, teniendo baja incidencia en la afectación de la salud, pero si una

marcada incidencia de tipo estético, y si se requiere de argumentos precisos e inequívocos debe consultarse con el Ministerio de Medio Ambiente, quien cuenta con estudios técnicos detallados y las valoraciones sobre los impactos de salud que se requieran para modificar la disposición de la altura del exhosto en vehículos diesel. (Fls. 467-468).

Ante las inconsistencias y dudas que presentaba tal información, se presentó objeción por error grave, siendo designado el señor *Félix de Jesús Ortiz Inoa, ingeniero químico como perito por el Procurador Delegado para Asuntos Ambientales de la Procuraduría General de la Nación*, para que rindiera dictamen pericial quien mediante *informe técnico del 13 de mayo de 2005* (Fls. 501-523) consideró debía darse viabilidad a las pretensiones de la demanda a fin de solucionar la problemática de contaminación que afecta en forma grave al Distrito Capital, precisando que:

- "Según estudios del Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente –DAMA- las fuentes móviles (vehículos) aportan a la ciudad el 65% de la carga contaminante y el 96% de la carga total de contaminantes específicos como CO, HC, NOx y MP son producidos por las fuentes móviles, siendo necesario establecer controles más estrictos al parque automotor que circula en la ciudad.
- Las estadísticas de monitoreo y control de los vehículos diesel revisados cerca del 50% sobrepasan los límites máximos permisibles estipulados en la normatividad Distrital y los vehículos rechazados deben ser inmovilizados por exceder los LMP's establecidos en la Resolución 556/2003.
- La descarga de los gases por fuentes móviles a una altura menor a los 3 metros tiene una desventaja que significa i) mayor permanencia de los gases implicando mayor tiempo de exposición de los contaminantes para peatones, pasajeros y conductores, ii) menor mitigación y dispersión atmosférica de los gases y partículas contaminantes (menor mitigación del grado de concentración), iii) riesgo para las personas que padecen infecciones respiratorias agudas.
- Del operativo especial de monitoreo y control de emisiones realizado a Transmilenio los días 4 a 10 de abril de 2005, se encontró que *a pesar de que los buses que componen el sistema fueron diseñados de acuerdo a las tecnologías internacionales Euro II y III, existe un alto incumplimiento a las normas establecidas por las autoridades ambientales relacionadas con los niveles de contaminación permitidos*, pues el porcentaje promedio de opacidad para las pruebas rechazadas fue del 54.05% y de los 28 vehículos rechazados, 4 fueron inmovilizados por registrar valores superiores al 40% de opacidad

750

> establecido en la Resolución 556/2003; recomienda a los operadores de las diferentes rutas que operan el sistema, el estudio de impacto ambiental, con estudios de aclimatación de los buses, programas de mantenimiento correctivo, preventivo, de contaminación atmosférica y de consumo de combustibles, dada la mala calidad del combustible utilizado no tiene presentación que los vehículos continúen operando con escape de descarga horizontal a menos que se haga un cambio a un combustible más limpio" (Subrayas y cursivas no originales).

Luego de rendido el dictamen pericial decretado, se dispuso su aclaración y complementación por auto del 5 de julio de 2005, puntualizando el perito designado que el método utilizado para seleccionar los buses de Transmilenio a los que se realizaron las pruebas y mediciones de gases fue aleatorio en los patios que contaban con facilidad de espacio para efectuar las pruebas con el opacímetro de flujo parcial, expidiendo el respectivo certificado de calibración, los cuales reposan en el DAMA, de conformidad con la Resolución 005 del 9 enero de 1996 proferida por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Territorial e indica que para cambiarse a un combustible más limpio debe comprarse o utilizarse uno que contenga menor cantidad de azufre en ppm que el actualmente utilizado, lo que genera un mayor costo de inversión; el problema de contaminación por las altas emisiones en los tubos de escape es consecuencia tanto de la mala calidad del combustible actualmente utilizado como del mal funcionamiento del vehículo y arguye que los transeúntes y los usuarios del sistema recibirían un menor impacto en las vías respiratorias si las partículas contaminantes salen de los tubos de escape a una altura de tres metros y no al nivel del suelo, pues es mayor la permanencia de la emisiones en concentraciones desfavorables, en razón a que no se mitiga su impacto por dispersión porque es menor la presencia de vientos al nivel del suelo que si el exosto estuviera a 3 metros (Fls. 556-565).

Sin embargo, para desvirtuar las afirmaciones acerca de la presunta contaminación del aire por la emisión de gases contaminantes por parte de los buses de Transmilenio y para dar mayor razón a lo planteado por el Consejo de Estado en el fallo 09 de diciembre de 2004 A.P. radicado

751

No. 2001-00326-01 el cual será analizado más adelante, el Despacho ponente llevó a cabo diligencia de testimonio técnico el 09 de julio de 2013 (Fls. 632-640 C.2), donde el señor *NÉSTOR ROJAS ROA* en su calidad de ingeniero químico, doctor en ingeniería ambiental y docente de la Universidad Nacional, manifestó que los buses de Transmilenio introdujeron las tecnologías EURO III y EURO IV en sus motores y que cuentan con nuevos esquemas de operación y mantenimiento, cumpliendo los niveles de opacidad exigidos por las normas de autorregulación, mejorando la calidad del combustible diesel al reducir en el mismo el contenido de azufre y la emisión de partículas contaminantes y óxidos de nitrógeno a un porcentaje de 4% respecto de la flota de buses de transporte colectivo, camiones y motocicletas de dos tiempos que producen el 96% de la contaminación en la ciudad.

Precisa que tal información ha sido obtenida de los operadores del sistema, así como de las mediciones que se han hecho a los buses de Transmilenio por diversas universidades como los Andes y la Nacional, en proyectos para la Secretaria Distrital de Ambiente y para el Banco Mundial.

De igual manera, sostuvo que es necesario aplicar las normas referentes a la reducción de las emisiones de material particulado por parte de los vehículos utilizados para el transporte de pasajeros y mejorar la calidad del combustible y de los motores, sin que sea necesario una altura o ubicación determinada del tubo de escape para efectuar tal descarga, en atención a que con las nuevas tecnologías aplicadas a los motores de los articulados la contaminación va a ser cada vez menor por la disminución del consumo del combustible; y de otra parte, que la autoridad ambiental ejerza los correspondientes controles para que los vehículos en uso no excedan los límites máximos permisibles de contaminantes del aire, continuando con la modificación del sistema de transporte colectivo que incluya mejores tecnologías, mejores prácticas de operación y mantenimiento con un esquema similar al que tiene Transmilenio.

