

DESVIACION DE PODER-Concepto y prueba / LICENCIA AMBIENTAL- Requisito previo a la autorización de la Dimar para ocupación temporal de playas / PLAYAS-Licencia ambiental previa a la autorización, permiso o concesión para la ocupación temporal de las playas y terrenos de bajamar / DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA DEL MINISTERIO DE DEFENSA, DIMAR-Función de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones para la ocupación temporal de las playas y terrenos de bajamar

El actor insiste en que los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder, vicio en que, según la jurisprudencia, incurre el funcionario que ejerce sus atribuciones con miras a lograr un fin distinto del que contempla la ley. El actor sostiene que existió en este caso desviación de poder porque CORALINA utilizó sus competencias para un fin distintos a los establecidos. Sin embargo, no precisa cuál habría sido el fin perseguido, y tampoco se lo vislumbra por parte alguna. En efecto, los actos acusados negaron al actor la licencia ambiental, definida así por el artículo 2º del [Decreto 1753 de 1994](#), así: "...". Por su parte, el artículo 31, numeral 9, de la [Ley 99 de 1993](#) confiere a las Corporaciones Autónomas Regionales la función de otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables, o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. El parágrafo 2 del mismo artículo prevé que, previa declaración favorable de viabilidad ambiental por la Corporación Autónoma Regional de la respectiva jurisdicción, la Dirección General Marítima y Portuaria del Ministerio de Defensa, DIMAR, como autoridad marítima nacional, tiene la función de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones para la ocupación temporal de las playas y terrenos de bajamar. En consecuencia, si bien es cierto, como lo afirma el actor, que corresponde a la DIMAR el otorgamiento del permiso del trailer para ocupar la playa, también lo es que la licencia ambiental es requisito previo e ineludible para el ejercicio de los derechos que surjan de dicho permiso. La Sala considera que CORALINA sí expresó en su acto los motivos determinantes de la negación de la licencia, particularmente cuando en la Resolución 752 de 17 de noviembre de 1998, sostuvo: "Además del criterio paisajístico que se tuvo en cuenta para negar la Licencia ambiental solicitada se consideraron aspectos tales como en concepto negativo de la División de Atención al ambiente de la Secretaría de salud Departamental, el actual y grave deterioro que presenta la playa de Sprath Bight, la capacidad de carga de la misma y la necesidad de proteger la línea costera...». Prueba de que no existió interés ilegítimo alguno por parte de CORALINA, además de las razones del buen servicio que como autoridad pública le son inherentes, es el hecho de que la licencia ambiental en cuestión no sólo le fue negada al actor sino que también se anunció su negativa a cualesquiera kioscos instalados o que se pretendiera instalar en la playa, como se evidencia en las consideraciones y en el Concepto Técnico 13 de enero de 1998, uno de los fundamentos de los actos acusados: «Que la instalación de kioscos y otro tipo de infraestructuras en las

playas de la isla de San Andrés, ha generado un proceso de invasión de área de carácter público y uso recreativo. ...Que las playas, el sedimento, el paisaje y seres vivos (aves, tortugas, cangrejos y el hombre) son recursos naturales que se encuentran afectados de una u otra forma ante la pérdida del espacio y competencia que este tipo de construcciones ejerce sobre ellos."

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003)

Radicación número: 88001-23-31-000-2000-00049-01 (7572)

Actor: FRANCISCO ANDRÉS ROJAS AGUIRRE

Demandado: CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por FRANCISCO ANDRÉS ROJAS AGUIRRE contra la sentencia de 20 de septiembre de 2001, mediante la cual el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina denegó las pretensiones de su demanda contra la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (en adelante CORALINA) y el Ministerio del Medio Ambiente.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Francisco Andrés Rojas Aguirre, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instituida en el artículos 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó el 15 de agosto de 2000 la siguiente demanda:

1.1. Pretensiones

1.1.1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a) La Resolución 233 de 8 de abril de 1998, mediante la cual el Director General (E) de CORALINA negó al actor una licencia ambiental para el funcionamiento de un trailer.
- b) La Resolución 752 de 17 de noviembre de 1998, que mantuvo la decisión anterior al desatar el recurso de reposición.
- c) La Resolución 277 del 14 de marzo de 2000, mediante la cual el Ministro del Medio Ambiente confirmó la Resolución 236 de 8 de abril, al resolver el recurso de apelación.

