

269



Cartagena de Indias, quince (15) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Clase de acción	ACCIÓN POPULAR
Radicado	13-001-23-33-000-2005-02065-00
Demandante	JOHNNY RAFAEL GÓMEZ
Demandado	DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Espacio publico

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro de la Acción popular, interpuesta por el señor JHONNY RAFAEL GÓMEZ, actuando en nombre propio, contra el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA.

El señor JHONNY RAFAEL GÓMEZ, actuando en nombre propio, presentó Acción Popular, contra el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, con fundamento en los siguientes hechos:

1.1. Hechos.

"PRIMERO: Las políticas a la recuperación de bienes de uso público, por parte de la administración Distrital de Cartagena de Indias, se tornan infructuosas y pocos persuasivas, para hacer preservar el interés general sobre el particular, siendo este uno de los principales derechos orientadores del constituyente del 1991.

SEGUNDO: Que la administración distrital, gasta parte de su presupuesto en la contratación de funcionarios, autodenominados LECHUZA con el objeto de regular y controlar la defensa de los bienes de uso público de la ciudad, sin que estos puedan desarrollar su función en forma dinámica, efectiva y diligente, precisamente al no existir políticas serias al respecto por parte de la administración central del Distrito de Cartagena.



TERCERO: La ocupación indiscriminada de los espacios públicos de la ciudad, se ha tornado preocupante y ha tomado un matiz generalizado, entre la mayoría de los Cartageneros, sin que la administración Distrital, realice acciones en defensa del goce y utilización de los bienes de uso público, donde los particulares realizan construcciones y edificios, sin respetar las disposiciones jurídicas y sin dar prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

CUARTO: En procura de la defensa de los bienes de uso público en toda la ciudad, y en vista de la optitud pasiva de la administración Distrital, para la recuperación de los bienes que le corresponde a todos los cartageneros, se realizó visita a los inmuebles contraventores, donde se detalló la forma en que el propietario del inmueble ubicado en el barrio manga calle 29 No. 18B-35, realizó rellenos en zonas de bajamar y aguas marítimas someras pertenecientes al caño de bazurto, que de acuerdo al área ocupada por el infractor y los resultados de la prueba de campo en la zona en mención se pudo concluir que de acuerdo a la escritura pública 592 de julio de 1966 de la notaria segunda de Cartagena, y donde se encontró las siguientes medidas: por el frente, calle 29ª o cuarta avenida mide seis punto cuarenta (6.40) metros por la derecha entrando con cada de la señora Araceli mora Villareal y/o Valentina Licero Puertas y mide 46 metros hasta el caño de bazurto, por la izquierda. Con casa de la señora Elvira Lago Arroyo y/o Gabriel Lago, mide 46 metros hasta el caño de Bazurto, por el fondo con el caño de bazurto en línea recta mide seis punto dos (6.2) metros.

De acuerdo a las medidas que aparecen en estos momentos son el inmueble arriba anotado se puede concluir que el área de terreno de bajamar rellena artificialmente y que corresponde a la Nación es de 99 M2., cuyas dimensiones son de largo diez y seis (16) metros por seis punto veinte (6.20) Metros de ancho para un área total de 99M2.

QUINTO: Resulta casi increíble de creer, como particulares hacen uso de los bienes de uso público de la ciudad, realizando actos impropios a la naturaleza y condición del bien, y es así como realizan cerramientos en ladrillo, sembrado de jardines y otra cantidad de situaciones sin atender el origen de los bienes del Estado y el beneficio de los Cartageneros.

1.2. Pretensiones.

Con fundamento en lo expuesto anteriormente el accionante solicita las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se declaren vulnerados los derechos colectivos: del goce de espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, descrito en el hecho cuarto de la presente acción.

230



SEGUNDA: Que se ordene al Dr. ALBERTO BARBOSA SENIOR, en su calidad de Representante legal del Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C., o quien haga sus veces, implementar en forma constante un programa de recuperación de los bienes de uso público de la ciudad como primera autoridad de policía del Distrito de Cartagena.

TERCERA: Que se ordene a la entidad demandada la adopción de programas de cultura ciudadana e implementación de estudios de planeación Distrital, para educar a los Cartageneros y evitar así la ocupación los bienes de uso público y consecuentemente el respeto del interés general sobre el particular."