752

En este punto del análisis resulta pertinente, mencionar la providencia emitida el 09 de diciembre de 2004 por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado C.P. María Elena Giraldo Gómez radicado No. 25000-23-26-000-2001-00326-01, que al resolver acerca de la contaminación por emisión de gases de los buses del sistema Transmilenio precisó que los vehículos utilizados por el concesionario, están exceptuados del cumplimiento del Decreto 1552 de 2000, por ser modelo 2001 en adelante y operar con combustible diesel; además según prueba pericial practicada e informe de gestión ambiental rendido por el antes Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el sistema Transmilenio maneja estándares de contaminación muy por debajo de los niveles tolerables y permitidos, al utilizar combustible de la más alta calidad del convencional y al poseer los buses un convertidor catalítico con capacidad y características acordes con el motor y el combustible diesel que usan, conforme a lo pactado en el contrato de concesión para disminuir el impacto ambiental, incluso durante la operación, el comportamiento ambiental del sistema es correcto pues el material particulado está por debajo de lo normal y las concentraciones son bajas, sin que se constituyan en fuente de amenaza o vulneración de los derechos colectivos al medio ambiente y a la salubridad pública.

Ahora bien, atendiendo el testimonio técnico rendido en esta instancia procesal y lo resuelto por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 09 de diciembre de 2004 ya citada, debe concluir la Sala que no existe amenaza o afectación de los derechos e intereses colectivos invocados, pues el sistema de transporte público masivo maneja una moderna tecnología en sus motores y ha tratado de utilizar un combustible más limpio, impidiendo que la emisión de los gases de sus buses articulados genere impactos negativos en el medio ambiente y en la salud del conglomerado social, sin que ello obste para que los operadores concesionarios del sistema continúen mejorando las técnicas y/o esquemas de operación y mantenimiento tanto correctivo como

753

preventivo de sus buses, utilizando combustibles cada vez más limpios, aplicando las normas ambientales que correspondan, para reducir las partículas contaminantes que se llegaren emitir con ocasión del funcionamiento del sistema Transmilenio S.A. para mitigar los impactos negativos al medio ambiente y la salubridad pública.

En consonancia con lo antes mencionado, se tiene que las autoridades públicas accionadas hasta el momento han cumplido con sus obligaciones en materia ecológica, evitando el deterioro del medio ambiente y de los recursos naturales y garantizando el desarrollo sostenible, a través de la reglamentación, la prevención, el control y la imposición de sanciones cuando haya lugar a ello, sin que sea necesario endilgarles algún tipo de responsabilidad.

Los particulares por su parte, conforme lo establecen los artículos 78 y 95 superior están obligados a cumplir la Constitución y las leyes, asegurando que cuando éstos presten ó suministren servicios se haga en condiciones de calidad y seguridad para los consumidores o usuarios del mismo, por ende, las sociedades comerciales concesionarias del sistema Transmilenio que fueron demandadas deberán acatar las exigencias y disposiciones legales, reglamentarias y técnicas en materia de protección medio ambiental, expedidas por las autoridades competentes y efectuar los mantenimientos preventivos y/o correctivos que correspondan.

3. La excepción de cosa juzgada y el fenómeno de agotamiento de jurisdicción

La excepción de cosa juzgada se ha entendido como una institución jurídico procesal, mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Sus efectos están concebidos para alcanzar un estado de seguridad jurídica y para la estructuración de esta figura se requiere que se presente

784

identidad jurídica de partes, identidad de objeto e identidad de causa, respecto de un pronunciamiento anterior[5].

En cuanto a la excepción de cosa juzgada en las acciones populares, el artículo 23 de la Ley 472 de 1998, preceptúa lo siguiente:

> *"Artículo 23. Excepciones. En la contestación de la demanda sólo podrá <sic> proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia.*
>
> *En consecuencia, las pruebas pertinentes se practicarán en el mismo plazo señalado para las pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación de la misma."*

Por su parte el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 322 regula el fenómeno de la cosa juzgada, estableciendo que:

> *"ARTÍCULO 332. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*
> *(...)*
>
> *La sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes.*
>
> *La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión"* (Subrayas no originales).

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-622 del 14 de agosto de 2007 sobre el fenómeno de cosa juzgada en las acciones populares precisó:

> *"En términos generales, la cosa juzgada hace referencia a los efectos jurídicos de las sentencias, en virtud de los cuales éstas adquieren carácter de inmutables, definitivas, vinculantes y coercitivas, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y decididos en ellas, no resulta admisible plantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento. La cosa juzgada brinda así seguridad y estabilidad a las decisiones judiciales.*
>
> *Tratándose de la protección de derechos e intereses colectivos, no puede entonces entenderse que la cosa juzgada es absoluta, pues la naturaleza propia de tales derechos e intereses implica la titularidad de*

[5] Sentencia del Consejo de Estado del 30 de junio de 2011 Radicación número: 15001-23-31-000-2004-01190-01(AP) M.P. María Elizabeth García González.

755

la acción en cabeza de un número más o menos extenso de personas afectadas con la amenaza o violación de tales derechos, que aun cuando habrían podido participar en el proceso, estarían despojadas de la oportunidad de ejercer una acción popular para enmendar una situación de amenaza o afectación de esos derechos que ocurra en la misma colectividad frente al caso fallado, respecto de una sentencia desestimatoria de los mismos y la aparición con posterioridad al fallo de nuevas pruebas que demuestren tal vulneración. Considera la Corte que los recursos probatorios previstos por la ley no son idóneos para superar el conflicto de inconstitucionalidad que surge de reconocerle efectos erga omnes a las sentencias desestimatorias, particularmente, frente a la circunstancia de que después del fallo aparezcan nuevas pruebas definitivas para cambiar la decisión inicial, pues es claro que tales elementos de juicio, por sustracción de materia, no pudieron ser allegados al proceso en el respectivo periodo probatorio ni valorados por la sentencia.