1.1.2. Que a título de restablecimiento del derecho se condene a pagar al actor el equivalente a mil gramos oro, por concepto de los perjuicios morales derivados del dolor que le causó ver hecho ceros el dinero que había conseguido y que invirtió en el malogrado proyecto, y la frustración de sus proyectos laborales y personales fincados en la instalación y funcionamiento del trailer cuya licencia ambiental fue negada mediante los actos acusados.

De igual manera, que se condene al pago de los perjuicios materiales derivados de la pérdida total de la inversión hecha para la instalación y funcionamiento del trailer, y las ganancias dejadas de percibir por la suspensión total de las operaciones comerciales de este, en la cuantía que se

demostrare en el proceso, actualizada con base en el índice de precios al consumidor de ingresos altos.

En subsidio, que el Tribunal condene al pago de los perjuicios materiales en cuantía superior al equivalente en pesos de 8000 gramos de oro fino.

Solicita que se condene en costas y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

1.2. Hechos

Fueron planteados así:

Desde mediados de junio de 1997 el actor inició los trámites legales pertinentes para instalar un trailer en la playa de San Andrés, con cuyo fin se dirigió a las Secretarías de Gobierno y Bienestar Social y de Turismo, y al Departamento Administrativo de Planeación del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así como a la Capitanía de Puerto en San Andrés.

Como resultado de dichas gestiones, por medio de la Resolución 165-CP7-SEGEN-SEJUR-97 del 28 de noviembre de 1997, la Dirección General Marítima (Capitanía de Puerto de San Andrés Islas), autorizó al actor la instalación de un trailer kiosco en la playa principal en el sector Sprath Bight frente a la intersección de la Avenida 20 de Julio con la Avenida Colombia, en diagonal al CAI de la Policía Nacional.

Con el permiso reglamentario el actor instaló y puso en funcionamiento el trailer-kiosco con una venta de raspado, bajo el nombre de «ZOMBIS SHAKE ICE», cuya inversión fue de \$12.448.800.

El 24 de diciembre de 1997 el actor, no obstante tener el reglamentario y legal permiso de la DIMAR solicitó a CORALINA la expedición de la licencia ambiental respectiva, acompañando los documentos requeridos, tales como permisos, vistos buenos y certificado de la Cámara de Comercio, todo debido a la visita de un funcionario que le indicó que debería obtener la licencia ambiental.

Mediante la Resolución 56 de 29 de enero de 1998 CORALINA le impuso al actor la medida preventiva de suspensión de la actividad del establecimiento «ZOMBIS SHAKE ICE» y el levantamiento de su estructura física, y fundamentó ésta decisión en que para su funcionamiento no se había obtenido licencia ambiental.

En el edicto que en virtud de dicha resolución se fijó el 9 de febrero de 1998, se hizo constar: *"Que en el informativo Administrativo que tiene como interesado al señor ANDRÉS ROJAS, se dictó la Resolución 56 del 29 de enero de 1998..."*.

CORALINA sólo el 28 de enero de 1998 requirió al actor para que gestionase el concepto de viabilidad ambiental.

El establecimiento fue efectivamente sellado y levantado el 20 de febrero de 1998, fecha a partir de la cual el actor inició un camino tortuoso de oficina en oficina presentando solicitudes que no fueron escuchadas.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Según el demandante, el acto acusado viola los artículos [4º](#), [6º](#), [29](#) y [90](#) de la Constitución Política; el [Decreto 2324 de 1984](#); y las Leyes [47](#) y [99 de 1993](#).

Ello, porque los actos acusados están falsamente motivados, puesto que afirman que el trailer kiosco del actor afecta de manera ostensible la armonía paisajística, sin señalar de manera objetiva, ni aun subjetiva, en qué consistiría la alegada afectación del paisaje.

La Resolución 236 se limita a transcribir una serie de normas y un concepto técnico general que no especifica ni señala la influencia o impacto del proyecto del actor sobre el paisaje y el medio ambiente de San Andrés.

Añade que la afirmación que se hace en la Resolución 752, acerca de que el proyecto *"introducía considerables modificaciones al paisaje de la playa"*, que según la misma resolución *"debe ser analizada desde el punto de vista ambiental"* no se compadece con la realidad, pues no se señala en qué consisten las modificaciones ni por qué son considerables, y mucho menos se analizan desde el punto de vista ambiental.