2. CONTESTACIÓN:

2.1. DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (FI. 148-203)

Mediante escrito radicado en fecha 17 de enero de 2013, la accionada dió contestación de la presente acción popular, por intermedio de apoderada judicial, manifestando su oposición a cada una de las pretensiones, por cuanto, considera que en la acción popular no existe ni ha existido por parte del Distrito vulneración de los derechos colectivos que se pretender proteger, toda vez que sus actuaciones se han motivado bajo los preceptos legales y al no estar determinado si el bien de la demanda, el cual es el mismo dentro del proceso policivo no le es dable ordenar su restitución como lo plantea el actor.

Proponiendo además, como excepciones de fondo la FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA, pue afirma que el actor popular actúa como un ciudadano protector de los derechos colectivos de la comunidad del Barrio Manga, por lo que tiene que estar demostrado la legitimidad para actuar en nombre de la comunidad, porque desde el punto de vista de la persona, los derechos colectivos con individuales y abstractos.

2.2 NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA. (FI. 204-210)

Mediante escrito radicado en fecha 23 de enero de 2013, la vinculada dió contestación de la presente acción popular, por intermedio de apoderada judicial, manifestando que la Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Cartagena, no ha omitido el ejercicio de sus funciones y por tanto no ha vulnerado o amenazado los derechos colectivos alegados.

Afirma que la recuperación y restitución de los bienes de uso público objeto de la presente acción popular es ajena a las competencias de la Dirección General Marítima, por lo que son funciones que corresponden a las

Autoridades Distritales y de Policía, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 62 de 1937.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha 28 de octubre de 2005, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la presente acción popular interpuesta por el señor Jhonny Rafael Gómez contra el Distrito de Cartagena.

Por medio de escrito de 21 de febrero de 2006, la parte demandada procedió a darle contestación a la acción popular promovida por el señor Jhonny Rafael Gómez.

A través de auto de 29 de septiembre de 2006, el Juzgado Quinto Administrativo del circuito de Cartagena, aprendió conocimiento sobre la presente acción popular por ser el mismo el competente para llevar a cabo el trámite correspondiente.

Por lo anterior, el Juzgado en mención, en cumplimiento con lo señalado en auto de 29 de septiembre de 2006, cito a las partes a una audiencia especial de pacto de cumplimiento la cual fue celebrada el 17 de noviembre de 2006 y a su vez se declaró fracasada por inasistencia de la parte demandante.

Tramitada la audiencia especial de pacto de cumplimiento, el Juzgado por medio de auto de 18 de diciembre de 2006, abrió a pruebas la acción popular reseñando y ordeno las pruebas pretendidas por las partes interviniente en dicha acción.

Una vez tramitadas las pruebas, el A quo ocurrió traslado a las partes en proveído del 21 de junio de 2007 para que la misma presentaran sus alegatos de conclusión.

Vencido el término, la parte demandada presento alegatos de conclusión por medio de escrito recibido el 10 de julio de 2007.

De esta manera, el Juez de primera instancia, profirió sentencia el 18 de diciembre de 2007 resolviendo negar las pretensiones de la demanda.

En vista de lo anterior, el señor Jhonny Rafael Gómez en calidad de demandante presentó recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de Bolívar en proveído de 2 de octubre de 2008 declaró la nulidad de todo lo actuado, teniendo en cuenta que no se había notificado al Capitán de Puertos de Cartagena.



Devuelto el proceso al A quo, este mediante auto de 11 de octubre de 2011 se declaró incompetente y lo remitió al Tribunal Administrativo de Bolívar, en fundamento en lo establecido en la Ley 1395 de 2010.

Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Bolívar por medio de auto de 19 de diciembre de 2011, resolvió decretar la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena a partir del 12 de julio de 2010 y notificar a la Capitanía de Puertos y al Distrito de Cartagena para que las misma ejercieran su derecho de defensa.

Dado lo anterior, las entidades demandadas allegaron contestación al proceso.

Finalmente el Tribunal Administrativo de bolívar en proveído de 05 de mayo de 2015 resolvió publicar en la página web de la rama judicial que en dicha corporación se adelantan la acción popular de Radicado No. 002-2005-0206500 contra el Distrito de Cartagena de y la DIMAR, dándole cumplimiento a lo previsto en el artículo 24 de la ley 472 de 1998.

La audiencia de pacto de cumplimiento fue celebrara el 22 de noviembre de 2017, la cual se declaró fallida por la ausencia del actor popular.