El presente pronunciamiento establece una excepción al principio de cosa juzgada, de manera que, aun existiendo identidad de sujetos, objeto y causa, si la decisión del juez popular es desestimatoria, y surgen nuevas pruebas trascendentales que puedan variar la decisión anterior, es posible un nuevo pronunciamiento judicial para proteger los derechos colectivos. La Corte, para garantizar los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el principio de efectividad de los derechos colectivos, procederá a declarar la exequibilidad condicionada, bajo el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del publico en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior." (Subraya la Sala)

Por tanto, para resolver si en el presente asunto se dan tales requisitos, en el siguiente cuadro comparativo se examinará si en el caso concreto se presenta el fenómeno de cosa juzgada en relación con el fallo proferido por el H. Consejo de Estado invocado por los apoderados de las sociedades comerciales que hacen parte del sistema de transporte público masivo Transmilenio, como a continuación se verá:

	Fallo del Consejo de Estado Sección Tercera C.P. María Elena Giraldo Gómez del 09 de diciembre de 2004 A.P. radicado No. 25000-23-26-000-2001-00326-01	**Acción Popular en trámite del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera A.P. No. 2002-02188 M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, objeto de decisión en esta providencia**
Identidad Jurídica de las Partes	Alcaldía Mayor de Bogotá-Empresa de Transporte del	Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio

756

(Entidades Demandadas)	Tercer Milenio Transmilenio S.A.	S.A., del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de la actora popular, Express del Futuro S.A., Transmasivo S.A., SOMOS K S.A. (antes SI 02 S.A.), Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Metrobus S.A, el Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., Ciudad Móvil S.A. y Connexión Móvil
Objeto **(Pretensiones)**	Se declare a las accionadas responsables de los perjuicios causados y que se están causando a los derechos e intereses colectivos con la contaminación de los buses de la citada empresa transportadora, las vallas publicitarias y la falta de servicios sanitarios en las estaciones y terminales. Se les obligue a adelantar inmediatamente las gestiones y medidas tendientes a eliminar la emisión de humo de los buses de Transmilenio o reducirla a niveles tolerables para la salud humana y en todo caso no sean lanzados a alturas en las que no lleguen directamente al aire respirable por los humanos. Se ordene el retiro de las vallas publicitarias que anuncian la mejora de los sistemas respiratorios y circulatorios. Se dote a las estaciones y terminales de la infraestructura de servicios sanitarios para la comodidad y salubridad de los usuarios. Se adecuen los nuevos buses de Transmilenio con tecnologías limpias que no contaminen el medio ambiente.	Se ordene a las empresas demandadas, propietarias de los buses articulados que operan en el Sistema Transmilenio, disponer el acondicionamiento de los tubos de escape de cada uno de los automotores, de tal forma que se ubiquen a 3 metros de altura sobre el nivel del suelo o a 15 centímetros sobre el techo de la cabina de cada vehículo. Se declare que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y las empresas propietarias de los buses articulados que operan en el sistema Transmilenio son infractores de lo establecido en el artículo 91 del Decreto 948 de 1995. Se ordene al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dar cumplimiento al artículo 91 del Decreto 948 de 1995, exigiendo a los fabricantes, ensambladores e importadores de los buses articulados del sistema Transmilenio la presentación de la certificación expedida por la casa fabricante o propietaria del diseño, visada por la autoridad competente del país de origen o por un laboratorio autorizado, en donde se acredite que los vehículos

757

	Se construyan servicios sanitarios en las nuevas estaciones y terminales. Se reconozca y pague a los actores populares el incentivo que contempla el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.	del sistema al momento de su importación cumplen con las normas de emisión por peso vehicular establecidas por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y con las normas sobre emisiones, opacidad y turbo carga, establecidas en el artículo 38 del Decreto 948 de 1995, inclusive para los vehículos que al momento de presentación de esta acción popular ya hubieran ingresado al país. Se ordene a las empresas demandadas propietarias de los buses articulados que operan el sistema Transmilenio den cumplimiento al artículo 91 del Decreto 948 de 1995, realizando la presentación de la certificación antes mencionada. Se declare la nulidad del Decreto 1552 del 15 de agosto de 2000 expedido por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, por medio de la cual se modifica el artículo 38 del Decreto 948 de 1995, modificado a su vez por el artículo 3° del Decreto 2107 de 1995, con base en los cargos de violación de las normas de protección de la integridad del medio ambiente, del derecho a la igualdad y de la función ecológica de la propiedad y sujeción de la función administrativa a los intereses generales. Subsidiariamente, se dé aplicación al mecanismo de excepción de ilegalidad o vía de excepción consagrada en el artículo 4° de la

758

		Constitución Nacional y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en relación con el Decreto 1552 del 15 de agosto de 2000 expedido por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, toda vez que transgrede los artículos 2°, 58 parágrafo 2°, 79, 80, 95, 209, 334 de la Constitución Nacional, así mismo desconoce los artículos 1°, 2° y 16 de la Ley 23 de 1973, los artículos 1°, 2° y 7° del Código Nacional de Recursos Naturales. Se fije en los términos del artículo 39 de la Ley 472 de 1998, el correspondiente incentivo económico.
Causa	Contaminación por la emisión de gases contaminantes a menos de un metro de altura a través de los exhostos de la parte media inferior de los buses y por la ubicación de vallas publicitarias; ausencia de servicios sanitarios en las estaciones y terminales del sistema.	Contaminación por la emisión de gases contaminantes por indebida ubicación de los tubos de escape de los buses del sistema Transmilenio.
Decisión	Confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera "B" del 27 de febrero de 2004, mediante la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas y se negaron las pretensiones de la demanda, al no haberse demostrado conductas que amenacen o quebranten derechos colectivos.	

