



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO -SUCRE

Sincelejo, diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Expediente número: 70001 33 31 001 **2015 00157 00**

Demandante: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- DIRECCION MARITIMA DE CAPITANIA DE PUERTO DE COVEÑAS

Demandado: MUNICIPIO DE COVEÑAS- FONDO DE EMPLEADOS DE ALMACENES EXITO

Acción: POPULAR

SENTENCIA

TEMA:

Vulneración a los derechos colectivos al goce de un ambiente sano- existencia de equilibrio ecológico- manejo y aprovechamiento de recurso naturales- protección de áreas de importancia ecológica

I. ANTECEDENTES

La entidad demandante NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- DIMAR, en ejercicio de la acción popular, demandó al MUNICIPIO DE COVEÑAS y AL FONDO DE EMPLEADOS DE ALMACENES EXITO, para que, previo el trámite señalado en la ley 472 de 1998, con citación de la entidad demandada y del Ministerio Público, se decretara la prosperidad de las siguientes

1.1. PRETENSIONES (fl. 12)

“1.- Se declaren vulnerados por parte de las entidades demandadas los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación restauración o sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

2.-Se ordene a las accionadas suspender los actos administrativos con base en los cuales se iniciaron la construcción y ocupación de bienes de uso público, por parte del Fondo de Empleados de

Almacenes Éxito y poner fin a las actividades que puedan vulnerar los derechos colectivos mencionados.

La parte accionante sustenta sus pretensiones en los siguientes:

1.2. HECHOS (fls. 2-6)

“PRIMERO: Mediante oficio N° 19201500074 MD-DIMAR-CP09-ALITMA del 02 de febrero de 2015, expedido por la Capitanía de Puertos de Coveñas, se comunicó a la Alcaldía del Municipio de Coveñas que durante la inspección realizada el 26 de enero de 2015, por personal técnico del área de Litorales de dicha Capitanía de Puerto se observó que un área ubicada en el sector la Marta, el Fondo de Empleados de Almacenes Éxito, representado legalmente por el señor Fabián León Giraldo Martínez, están adelantado a través de la constructora Obras de Arquitectura y Concreto la construcción de un edificio de ocho (08) pisos destinados a una piscina, gimnasio, salón múltiple, etc., interviniendo un área de construcción aproximada de Trece mil setecientos veintidós metros con cincuenta y un metros cuadrados (13.722.51 m²).

Igualmente se le mencionó que de acuerdo al artículo 166 del Decreto-LEY 2323 de 1984 las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas son bienes de uso público, por lo tanto intransferibles a cualquier título a los particulares quienes solo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley.

SEGUNDO:A través de oficio N° 29201500903 MD-DIMAR-GLEMAR del 04 de marzo de 2015, suscrito por el Contralmirante PABLO EMILIO ROMERO ROJAS, Director General Marítimo (E), se comunicó al señor FABIO LEON GIRALDO MARTÍNES, representante legal del Fondo de Empleados Almacenes Éxito que el área donde se viene ejecutando las obras de construcción de un edificio de ocho (08) pisos en el sector de la Marta- Municipio de Coveñas, tienen características técnicas de playa y terrenos de baja mar, conforme a los términos del artículo 167 del Decreto Ley 2324 de 1984, por lo cual se encuentran sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y a la protección de los derechos colectivos a la integridad del espacio público, el medio ambiente y el equilibrio ecológico.

TERCERO: Mediante oficio N° 29201500961 MD-DIMAR-GLEMAR del 09 de marzo de 2015, el señor Contralmirante PABLO EMILIO ROMERO ROJAS, Director General Marítimo, informó a la señora GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES, Procuradora Delegada para Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación, que durante las visitas e inspecciones a los bienes de uso público bajo su jurisdicción, la Capitanía de Puerto de Coveñas evidenció la construcción de un edificio de ocho (08) pisos, adelantada presuntamente por el Fondo de Empleados Almacenes Éxito, sobre un área con características técnicas de playas y terrenos de baja mar, en el sector de la Marta- Municipio de Coveñas.

Seguidamente le informó que el Despacho envió a los presuntos ocupantes las reclamaciones establecidas en el artículo 161 y 144 del CPACA, como requisito de procedibilidad para la presentación de la respectiva acción judicial.

Así mismo, le indicó que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, se solicitó al Alcalde Municipal de Coveñas la ejecución de las acciones policivas requeridas para suspender las obras.

CUARTO: Que el sector donde se viene desarrollando la construcción por el Fondo de Empleados Almacenes Éxito, se encuentra ubicado en jurisdicción de la Capitanía de puerto de Coveñas, Zona Norte- Sector la Marta (...)"

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1.3.1. NORMAS VIOLADAS

El accionante fundamentó la presente acción popular en las siguientes normas:

- Constitucionales: Art. 63 de la C.P
- Legales: Artículo 674-679 del Código Civil; Art. 2º, 50 del Decreto Ley 2324 de 1984, Ley 472 de 1998; ley 44 de 1990 artículo 2º, inciso 3º; Ley 962 de 2005 artículo 16; Decreto 1222 de 1986 artículo 71.
- Jurisprudenciales: Sentencia de 11 de agosto de 2005 Corte Suprema de Justicia; Sentencia del 23 de marzo de 2001 del Consejo de Estado.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 19 de junio de 2015 (folio 13), siendo recibida en este despacho el 28 de julio de 2015 (folio. 36).

Mediante auto de fecha 30 de julio de 2015, se admitió la demanda (folios 38-39).

