



Cartagena de Indias D. T. y C, Trece (13) de Marzo de dos mil diecinueve (2019)

| | |
|---------------------------|--|
| CLASE DE ACCIÓN | POPULAR |
| RADICADO | 13001-33-33-011-2016-00298-01 |
| DEMANDANTE | BYRON JESUS MONTES SALCEDO Y OTROS |
| DEMANDADO | ASOCIACIÓN DE COPROPIETARIOS DEL CONJUNTO RESIDENCIAL TACARIGUA - DISTRITO DE CARTAGENA |
| TEMA | ESPACIO PÚBLICO |
| MAGISTRADO PONENTE | JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL |

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El señor BRYON DE JESUS MONTES SALCEDO, presentó demanda de acción popular a través de la cual pretenden la protección de los derechos colectivos al goce del espacio público y a goce de un ambiente visual sano.

1.1 Pretensiones

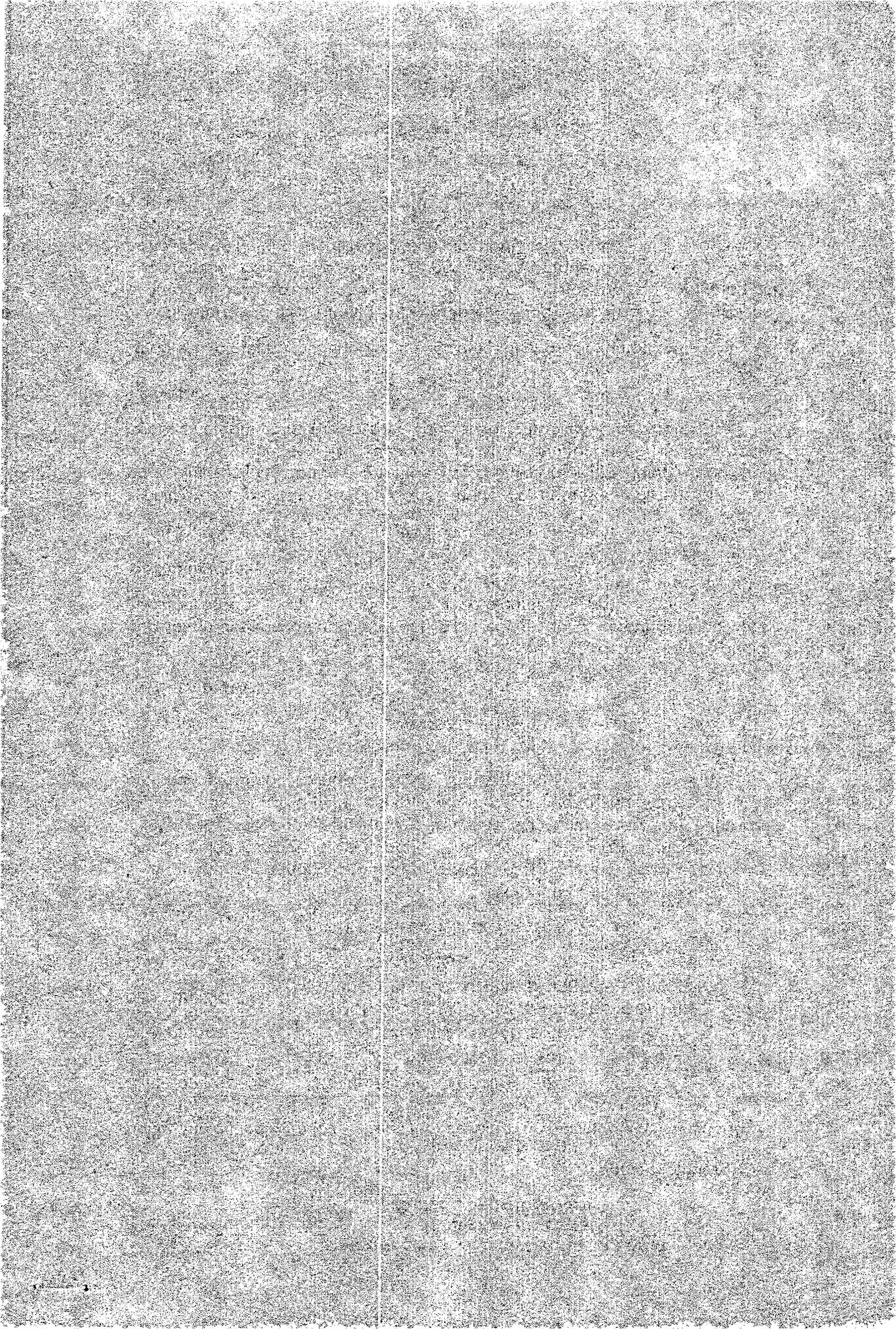
Como pretensiones de la acción, se invocan las siguientes:

"Por lo expuesto solicito al señor Juez de manera respetuosa, se ordene previo los procedimientos indicados el retiro de los vehículos inservibles identificados con placas... (sic) que de forma permanente están ocupando parte del espacio público y creando un ambiente mal sano entre los habitantes del sector."