Del anterior cuadro comparativo, se concluye que se configura la excepción de cosa juzgada en relación con la decisión ejecutoriada No. 2001-00326-01 adoptada el 09 de diciembre de 2004 por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado C.P. María Elena Giraldo Gómez, debido a que entre la acción ya juzgada y la que es objeto de decisión en esta providencia existe i) **identidad de causa** sólo respecto a la no

759

contaminación del aire por emisión de gases de los buses articulados del sistema Transmilenio a través del exhosto o tubo de escape, ni afectación de los derechos colectivos, debido a que el Decreto 1552 de 2000 excluyó a estos vehículos de las disposiciones técnicas de ubicación y distancias de los tubos de escape, en razón a la tecnología utilizada en los motores y a la calidad del combustible empleado para su operación e ii) **identidad de objeto**, sólo en relación a la pretensión de toma de medidas para evitar que el humo que sale por el exhosto de los buses de Transmilenio sea arrojado a alturas indebidas afectando la salubridad pública, pese a que no existe completa identidad jurídica de partes en cuanto en el presente asunto se demandan adicionalmente a las actuales sociedades concesionarias del sistema Transmilenio y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Y frente al **fenómeno de agotamiento de jurisdicción**, se tiene que es una figura procesal que opera de pleno derecho en las acciones populares, aunque para su formalización requiere de pronunciamiento judicial y, en términos generales, se presenta en aquellos eventos en que existe ausencia absoluta de jurisdicción para definir un determinado asunto jurídico sustancial, en tanto sobre los derechos, objeto y causa que se debate, estos ya son materia de un proceso iniciado con antelación, o que ya se encuentra fallado, circunstancia por lo cual no es posible que se dé otro proceso o un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia.

Lo anterior, dado que a través de la acción popular se protegen derechos que, *prima facie,* se encuentran en cabeza de toda colectividad, por lo que una vez interpuesta la acción popular sobre determinados hechos y derechos, a través de persona natural o jurídica, siendo éste representante de toda la colectividad en el proceso, no es viable la presentación de nuevas demandas, salvo la posibilidad de que

760

cualquier tercero intervenga como coadyuvante, en los términos del artículo 24 de la ley 472 de 1998[6].

Por consiguiente, esta figura opera en desarrollo del principio de celeridad y economía procesal, en tanto busca evitar que se tramiten, en forma paralela, procesos que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, de tal suerte que el juez, al asumir el conocimiento de dicho proceso, restrinja la jurisdicción y la competencia de los demás funcionarios judiciales para conocer del mismo o similar asunto, ante lo cual lo que procede es anular todo lo actuado en el proceso respectivo, si hay lugar a ello, y, consecuencialmente, rechazar la demanda que versa sobre asuntos ya debatidos en otro proceso.

La Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia No. 2009-00030-01 (AP) del 11 de septiembre de 2012 C.P. Susana Buitrago Valencia, para dirimir la divergencia de las posturas existentes entre las diferentes secciones de esa Corporación frente a la figura de agotamiento de jurisdicción, unificó los criterios, concluyendo que:

> *"La Sala Plena del Consejo de Estado **unifica** su postura sobre la materia, en el sentido de determinar que, con el apoyo en los principios de economía, de celeridad y de eficacia que rigen la función judicial, y que por expresa disposición del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 deben orientar el trámite de las acciones populares[7], cuando se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persiga igual causa petendi, basada en los mismos hechos, y contra igual demandado, lo que procede es dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción."* (Subrayas no originales)

En consecuencia, al no estar acreditada la figura del agotamiento de jurisdicción propuesta en el caso concreto, se declarará así por esta Colegiatura.

4. De la nulidad del Decreto 1552 de 2000 y de la aplicación de la excepción de ilegalidad del mismo

---

[6] Fallo del Consejo de Estado del 16 de agosto de 2007 C. P. ENRIQUE GIL BOTERO Radicación No.: 25000-23-24-000-2003-01141 02

[7] Aunados a los de concentración, eventualidad e informalidad como principios generales del C.P.C.

761

Sostiene el accionante que en el caso sometido a examen, al juez de la acción popular le corresponde anular el Decreto 1552 de 2000 o en su lugar aplicar la excepción de ilegalidad del mismo.

Anuncia la Sala que para resolver el problema jurídico mencionado, al interior de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca existen dos posiciones, que se explican a continuación:

a) Posición mayoritaria de la Sala: *Competencia del juez constitucional a través de la acción popular para anular actos administrativos o contratos estatales.*

Comparten la posición mencionada los Magistrados Felipe Alirio Solarte Maya y Luis Manuel Lasso Lozano, quienes afirman que en este y en otros casos, el Decreto 01 de 1984 y aún en las acciones populares sometidas a su régimen, el juez de la acción popular, como juez constitucional le corresponde declarar la nulidad de los contratos estatales y de los actos administrativos, cuando quiera que se encuentre acreditado que con su celebración o expedición se encuentran vulnerados derechos colectivos. Con ponencia del doctor Felipe Alirio Solarte Maya, ésta subsección procedió a declarar la nulidad de un contrato estatal, en sentencia judicial proferida en acción popular[8]. La disposición contenida en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, relacionada con los efectos de las sentencias proferidas en la acción popular, fue declarada exequible por la Corte Constitucional[9], solo resulta aplicable a las acciones populares presentadas con posterioridad al 02 de julio de 2011.

b) Posición de la Magistrada Ponente: *Inexistencia de la competencia del juez constitucional a través de la acción popular para anular actos*

[8] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A M.P. Felipe Alirio Solarte Maya Expediente 11001333101320070019001. Sentencia del 29 de agosto de 2011. Actor: Víctor Edgar Bello Bello contra el Municipio de Soacha.

[9] El artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-644 de 2011, sin que por dicha circunstancia, el mencionado artículo comience a regir desde la fecha de control de constitucionalidad.

762

administrativos o contratos estatales, aún antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, por efectos de la sentencia C-644 de 2011 y sus efectos erga omnes

La posición de la Magistrada Ponente es que resulta en todo caso improcedente la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos que puedan llegar a ser fuente de amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos por parte del juez popular, de acuerdo a la numerosa jurisprudencia del H. Consejo de Estado[10] que ha precisado que sólo es posible ordenar la suspensión de su aplicación o ejecución con miras a proteger tales derechos, pues la revisión de legalidad de la actuación proferida por la administración sólo corresponde al juez contencioso administrativo dentro de los medios de control establecidos en la ley[11].

Conocidas las dos posiciones, corresponde en esta oportunidad adoptar la posición mayoritaria de la Sala, y por tal motivo, será del caso determinar si el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad y si es vulnerador de los derechos colectivos señalados.