El día 06 de agosto de 2015 se procedió a la notificación personal del auto admisorio y de la demanda a las entidades demandadas (folios 42-47)

El día 23 de octubre de 2015 se allega al plenario la constancia de publicación de la acción popular en un periódico de amplia circulación (folios 369-370).

Mediante auto de fecha 04 de abril de 2016, se fijó fecha para Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento (folio 372).

El día 03 de mayo de 2016 se celebró Audiencia Pública de Pacto de Cumplimiento, la cual se declaró fallida (folio 404-405) y en la misma se ordenó la vinculación de la Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria, dicha vinculación es notificada de manera personal por la secretaría (folios 407-408), del mismo modo se ordenó el traslado de la medida cautelar solicitada por la parte accionante surtiéndose el día 05 de mayo de 2016 venciendo el término el 12 de mayo de 2016 (folio 409)

Por auto de fecha 18 de mayo de 2016 se resuelve negar la medida cautelar solicitada por la parte accionante (folios 427-430)

Mediante auto de fecha 23 de agosto de 2016 se da apertura al período probatorio (folios 441-442)

El día 09 de febrero de 2017 se declara precluido el período probatorio y se da traslado para alegar (folio 802)

2.1 Contestación de la demanda.

2.1.1 Fondo de Empleados de Almacenes Éxito (fls. 73- 84)

Manifestó el ente demandado que tal contrario de lo señalado por el actor, no existe afectación o amenaza a los derechos colectivos referidos en la demanda. La amenaza debe ser real y no hipotética, directa, inminente, concreta y actual, 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, ya que este debe precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos alegados en la demanda, que en el presente caso no se da.

Indicó, que en el caso que nos ocupa el Municipio de Coveñas a través del Acuerdo N° 0003 del 28 de febrero de 2006, adoptó el Plan Básico de Ordenamiento Territorial Municipal y definió los usos del suelo para las diferentes zonas de los sectores rural y urbano, estableció las reglamentaciones urbanísticas correspondientes y se plantearon los planes complementarios para el futuro desarrollo territorial del Municipio de Coveñas.

Señaló, que en la elaboración de los planes de ordenamiento territorial, se invitan a participar actores públicos (Alcaldía, Consejo Municipal, Corporación Autónoma

Regional) y actores privados (gremios y población civil); el proceso igualmente es apoyado por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en coordinación con el IDEAM, IGAG, INGEOMINAS, CAR, Oficinas de Planeación Municipal y Departamental y en los municipios que tienen costas y mar, se invita a participar a la DIMAR. Es así, que quedó definido en el POT del Municipio de Coveñas (Acuerdo N° 003 de febrero 28 de 2006) que el sector Boca de la Ciénaga y la Marta, sectores donde se encuentra ubicado el Centro Vacacional están dentro de la zona de desarrollo turístico III; así mismo lo certifica la Secretaría de Planeación Municipal a través de la Resolución N° 059 de mayo 30 de 2014, por la cual se concede licencia de construcción al Fondo de Empleados de Almacenes ÉXITO.

En ese orden expresó, que en consideración a la oposición de la DIMAR a la construcción del centro vacacional, por considerar que estos predios se encuentran en área de manglares y por lo tanto son bienes de uso público propiedad de la nación; se han realizado verificaciones que aprecian que los terrenos se encuentran más allá de la línea de vegetación permanente; lo que le sitúa por fuera de la zona de playa marítima, según el numeral 2 del artículo 2324 de 1984, ante lo cual igualmente señaló que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sincelejo, dentro del proceso que se adelantaba por pertenencia, realizó una inspección judicial a los predios y se constató tal y como lo indica la sentencia: “Que efectivamente se trata de un predio que se encuentra a más de 50 metros de la orilla del mar y que no es cierto que se trate de manglares de la nación. Lo cual se aclaró plenamente al señalar el lindero Este, el cual linda con la nueva carretera Tolú- Coveñas, en medio con manglares de la nación y mide 15.00 metros, POR LO QUE MAL PODRÍA AFIRMAR EL REGISTRADOPR QUE ESTE PREDIO ES UN MANGLAR, YA QUE ESTE SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE DEMARCADO POR SUS LIMITES”.

Igualmente manifestó, que dentro de lo señalado en el Acuerdo 003 de febrero 28 de 2006 (POT) del Municipio de Coveñas en el capítulo II, artículo 29 “De los Usos del Suelo Urbano” los predios en debate, se encuentran dentro de la jurisdicción del Municipio por tratarse de suelos que se encuentran en área URBANA, por lo tanto es esta entidad la encargada de expedir licencias para la construcción en áreas de su competencia.

Señaló en relación a la falta de jurisdicción y competencia por parte de la DIMAR que contrario a lo planteado por el actor, en cuanto a este punto, que la DIMAR está

conociendo de un caso que está por fuera de su jurisdicción y por ende carece de competencia para conceder permisos en áreas que son de jurisdicción del Municipio de Coveñas por quedar los lotes objeto de discusión en terrenos consolidados que se encuentran en área urbana de acuerdo a lo señalado por el POT del Municipio.