1.2 Hechos

La anterior pretensión se funda en los siguientes hechos relevantes:

El conjunto residencial Tacarigua III posee un espacio para parqueo provisional abierto al público denominado parqueo de visita, ubicado afuera del encerramiento con malla, donde se encuentran parqueados dos carros desde hace más de un año, identificados con placas ULD 558 y UAH 774, los cuales están abanados y ocupan una área de espacio público y violentando el "exterior visual"





13001-33-33-001-2016-00298-00

Carencia de identidad de parte

Se afirma que la demanda se dirige en contra del Conjunto Residencial Tacarigua III, lo cual fue reproducido en el auto admisorio de la demanda, y la parte que contesta la demanda se llama Asociación de Copropietarios Conjunto Residencial Tacarigua III, en consecuencia esta última no está legitimada por activa.

Inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos invocados y del nexo causal.

Manifiesta que se trata de una acción infundada, alejada del carácter altruista en beneficio de la comunidad que conforman. Indica que al tratarse de una zona ubicada dentro de una propiedad privada no existe nexo causal alguno que genere vulneración de los derechos invocados.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fl. 238 a 246)

En sentencia de fecha veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, denegó las pretensiones de la demanda, pero haciendo uso de las facultades oficiosas del juez en la acción popular adoptó medidas para amparar derechos colectivos distintos de los formulados en la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Obedeciendo al informe rendido por la Subdirectora jurídica del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte (f. 196-198), fue posible establecer que la bahía No. 2, ubicada en la parte sur del conjunto, no cumple con los diseños exigidos para el estacionamiento de vehículos automotores, al no contar con la longitud requerida, y al momento de efectuarse el parqueo de los vehículos, estos ocuparían espacio público, afectando la movilidad vehicular.

Advierte así el juez de primera instancia la vulneración al derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas y la amenaza al uso, goce y protección del espacio público.

Con respecto al derecho colectivo al goce de un ambiente sano, el A Quo no encontró dentro del acervo probatorio ningún respaldo para afirmar su vulneración.

Conforme a lo anterior, dispuso las órdenes de protección en los términos señalados en el numeral segundo de dicho proveído.

4. RECURSO DE APELACIÓN (Fl. 250-255)

Afirma la accionada que no comparte la decisión adoptada, dado que el A Quo debió desestimar como prueba el informe presentado por el DATT, por afirmar situaciones no ajustadas a la realidad y actualidad en relación con las medidas de la Bahía No. 2, al no ser producto de una inspección judicial, sino que fue



13001-33-33-001-2016-00298-00

soportada en material fotográfico proveniente de "Goglee health" de dos años de vigencia.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La accionada ratificó los argumentos de los alegatos de conclusión de la primera instancia y los que sustentaron el recurso de apelación.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Agente del Ministerio Público plantea que se debe revocar el fallo cuestionado, pues no está probada la vulneración del derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, toda vez que la prueba que tuvo el fallador de primera instancia como fundamento para encontrar vulnerado el derecho colectivo mencionado, carece de rigurosidad técnica necesaria para determinar si la bahía de parqueo No. 2 del conjunto Residencial Tacarigua III se ajusta a la normatividad vigente en materia de este tipo de construcciones.

7. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

El proceso de la referencia fue repartido el día 08 de noviembre de 2017 al Despacho 005, para surtir el trámite del recurso de apelación (Fl. 3). El Magistrado Ponente, Dr. ARTURO MATSON CARBALLO, mediante Auto No. 023 del 26 de enero de 2018, admitió el recurso de apelación contra la sentencia del 22 de agosto de 2018.

Procede el Magistrado Ponente, Dr. JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL, a resolver la solicitud de decretar pruebas en segunda instancia presentada por la apoderada de la parte accionante y al mismo tiempo se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, mediante Auto No. 353 del 05 de octubre de 2018,

El 28 de enero de la presente anualidad se ingresó el proceso al Despacho para resolver de fondo el recurso de apelación (Fl.43).