Se trata entonces del Decreto 1552 de 2000, cuyo contenido es el siguiente:

DECRETO 1552 DE 2000
(Agosto 15)

---

[10] Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 18 de mayo de 2000 (AP-038), Sentencia del 21 de febrero de 2008 del Consejo de Estado Sección Primera radicado No. 25000-23-25-000-2004-00230-01(AP) C.P. Camilo Arciniegas Andrade, sentencia del 18 de marzo de 2010 (AP-2005-00511-01) y sentencia C-644 de 2011 C.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[11] **Sentencia C-644 de 2011** *"Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135.*

El juez popular no cumple funciones jurisdiccionales como las que ejerce el juez administrativo cuando decide un conflicto entre el Estado y un particular en la que deba decidid si un acto administrativo o un contrato está afectado de alguna causal de nulidad, sino que aquí tiene el papel de garante de un derecho colectivo. Del mismo modo, el juez de la acción popular, antes que dedicarse a determinar quien debía proferir un acto o cómo debía celebrarse un contrato, debe adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto o contrato, cuya forma no consiste precisamente en disponer su anulación"

*Por el cual se modifica el artículo **38** del Decreto 948 de 1995, modificado por el artículo **3**o del Decreto 2107 de 1995.*

***EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,** en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales en especial, de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y*

CONSIDERANDO:

*Que el Decreto **948** de junio 5 de 1995 reglamentario de la Ley 99 de 1993, contiene el Reglamento de Protección y Control de la Calidad del Aire, de alcance general y aplicable en todo el territorio nacional;*

*Que el artículo **38** del Decreto 948 de junio 5 de 1995, modificado por el artículo **3**o del Decreto 2107 de noviembre 30 de 1995, estableció la prohibición del uso horizontal de los tubos de escape con descargas de humo sobre los costados laterales, para los vehículos diesel diseñados paira transportar más de diecinueve (19) pasajeros o con capacidad de carga superior a tres (3) toneladas; Que la medida busca disminuir los niveles de inmisión de contaminantes arrojados al aire por los vehículos accionados por combustible diesel, en especial los año modelo 1997 hacia atrás inclusive, dado que sobre los mismos no se exigió sistema de control ambiental para minimizar sus emisiones;*

Que el Ministerio del Medio Ambiente en conjunto con el Ministerio de Transporte, expidieron la Resolución 1048 de diciembre 6 de 1999, mediante la cual se fijan los niveles permisibles de emisión de contaminantes producidos por fuentes móviles terrestres a gasolina o diesel, en condición de prueba dinámica, a partir de año modelo 2001;

Que como consecuencia de la aplicación de la mencionada norma, los vehículos accionados por combustible diesel, a partir del año modelo 2001, deben implementar sofisticados sistemas de control de emisiones, con el objeto de lograr un cabal cumplimiento de los estándares ambientales allí contenidos;

*Que las nuevas tecnologías de control de emisiones mantendrán los vehículos en niveles de emisión de contaminantes y opacidad muy bajos, razón por la cual no se hace indispensable implementar las obligaciones a que hace referencia el artículo **38** del Decreto 948 de 1995, relacionadas con el turbocargador y el tubo de escape orientado de manera vertical;*

Que adicionalmente las nuevas tecnologías relacionadas con la construcción de carrocerías articuladas, en los nuevos modelos, impiden que los tubos de escape se orienten de manera vertical,

DECRETA:

***ARTÍCULO 1o.** Modifícase el artículo **38** del Decreto 948 de 1995, modificado por el artículo **3**o del Decreto 2107 de 1995, el cual quedará así:*

"Artículo 38. Emisiones de vehículos diesel. Se prohíben las emisiones visibles de contaminantes en vehículos activados por

diesel (ACPM), que presenten una opacidad superior a la establecida en las normas de emisión. La opacidad se verificará mediante mediciones técnicas que permitan su comparación con los estándares vigentes.

A partir del año modelo 1997 no podrán ingresar al parque automotor vehículos con capacidad de carga superior a tres (3) toneladas o diseñados para transportar más de diecinueve (19) pasajeros, activados por diesel (ACPM) cuyo motor no sea turbocargado o que operen con cualquier otra tecnología homologada por el Ministerio del Medio Ambiente. Para dar cumplimiento a esta prohibición, las autoridades competentes negarán las respectivas licencias o autorizaciones.

Queda prohibido el uso de tubos de escape de descarga horizontal en vehículos diesel con capacidad de carga superior a tres (3) toneladas o diseñados para transportar más de diecinueve (19) pasajeros que transiten por la vía pública. Los tubos de escape de dichos vehículos deberán estar dirigidos hacia arriba y efectuar su descarga a una altura no inferior a tres (3) metros del suelo o a quince (15) centímetros por encima del techo de la cabina del vehículo.

Los propietarios, fabricantes, ensambladores e importadores de todos los vehículos de estas características que no cumplan con los requisitos del inciso tercero del presente artículo, deberán hacer las adecuaciones correspondientes de manera que se ajusten a lo dispuesto en la presente norma, en orden a lo cual se les otorga plazo hasta el 1° de marzo de 1996. Una vez vencido dicho término, si no cumplieren con lo aquí establecido, no podrán circular hasta que las autoridades verifiquen que las adecuaciones cumplen con la norma.

Exceptúase del cumplimiento de las medidas contenidas en los incisos 2° y 3° del presente artículo, a todos los vehículos diesel año modelo 2001 en adelante".

***ARTÍCULO 2o. VIGENCIA.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación. PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.*

Dado en Santa Fe de Bogotá, D. C., a 15 de agosto de 2000

ANDRES PASTRANA ARANGO

El Ministro del Medio Ambiente, JUAN MAYR MALDONADO.
El Ministro de Transporte, GUSTAVO ADOLFO CANAL MORA."

La nulidad del acto administrativo antes mencionado se sustenta en que dicha posición, vulnera los artículos 2°, 58 parágrafo 2°, 78, 80, 95, 209 y 334 de la Constitución Política y los artículos 1, 2 y 16 de la Ley 23 de 1973 y los artículos 1, 2 y 7 del Código de Recurso Naturales Renovables.

765

La discusión se ha presentado en el plano puramente ambiental y por esa razón, al actor popular le asiste el derecho de reclamar que la excepción contenida en la norma mencionada deba ser anulada por el juez popular.

Sin embargo, para que el juez de la acción popular pudiese anular la excepción señalada, le correspondía al actor popular probar que no existe razón tecnológica alguna para distinguir entre vehículos modelo 1997 a vehículos modelo 2001 o posteriores, a los que se les aplica tal disposición, la cual a su parecer resulta desproporcionada y antitécnica y como tal violatoria del medio ambiente.