El título II del Plan de Ordenamiento territorial de Coveñas *“Actividades y usos del suelo”* establece la clasificación general de los usos del suelo y en su artículo 28 señala *“Área de producción Económica”*, son las áreas urbana y de expansión urbana del municipio que tiene un alto potencial de desarrollo de actividades de tipo económico y social; entre esas zonas se encuentran los sectores de Boca de la ciénaga y la Marta los cuales están clasificados como *“ZONAS DE DESARROLLO TURISTICO”*

En razón de lo anterior, la Secretaría de Planeación Municipal otorgó licencia de construcción al Fondeo De Empleados de Almacenes ÉXITO, para que iniciara la construcción del centro vacacional e **igualmente mediante certificación del 23 de mayo de 2013, manifiesta que: Los predios CABAÑA ARREBOLES Y EL REFUGIO DEL PESCADPOR, a los cuales solicita su reglamentación, ubicados en el sector de la Marta, entre carretera nacional Coveñas- Tolú y la playa del mar caribe, se encuentra ubicado en un área apta para edificaciones** (Resaltado del texto original)

Propuso las siguientes excepciones:

Inexistencia de la afectación de los derechos colectivos mencionados: Esgrime en relación al derecho relacionado como ambiente sano que el actor, solo se limitó a enunciar y señalar la jurisprudencia que habla sobre la defensa a un ambiente sano, pero no aporta elementos de carácter probatorio que permita inferir “como” se está vulnerando o afectando el “ambiente” en dicha zona o “que” daños se han generado al momento de la construcción.

En relación al goce del espacio público indicó que contrario a las afirmaciones de la capitania de puertos de Coveñas, el área donde se están ejecutando las obras no corresponde a Espacio Público, dado que esta se encuentra en espacio privado, pues si fuese lo contrario, no se hubiera podido obtener licencia de construcción para desarrollar el proyecto.

2.1.2 Municipio de Coveñas (fls.220-225)

Consideró el municipio demandado que la alcaldía municipal, a través de la Secretaría de Planeación , Obras Públicas y Saneamiento Básico, expidió licencia de construcción del proyecto que se menciona, toda vez que el mismo no se encuentra ubicado en bienes de uso público, teniéndose que para otorgar la respectiva licencia, se verificó el cumplimiento de los requisitos legales.

Indicó, que el espacio a que se refiere el demandante como bien de uso público, no ostenta esa calidad, además es de propiedad privada, por lo que la sociedad demandada ejerce su uso legítimo, luego no ha violado derechos colectivos.

En cuanto a la vulneración de los derechos colectivos invocados como vulnerados, expresó que sobre los bienes de uso público se han proferido innumerables sentencias y escritos por parte de la doctrina y además expresó que el problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si la construcción legal adelantada por el Fondo de Empleados de Almacenes Éxito se encuentra en un bien de uso público cuya titularidad es colectiva o es de aquellos bienes de dominio privado; aunque en principio si se encuentra demostrado que estos bienes son de propiedad privada y no de uso público.

En relación a las pretensiones, expresó que por no haber precisión, claridad, veracidad, en los hechos de esta acción popular y las pretensiones, las mismas se tornan imprecisas, vagas e ilusorias, además de que no prueba que el Municipio no esté cumpliendo con sus deberes, funciones o competencias constitucionales.

Propuso las siguientes excepciones:

Ausencia de violación, amenaza o agravio de derechos colectivos: Señaló que esta excepción se refiere a que el espacio en el que construyó el Fondo de Empleados de Almacenes Éxito, es de su propiedad sin que tenga la connotación de bien de uso público y el uso que estos le han dado corresponde a su naturaleza jurídica. El bien objeto de censura no es de destinación de uso público.

2.2 Alegatos de Conclusión.

2.2.1 Parte demandante (fls. 818-827)

Presenta sus alegatos de conclusión, destacando que atendiendo al contenido de los documentos aportados en el expediente, se evidencia claramente, que las

construcciones por las cuales se inició el procedimiento administrativo por la Capitanía de Puerto de Coveñas, fueron efectuada en terrenos que ostentan la calidad de “Bienes de Uso Público de la Nación, los cuales son de imposible apropiación por parte de particulares y se encuentran bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima “Dimar”.

Precisa, que la entidad una vez detectada la ocupación indebida o no autorizada sobre un bien de uso público, se tomaron las acciones administrativas del caso, al tiempo que da aviso a las demás entidades estatales con injerencia en el tema para su competencia.

Argumenta que con relación a la sentencia de fecha 02 de diciembre de 2014, la cual declara la prescripción del bien en favor del Fondo de Empleados de Almacenes Éxito, basada en la mera posesión no interrumpida de un bien mueble por el termino de 20 años considera:

- . Dicho pronunciamiento contraviene de manera grave los intereses de la Nación, en el entidad de que la inspección judicial decretada en su momento contrario y desatiende los particularidades del predio.
- . El proceso judicial llevado a término, no contó con la presencia de las autoridades administrativas correspondientes.
- . No es potestativo del Municipio de Sincelejo, y la facultad de afirmar que un bien inmueble no está bajo la jurisdicción de la DIMAR.
- . Que el competente técnicamente para precisar la calidad del bien era la Dimar, dada sus facultades legales y reglamentarias.

2.2.2 Parte demandada-Fondo de Empleados de Almacenes Éxito (fls. 811-816)

Se resume en los siguientes argumentos:

La entidad demandada se ratificó en lo expuesto en la contestación, teniendo en cuenta las pruebas documentales que se practicaron a lo largo del proceso con lo cual se puede demostrar claramente que no existe amenaza ni afectación a los derechos colectivos, al goce de un ambiente sano, ni ocupación del espacio público.