Mediante auto de fecha 29 de enero de 2018 se procesó a correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

4. ALEGACIONES

4.1. DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS (FI. 363-365)

Mediante memorial radicado en fecha 6 de febrero de dos mil dieciocho (2018), la accionada, a través de apoderada judicial, presentó alegatos de conclusión, manifestando que no existe certeza de la existencia de un proceso policivo u otra actuación en curso que determine que se trata de un bien de uso público. Que en la diligencia de inspección ocular realizada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuido de Cartagena, el actor popular no pudo identificar el lugar sobre el cual se debía practicar la inspección que decía ser de uso público, y que era el objeto de la acción popular, por lo que el juzgado la dio por terminada.

Además afirma que no está dentro de sus competencias la recuperación de los bienes de uso público ocupados ilegalmente, pues dicha facultad es exclusiva de la autoridad policiva, por lo que concluye que no ha vulnerado



ni pretende amenazar los derechos colectivos mencionados por el accionante.

4.2 NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- DIRECCION GENERAL MARITIMA (FI. 263-266)

Mediante memorial radicado en fecha 6 de febrero de dos mil dieciocho (2018), la vinculada, a través de apoderada judicial, presentó alegatos de conclusión, manifestando que corresponde a las autoridades de policía, el deber jurídico de ordenar la vigilancia y protección de los bienes de uso público en su jurisdicción, en defensa de los intereses de la comunidad. Que la DIRECCION GENERAL MARITIMA ha efectuados las actuaciones administrativas pertinentes, en el marco de la legalidad de sus competencias, por tanto no ha vulnerado, ni pretende amenazar los derechos colectivos mencionados por los demandantes, razón por la cual se considera improcedente en el ejercicio de la presente acción.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 207 de la Ley 1437 de 2011), se procede a definir la controversia, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente funcionalmente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del asunto bajo estudio, por tratarse de una Acción Popular dirigida en contra del DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA, de conformidad con el numeral 14 del artículo 132¹ del C.C.A., norma vigente para la fecha de presentación de la demanda.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¹ "Artículo 132. Los tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...

14. Adicionado. Ley 1395 de 2010. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional"



Para resolver el sub judice la Sala deberá determinar:

(i) Si el accionante está legitimado por activa

(ii) Si el Distrito de Cartagena, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA y EDURBE vulneran los derechos colectivos al uso y goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, al presentar una conducta omisiva frente a la ocupación de bienes de uso público.

3. TESIS

La Sala de Decisión, considera en primer lugar que el accionante si está legitimado por activa; e igualmente no se encuentra acreditada la vulneración los derechos al goce del espacio público y utilización y defensa de los bienes de uso público por parte del Distrito de Cartagena y la Dirección General Marítima.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN POPULAR.

La acción popular tiene una naturaleza preventiva, tal como lo indica el inciso 2 del artículo 2 de la ley 472 de 1998 cuando dice: "... 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".

Por regla general, esta acción no persigue la reparación de perjuicios, pues para ello existen las acciones contenciosas e incluso la acción de grupo, sin embargo excepcionalmente es viable el reconocimiento de los mismos, en los casos previstos en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Los hechos que pueden resultar vulneradores de derechos colectivos, también pueden dar lugar al inicio de acciones contenciosas o de otra naturaleza, de manera que en virtud de la autonomía y principalidad que caracteriza a la acción popular, esta también sería viable, pero no de manera concurrente o simultánea con la acción ordinaria, pues por un lado la popular es



esencialmente preventiva y de ser afectaría la seguridad jurídica al producirse eventualmente fallos contradictorios respecto de los mismos hechos; siendo ello así, entonces cuando el interesado ha acudido a las acciones ordinarias, no le es dable instaurar acción popular.

En cuanto hace referencia a su configuración normativa, de las reglas contenidas en los artículos 1º, 2º, 4º y 9º de la citada Ley 472, se desprende que son características de la acción popular, las siguientes:

- a) Está dirigida a obtener la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva;
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses;
- c) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de protección mediante el ejercicio de este medio de control, son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y en los tratados celebrados por Colombia;
- d) Su objetivo es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, cuando ello fuere posible; e) Es una acción pública, esto es -como mecanismo propio de la democracia participativa- puede ser ejercida por "toda persona" y además, para afianzar pedagógicamente un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los personeros y los servidores públicos.
- f) No tiene carácter sancionatorio respecto de aquel contra quien se dirijan las pretensiones y, eventualmente, recaiga la sentencia estimatoria.
- g) No ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo, se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudirse a las acciones pertinentes.
- h) Por la finalidad que persigue la acción popular y en virtud a su configuración normativa, se tienen entonces, como presupuestos de una eventual sentencia estimatoria los siguientes:



- Una acción u omisión de la parte demandada;
- Que para la época en que se dicte la sentencia se presente daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos;
- Que se demuestre la relación de causalidad entre la acción o la omisión y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.

4.2 De los derechos colectivos invocados

Conviene precisar los alcances conceptuales de los derechos colectivos invocados por el accionante, esto es, goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público consagrados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

4.2.1 Del goce al espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

En relación con la categoría de los bienes de uso público, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado la clasificación legal de los bienes de dominio del Estado, con fundamento en la distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales, definidos ellos en los términos del artículo 674 del Código Civil, norma que dispone:

"Artículo 674. Bienes Públicos y de Uso Público. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales."

De conformidad con la norma citada, la diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales en la legislación civil radicó en la destinación o forma de su utilización. En ese ámbito se consideraron bienes de uso público aquellos destinados al uso general de los habitantes de un territorio. Los bienes fiscales por oposición a lo anterior, son aquellos que pertenecen al Estado, pero no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privado del Estado, para sus fines propios, que en ocasiones pueden aparecer incompatibles con la utilización indiscriminada por el público.

La Constitución Política de 1991, se refirió a los Bienes de Uso Público, concediéndoles tres prerrogativas: inalienables, imprescriptibles e inembargables, en la siguiente disposición:

"Artículo 63.- Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

Artículo 102. "El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación"

Por su parte, el artículo 5º de la Ley 9 de 1989, ampliando conceptualmente la idea de espacio público concebida en la legislación civil, lo define en los siguientes términos:

"Artículo 5.- Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los 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 habitantes.

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 de 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 constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo"

En cuanto a los bienes de uso público, y la destinación colectiva del espacio público, precisó el Consejo de Estado lo siguiente²:

"Nótese que tanto en el nivel constitucional como en el legal, el elemento distintivo del espacio público, como bien de uso público, es su destinación colectiva, o lo que es igual, al uso por todos los miembros de la comunidad. Además, ese carácter inalienable, imprescriptible e inembargable del espacio público, implica que su

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, providencia del quince (15) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00993-01 (AP).



destinación está regulada por fuera de los cauces normativos propios del derecho privado y se ubica en los predios del derecho público. Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que se constituyen en los medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación como figura medular o pieza clave del dominio público. Por manera que cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad del espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, **sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en el acceso al espacio público (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) manejo a su destinación al uso común general.**" (Negrillas de la Sala)

Por otra parte, el artículo 313 de la Constitución Política entre las funciones de los Concejos Municipales, señala la de reglamentar los usos del suelo; y el artículo 315 ibídem, dentro de las atribuciones de los Alcaldes, en su calidad de primera autoridad de Policía en el Área de su competencia, son quienes deben cumplir y hacer cumplir las normas constitucionales y legales y las que expida el Concejo Municipal correspondiente. De lo anterior se concluye que sin lugar a dudas, quien ostenta la competencia para determinar el uso del suelo son los Concejos Municipales y a los Alcaldes velar porque se respeten las normas relativas a la protección y goce del espacio público.

4.2.2 De las normas que regulan los bienes de uso público –terrenos de baja mar

El decreto ley 2324 de 1.984 "Por medio del cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria" define como bienes de uso público las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas; por tanto son: "intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo" (art. 166).

Por su parte se definen como terrenos de bajamar: "Los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando ésta baja" (art. 167.3, decreto ley 2324/84).

Ahora bien, la normativa en comento ha dispuesto que a efectos de salvaguardar los derechos que sobre estos bienes de uso público tiene el Estado colombiano, los Capitanes de Puerto deben impedir ocupaciones de



hecho, e informar a la DIMAR sobre las construcciones particulares existentes en tales terrenos, a fin de solicitar al agente del Ministerio Público que inicie las acciones tendientes a recuperar los bienes del estado.

Al respecto el artículo 178, dispone:

"Derechos de la Nación. Los Capitanes de Puerto deben hacer respetar los derechos de la Nación en las zonas a que se refieren los artículos anteriores, impidiendo su ocupación de hecho. Estos mismos funcionarios deberán enviar a la Dirección General Marítima y Portuaria, un informe pormenorizado sobre las construcciones particulares que existan en tales terrenos, con indicación de las personas que las ocupen y su alinderación, con el objeto de solicitar al respectivo Agente del Ministerio Público que se inicie la acción del caso para recuperar los bienes que han pasado al patrimonio del Estado en virtud del artículo 682 del Código Civil".

Respecto de lo expuesto es del caso señalar que de conformidad con el artículo 63 de la Constitución Política, los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, así mismo, conforme el artículo 102 ibídem, el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

Ahora bien, la ley permite un uso especial temporal por parte de los particulares de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar, en los términos del artículo 169 del Decreto ley 2324, en el cual autoriza a la DIMAR para otorgar concesiones para uso y goce de los anteriores bienes de uso público, no obstante, para el para el otorgamiento de las mismas se deben dar cumplimiento a los requisitos señalados en dicha normativa.

Así las cosas, es claro que los terrenos de baja mar constituyen bienes de uso público, con protección constitucional y legal, y para su uso y disfrute deberán obtener el respectivo permiso de la Dirección General Marítima y Portuaria. Del mismo modo, que son los concejos municipales o distritales quienes por disposición constitucional deberán reglamentar, vigilar y controlar las actividades destinadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Así como también corresponde a la Dirección Marítima, impedir las ocupaciones de hecho sobre dichos terrenos, así como las construcciones que sobre dichos terrenos los particulares realicen.

4.3 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...."³.

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

4.4 Incentivo económico.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010⁴ fueron derogados los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998, los cuales establecían un estímulo para los actores populares por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-630 de 2011.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- Obra en el expediente inspección judicial realizada por el Juzgado Quinto Administrativo de Circuito de Cartagena el día 16 de febrero de 2007 (Fl. 61)
- Obra en el expediente informe de fecha 4 de octubre de 2006 expedida por la Capitanía de Puerto de Cartagena (Fl.64-69)

³ 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.

⁴ Publicado en el Diario Oficial 47.937 de 2010

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el sub lite, el señor Jhonny Rafael Gómez, presentó acción popular para que se proteja el derecho colectivo al goce de un espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, en relación con el bien inmueble ubicado en el Barrio de Manga, carrera 23 No. 29-100 de la ciudad de Cartagena, en el cual a su juicio, son bienes de uso público y de encuentran ocupados por particulares.

A su vez, el Distrito de Cartagena considera que en la acción popular no existe ni ha existido por parte del Distrito vulneración de los derechos colectivos que se pretender proteger, toda vez que sus actuaciones se han motivado bajo los preceptos legales y al no estar determinado si el bien de la demanda, el cual es el mismo dentro del proceso policivo no le es dable ordenar su restitución como lo plantea el actor.

Proponiendo además, como excepciones de fondo la FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA, pue afirma que el actor popular actúa como un ciudadano protector de los derechos colectivos de la comunidad del Barrio Manga, por lo que tiene que estar demostrado la legitimidad para actuar en nombre de la comunidad, porque desde el punto de vista de la persona, los derechos colectivos con individuales y abstractos.

A su turno, la DIMAR manifestó que no ha omitido el ejercicio de sus funciones y por tanto no ha vulnerado o amenazado los derechos colectivos alegados.

Afirma que la recuperación y restitución de los bienes de uso público objeto de la presente acción popular es ajena a las competencias de la Dirección General Marítima, por lo que son funciones que corresponden a las Autoridades Distritales y de Policía, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 62 de 1937.

En este contexto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

En este orden, se procede a resolver el primer problema jurídico, relativo a la falta de legitimación por activa.

En primer lugar precisa la Sala que en virtud del artículo 472 de 1998:

"Podrán ejercitar las acciones populares: 1. Toda persona natural o jurídica. 2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de

276



indole similar. 3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión. 4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia. 5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses."

De lo anterior, se infiere que la norma no establece como requisito que el accionante deba pertenecer a la comunidad directamente afectada para poder instaurar la acción popular, sobre este punto el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

"Dado que con la acción popular se pretende la defensa de derechos que no pertenecen a personas individualmente consideradas, aunque su vulneración en ciertos casos puede llegar a afectar intereses o derechos particulares, no hay ninguna razón jurídica para exigir que el actor acredite un interés concreto para demandar, pues se reitera, con la acción popular se pretende la protección del derecho en sí mismo y no el restablecimiento de intereses particulares."⁵

En conclusión, cualquier persona está facultada para iniciar acciones populares, sin que sea procedente la exigencia de la legitimación en la causa por activa, dada la naturaleza de acción pública y además que la titularidad de los derechos colectivos corresponde a toda la comunidad.

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción en estudio.

Por otro lado, respecto a la vulneración de los derechos colectivos deprecados, se tiene por probado dentro del proceso, que en la inspección judicial realizada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena el día 16 de febrero de 2007 se constató que en el sitio de la inspección judicial señalada en la demanda, esto es, barrio manga calle 29 No. 18B-35 no se pudo plenamente identificar el lote a inspeccionar, toda vez que no estaban identificados por su nomenclatura y el accionante no tenía certeza de donde se encontraba ubicado exactamente el inmueble sobre el cual recae la inspección, razón por la cual se dio por terminada.

Así las cosas, advierte la Sala que en el presente caso no se demostró el supuesto de hecho en el que se basa el actor popular para afirmar la vulneración del derecho colectivo alegado, pues, quedó acreditado el actor soporta sus pretensiones en primer lugar, solicitando la inspección judicial la cual no concluyó satisfactoriamente al no encontrarse identificado el bien

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007) Radicación número: 52001-23-31-000-2004-00092-01 (AP)



inmueble objeto de inspección, y por otro lado aporta un informe expedido por la Capitanía de Puerto de Cartagena, de fecha 4 de octubre de 2006 en donde solicita que se oficie a la Capitanía para que remita con destino al proceso, un informe técnico practicado por esa entidad, realizado por los peritos oceanográficos ERNERTO CARREÑO Y RICARDO QUINTERO, en el cual se determina que el inmueble contraventor ocupa un área de 99 M2, sin embargo, esta prueba fue solicitada extemporáneamente, cuando a se había proferido el auto mediante el cual se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las que se pretendían hacer valer dentro del proceso.

Ahora bien, eventualmente pudo haberse dado una situación de relleno de terrenos de bajamar, no obstante, en la actualidad la misma no pudo comprobarse debido a la inexistencia física del citado predio, registrada por las autoridades competentes.

Es del caso señalar lo que sobre la carga de la prueba en acciones populares ha señalado la H. Corte Constitucional, la cual en sentencia C-215 de abril 14 de 1999, Magistrada Ponente Martha Victoria Sánchez de Moncaleano, Expedientes 0-2176, 0- 2184 Y 0-2196, expresó:

"... 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....".

"Ha reiterado la Sala que en estas acciones la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, corresponde al accionante, quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa



carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de la ley 472 de 1998, máxime si se tiene en cuenta que actúa movido no sólo por el ánimo de proteger un derecho o interés colectivo, sino que a ése, se une el móvil de la retribución económica que la prosperidad de la acción le puede generar. Así pues, el citado artículo 30 en tanto dispone que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, **no da lugar a entender que en el sub exámine el actor estaba relevado de la carga de la prueba, dado que no se presentó ninguna de esas circunstancias que pudieran justificar la deficiencia probatoria. Así pues, el actor incumplió con la carga procesal de la prueba, prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y según el cual " ... incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen" ⁶.**

Así las cosas, y al no existir prueba suficiente dentro del expediente que demuestre la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público enlistado en el literal d) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, se denegarán las pretensiones de la demanda.

5.3. Incentivo.

Respecto del reconocimiento del incentivo económico, precisa la Sala que atendiendo a que la Ley lo derogó expresamente, no hay lugar a su reconocimiento.

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: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, alegada por el Distrito de Cartagena de Indias, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

⁶ Ver Sección Tercera, Sentencia de 24 de marzo de 2004, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP).



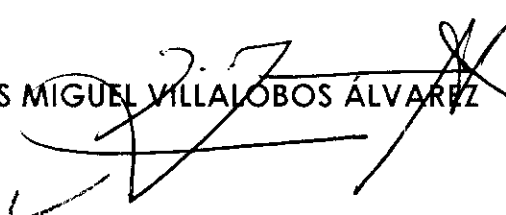


SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda de acción popular interpuesta por el señor JHONNY RAFAEL GÓMEZ contra el Distrito de Cartagena de Indias y la NACION- MISNTERIO DE DEFENSA-DIRECCION GENERAL MARITIMA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
1075 - 02005