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

No se observa en esta instancia irregularidades sustanciales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado, por lo que cumplido el trámite establecido en la Ley 472 de 1998, para las acciones populares, se procede al estudio de fondo.

III.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA



13001-33-33-001-2016-00298-00

De conformidad con el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la acción popular de la referencia.

- PROBLEMA JURIDICO

Antes de establecer el problema jurídico a resolver, se advierte que el mismo se va a limitar a lo expuesto en el recurso de apelación conforme al principio de congruencia que debe guiar la presente providencia.

Los problemas jurídicos a estudiar por parte de la Sala se concretan en los siguientes:

-¿Ha vulnerado el Conjunto Residencial Tacarigua III el derecho colectivo -a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, por la construcción y utilización de la bahía de parqueo No. 2 perteneciente al referido Conjunto, lo cual implicaría una amenaza al uso, goce y protección del espacio público, como lo determinó el juez de primera instancia?-

- TESIS

Esta Sala de Decisión confirmará el fallo impugnado, teniendo en cuenta que lo hechos propuestos por el Informe del Departamento Administrativo del Tránsito no fueron desacreditados por la parte recurrente, pues no aportó ningún otro documento o Informe que pudiera desvirtuar los aseverados por la entidad de tránsito, teniendo en cuenta que sobre esta era que se encontraba la carga de la prueba.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala estudiará los siguientes temas:

- i. De las acciones populares.
- ii. De los derechos al goce de un espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso, goce y protección del público y, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas enlistados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998.
- iii. Carácter de Documento público de los Informes del DATT.
- iv. La función del Juez en las Acciones Populares.
- v. Carga de la prueba en las acciones populares.

i. De las acciones populares

El artículo 88 de la Constitución Política consagra las acciones populares como el medio para la protección constitucional de los derechos e intereses colectivos.



13001-33-33-001-2016-00298-00

El interés colectivo es definido por la Corte Constitucional¹ como aquel que pertenece a todos y a cada uno de los miembros de una colectividad determinada o en cabeza de un grupo de individuos.

Esta disposición fue desarrollada por la Ley 472 de 1998, que en su artículo 4º enlistó los derechos que se consideran colectivos y respecto de los cuales resulta procedente la acción popular, entre los cuales están el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, el goce de un ambiente sano, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, etc.

A su vez, el artículo 2º inciso segundo ibídem, dispuso que la acción popular se ejerce 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.

La Corte Constitucional también ha expuesto que esta acción constitucional, tiene como característica esencial, ser de naturaleza preventiva, es decir, no se requiere que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que busca amparar, sino solo sería necesario una amenaza o riesgo para proceder a su protección.

Por su parte, el artículo 9º de la misma Ley 472 dispone que procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. De allí que se haya establecido los siguientes requisitos para su procedencia:

- a) Que exista un interés colectivo que se encuentre amenazado, en peligro o vulnerado por una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.
- b) Que la acción se promueva durante el tiempo en que subsista la amenaza o peligro al derecho y/o interés colectivo.
- c) Que la acción se dirija contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo.
- d) Que se pruebe la relación de causalidad entre la acción y/o la omisión del accionado con la afectación o amenaza del interés colectivo.

ii. De los derechos colectivos alegados como vulnerados

a. Derecho al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Referente al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, se tiene que los artículos 1, 82, 88 y 102 de la Constitución Política, imponen al Estado y por ende a sus autoridades el deber de velar por la

¹ C.C., Sentencia C-215/99





13001-33-33-001-2016-00298-00

protección de la integridad del espacio público; hacer prevalecer el interés general sobre el particular; asegurar la efectividad del carácter prevalente del uso común del espacio público sobre el interés particular; ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común, entre otros.

A nivel territorial, compete a los municipios y distritos la obligación de garantizar la libre y segura circulación tanto peatonal como vehicular por las respectivas zonas, de conformidad con su particular reglamentación.

Se destaca que el espacio público además de ser interés colectivo, constituye derecho fundamental atado a la locomoción, por lo que requiere atención urgente y la protección por parte de todas las autoridades públicas, dentro de las cuales están incluidos los jueces de la república.

Debe precisarse que por "espacio público" ha de entenderse en principio como el conjunto de inmuebles públicos y elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes².

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 472 de 1998, el Consejo de Estado³ ha sostenido que es deber del Estado, y, por ende, de sus autoridades, velar por la protección de la integridad del espacio público (1); velar por su destinación al uso común (2); asegurar la efectividad del carácter prevalente del uso común del espacio público sobre el interés particular (3); ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común, entre otros (4); es un derecho e interés colectivo (5); este constituye el objeto material de las acciones populares y es uno de los bienes jurídicamente garantizables a través de ellas (6).