Expresó que muy al contrario, es evidente que se está vulnerando el derecho a la propiedad privada y al desarrollo empresarial, pues la DIMAR con su actuar obstaculiza el trámite de registro de las sentencias de pertenencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sincelejo, pues la medida provisional emitida por esta entidad va en contravía de la seguridad y de la cosa juzgada.

Argumentó, que el proceso de pertenencia adelantado por el Fondo de Empleados de Almacenes Éxito, con conocimiento del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sincelejo cumplió con todo lo establecido en el ordenamiento jurídico para dicho proceso, no obstante, con lo anterior se está vulnerando el derecho a la recreación y esparcimiento de las familias de los asociados que en la actualidad son aproximadamente cuarenta mil miembros.

Finalmente indicó, que se vulneraría el artículo 25 de la C.P, al no permitirle a la entidad continuar con su proyecto vacacional objeto del litigio, pues en la actualidad todo el personal administrativo y operario en su gran mayoría son nativos del municipio de Tolú y Coveñas, así mismo solicitó que al momento de emitirse el fallo se ordene a la parte accionante y al señor Registrador de instrumentos públicos y privados de Sincelejo, el levantamiento de la medida cautelar que pesa sobre las matrículas de los inmuebles objeto del litigio, y como consecuencia de lo anterior, se desarchiven los expedientes de registro, ordenándole al señor Registrador que proceda a Registrar los fallos de pertenencia proferidos por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Sincelejo, por lo tanto denegar las pretensiones de la parte actora.

El Municipio de Coveñas no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no emite concepto de fondo.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo señalado en el Numeral 10° del Art. 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. Cuestiones preliminares- Excepciones

Las excepciones propuestas por las entidades demandadas de Inexistencia de la afectación de los derechos colectivos y de ausencia de violación, amenaza o agravio de derechos colectivos dado que las mismas no constituyen realmente impedimento procesal, sino que, más bien atañen al fondo del asunto, y se entenderán resueltas con la decisión a adoptar con relación a los extremos de la Litis.

3.3 Problema Jurídico

Teniendo en cuenta los extremos del litigio, el Despacho observa que el problema jurídico a resolver, es *Determinar si existe violación al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación restauración o sustitución, la protección de áreas de especial importancia ecológica, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público*, con ocasión de la supuesta ocupación indebida de terrenos de bajamar ubicado en el sector La Marta del Municipio de Coveñas, por parte de un proyecto vacacional efectuado por el Fondo de Empleados de Almacenes Éxito.

Para responder el problema jurídico que se plantea, el despacho se ocupará del análisis de los siguientes temas: 1) La naturaleza jurídica de la acción popular. 2) De bienes de uso Público su restitución y en especial los bienes ubicados en baja mar 3) Los derechos colectivos cuya protección se invoca y la prueba de su vulneración o amenaza. 4). Examen del caso concreto.

3.3.1 Naturaleza Jurídica de la Acción Popular.

La acción popular, herramienta de carácter constitucional está regulada por la Ley 472 de 1998, dicho precepto normativo define las acciones populares como los medios procesales para la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos.

De tal manera que los citados medios procesales de defensa y protección tienen un múltiple propósito, cuando quiera que bajo su amparo se intenta garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos desde que se vislumbra una amenaza de lesión para que no se concrete el daño, pasando por una etapa

intermedia de carácter cautelar para que cese la vulneración o el agravio, llegando, por último, a la de índole restaurativo, buscando con ello, una vez el hecho dañino se ha consumado, es el de regresar las cosas a su estado anterior, en cuanto sea posible, que no siéndolo, surge en su lugar la obligación de reparar acudiendo al débito secundario, al subrogado pecuniario o a la indemnización compensatoria de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

Es de anotar, que la acción popular no tiene carácter residual, por lo que puede coexistir con otras acciones ordinarias, y por el carácter prevalente y especial que poseen, se impone la actuación oficiosa del juez de conocimiento del trámite procesal, a fin de garantizar la protección eficaz de los derechos colectivos, acudiendo si es el caso a la aplicación del principio iura novit curia, para procurar inclusive la defensa de derechos e intereses colectivos no invocados en la demanda pero cuya amenaza o vulneración se ponga al descubierto durante el trámite procesal, estándole permitido al juez de conocimiento emitir fallos ultra y extra petita, aspectos, estos últimos, en los que comparte similitudes y puntos de contacto con la acción de tutela, pues la una, tanto como la otra, no se satisfacen sino con la protección eficaz, desde el ámbito del derecho sustancial, de los derechos afectados.

Es por ello, que la actividad de las partes debe procurar ser lo más diligente posible, y leal, pues tiene de primera mano los hechos relacionados con el proceso y son quienes están en posibilidad real de aportar con sus dichos y los medios de comprobación que tengan a su alcance, todo el conocimiento necesario al proceso.

Acerca de la acción popular como mecanismo de protección de derechos colectivos, la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-630 de 2011, señaló:

“La consagración de la acción popular se relaciona con el modelo de Estado adoptado en la Carta Política y con el principio de solidaridad. Constituye un mecanismo por medio del cual los ciudadanos intervienen en las decisiones que los afectan para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, especialmente por su diseño. El modelo de estado social implica un deber de intervención mayor en los asuntos diarios de las personas, como forma de garantizar el mínimo vital en una sociedad compleja contemporánea y globalizada. Esta mayor intervención de las instancias estatales en la vida pública, a través de los asuntos de importancia social, conlleva a su vez una profundización de los derechos de participación política en democracia, entendidos como herramientas que garantizan el autogobierno a todas las personas, en tanto igualmente dignas. La posibilidad de representar causas públicas, en tal contexto, supone, no sólo una expresión de las libertades individuales y de participación

democrática reforzada ante un estado con funciones de intervención social, sino también, una manifestación del principio de solidaridad. La jurisprudencia ha sostenido que la constitucionalización de estas acciones obedeció “[...] a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad”.