De otro lado, los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder, ya que la Resolución 151 de 1998, fundamento de aquellos y que declara las playas de San Andrés como zona de especial protección, aun no existía y, por lo tanto, no era aplicable al actor al momento de presentar la solicitud de licencia ambiental.

El principio de legalidad comprende la existencia de la norma al momento de los hechos en que se fundamenta el derecho u obligación correspondiente; no puede exigírsele entonces al actor que se ciña a lo reglado por una norma que no existía al tiempo en que él acudió ante las autoridades ambientales.

Agrega que la violación al debido proceso se evidencia con la expedita promulgación de la Resolución 56 de 29 de enero de 1998, en la cual se ordenó el cierre del trailer, y con la dilación para tomar la decisión de negar la licencia ambiental, que se adoptó el 8 de abril de 1998.

Cuestiona que si CORALINA se apega al contenido del artículo 30 del [Decreto 1753 de 1994](#), por qué entonces no tomó su decisión cuando contó con los estudios respectivos, esto es, cuando obtuvo el concepto técnico el 20 de enero de 1998. La respuesta es que dicho concepto no era suficiente para

negar la licencia y por ello esperó a la expedición de la Resolución 151, que si bien se ajusta a derecho, hizo nugatorias las aspiraciones del actor.

2. LA CONTESTACIÓN

La Nación –Ministerio del Medio Ambiente– propuso la excepción de inepta demanda, por cuanto el actor no citó las normas que considera violadas ni explicó el concepto de violación.

Sostiene que los actos acusados fueron expedidos sin violar precepto constitucional o legal alguno y respetando el principio de legalidad.

El actor invoca como causal de nulidad la desviación de poder, sin decir nada concreto en relación con los actos acusados, luego carece de fundamento su afirmación, ya que según la jurisprudencia del Consejo de Estado dicho vicio debe ser probado por quien lo alega.

En cuanto a la acusación por falsa motivación, observa que tanto la resolución de CORALINA como la del Ministerio del Medio Ambiente se encuentran fundamentadas en normas vigentes, luego tampoco puede prosperar. Por su parte, CORALINA expresa que el derecho a un ambiente sano y libre de contaminación se encuentra expresamente consagrado en la Constitución Política.

La jurisprudencia ha reiterado que nadie puede alegar a su favor su propia culpa. Si el actor no tenía licencia ambiental no puede solicitar que se le paguen los gastos en que incurrió al instalar sin permiso su trailer. Quien no observe las normas o lineamientos trazados por el Estado para desarrollar su actividad lucrativa o no, debe atenerse a las consecuencias.

CORALINA no necesitaba crear normas, como lo manifiesta el actor, pues para negar la licencia ambiental bastaban el concepto técnico, la [Ley 99 de 1993](#) y, específicamente, la misión especial encomendada a aquella en el artículo 37 que la crea, el [Decreto 2811 de 1974](#) y la Resolución 1426 de 20 de diciembre de 1996 que declara al Departamento como Área de Manejo Especial.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal considera que, en efecto, en la demanda se citaron como violados de manera general las Leyes [47](#) y [99 de 1993](#) y el [Decreto 2324 de 1984](#), sin precisar concretamente las disposiciones que se consideran violadas y sin plantear el concepto de su violación. Sin embargo, entra a estudiar los cargos de violación del debido proceso, falsa motivación y desviación de poder.

El *a quo*, tras un recuento de las pruebas recaudadas y de las consideraciones que motivaron los actos acusados, concluye que es un hecho probado que el actor inició la venta de helados en el trailer, para lo cual tramitó vistos buenos y licencias ante distintas autoridades. Logró acreditar que la DIMAR dio

autorización para su ubicación en la playa, y que obtuvo vistos buenos de las Secretarías de Gobierno y de Turismo. Sin embargo, no obtuvo el concepto favorable de la Secretaría de Salud.

Observa que el concepto técnico rendido por CORALINA fue adverso al proyecto, y dio como resultado la negación de la licencia ambiental, decisión que fue confirmada por el Ministerio del Medio Ambiente.

Está de acuerdo con CORALINA en que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues la falta del visto bueno de la Secretaría de Salud constituía un impedimento para seguir adelante con el proyecto.