Ahora bien, y cuanto a las áreas constitutivas de espacio público, se ha pronunciado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo^{4/5/6}, indicando que:

² Definición consignada en el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989,

³ Consejo de Estado- Sección Primera, sentencia de fecha 25 de marzo de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso, radicación No. 25000-23-27-000-2004-02676-01 (AP)

⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO- Bogotá, D.C., doce (12) de marzo dos mil nueve (2009)- Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01089-01 (AP)- Actor: ROBERTO RAMIREZ ROJAS- Demandado: ALCALDIA LOCAL DE TEUSAQUILLO- Referencia: APELACION SENTENCIA. ACCION POPULAR.

⁵ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION PRIMERA-Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO-Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009)- Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00955-01 (AP)- Actor: MALLELY MEJIA QUINTERO. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA-Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION POPULAR.

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA- Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009)- Radicación número: 41001 2331 000 2004 01015 01 (AP)- Actor: FELIPE ANDRES SALAZAR GAITAN -Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA.





13001-33-33-001-2016-00298-00

"Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso y el disfrute colectivo."

El Decreto 1504 de 1998⁷, acoge en su artículo 2º la definición antes trascrita y en el su artículo 3º, ibídem, precisa que comprende los siguientes aspectos:

- a) Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo;
- b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;
- c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto.

Es más, en el artículo 5º, ibídem, referente a los elementos constitutivos y complementarios del espacio público se precisa que entre los constitutivos del mismo, ya sean artificiales o contruidos, se encuentran:

a) Áreas integrantes de los sistemas de circulación peatonal y vehicular, constituidas por:

(...)

Los **componentes de los perfiles viales** tales como: áreas de control ambiental, zonas de mobiliario urbano y señalización, cárcamos y

⁷ "Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial".





13001-33-33-001-2016-00298-00

ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, alamedas, rampas para discapacitados, andenes, malecones, paseos marítimos, camellones, sardineles, cunetas, ciclopistas, ciclovías, **estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento**, bermas, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles; (...)" (Resaltos fuera de texto).

Así las cosas, es indudable para ésta Sala, que por ser el Estado el representante legítimo de la sociedad política, tiene a su cargo la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a los bienes de uso público, los cuales forman parte del espacio público, de conformidad con el art. 82 superior, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento etc., constituyan espacio público, respecto del cual, el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar su cabal funcionamiento y uso común⁸.

b. Realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

El Consejo de Estado al fijar el alcance del derecho a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, ha precisado que la vulneración de este derecho trata acerca del desconocimiento de las autoridades públicas y/o los particulares acerca de las normas en materia urbanística y uso del suelo. Es así que este derecho colectivo tiene su núcleo esencial en el respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad:

"Por urbanismo debe entenderse, según el diccionario de la real academia de la lengua española, lo siguiente: El conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana.

Por consiguiente, el núcleo esencial del derecho colectivo comprende los siguientes aspectos: Respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad (inciso segundo artículo 58 C.P.). Protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes. Respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio (art. 95 numeral 1 C.P.). Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su

⁸ Artículo 1º. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo. DECRETO NUMERO 1504 DE 1998-Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial.



13001-33-33-001-2016-00298-00

utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible (art. 3º ley 388 de 1997).

*El acatamiento a los planes de ordenamiento territorial que sirven de guía y mapa para que el desarrollo urbano se haga de manera ordenada, coherente, de tal manera que prevalezca el interés general sobre el particular, y se garantice la aplicación de las disposiciones político - administrativas - de organización física- contenidas en los mismos (art. 5º ley 388 de 1997). Cumplimiento de los preceptos normativos sobre usos del suelo; alturas máximas de construcción; **cupos mínimos de parqueo**; especificaciones técnicas y de seguridad; cesiones obligatorias al distrito; necesidad de obtener licencias de urbanismo y construcción; existencia de conexiones para los servicios públicos domiciliarios, entre otros.*

Entonces, para la Sala es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial - bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población..."⁹

Siendo así la finalidad impuesta por el literal m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, impone no solo a las autoridades públicas sino también a los particulares la observancia de las normas en materia de ordenamiento territorial y urbanístico, de aplicación obligatoria para el crecimiento ordenado de las ciudades, manteniendo siempre la prevalencia del interés general sobre el particular.

iii. Carácter de Documento Público.