Por el contrario, la prueba técnica recaudada en el expediente a que alude la presente providencia, conlleva a afirmar que las medidas contenidas en la excepción aludida, se adoptaron en forma técnica, esto es, amparados en el propósito de proteger el medio ambiente, tal como fue reconocido por el testigo técnico en la declaración rendida dentro del presente asunto y además, por cuanto el propio H. Consejo de Estado, en la acción popular No. 2001-326-01 previamente citada, determinó que la excepción se justifica en la tecnología utilizada en los articulados con modelo 2001 o superior, sin que su funcionamiento ponga en peligro los derechos colectivos cuya protección se reclama.

Así las cosas, se negará la solicitud de nulidad del acto administrativo demandado y así lo manifestará esta Colegiatura en la parte resolutiva de esta decisión.

Ahora, en relación con la aplicación a la excepción de ilegalidad del Decreto 1552 de 2000 a través de este mecanismo constitucional como lo pretende la accionante, debe advertir esta Corporación que para ello está instituido un procedimiento particular y concreto diferente al aquí desarrollado, cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado de acuerdo a lo normado en el numeral 2° del artículo 237 constitucional, por tratarse de un decreto emitido por el Gobierno Nacional, que no corresponder conocer a la Corte Constitucional y que busca la

766

inaplicación de tal acto administrativo previa comprobación de lesión al orden jurídico superior, por tanto, en clara aplicación del principio de separación de jurisdicciones como garantía de la seguridad jurídica[12].

Como han sido razones de orden tecnológico las que soportaron la excepción en la Resolución 1552 de 2000, objeto de valoración, cuyo control se efectúa en el marco de la acción popular, es decir, como jueces constitucionales, tampoco será del caso dar aplicación a la excepción de ilegalidad solicitada.

5. Del incentivo económico en las acciones populares

Como quiera que en la presente acción popular no existió vulneración ni amenaza a los derechos e intereses colectivos invocados basta con decir que frente al incentivo económico solicitado por la actora popular, se tiene que debido a que con la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010[13], publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre del mismo año, se derogaron en forma expresa los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, que consagraban el derecho a favor del demandante de percibir un incentivo económico ante la prosperidad de la acción popular y luego al desaparecer el fundamento legal para su reconocimiento y pago, el mencionado derecho no puede otorgase, precisamente porque la norma sustantiva que lo reconocía perdió su vigencia por efecto de la citada ley y la Corte Constitucional en providencia C-630 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa, declaró la exequibilidad de la Ley 1425 de 2010, norma que derogó el reconocimiento del incentivo económico en las acciones populares.

---

[12] **Sentencia Sección Primera Consejo de Estado 19 de agosto de 2010 C.P. Marco Antonio Velilla Moreno radicado No. 2004-00848-02 (AP):** *"En efecto, el propio constituyente consagró el principio de separación de jurisdicciones como garantía para la seguridad jurídica y para permitir el efectivo acceso a la administración de justicia, tal como se desprende de los artículos 228, 234 a 248 de la Carta Política de 1991. De esta forma, se afirmó que la acción popular no se instituyó como el mecanismo a través del cual se puedan reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni como una instancia adicional a las existentes, de modo que era improcedente para obtener la declaratoria de nulidad de actos administrativos, por cuanto el juicio de legalidad de ellos se escapa al procedimiento constitucional"*

[13] La Ley 1425 de 2010 en su artículo primero dispuso: Deróguense los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 y en cuanto a su vigencia el órgano legislativo precisó su vigencia inmediata luego de su promulgación.

Resalta la Sala que sobre el incentivo económico en discusión, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2013 radicado No. 17001-33-31-001-2009-01566-01(AP) C.P. Mauricio Fajardo Gómez, precisó que con la derogatoria que hizo la Ley 1425 de 2010 de los preceptos que preveían el incentivo económico, se torna en improcedente su reconocimiento a favor del actor popular, incluso en los procesos promovidos con anterioridad a la expedición de dicha Ley, indistintamente del carácter sustantivo o procedimental que pudiere predicarse respecto de las disposiciones abolidas.

Así las cosas, como quiera que no se advierte amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados y teniendo en cuenta la derogatoria expresa de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 realizado por la Ley 1425 de 2010[14], norma que fue declarada exequible[15] por la Corte Constitucional, no haya lugar a reconocer el incentivo económico solicitado por la actora popular.

6. De la condena en costas

En cuanto a la condena en costa, el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 prevé lo siguiente: *"El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar".*

---

[14] La Ley 1425 de 2010 en su artículo primero dispuso: Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998. y en cuanto a su vigencia el órgano legislativo precisó su vigencia inmediata luego de su promulgación.

[15] Corte Constitucional Sentencia C-630 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 392 desarrolla el tema precisando que en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

> *"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.*
> *2. <Numeral modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.*
>
> *3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.*
>
> *4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
> *5. <Numeral derogado por el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010>*
>
> *6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
> *7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
> *8. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
> *9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
> *10. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción".* (Subrayas fuera del texto)

En este orden, encuentra la Sala que la condena en costas solicitada por los demandados, puede aplicarse siempre y cuando los gastos hayan sido causados y se encuentren demostrados en cuanto a la gestión realizada durante el curso de esta acción constitucional y como dicha circunstancia no ha sido acreditada, se anticipa que se negará el reconocimiento a su favor.

7. Consideraciones finales

En el caso sub examine, la actora popular en ejercicio de esta acción constitucional, demandó a los Ministerios de Comercio, Industria y

769

Turismo, de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Transporte, a las empresas Metrobus S.A., Expres del Futuro S.A., Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. Ciudad Móvil S.A., Sistema de Transporte de Tercer Milenio Transmilenio S.A., Connexión S.A., Transmasivo S.A. y SI 02 S.A. (hoy SOMOS K S.A.), éstas tres últimas sociedades vinculadas durante el trámite procesal, por ser responsables de la presunta amenaza o vulneración de los derechos colectivos al goce de un medio ambiente sano, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y a la seguridad y salubridad públicas, por la ubicación indebida de los tubos de escape de los vehículos automotores del Sistema Transmilenio S.A. y por eximir a los buses articulados diesel modelos posteriores al año 2001 del cumplimiento de las normas técnicas de emisión por peso vehicular, emisiones, opacidad y turbo carga.