Considera que no puede afirmarse que los conceptos favorables y las autorizaciones obtenidas por el actor tengan fuerza vinculante para CORALINA, puesto que cada autorización se expide dentro del ámbito de competencia de cada entidad. Así, la DIMAR no tiene competencia en el tema de la protección al medio ambiente, que está reservado, según la [Ley 99 y su Decreto Reglamentario 1753 de 1994](#), a las Corporaciones Autónomas Regionales. En consecuencia, además del permiso de la DIMAR, que se refiere a la utilización de un espacio de uso público como las playas bajo su jurisdicción, el actor requería la licencia ambiental de CORALINA, que garantiza que la actividad por desarrollar no produzca un impacto negativo sobre el medio ambiente.

Los actos acusados no fueron emitidos con falsa motivación o exceso de poder. Además, antes de ser declaradas las playas del Archipiélago como zonas de especial protección, CORALINA estaba investida de facultades para adoptar medidas encaminadas a la protección del medio ambiente en las Islas, incluyendo las playas, que son su recurso natural más representativo y digno de preservación, especialmente desde el punto de vista turístico, para el cual los factores que puedan alterar el paisaje constituyen un punto esencial por considerar, como en efecto se tuvo en cuenta en el informe rendido.

CORALINA ejerció su función dentro del marco de su competencia, con arreglo a las normas que regulan el medio ambiente, según se expuso en los actos acusados.

Por último, el Tribunal no encuentra probado que los actos demandados hubieran perseguido un fin distinto al establecido en la ley, ni tampoco que sean irracionales o contradictorios, o que los hechos en que se fundaron fuesen inexistentes o irrelevantes.

III. EL RECURSO Y ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El actor estima que el Tribunal no hizo un análisis cabal de las pruebas allegadas al expediente, pues de otro modo las pretensiones de la demanda habrían sido satisfechas.

Afirma que está probado, y así lo reconoce el *a quo*, lo siguiente:

- 1.-Que el actor adelantó diligentemente las gestiones tendientes a obtener las autorizaciones para el funcionamiento de su negocio.
- 2.-Que cumplió con los requerimientos de la Secretaría de Salud.
- 3.-Que todo esto lo hizo antes de que la playa, lugar de ubicación del trailer, fuese declarada como zona especial de protección.
- 4.-Que los vistos buenos y autorizaciones obtenidas están ajustadas a derecho.

Considera que estaban dados todos los supuestos fácticos y jurídicos para la expedición de la licencia ambiental, pues si bien es cierto que las distintas autorizaciones dadas al actor por otras autoridades no vinculan a CORALINA, también lo es que servían de parámetro para su concesión.

Si la DIMAR y las distintas Secretarías Departamentales consideran adecuado el funcionamiento del trailer, no puede aceptarse que CORALINA adopte una posición radicalmente opuesta, cuando a la luz de los preceptos constitucionales su razón de ser está encaminada a la satisfacción de los objetivos sociales del Estado, que son únicos, es decir, iguales a los de las otras entidades.

Concluye que cuando las funciones y atribuciones que legal y constitucionalmente se le han dado a una autoridad estatal se utilizan para fines distintos de los objetivos estatales, se configura una desviación de poder que, como en este caso, da lugar a la declaración de nulidad de los actos acusados.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El actor insiste en que los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder, vicio en que, según la jurisprudencia, incurre el funcionario que ejerce sus atribuciones con miras a lograr un fin distinto del que contempla la ley.

El actor sostiene que existió en este caso desviación de poder porque CORALINA utilizó sus competencias para un fin distintos a los establecidos. Sin embargo, no precisa cuál habría sido el fin perseguido, y tampoco se lo vislumbra por parte alguna.

En efecto, los actos acusados negaron al actor la licencia ambiental, definida así por el artículo 2º del [Decreto 1753 de 1994](#), así:

«Es la autorización que otorga la autoridad ambiental competente, mediante acto administrativo, a una persona, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad que conforme a la ley y a los reglamentos, puede producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al

paisaje, y en la que se establecen los requisitos, obligaciones y condiciones que el beneficiario de la Licencia Ambiental debe cumplir para prevenir, mitigar, corregir, compensar y manejar los efectos ambientales del proyecto, obra o actividad autorizada.»

Por su parte, el artículo 31, numeral 9, de la [Ley 99 de 1993](#) confiere a las Corporaciones Autónomas Regionales la función de otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables, o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente.