El artículo 243 del Código General del Proceso consagra la definición de documento y establece su clasificación entre público y privado, definiendo los documentos públicos como aquel que es: "otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública."

Conforme a lo anterior los Informes presentados a través de sus funcionarios ostentan el carácter de documentos públicos, precisamente al haber sido emitidos por un servidor público en el ejercicio de sus funciones.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, sentencia del diecisiete (17) de abril de dos mil once (2011), CP. Marco Antonio Velilla 63001-23-31-000-2004-00688-01(AP).





13001-33-33-001-2016-00298-00

De acuerdo al Art 257 del CGP¹⁰, los documentos públicos dan fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos consigne el funcionario que los suscribe, gozando entonces de fuerza probatoria, siendo oponibles frente a todos, como es tratado por el Tratadista Jairo Parra Quijano:

"El documento público es oponible frente a todos, en cuanto hace al hecho de su otorgamiento, a su fecha, al lugar en donde se otorgó, a quienes intervinieron en el acto, a cuáles fueron las declaraciones de los intervinientes (las que emitieron; esto es que el documento hace prueba de que, efectivamente, se hicieron determinadas declaraciones, las que pueden ser ciertas o no, pues no provienen del funcionario que las recibe) y a la verdad de las declaraciones que en él haga el funcionario que lo autorice. "¹¹ Dicho en otras palabras, el juez no puede poner en duda, esto es, debe tener como plenamente probado, que las personas declararon sobre los hechos que narran y sus circunstancias; empero no ocurre lo mismo con la veracidad de lo consignado"

Acorde lo anterior, los documentos públicos gozan de una fuerza probatoria que permite tener como plenamente probado, que se efectuaron las declaraciones de las personas contenidas en su cuerpo, y tener por ciertas las declaraciones efectuadas por el mismo funcionario que lo expide y suscribe, en el entendido que las primeras podrán ser ciertas o no, dado que no provienen del servidor público, por tanto podrán desvirtuarse aportando prueba en contrario, es así que siempre y cuando no obre prueba en el expediente que pueda desvirtuar lo declarado, gracias a la fuerza probatoria de los documentos públicos podrá otorgárseles valor probatorio en el proceso.

iv. La función del Juez en las acciones populares.

El Juez de las acciones Populares es un Juez Constitucional, por lo cual está investido de amplias facultades oficiosas para hacer efectivos los derechos de las personas conforme lo impone el artículo 2 Superior. En efecto, el Juez como autoridad pública¹² en las acciones populares *"no debe esperar (...) a que los ciudadanos instauren las medidas que hagan efectivos los derechos de las personas, pues el **deber de las autoridades de hacer efectivos los derechos constitucionales de las personas y proteger los intereses colectivos es un deber oficioso que no está condicionado a la instauración de una acción administrativa o judicial por los particulares**"¹³. (Subrayas y negrilla fuera de texto)*

¹⁰ARTÍCULO 257. ALCANCE PROBATORIO. Los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

Las declaraciones que hagan los interesados en escritura pública tendrán entre estos y sus causahabientes el alcance probatorio señalado en el artículo 250; respecto de terceros se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

¹¹ Tratado de la Prueba Judicial, LOS DOCUMENTOS, Tomo III, Tercera Edición, Jairo Parra Quijano, Pág. 47.

¹²Sentencia de Constitucionalidad, expediente D-7580 de Agosto 4 de 2009, M. P Nilson Pinilla Pinilla.

¹³ Sentencia T-500 de 1994 citada en la Sentencia T 813 de 2004.





13001-33-33-001-2016-00298-00

De lo anterior se concluye que, cuando esté demostrada una amenaza o vulneración de algún derecho colectivo, el juez debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la protección de dicho derecho, sin que encuentre límite en lo pedido por las partes.

v. Carga de la prueba en acciones populares.

Respecto de la carga de la prueba en las acciones populares el Consejo de Estado ha sostenido 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...." ¹⁴.

De acuerdo a lo anterior se tiene que, en materia de acciones populares, aplica la regla general dispuesta en el artículo 167 del C.G.P. según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que alegan.

- CASO CONCRETO

o Hechos probados

Es despacho tendrá como probados los hechos que expuso el A-quo:

- Informes rendidos por la oficina de Control Urbano del Distrito de Cartagena (fl. 176-184) en los que se concluye "Que de conformidad con el Plano del barrio Tacarigua sellado por la Alcaldía Distrital en el año 1.977 y a base de datos MIDAS, el área de estacionamientos contiguos al denominado Conjunto Residencial Tacarigua III, se encuentra dentro de los límites del predio del cual forma parte de la zona multifamiliar y no se registra en el mismo como zona pública de la urbanización".