Pretende la actora popular que el juez constitucional: i) ordene a las accionadas disponer el acondicionamiento de los tubos de escape de cada uno de los vehículos que hacen parte del sistema de transporte público masivo Transmilenio S.A., ii) se les declare infractoras del artículo 91 del Decreto 948 de 1995 y se ordene el cumplimiento de tal disposición normativa, iii) se declare la nulidad del Decreto 1552 de 2000 modificatorio del artículo 38 del Decreto 948 de 1995 por el cargo de violación del derecho al medio ambiente, del derecho a la igualdad, función ecológica de la propiedad y sujeción de la función administrativa de los intereses generales o subsidiariamente, se dé aplicación a la excepción de ilegalidad y iv) se fije a favor de la actora popular el correspondiente incentivo del artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

Por su parte, las sociedades comerciales accionadas, propusieron la excepción de cosa juzgada y agotamiento de jurisdicción, por existir unos fallos de acción popular ejecutoriados, que ya resolvieron la problemática planteada en esta acción constitucional.

770

Luego de revisada la situación fáctica, probatoria, normativa y jurisprudencial, concluye este Cuerpo Colegiado lo siguiente:

1. Se declarará que no existió amenaza o vulneración a los derechos colectivos al goce del ambiente sano, al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y a la seguridad y salubridad públicas, pues a) las autoridades públicas accionadas han cumplido sus deberes legales y constitucionales, en cuanto a la expedición de las políticas públicas de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables (Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible) y la exigencia del certificado del fabricante o ensamblador en la importación de vehículos automotores (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) y b) los particulares aquí involucrados, han ejecutado y cumplido cabalmente tales disposiciones y exigencias técnicas, pues los buses al ser modelos posteriores al año 2001 al incorporar en sus motores las nuevas tecnologías de control de emisiones y al emplear combustibles diesel cada vez más limpios, se encuentran exentos de cumplir con la orientación y especificación de los tubos de escape de los vehículos conforme a lo dispuesto en el Decreto 1552 de 2000. Por lo tanto, se negarán las pretensiones de la demanda.

2. Como quiera que no hubo afectación de los derechos colectivos antes mencionados y ante la derogatoria expresa de la norma que contenía el incentivo económico a favor de los actores populares, se negará su reconocimiento y pago a la señora Laura Díaz Herrera.

3. Se negará la condena en costas solicitada por los demandados, en cuanto las mismas no fueron causadas ni probadas dentro de la presente acción popular.

4. Dado el carácter preventivo de la acción popular, se instará a las sociedades comerciales concesionarias del Sistema Transmilenio S.A. y

771

a las entidades públicas accionadas, así como a los terceros que lleguen a vincularse en dicho sistema masivo de transporte público, para que en lo sucesivo continúen dando cumplimiento a lo consagrado en el artículo 91 del Decreto 948 de 1995, exigiendo y presentando la certificación del cumplimiento de normas de emisión para vehículos automotores previo visto bueno del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el fin de evitar el daño contingente que se pueda llegar a configurar sobre los derechos o intereses colectivos señalados y la contaminación que se llegase a presentar; del mismo modo que se continúe haciendo seguimiento y control a los vehículos articulados, en cuanto al mantenimiento preventivo y/o correctivo que corresponda según el caso, las técnicas de operación y la aplicación de las normas ambientales y sus reglamentaciones para la reducción de emisión de gases contaminantes en desarrollo de la prestación del servicio de transporte público masivo en la ciudad de Bogotá.

5. Se negará la pretensión de declaratoria de nulidad y de aplicación de la excepción de ilegalidad del Decreto 1552 de 2000, por cuanto no se acreditó que con tal acto administrativo se amenazaran o vulneraran los derechos e intereses colectivos objeto de la presente acción.

6. Conforme al cuadro ya ínsito en esta providencia y comparado con el fallo emitido por el Consejo de Estado, que se encuentran debidamente ejecutoriado respecto de la acción popular que aquí se tramita, se advierte que se configura el fenómeno de cosa juzgada en razón a que existe identidad de objeto y causa, respecto de la no contaminación por la emisión de gases proveniente de los buses de Transmilenio y en consecuencia, la Sala declarará probada la excepción de cosa juzgada.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA SUBSECCIÓN "A"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

772

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE que no existió amenaza o vulneración a los derechos colectivos por parte de las autoridades públicas accionadas, Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Comercio, Industria y Turismo, así como de las sociedades comerciales concesionarias del sistema Transmilenio S.A.

SEGUNDO: NIÉGASE el reconocimiento y pago del incentivo económico y de las costas procesales, por las razones planteadas en la parte motiva.

TERCERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de cosa juzgada en relación con el fallo de acción popular del 09 de diciembre de 2004 radicado No. 2001-00326-01 dictado por la Sección Tercera del Consejo de Estado C.P. María Elena Giraldo Gómez, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NIÉGASE la declaratoria de nulidad y de la excepción de ilegalidad del Decreto 1552 de 2000, según lo analizado en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: ÍNSTASE al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a las sociedades comerciales concesionarias del sistema Transmilenio S.A. aquí accionadas y a los terceros que lleguen a vincularse en dicho sistema masivo de transporte público, para que en lo sucesivo continúen dando cumplimiento al artículo 91 del Decreto 948 de 1995 exigiendo y presentando la certificación del cumplimiento de normas de emisión para vehículos automotores previo visto bueno del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el fin de evitar el daño contingente que se pueda llegar a configurar sobre los derechos o intereses colectivos señalados y la contaminación que se llegase a presentar; del mismo modo que se continúe haciendo seguimiento y control a los vehículos articulados, en cuanto al mantenimiento preventivo y/o correctivo que corresponda según el caso, las técnicas de

773

operación y la aplicación de las normas ambientales y sus reglamentaciones para la reducción de emisión de gases contaminantes en desarrollo de la prestación del servicio de transporte público masivo en la ciudad de Bogotá.

SEXTO: Envíese copia de esta providencia al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo dispuesto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998, para lo de su competencia.