El parágrafo 2 del mismo artículo prevé que, previa declaración favorable de viabilidad ambiental por la Corporación Autónoma Regional de la respectiva jurisdicción, la Dirección General Marítima y Portuaria del Ministerio de Defensa, DIMAR, como autoridad marítima nacional, tiene la función de otorgar autorizaciones, permisos y concesiones para la ocupación temporal de las playas y terrenos de bajamar.

En consecuencia, si bien es cierto, como lo afirma el actor, que corresponde a la DIMAR el otorgamiento del permiso del trailer para ocupar la playa, también lo es que la licencia ambiental es requisito previo e ineludible para el ejercicio de los derechos que surjan de dicho permiso.

El actor, que alegó desviación de poder, tenía la carga de probar que los motivos que guiaron a la Administración al proferir los actos acusados no obedecen a razones del buen servicio. No lo hizo así, y, por el contrario, la Sala considera que CORALINA sí expresó en su acto los motivos determinantes de la negación de la licencia, particularmente cuando en la Resolución 752 de 17 de noviembre de 1998, sostuvo:

«El particular 'criterio estético' que se colige de la afirmación del recurrente, basa el atractivo del kiosco-trailer en la luminosidad de sus colores, en sus formas diversas de las de los demás kioscos existentes en la playa, en resumen, un concepto bastante occidental de lo que es la belleza, asemejando el kiosco a aquellos establecimientos de comidas rápidas que se instalan en los centros comerciales de las grandes ciudades y olvidando que este tipo de construcciones pugna con los verdaderos valores paisajísticos de los sitios naturales. Su atractivo se encuentra para el recurrente, precisamente en la modificación al paisaje de la playa que pretendía introducir, porque aún cuando esta Corporación negó, por diversas razones la Licencia Ambiental a los demás kioscos existentes en la playa, es preciso reconocer que éstos guardan un respeto por las formas tradicionales de construcción en el Archipiélago y de algún modo se presentan como una muestra cultural del mismo.

Además del criterio paisajístico que se tuvo en cuenta para negar la

Licencia ambiental solicitada se consideraron aspectos tales como en concepto negativo de la División de Atención al ambiente de la Secretaría de salud Departamental, el actual y grave deterioro que presenta la playa de Sprath Bight, la capacidad de carga de la misma y la necesidad de proteger la línea costera...».

Prueba de que no existió interés ilegítimo alguno por parte de CORALINA, además de las razones del buen servicio que como autoridad pública le son inherentes, es el hecho de que la licencia ambiental en cuestión no sólo le fue negada al actor sino que también se anunció su negativa a cualesquiera kioscos instalados o que se pretendiera instalar en la playa, como se evidencia en las consideraciones y en el Concepto Técnico 13 de enero de 1998, uno de los fundamentos de los actos acusados:

«Que la instalación de kioscos y otro tipo de infraestructuras en las playas de la isla de San Andrés, ha generado un proceso de invasión de área de carácter público y uso recreativo.

...

Que hasta la fecha, la isla de San Andrés y en particular, el área de las playas y sus alrededores carecen de un plan de ordenamiento y definición e los usos del suelo. Por lo tanto, la Corporación carece de la información necesaria para otorgar este tipo de licencias ambientales; se desconoce la capacidad de carga del lugar, número total de kioscos a ser instalados, actividades de los establecimientos, necesidades y preferencias de los turistas, horario de atención, manejo de residuos sólidos y líquidos, etc.

Que las playas, el sedimento, el paisaje y seres vivos (aves, tortugas, cangrejos y el hombre) son recursos naturales que se encuentran afectados de una u otra forma ante la pérdida del espacio y competencia que este tipo de construcciones ejerce sobre ellos.

CONCLUSIONES

El funcionamiento, instalación o construcción de cualquier tipo de caseta, kiosco, trailer o construcción de carácter permanente o móvil, sobre las playas de la Isla de San Andrés, no tendrá la respectiva licencia ambiental.»

El actor no desvirtuó las razones que tuvo la Administración para negar la licencia ambiental que, en síntesis, fueron precaver el deterioro del paisaje ambiental de la playa de la Isla de San Andrés en donde el actor tenía ubicado su kiosco.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 20 de septiembre de 2001, pronunciada por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 27 de noviembre de 2003.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Presidente

OLGA INES NAVARRETE BARRERO

MANUEL S. URUETA AYOLA