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA- Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)- Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00768-01(AP)- Actor: LUIS CARLOS MONTOYA GONZALEZ- Demandado: ALCALDIA LOCAL DE SAN CRISTOBAL DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA D.C. Y OTROS.





13001-33-33-001-2016-00298-00

- Concepto técnico rendido por el Área de Aire, Ruido y Suelo del Establecimiento Público Ambiental -EPA- fechado del 16 de mayo de 2017 (f. 189-191) en el cual se indica que i) "no se evidencia la presencia de vehículos de placas ULD-558 y UAH-774 denunciados por el señor BYRON DE JESÚS MONTES SALCEDO y otros", y ii) "en la inspección se evidenció que no existe contaminación ambiental alguna por presencia de automotores ubicados en la zona contigua a la residencia del señor BAYRON MONTES. De igual forma no se evidencia de que hubiere existido contaminación alguna."

- Informe suscrito por la subdirectora jurídica del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte (f. 196-198) en el que se indica que: "los vehículos de que tratan los hechos de la demanda, identificados con las placas uld-558 y uah-774, en el momento de la inspección no se encontraron aparcados en las bahías de estacionamiento exterior (visitantes) del conjunto residencial tacarigua III. (...) Las bahías exteriores para el estacionamiento de vehículos (visitantes), arriba descritas, es decir:

La bahía N° 1: ubicada en el costado occidental del conjunto, es decir contigua a la diagonal 62; cumple con el diseño y medidas exigidos para el estacionamiento de vehículos automotores livianos: automóviles, camperos y camionetas. La bahía N° 2 ubicada en la parte sur del conjunto, es decir contigua a la transversal 48. No cumple con los diseños exigidos para el estacionamiento de vehículos automotores, toda vez que la longitud (profundidad) de los puestos es muy corta. Por tanto, al aparcar, por ejemplo un automóvil, parte de éste quedaría sobre la vía pública, incomodando la movilidad vehicular de la transversal 48. Así las cosas, esta bahía resultaría apta solo para el estacionamiento de motocicletas."

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Con el ejercicio de la presente acción popular se pretende la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un espacio público y a un ambiente sano, los cuales se estiman vulnerados en razón a la ocupación de unos lugares de estacionamiento pertenecientes al Conjunto Residencial Tacarigua II, ubicados por fuera de la malla que encierra el Conjunto, donde alegaban los demandantes de la acción popular estaban estacionados dos vehículos hacía más de un año, que se encontraban en estado de abandono, ocupando el espacio público, contaminando el exterior visual y generando malestar entre los vecinos habitantes del sector y los propietarios de los automotores.

El a quo en la sentencia impugnada denegó las pretensiones de la demanda, considerando que efectuado el contraste entre las pruebas recaudadas durante el proceso, los hechos y pretensiones de la misma, el objeto de la presente acción popular había sido satisfecho debido a que se acreditó que los vehículos cuyo desalojo se solicitaba ya no se encontraban en las bahías de parqueo ubicadas en el exterior del Conjunto Residencial Tacarigua III.



13001-33-33-001-2016-00298-00

Sin embargo, haciendo uso de las facultades oficiosas con las que cuenta el juez popular, advirtió la vulneración del derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, así como una amenaza al derecho colectivo al uso, goce, protección del espacio público.

En virtud de la categoría de los derechos e intereses que buscan protegerse mediante el mecanismo constitucional de la acción popular se flexibiliza el principio de congruencia, otorgándole al juez facultades para pronunciarse frente a derechos colectivos que no han sido invocados en la demanda como ya ha sido reafirmado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

*"En el marco de las acciones populares el principio de congruencia se flexibiliza frente al interés colectivo, que se expresa a través de los derechos por cuya protección propende esta acción, permitiéndole al juez: i) proteger derechos que no han sido invocados en la demanda, siempre y cuando estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso, ii) estudiar hechos que no se expusieron en la demanda, bien sea porque no se alegaron específicamente, pero aparecen probados en el proceso, o porque ocurrieron con posterioridad a la presentación del libelo, en uno y otro caso, siempre que tengan relación con la causa petendi, iii) adoptar medidas diferentes a las deprecadas en la demanda, para proteger los derechos colectivos que encuentre amenazados o vulnerados."*¹⁵

En conclusión el juez popular podrá no solo advertir la vulneración de derechos e intereses colectivos diferentes a los señalados por el demandante sino que podrá tomar las medidas necesarias para evitar la vulneración o hacer cesar el menoscabo de estos, dado que sobrepasan el aspecto individual o meramente subjetivo, mas sin embargo no puede dejarse de lado que la protección de los mismos se ventilan a través de un proceso judicial dentro del cual se deben respetar las garantías mínimas constitucionales.

Por su parte, el motivo de inconformidad que abre esta segunda instancia se concreta en un único aspecto: **i)** el informe presentado por el DATT, y con base en el cual se apoyó el juez de primera instancia afirma situaciones no ajustadas a la realidad y actualidad en relación con las medidas de la Bahía No. 2, al no ser producto de una inspección judicial.

De acuerdo con los Artículos 235 y 236 del Decreto No. 0977 de 2001 por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial, se establecen cuáles son las medidas mínimas exigidas para el estacionamiento de un vehículo, que deberán cumplir los

¹⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, CP: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00478-01(AP)





13001-33-33-001-2016-00298-00

garajes, parqueaderos, y lugares de estacionamiento, tanto para los que se ubiquen al interior de los conjuntos residenciales o edificios, como para los de visitantes; estableciendo como medidas: dos por cincuenta metros (2.50) de ancho por seis (6.00) metros de largo.

Si bien es cierto, como lo concluyen los informes aportados por las autoridades públicas a las cuales les fue solicitado concepto con respecto de los parqueaderos para visitantes Bahía No. 1 y Bahía No. 2, estos están incluidos dentro del área del predio que comprende la zona de Multifamiliares Tacarigua de conformidad con la cartografía Midas base IGAC 2015. También lo es que esta área de estacionamientos (Bahía No. 2) tiene contigüidad a las zonas circundantes como la transversal 46 y la Av. Consulado, lo que lleva afirmar que en el caso en que no llegaran a cumplir con los requerimientos necesarios para ser empleadas como parqueaderos para visitantes pondría en peligro o amenaza los derechos colectivos señalados por el A quo.

Teniendo en cuenta las características de estos lugares de estacionamiento, la falta de cumplimiento de las medidas mínimas exigidas por el Plan de Ordenamiento Territorial para el parqueo de vehículos automotores, al encontrarse por fuera del encerramiento que delimita el Conjunto Residencial Tacarigua III, llevaría una invasión al espacio público, pues al no tener las mediciones requeridas, el estacionamiento de cualquier vehículo desbordaría el área destinado al parqueo de estos.

En ese orden el informe presentado por el DATT (Fl. 196-198), conceptuando que uno de los sitios destinados para el estacionamiento de vehículos de visitantes (Bahía No. 2, contigua a la Transversal 48), no cumple con las medidas exigidas, debido a que su longitud no es la suficiente, provocando que un extremo de los automotores quede sobre la vía pública, toma un papel preponderante en la decisión del juez de primera instancia al encontrar la vulneración de los derechos colectivos por los cuales ordenó medidas para garantizar su protección.

Siendo un documento público, proferido por una autoridad pública como lo es la Sub Directora Jurídica del DATT, en asesoría de un Técnico de Señalización Vial de esa misma entidad, el contenido de estos documentos por su carácter público, se presume auténtico y, por lo tanto, con fuerza probatoria. Teniendo en cuenta que en el acervo probatorio existente no obra prueba que desvirtúe lo aseverado en el Informe del Departamento Administrativo de Tránsito, se tendrán como probados los hechos allí expuestos.

Teniendo en cuenta que como lo conceptúa el artículo 167 del C.G.P. según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de sus alegaciones, a quien le corresponde desacreditar lo expresado en el informe del DATT obrante en el expediente, del cómo se reitera, se presume su autenticidad por su carácter de público, es en cabeza de la parte apelante de la sentencia de primera instancia, sobre la cual recae la carga de la prueba, quien debió haber aportado dictamen





13001-33-33-001-2016-00298-00

pericial o informe que pudiera contrariar o desvirtuar lo sustentado por el Departamento de Transito con respecto a las medidas de la Bahía de parqueo No. 2.

De otra parte, la acción popular tiene una función esencialmente preventiva, es decir, que para su protección no se debe esperar a que se cause un daño a los derechos colectivos, sino que es procedente ante la sola amenaza o riesgo de violación.

En ese orden de ideas, en el caso que nos ocupa es innecesario esperar a que se ocasionen problemas vehiculares, estancamientos, y problemas de circulación en la vía cercana la Bahía de Parqueo No. 2 por su utilización, para en ese momento si proteger el derecho colectivo. Por el contrario, es ajustado al ordenamiento jurídico y a la naturaleza de la acción popular que en este estado de cosas se tomen de forma inmediata todas las acciones conducentes para obtener el mejoramiento y recuperación de la vía y así los ciudadanos podamos gozar de ella plenamente.

Así las cosas, como no obra en el expediente informe o dictamen que desvirtúe lo afirmado por el Departamento Administrativo de Transito (Fl. 196-198), y la parte apelante no demostró los hechos sobre los cuales se basó para atacar la sentencia impugnada, este Tribunal tendrá por acreditada la afectación del derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, configurándose una amenaza al derecho colectivo al uso, goce, protección del espacio público, amparados por el A quo en la sentencia recurrida.

Acorde con lo anterior, este Tribunal deberá confirmar el amparo de los derechos colectivos dispuesto por el a quo, ahora bien, con relación a las medidas de protección adoptadas en la sentencia de primera instancia, se modificaran el artículo primero y segundo de la recurrida providencia teniendo en cuenta que el A quo no consideró lo afirmado por el Departamento Administrativo de Transporte (DAT) (Fl. 196-198) con respecto al aparcamiento de otros vehículos diferentes de automóviles, afirmando que la Bahía No. 2 resultaría apta para el estacionamiento de motocicletas.

Teniendo en cuenta lo anterior este despacho acogerá el concepto otorgado por el DAT en la medida de no prohibir en su totalidad el uso del área de parqueo en comento y permitir su uso para el estacionamiento de motocicletas.

En resumen, el Tribunal confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia que amparó los derechos colectivos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,





FALLA

PRIMERO: MODIFICAR, el artículo Segundo y el artículo Tercero de la sentencia de fecha veintidós (22) de Agosto de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que amparó los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, y el derecho colectivo al uso y goce del espacio público por parte de la ASOCIACIÓN DE COPROPIETARIOS DEL CONJUNTO RESIDENCIAL TACARIGUA III.

En consecuencia, el ordinal segundo y tercero de la providencia impugnada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia será del siguiente tenor:

SEGUNDO: Para la protección de los derechos colectivos amenazados y vulnerados se prohibirá el uso de la bahía No. 2, ubicada en la parte sur del CONJUNTO RESIDENCIAL TACARIGUA III, contigua a la Transversal 48, para el parqueo de automóviles y demás vehículos automotores similares, exceptuando motocicletas a las cuales se les permitirá el aparcamiento en esta zona de parqueo.

TERCERO: Para garantizar el cumplimiento de la prohibición establecida en el numeral anterior se ordena a la ASOCIACIÓN DE COPROPIETARIOS DEL CONJUNTO RESIDENCIAL TACARIGUA III que:

- o Controle el uso del área identificada en el numeral segundo de esta providencia, a fin de evitar el parqueo de automóviles y demás vehículos automotores similares por parte de los copropietarios y visitantes.
- o Señalice el área correspondiente a la Bahía No. 2, para advertir sobre la restricción impuesta al parqueo de automóviles, para lo cual se le concede un término de veinte (20) días.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP y 38 de la ley 472 de 1998.

CUARTO: Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.



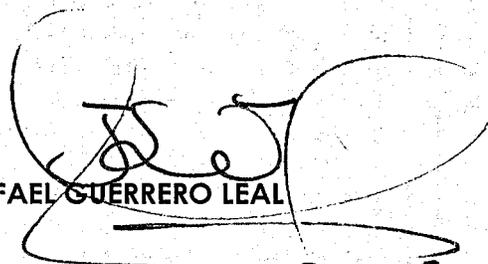
13001-33-33-001-2016-00298-00

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

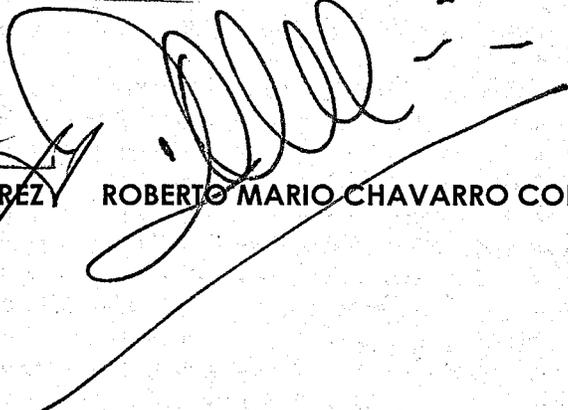
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: El proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

J.R.G.L
Elaboró