SÉPTIMO: Si no fuere apelada la presente decisión dentro de la oportunidad pertinente, ejecutoriada esta providencia y previas las constancias del caso, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado y discutido en sesión de la fecha. Acta No. ( )

CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

777

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

- SECCION PRIMERA –

SUBSECCION "A"

Bogotá D.C., Veinte (20) de Febrero de dos mil catorce (2014)

Magistrada Ponente: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO

EXPEDIENTE NO: 25000-23-24-000-2002-02188- 01

DEMANDANTE: LAURA DÍAZ HERRERA

DEMANDADOS: MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS

ACCIÓN POPULAR

Asunto: Resuelve solicitud de adición de fallo

Procede la Sala a resolver la solicitud de adición de la sentencia del 21 de noviembre 2013, proferida por la Sala de la Subsección "A" de la Sección Primera de este Tribunal, formulada por el apoderado de Transmilenio S.A., mediante escrito del 13 de enero de 2014, visible a folio 774 de la foliatura.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante fallo del 21 de noviembre 2013, la Sala resolvió lo siguiente:

> *"**PRIMERO: DECLÁRASE** que no existió amenaza o vulneración a los derechos colectivos por parte de las autoridades públicas accionadas, Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Comercio, Industria y Turismo, así como de las sociedades comerciales concesionarias del sistema Transmilenio S.A.*
>
> *(...)"*

2. La entidad accionada solicita que conforme a lo dispuesto en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 44

de la Ley 472 de 1998 se adicione el fallo de primera instancia, por cuanto no existió un pronunciamiento explícito respecto de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A., sociedad anónima de carácter comercial con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, constituida mediante escritura pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 del Círculo de Santafé de Bogotá, independiente de las sociedades comerciales concesionarias del sistema.

Por lo tanto, requiere que se profiera sentencia complementaria indicando que Transmilenio S.A. no ha amenazado ni vulnerado los derechos colectivos o de cualquier otra índole expuestos en la demanda, negándose por ende el reconocimiento y pago de incentivos o cualquier otro tipo de condena respecto de la entidad que representa.

II. CONSIDERACIONES

Frente a la adición de las sentencias, el Estatuto Procesal Civil en el artículo 311, aplicable por remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, dispone:

> *"**ARTÍCULO 311. ADICIÓN**. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.*
>
> *El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*
>
> *Los autos sólo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término."*

Dicha norma procesal, señala que solamente procede la adición de la sentencia cuando en la providencia que se dicte se omita ya sea, resolver alguno de los extremos del litigio planteado o cualquier otro aspecto que

deba ser objeto de pronunciamiento por parte del juez, debiendo proferirse la respectiva sentencia complementaria.

Si bien el objeto de la solicitud presentada por el apoderado de Transmilenio S.A., está orientada a adicionar el fallo de primera instancia, en tanto que según él, presuntamente se omitió resolver un aspecto puesto en consideración del juez de la acción popular, esto es, el no haberse hecho un pronunciamiento explícito respecto de la declaración de no vulneración de derechos e intereses colectivos por parte de esta sociedad comercial, advierte la Sala que lo procedente en este caso es aclarar la parte resolutiva del fallo mencionado y no adicionarlo, según lo establece el artículo 309 del C.P.C.:

> *"**ARTÍCULO 309. ACLARACIÓN**. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella.*
>
> *La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término.*
>
> *El auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recursos."*

Como quiera que para el apoderado de Transmilenio S.A. sí existe un verdadero motivo de duda, en relación con las frases contenidas en la parte resolutiva de la providencia aludida y que influyen en ella, en cuanto no se precisó de manera concreta que tal sociedad comercial no transgredió ni puso en riesgo derecho colectivo alguno y que es una empresa distinta de las sociedades comerciales concesionarias del sistema Transmilenio, tal situación a su parecer impide su real entendimiento.

Debe señalar en este punto, esta Colegiatura lo siguiente:

1. En la parte motiva de la sentencia se hizo mención a que los particulares involucrados en dicho asunto, entiéndase las empresas Metrobus S.A., Expres del Futuro S.A., Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A.,

Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. Ciudad Móvil S.A., Sistema de Transporte de Tercer Milenio Transmilenio S.A., Connexión S.A., Transmasivo S.A. y SI 02 S.A. (hoy SOMOS K S.A.), empresas demandadas y vinculadas en el trámite de la acción popular de la referencia, han ejecutado y cumplido cabalmente las disposiciones y exigencias técnicas para la operación de los buses articulados dentro del sistema de transporte masivo denominado Transmilenio, sin amenazar o vulnerar los derechos e intereses colectivos invocados.

2. En el numeral 1° de la parte resolutiva del fallo, se hizo mención a que las sociedades comerciales concesionarias del sistema Transmilenio S.A, no amenazaban o vulneraban derecho e interés colectivo alguno, sin precisar sobre que sociedades en particular se refería tal disposición.

Así las cosas, la Sala negará la solicitud de adición de sentencia solicitada por el apoderado de Transmilenio S.A., y en su lugar, procederá a aclarar la misma, en el sentido de precisar que la Empresa de Transporte del Tercer Milenio -Transmilenio S.A-, al igual que las demás empresas concesionarias, no vulneraron ni amenazaron los derechos colectivos invocados por la actora popular y por tanto, el numeral 1° de la parte resolutiva del fallo del 21 de noviembre de 2013, quedará así:

> *"**PRIMERO: DECLÁRASE** que no existió amenaza o vulneración a los derechos colectivos por parte de las autoridades públicas accionadas, Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Comercio, Industria y Turismo, así como de las sociedades comerciales Metrobus S.A., Expres del Futuro S.A., Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. Ciudad Móvil S.A., Sistema de Transporte de Tercer Milenio Transmilenio S.A., Connexión S.A., Transmasivo S.A. y SI 02 S.A. (hoy SOMOS K S.A.) que operan el sistema de transporte público Transmilenio"*

En consecuencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera,

RESUELVE:

781

PRIMERO: NIEGÁSE la solicitud de adición de la sentencia propuesta por el apoderado de Transmilenio S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ACLÁRASE el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia del 21 de noviembre 2013, el cual quedará así:

> *"**PRIMERO: DECLÁRASE** que no existió amenaza o vulneración a los derechos colectivos por parte de las autoridades públicas accionadas, Ministerios de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Comercio, Industria y Turismo, así como de las sociedades comerciales Metrobus S.A., Expres del Futuro S.A., Sistema Integrado de Transporte SI 99 S.A., Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A. Ciudad Móvil S.A., Sistema de Transporte de Tercer Milenio Transmilenio S.A., Connexión S.A., Transmasivo S.A. y SI 02 S.A. (hoy SOMOS K S.A.) que operan el sistema de transporte público Transmilenio"*

TERCERO: Ejecutoriado y cumplido el presente proveído, dese cumplimiento a los numerales 6° y 7° del fallo de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha según acta No. ( )

CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado