

346



Cartagena de Indias, once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Clase de acción	ACCIÓN POPULAR
Radicado	13-001-23-31-002-2011-00815-00
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 aptitud 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 manda en la carrera No. 29-100, 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 1181 del 14 de agosto de 1978, y donde se encontró en el título de venta las medidas y linderos de la siguiente forma: por el frente, calle 29ª y mide (10) metros por la derecha entrando con lote No. 8 y mide veinte (20) metros, por la izquierda, entrando con lote No. 10 y mide 20 metros, por el fondo con predio de Ramón Herrera y mide 10 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 rellenada artificialmente y que corresponde a la Nación es de 36 M2., en un rectángulo de 10 X 3.6, el área a restituir en este predio fue rellenado después de 1978, por lo que es incoherente que en ese año se colindara con un predio privado (Ramón Herrera), que no debía existir por tratarse del caño de bazurto, el límite natural.

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.

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.



347

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 (Fl. 12-16)

Mediante escrito radicado en fecha 21 de febrero de 2006, 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 de los hechos de la demanda se infiere que lo que persigue el actor popular es el pago de un incentivo basándose en una supuesta violación a los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, afirma que el demandante no identifica de manera expresa cual es el bien de uso público supuestamente usurpado, por lo que no es posible 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. (Fl. 273-275)

Mediante escrito radicado en fecha 7 d septiembre de 2011, 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 22 de noviembre de 2005, al Tribunal Administrativo de Bolívar, Admitió la presente acción popular interpuesta por el señor JOHNNY RAFAEL GÓMEZ contra el Distrito de Cartagena y se ordenó la vinculación a la Capitanía de Puerto de Cartagena como presunto responsable (Fl. 10)

Que la anterior providencia, fue notificada al señor Alcalde del Distrito de Cartagena tal y como se observa a folio 11 del expediente; quien dentro de la oportunidad legal, contesto la demanda (Fl. 12-16)

Se informó a la comunidad sobre la existencia del proceso, tal como lo exige el artículo 21 de la Ley 472 de 1998(Fl. 27)

Posteriormente, con ocasión de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos en Cartagena (1 de junio de 2006) el 5 de septiembre de 2006, el proceso fue enviado a dichos despachos judiciales. Correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena (Fl. 28)

El 20 de octubre de 2006, se realizó la audiencia especial de pacto de cumplimiento_; el 13 de febrero de 2007, el proceso se abrió a pruebas (Folio 53) y el 9 de abril de 2008, se corrió traslado para alegar de conclusión (Fl. 109)

No obstante que la Capitanía de Puertos de Cartagena, fue vinculada desde el auto admisorio, s ele notifico el auto admisorio el 24 de agosto de 2011 (Fl. 148) cuando ya había corrido traslado para alegar de concusión.

La Capitanía de Puertos, dentro de la oportunidad legal correspondiente contesto la demanda (Fl. 149-156)

Que el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, el 9 de noviembre de 2011 declaro la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto de traslado para alegar de conclusiones (Fl. 171-173), con excepción de la notificación surtida a la Capitanía de Puertos de Cartagena.

Mediante providencia del 24 de noviembre de 2011(Fl. 174-176) el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, se declaró sin competencia par a



348

continuar conociendo del asunto y lo remite al Tribunal Administrativo de Bolívar. Lo anterior, con fundamento en los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 de 2010, justamente por la vinculación de una entidad del orden nacional, como es la Capitanía de Puerto.

El proceso fue repartido a esta Corporación, el cual mediante auto de fecha 25 de enero de 2012 aprehendió conocimiento, declaro la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda.

4. ALEGACIONES

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

Mediante memorial radicado en fecha 05 de abril de dos mil diecisiete (2017), la accionada, a través de apoderada judicial, presentó alegatos de conclusión, manifestando que los cayos y lagunas de Cartagena no se encuentran bajo la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

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.

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

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 los derechos al goce del espacio público y utilización y defensa de los bienes de uso público se encuentran vulnerados por parte del Distrito de Cartagena y la Dirección General Marítima, teniendo en cuenta que está demostrado que el bien inmueble objeto de litigio está siendo ocupado de forma irregular e por encontrarse ubicado en zonas de bajamar, afectados de esta manera la protección y conservación de este recurso natural y paisajístico del Distrito de Cartagena; así como terrenos en bajamar.

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

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"



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 1°, 2°, 4° y 9° 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 acudir 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





22

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 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.) maneja 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,

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).

351



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 diligenciación, 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 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 artículo 177 del C.P.C. según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que alegan.

4.4 Incentivo económico.

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.





352

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 informe de jurisdicción de DIMAR del inmueble ubicado en el Barrio Manga Carrera 23 No. 29-100 de fecha 23 octubre de 1993, elaborado por los señores peritos ERNESTO CARREÑO CASTRO y CARLOS TEJADA VELEZ (Fl. 55-66)
- Obra en el expediente comunicación expedida por el Distrito de Cartagena de Indias de fecha 25 de septiembre de 2007 mediante el cual se informa acerca de los programas de recuperación de espacio público en la ciudad de Cartagena. (Fl.76-77)
- Obra en el expediente oficio 6003 expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi de fecha 28 de febrero de 2013 en la cual informa lo siguiente (Fl. 220):

"...sobre informar sobre el nombre de quien figura como inscrito como propietario del bien inmueble, ubicado en el Barrio Manga, Carrera 23 No. 29-100 y el número de matrícula inmobiliaria del mismo, me permito informar que consultada la base de datos catastrales del Distrito de Cartagena la dirección suministrada por usted no se encuentra registrada, por lo que se solicita mayor información para realizar una nueva búsqueda."

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

⁴ Publicado en el Diario Oficial 47.937 de 2010





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 argumenta considera que de los hechos de la demanda se infiere que lo que persigue el actor popular es el pago de un incentivo basándose en una supuesta violación a los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, afirma que el demandante no identifica de manera expresa cual es el bien de uso público supuestamente usurpado, por lo que no es posible 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 índole 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."

353



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, en virtud del informe pericial del 15 de octubre de 1993, rendido por ERNESTO CARREÑO CASTRO y CARLOS TEJADA VELEZ, Peritos Navales –Oceanografía Física de la Dirección General Marítima-DIMAR, que el bien inmueble ubicado en el Barrio de Manga, carrera 23 No. 29-100 (Fl. 55-61) constataron que en la escritura pública del inmueble con referencia catastral No. 1-01-201-021-00 es de propiedad de la señora Dolores Díaz Tapias, manifiesta la autoridad marítima que para determinar la jurisdicción del inmueble se analizaron los siguientes aspectos: la escritura pública No. 1181 del 14 de agosto de 1978, fotografías áreas de la zona, el análisis del terreno y de la línea litoral del caño Bazurto en las inmediaciones del predio, en especial las zonaciones de mangle en la parte posterior, las dimensiones constatadas por parte de los peritos y la conformación del suelo en la zona general.

Acorde con dicho informe, para la fecha en que se realizó el mismo -15 de octubre de 1993- el bien inmueble citado estaba constituido por un área de 39 m2 de terreno de baja mar y aguas marítimas, las cuales de acuerdo con el marco normativo expuesto constituirían bienes de uso público de propiedad

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)





de la Nación y por tanto, no serían susceptibles de ocupación por particulares, sino en desarrollo de figuras como la concesión.

Sin embargo, en el Informe presentado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi mediante Oficio No. 6003 de fecha 3 de abril de 2013 (Fl. 246) la entidad manifiesta que el inmueble objeto de esta acción inscrito bajo Nomenclatura domiciliaria Barrio de Manga, carrera 23 No. 29-100 no se encontró predio alguno inscrito bajo esa nomenclatura.

Por lo anterior, de la valoración crítica de las demás pruebas allegadas al plenario la Sala concluye que el predio objeto de la presente acción popular, ubicado en el Barrio de Manga, carrera 23 No. 29-100, si bien no está acreditada a quien pertenece el inmueble en discusión, por no existir referencia catastral ni inmobiliaria, lo cual a juicio de la Sala no resulta relevante para establecer la vulneración de los derechos deprecados, teniendo en cuenta que la conducta vulneradora se concreta en la omisión de la autoridad pública; si está plenamente identificada la vulneración de los derechos colectivos, toda vez que, con el informe pericial del 15 de octubre de 1993, rendido por ERNESTO CARREÑO CASTRO y CARLOS TEJADA VELEZ, Peritos Navales –Oceanografía Física de la Dirección General Marítima-DIMAR, se evidenció que el inmueble se encuentra construido en terrenos de bajamar y, en consecuencia, presenta un doble carácter:

a) De un lado, en virtud de lo establecido en el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984, le asiste la calidad de bien de uso público y, por tanto, en atención al mandato del artículo 63 de la Constitución Política, es inalienable, inembargable e imprescriptible.

b) Del otro, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 9 de 1989, se constituye en elemento integrante del espacio público y, por tanto, es una zona destinada al uso y disfrute colectivo.

La ocupación irregular de esta zona, afecta de forma directa el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de bienes de uso público e incluso los derechos relativos a la protección de los recursos naturales y medio ambiente

Por otro lado, el Distrito de Cartagena no demostró que haya realizado actuaciones eficientes tendientes a recuperar el espacio público que está siendo ocupado por particulares de forma irregular, pues a pesar de tener



354

conocimiento de la vulneración de los derechos colectivos, tal como se observó en el informe presentado por la Gerencia del Espacio Público y Movilidad al desarrollar el Plan de Ocupante del Espacio Público, dicho programa va dirigido a vendedores ambulantes que ocupan el espacio público, y no cubre a los ocupantes de los terrenos de bajamar, por lo que su omisión frente a esta situación constituye un factor importante de degradación ambiental y paisajística, pues no se han materializado en una protección real y efectiva de los derechos e intereses colectivos.

En efecto, de conformidad con el artículo 8 y 9 del Decreto 0184 del 14 de febrero de 2014 proferido por la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, la Gerencia del Espacio Público y Movilidad tiene la competencia de iniciar la actuación administrativa para la recuperación del espacio público, el mencionado decreto dispone:

"ARTICULO OCTAVO. Deléguese en la Gerencia del Espacio Público y Movilidad la función de coordinar con las autoridades respectivas en nombre de la Alcaldía Mayor de Cartagena el inicio de la actuación administrativa para la recuperación del espacio público, la imposición de multas respectivas, y la expedición de las ordenes de retención, en los casos previstos en la ley, en el acuerdo 024 de 2004 y que establecen en el presente decreto.

ARTICULO NOVENO. COORDINACION. En atención a los principios rectores de la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, y en virtud de la delegación impartida, será función de la Gerencia de Espacio Público y Movilidad, solicitar a las autoridades administrativas de policía lo siguientes:

- 1. A los alcaldes locales según su jurisdicción, el inicio de trámite administrativo de imposición de multas por infracciones urbanísticas relacionadas con la afectación del espacio público en el Distrito de Cartagena.*
- 2. A los inspectores de policía competentes por jurisdicción, la imposición de la medida de retención, de bienes utilizados por ocupar indebidamente el espacio público.*

PARAGRAFO: Como quiera que el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena es el máximo jefe de policía administrativa en el territorio de su jurisdicción, las comunicaciones e informes de la Gerencia de Espacio Público y Movilidad dirigidas a los alcaldes locales o los inspectores de policía, para los efectos de la retención, multa o restitución del Espacio Público, tendrán fuerza vinculante, para estas autoridades."

En este orden, la norma en cita establece que la Gerencia del Espacio Público y Movilidad debe impartir órdenes a las autoridades administrativas de policía para obtener la restitución del espacio público, lo cual indica que dicha dependencia debe trabajar en coordinación con las alcaldías locales y los inspectores de policía en el trámite administrativo para obtener la restitución del espacio público.





Por otro lado, respecto de la posible responsabilidad de la DIMAR en la vulneración de los derechos invocados, precisa la Sala, que dentro de la jurisdicción de dicha entidad comprende:

"ARTICULO 2o. JURISDICCION. La Dirección General Marítima y Portuaria ejerce su jurisdicción hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas: aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y de tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marinos y fluvio-marinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelo marinos, aguas suprayacentes, literales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos y, sobre los ríos que a continuación se relacionan, en las áreas indicadas..."⁶

El artículo 8 del Decreto 1561 de 2002 establece entre las funciones de las Capitanías de Puerto la siguiente:

"Artículo 8. La Dirección General Marítima tendrá diecisiete Capitanías de Puerto, las cuales estarán ubicadas geográficamente de acuerdo con las necesidades de la Dirección. Son funciones de las Capitanías de Puerto, las siguientes:

(...)

8. Investigar, aún de oficio, los siniestros y accidentes marítimos, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos que regulan las actividades marítimas y la Marina Mercante Colombiana y, dictar fallos de Primer Grado e imponer las sanciones respectiva."

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como las pruebas obrantes en el proceso, se encontró acreditada la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Dirección General Marítima, toda vez que en virtud del artículo 178 del Decreto 2324 de 1984 a las Capitanías de Puerto les corresponde 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, por lo que le corresponde investigar las infracciones a las leyes y normas marítimas en el área de su jurisdicción, lo cual también comprende a los terrenos de bajamar.

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; así como de la autoridad distrital.

Precisamente, en relación con la recuperación de bienes de uso público por parte de la DIMAR, el Consejo de Estado ha precisado que pese a que a los

⁶ DECRETO 2324 DE 1984



alcaldes les corresponde defender los bienes de uso público que integran el espacio público, tal circunstancia *"no sirve de sustento para alegar la incompetencia de las Capitanías de Puerto y de la Dirección General Marítima para adelantar las actuaciones administrativas tendientes a la recuperación de los bienes bajo su vigilancia"*⁷, toda vez que, *"en definitiva, la DIMAR tiene –como lo ha dicho la Sala– la potestad de recuperar mediante acto administrativo unilateral los bienes de uso público de su jurisdicción"*⁸.

Así las cosas, encuentra la Sala de Decisión, que los derechos al goce del espacio público y utilización y defensa de los bienes de uso público se encuentran vulnerados por el Distrito de Cartagena y la Dirección General Marítima, teniendo en cuenta que está demostrado que el bien inmueble objeto de litigio está siendo ocupado de forma irregular e invadiendo zonas de bajamar, afectados de esta manera la protección y conservación de este recurso natural y paisajístico del Distrito de Cartagena.

Por lo anterior se ordenará a al Distrito de Cartagena de Indias y a la Dirección General Marítima, para que dentro del término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, y dentro de la órbita de sus competencias inicien los procedimientos administrativos y policivos necesarios para la eficaz restitución del espacio público de la zona de bajamar ocupado actualmente por la vivienda ubicada en la carrera 23 No. 29-100 del Barrio de Manga; sin que la completa restitución de la zona en cuestión exceda los seis (06) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Se conminará a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional- Dirección General Marítima- DIMAR que dentro de la órbita de sus funciones, ejerzan la vigilancia necesaria en el sector restituido, para evitar nuevas invasiones del espacio público y deterioro del medio ambiente.

Se conformará un Comité de Verificación para la constatación de la ejecución de las órdenes contenidas en la presente sentencia, en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por: El Magistrado

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 11 de julio de 2003, Expediente núm. 8326, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 8 de mayo de 2006, Radicación núm. 52001-23-31-000-2000-00208-01, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade.





sustanciador, el actor popular, Jhonny Rafael Gomez; Personero Distrital de Cartagena o su delegado; y el Director del Establecimiento Publico Ambiental o su delegado; el Alcalde o su delegado, el Director de la Dirección General Marítima o su delegado.

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.

SEGUNDO: DECLARAR vulnerados los derechos colectivos al GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO, alegados como violados por el actor popular, por parte del Distrito de Cartagena y la Dirección general Marítima, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR al DISTRITO DE CARTAGENA y a la DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA-DIMAR, Indias para que dentro del término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, y dentro de la órbita de sus competencias, adelanten los procedimientos administrativos y policivos necesarios para la eficaz restitución del espacio público de la zona de bajamar ocupado actualmente por la vivienda ubicada en la carrera 23 No. 29-100 del Barrio de Manga, sin que la completa restitución de la zona en cuestión exceda los seis (06) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: CONMINAR al ALCALDE DEL DISTRITO DE CARTAGENA y al DIRECTOR DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA - DIMAR, ejerzan la vigilancia necesaria en el sector restituído, para evitar nuevas invasiones del espacio público y deterioro del medio ambiente.





376

QUINTO: CONFORMAR un COMITÉ DE VERIFICACIÓN para la constatación de la ejecución de las órdenes contenidas en la presente sentencia, en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por: El Magistrado sustanciador, el actor popular, Jhonny Rafael Gomez; Personero Distrital de Cartagena o su delegado; y el Director del Establecimiento Publico Ambiental o su delegado; el Alcalde o su delegado, el Director de la Dirección General Marítima o su delegado.

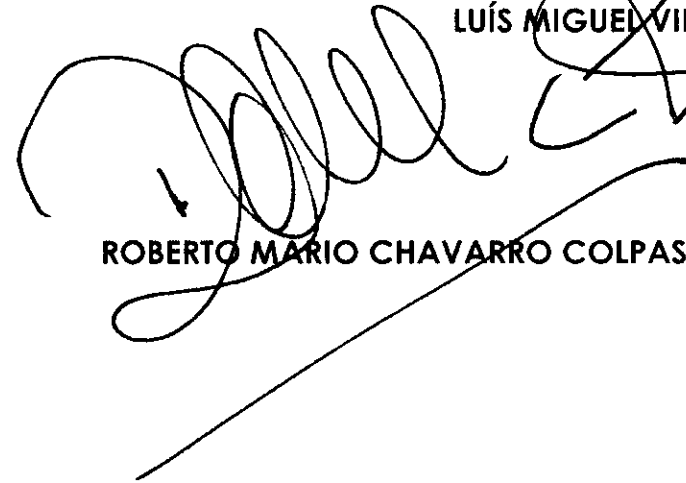
SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

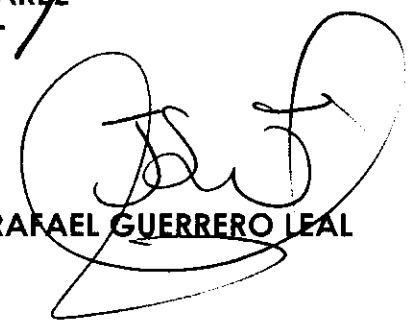
SEPTIMO: Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo, para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