De acuerdo a lo manifestado por la Corte, dentro del Estado Social de Derecho regido por una democracia participativa, la acción popular es una herramienta que le resultará de especial relevancia a la comunidad en la defensa de los intereses colectivos que le pueden ser vulnerados por las actuaciones de las autoridades ya sea de carácter público o particular, por lo que ello trae inmerso un papel activo de los órganos y autoridades, fundamentado en la prevalencia del interés público y del propósito de la sociedad, conllevando al mismo tiempo el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la prevalencia de ese interés.

3.3.2 De los bienes de uso Público su restitución y en especial los bienes ubicados en baja mar.

De acuerdo con el artículo 674 del Código Civil, los bienes de dominio público se clasifican en bienes fiscales o patrimoniales y en bienes de uso público, la referida norma estipula:

“Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. “Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, puentes y caminos se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes del territorio. “Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”.

Distinción que permite establecer sus diferencias en punto a su destinación, utilización y la regulación jurídica que le es propia a cada uno, aun cuando gozan de similar naturaleza en tanto se encuentran en cabeza o a cargo del Estado.

Los bienes fiscales o patrimoniales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están

destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad.

Por su parte, los bienes de uso público son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de todos los habitantes en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, carreteras, ejidos, etc.; de ahí que, respecto de ellos el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero. Es decir, frente a estos bienes ninguna entidad pública tiene un dominio similar al de un particular respecto de un bien de su propiedad, sino derechos de administración y policía en interés general para proteger su uso y goce común.

En relación con las características de los bienes públicos el Consejo de Estado ha precisado en jurisprudencia vigente en la materia¹ que el titular del derecho de dominio es el Estado, y se distinguen por su afectación a una finalidad pública, por cuanto su uso y goce pertenecen a la comunidad por motivos de interés general, determinados por la Constitución o la ley, razón por la que se encuentran sujetos a un régimen jurídico en virtud del cual gozan de privilegios como la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, que los ubica fuera del comercio.

El conjunto de bienes de uso público forman el espacio público de todo el Estado, en consonancia con lo estipulado constitucionalmente (Artículo 63), el espacio público goza, a su vez, de especial protección, que se revela en particular en el artículo 82 superior que subraya su naturaleza afectada al interés general (art. 1 C.P.), así:

"Artículo 82. 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." (Subrayas del despacho)

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencias de 16 de febrero de 2001, Exp. 16.596, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

En este mismo sentido el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones, define el espacio público en los siguientes términos:

“Artículo 5º. 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, naturales, religiosos, recreativos y artísticos como 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 constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo**” (Subraya del despacho).

En eses orden de ideas, en relación a los terrenos de baja mar se tiene que el decreto ley 2324 de 1984 los define junto con las playas y las aguas marítimas como bienes de uso público 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).

El otorgamiento de concesiones para uso y goce de las playas marítimas² y de los terrenos de bajamar,³ procede de conformidad con el trámite establecido en el título

² Se entiende por Playa Marítima la "Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal" (art. 167.2, decreto ley 2324/84)

³ Se definen 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).

IX, capítulo I del decreto ley 2324. Para salvaguardar los derechos de la Nación sobre dichas áreas, 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 que deben pasar al patrimonio del Estado, una vez expirado el término de la concesión, permiso o licencia.

Acerca del deber de las autoridades de preservar el uso público, la Corte Constitucional en Sentencia Sentencia T-150/95 señaló:

"El bien de uso público por la finalidad a que está destinado, otorga al Estado la facultad de detentar (sic) el derecho a la conservación de los mismos y por tanto la normatividad que los regula ordena velar por el mantenimiento, construcción y protección de esos bienes contra ataques de terceros. La protección se realiza a través de dos alternativas: por un lado la administrativa, que se deriva del poder general de policía del Estado y se hace efectivo a través del poder de sus decisiones ejecutorias y ejecutivas. Para el caso el artículo 124 del Decreto 1355 de 1.970 o Código Nacional de Policía, dispone que "a la policía le corresponde de manera especial prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público".

El alcalde como primera autoridad de policía de la localidad (artículo 84 de la Ley 136 de 1.994), tiene el deber jurídico de ordenar la vigilancia y protección del bien de uso público, en defensa de los intereses de la comunidad, por lo tanto en su cabeza se encuentra la atribución de resolver la acción de restitución de bienes de uso público tales como vías públicas, urbanas o rurales, zona de paso de rieles de tren, según lo dispuesto en el artículo 132 del Código de Policía.

Además, el Personero municipal en defensa del interés público puede "demandar a las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales de uso público (artículo 39 numeral 7º del Decreto 1333 de 1.986).

Por otro lado existe otra alternativa que permite la defensa de los bienes de uso público, que es la posibilidad que tienen los habitantes de recurrir a la vía judicial, a través de acciones posesorias, reivindicatorias o la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil..."

Por tanto, cuando se presente ocupación de hecho en bienes de uso público de jurisdicción de la Dimar, puede acudir a instrumentos legales, como la acción restitutoria prevista en el artículo 132 del decreto ley 1355 de 1.970, mediante la cual la administración municipal previo procedimiento administrativo, ordena el desalojo por Resolución que debe cumplirse en un plazo no mayor de treinta días, por tratarse de bienes que gozan de protección especial.

Así mismo le corresponde a la Dimar, por medio de las Capitanías de Puerto, investigar aún de oficio, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos que regulan las actividades marítimas; dentro de esas infracciones se encuentran, las construcciones indebidas o no autorizadas en bienes de uso público de su

jurisdicción, pues el procedimiento para ocuparlos temporalmente está regulado en los artículos 166 y siguientes del decreto ley 2324 de 1.984; por tanto, toda construcción que se adelante con pretermisión de dicho procedimiento constituye infracción a la normatividad que regula las actividades marítimas y da lugar a la imposición de sanciones legales, como la declaratoria de invalidez de la respectiva concesión (art. 176), o el ejercicio de acciones policivas de restitución, o las populares para la protección del derecho constitucional al uso y disfrute del espacio público.

Finalmente el Consejo de Estado ha reiterado en varias ocasiones que la competencia para ordenar la restitución de terrenos de bajamar es compartida entre el respectivo Municipio y la DIMAR, por ejemplo, en Sentencia de 8 de mayo de 2006, proferida, en el proceso radicado con el número 2000-00208-01, con ponencia del Magistrado Camilo Arciniegas Andrade se consideró que:

“Debe definirse también si la jurisdicción que tiene la Dirección Marítima y Portuaria sobre las zonas de bajamar, según el artículo 2.º del Decreto 2324 de 1984 excluye o se contrapone a las facultades de los alcaldes para restituir bienes de uso público según la Ley 9ª de 1989. La Sala considera que una y otra atribución son concurrentes. En efecto, el Decreto 2324 de 1984, como norma especial, no se contrapone al artículo 69 de la Ley 9ª, norma general posterior que concede la misma facultad a los alcaldes. La Sala se ha pronunciado así: Por lo demás, el Código de Régimen Municipal expedido mediante el Decreto 1333 de 1986 dispone que toda ocupación permanente de las vías, puentes y acueductos públicos es atentatorio de los derechos del común, y los que en ellos tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables (ibídem, art. 170 inciso segundo), y asigna al personero la atribución de ‘demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público’ (ibídem, art. 139, regla 7ª). (Sala de Consulta y Servicio Civil. 1995. Rad. 745)’, 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». En definitiva, la DIMAR tiene –como ha dicho la Sala– la potestad de recuperar mediante acto administrativo unilateral los bienes de uso público de su jurisdicción. Pero también la tienen los alcaldes respecto de los terrenos de bajamar situados dentro del espacio público de la ciudad, pues el artículo 5º de la Ley 9ª los incluye expresamente en dicho espacio; y el artículo 69 ibídem los habilita para decretar la desocupación o lanzamiento. De manera que el Alcalde sí tenía atribuciones para expedir el acto acusado. Ahora bien, en el acto definitivo se expresó que los terrenos «se encuentran ubicados en el área urbana del Municipio de Tumaco» y la actora no desvirtuó esta motivación.”

El artículo 5º de la Ley 9ª de 1989 incluye los terrenos de bajamar como espacio público y, el artículo 69 de la citada norma confiere expresamente a los Alcaldes la competencia para decretar la desocupación o lanzamiento de los predios o asentamientos ilegales.

3.3.3 Los derechos colectivos cuya protección se invoca y la prueba de su vulneración o amenaza.

a. El goce de un medio ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales.

La Carta Política en su artículo 79, reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano y le atribuye al Estado el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines. Con miras a una adecuada materialización de tales propósitos, dispone que la ley garantizará **la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo**⁴.

Desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural.

El citado artículo preceptúa:

“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que pueden afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines”

Así mismo la Ley 472 de 1998 en su artículo 4° establece que es un derecho colectivo el “*gocce por un ambiente sano*”, lo cual traduce su protección se puede ejercer a través de la acción popular. Este derecho si bien se entiende en el sentido amplio, es decir abarca el medio ambiente en todos sus escenarios no es derecho absoluto, dado que como derecho, se condiciona por el hecho de vivir en comunidad, así como en los casos que puede entrar en conflicto con otra clase de derecho evento en el cual debe ponderarse como lo sostiene el Consejo de Estado al Señalar:

“Ahora bien, el concepto de ambiente sano debe entenderse a partir de un sentido amplio, el cual incluye la protección del medio ambiente, de la estabilidad ecológica y de la salud colectiva que puede afectarse por factores externos. De consiguiente,

⁴ Sobre los modos y procedimientos de participación ciudadana, el Título X de la Ley 99 de 1993, en el artículo 69, dispone: “Cualquier persona natural o jurídica o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.”

ésta noción no sólo reprocha la contaminación atmosférica e hidrológica, sino también lo que hoy se denomina contaminación visual o auditiva. Estas últimas referidas a excesos en la utilización de medios visuales o sonoros.

No obstante, como todo derecho, el ambiente sano no es un derecho absoluto, puesto que se encuentra limitado y, en ocasiones restringido, por las necesidades y los derechos de las personas que pueden entrar en conflicto con él (artículo 95 de la Constitución). En efecto, la vida en comunidad exige el respeto por los derechos ajenos, la prohibición de su abuso y la limitación razonable de los mismos, de tal manera que deben ponderarse para evitar que se anulen.

En tal contexto, deben armonizarse o ponderarse, de un lado, el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y, para el caso objeto de estudio, el derecho a disfrutar y aprovechar el paisaje para evitar el deterioro ambiental y, de otro, los derechos individuales de la libre iniciativa privada (artículo 333 superior), a usar la propiedad privada (artículo 58 de la Carta), y a aprovechar medios masivos de comunicación (artículo 20 de la Constitución). Para ello, mediante la Ley 140 de 1994, el legislador reglamentó la “publicidad exterior visual en el territorio nacional”, pues con ella busca “mejorar la calidad de vida de los habitantes del país, mediante la descontaminación visual y del paisaje, la protección del espacio público y de la integridad del medio ambiente, la seguridad vial y la simplificación de la actuación administrativa en relación con la Publicidad Exterior Visual” (artículo 2º de esa normativa). Así, esa ley señala, en líneas generales, los lugares de ubicación prohibidos, la distancia, el contenido y el control sobre la actividad de publicidad exterior visual, la cual se entiende como un medio masivo de comunicación visual destinado a llamar la atención del público (artículo 1º).

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1996, la Ley 140 de 1994 debe entenderse como “una legislación nacional básica de protección al medio ambiente que, de acuerdo al principio de rigor subsidiario, puede ser desarrollada de manera más estricta por los concejos distritales y municipales, y por las autoridades de los territorios indígenas, en virtud de sus competencias constitucionales propias para dictar normas para la protección del paisaje, conforme a lo señalado por los artículos 313 y 330 de la Carta”. Esa posición fue reiterada en sentencia C-064 de 1998. En consecuencia, sólo si no existe reglamentación especial y completa por parte de los concejos y las autoridades de los territorios indígenas, deben aplicarse las disposiciones de la Ley 140 de 1994, puesto que aquellas se aplicarán en lo no regulado por los concejos”⁵.

Tal consideración es reafirmada por el legislador en el artículo 7º del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente⁶ al disponer que “Toda persona tiene derecho a disfrutar de ambiente sano” y al relacionar en el artículo 8, ibídem, como factores que deterioran el ambiente, entre otros:

“La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables. Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de

⁵Consejo de Estado. Sección Quinta, C.P. Darío Quiñónez, A.P. 413. 17-05-2002.

⁶ Decreto 2811 de 1974.

interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la Nación o de los particulares. Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica;

La degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras;

Las alteraciones nocivas de la topografía;

Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas;

La sedimentación en los cursos y depósitos de agua;

Los cambios nocivos del lecho de las aguas;

La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales y vegetales o de recursos genéticos;

La introducción y propagación de enfermedades y de plagas;

La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas;

La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales;

La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria

La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios;

m. El ruido nocivo;

n. El uso inadecuado de sustancias peligrosas;

o. La eutricación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas;

p. La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud". (Negrillas fuera del texto).

b. El Goce del espacio Público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Política, 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.

El espacio público viene definido en el artículo 5° de la Ley 9ª de 1989 como

“...(...) 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 las necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.”. (Negrillas fuera del texto).

El Decreto 1504 de 1998, “Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”, acoge en su artículo 2º la definición antes trascrita y en el 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.

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

Elementos constitutivos naturales:

Áreas para la conservación y preservación del sistema orográfico o de montañas, tales como: cerros, montañas, colinas, volcanes y nevados;

Áreas para la conservación y preservación del sistema hídrico: conformado por:

*i) Elementos naturales, relacionados con corrientes de agua, tales como: cuencas y microcuencas, manantiales, ríos, quebradas, arroyos, playas fluviales, rondas hídricas, zonas de manejo, **zonas de bajamar** y protección ambiental, y relacionados con cuerpos de agua, tales como mares, playas marinas, arenas y corales, ciénagas, lagos, lagunas, pantanos, humedales, rondas hídricas, zonas de manejo y protección ambiental;*(Resaltado fuera del texto)

Se tiene entonces, que las zonas de baja mar, entre otras, también constituyen el espacio público.

3.3.4 Caso en Concreto.

Como fundamento factico relevante, la parte actora del presente proceso narra en el escrito demandatorio que la entidad demandada “Fondo de Empleados de Almacenes Éxito” está adelantando obras de construcción en el sector de la Marta Municipio de Coveñas, terrenos estos, ubicados en jurisdicción de la Capitanía de puertos de Coveñas y que tienen características técnicas de playa y terrenos de baja mar conforme a los términos del artículo 167 del Decreto Ley 2324 de 1984. Esta situación fue puesta a consideración de la Procuraduría⁷, así como se le informó a los presuntos ocupantes por medio de reclamaciones establecidas en el artículo 161 y 144 del CPACA⁸ y al Municipio de Coveñas para que a través del Alcalde se ejecutaran acciones policivas requeridas para suspender las obras⁹.

En nuestro ordenamiento constitucional es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y hacen parte del mismo según lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 9ª de 1989 las zonas de baja mar.

Para el caso bajo estudio, es preciso determinar si en efecto los terrenos utilizados por la parte demandada hacen parte del espacio público y de ese modo deducir si ha existido vulneración a derechos e intereses colectivos. En tal sentido, milita en el expediente la siguiente prueba documental:

⁷ Obra a folio 21 del plenario Oficio N° 29201500961 del 09/03/2015 en el que se le indica a la Procuraduría Delegada de Asuntos Civiles lo siguiente: “Con toda atención y de acuerdo con lo expuesto por el suscrito Director General Marítimo, me permito comunicar que durante las visitas de inspección a los bienes bajo su jurisdicción, la capitanía de >Puerto de Coveñas evidenció la construcción de un edificio de ocho pisos que adelanta presuntamente el Fondo de Empleados del Éxito (...), en el sector la Marta, zona que tiene las características técnicas de playas y terrenos de baja mar (...)”

Por lo anterior el Despacho ha procedido a enviar a los presuntos ocupantes las reclamaciones establecidas en el artículo 161 (...)

Finalmente, es de señalar que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, por medio de oficio N°19201500074MD- DIMAR-CPO9 ALITMA del 10 de febrero de 2015, la Capitanía de puerto solicitó al Alcalde Municipal de Coveñas adelantar las acciones policivas a fin de suspender las obras.”

⁸ A folios 18 -20 se observa en el expediente los oficios N° 192015000075 MD-DIMAR-CPO9- ALITMA DEL 10 DE FEBRERO DE 2015 y N° 29201500903 MD-DIMAR –GLEMAR del 04 de marzo de 2015, mediante los cuales se le informa al Representante legal del Fondo De Empleados de Almacenes Éxito que el proyecto de construcción en el sector denominado la Marta se realizará sobre una zona considerada como bien de uso público de la Nación y que por tanto no se debe iniciar ningún tipo de construcción hasta tanto no sea autorizado por la Autoridad Marítima.

⁹ Ver folios 16 y 17 del plenario oficio N° 19201500074 MD-DIMAR-CPO9- ALITMA del 10 de febrero de 2015.

- Copias de los procesos de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio Rad N° 2013-00208, 2013-00183 y 2013-00204¹⁰, obrante a folios 462-799 dentro del cual se prescribe un bien inmueble en el municipio de Coveñas sector la Marta, promovido por el Fondo de Empleados de Almacenes Éxito, en contra del señor Pablo Emilio Moreno Marulanda y Personas Indeterminadas y del que se puede extraer apartes de la parte Resolutiva de la sentencia del 30 de enero de 2015 proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito:

“Declárese que pertenece al FONDO DE EMPLEADOS ALMACENES EXTITO, representada legalmente por el doctor FABIO LEON GIRALDO MARTINEZ, la propiedad y posesión por haberlo adquirido por prescripción extraordinaria de pertenencia, los bienes inmuebles ubicado en el Municipio de Coveñas- Sucre, sectores MARTA Y BOCA DE LA CIENAGA, en la vía Tolú – Coveñas y comprendido entre los siguientes linderos y medidas: (...)”

Dicha decisión fue ratificada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito por medio de auto del 20 de agosto de 2015 obrante a folios 560-561; 797-798 del plenario.

- Certificado obrante a folio 460-461 expedido por el Secretario de Planeación de Obras Públicas y Saneamiento Básico del Municipio de Coveñas en el que hace constar que *“Los predios identificados con las matrículas inmobiliarias N° 340-7458, 340-98286, 340-21789, 340-35149 y 340-112594, de conformidad con lo señalado en el Acuerdo N° 003 de fecha 28 de febrero de 2006, se encuentran ubicados en el sector de la Martha, zona de expansión urbana de este municipio (...)”*

Que en virtud de esta categorización en el predio se pueden adelantar acciones de construcción y de desarrollo en dichas áreas, las cuales fueron clasificadas en el Artículo 29 del mencionado Acuerdo, como Zona de Desarrollo Turístico III”¹¹

- Obra en el plenario las licencias de construcción otorgadas por el municipio de Coveñas por medio de las Resoluciones 059 del 2014 y 031 del 2015 (fls.

¹⁰ Los procesos inicialmente fueron tramitados por personas naturales que cedieron sus derechos litigiosos al FONDO DE EMPLEADOS DE ALMACENES ÉXITO y en los que se profirió sentencia en el mismo sentido para todos los casos, el 30 de enero de 2015.

¹¹ Certificación que puede ser corroborada con el Plan de Ordenamiento Territorial Acuerdo N° 003 de fecha 28 de febrero de 2006, contenido en CD Obrante a folio 228 del plenario.

86-94;230-233), bajo el aval del Secretario de Planeación, Obras Públicas y Saneamiento Básico (fls.95) en el que indica que los predios utilizados se encuentran ubicados en un área apta para edificaciones.

Así las cosas, al plenario no fue allegada prueba en la que se pudiera evidenciar que los predios donde se adelanta la construcción por parte del Fondo de Empleados de Almacenes éxito se encuentre ubicado en zona de baja mar y sea de Jurisdicción de la DIMAR, si bien esta situación fue puesta en evidencia en el hecho cuarto de la demanda, no se aportó la prueba que determinará si en realidad lo afirmado era cierto, dejando en evidencia que los predios ocupados por la parte demandada y autorizados para ser construidos por el Municipio de Coveñas, no son bienes de uso público.

En ese orden de ideas y en lo referente al derecho colectivo invocado como violado, en materia de acciones populares la carga de la prueba la tiene el actor; según lo señalado en el artículo el artículo 30¹² de la Ley 472 de 1998.

Se entiende que le corresponde al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción. Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, el Consejo de Estado ha señalado que:

*“...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,***

¹² ARTICULO 30. **CARGA DE LA PRUEBA.** La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

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.

“Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida por el tribunal de instancia.”¹³ (Resaltado fuera de texto).

Así mismo en sentencia de fecha 30 de junio de 2011 expediente con radicación **50001-23-31-000-2004-00640-01(AP)**, esa corporación sostuvo:

“la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y la normalización de una situación que pueda ser protegida con la expedición de la sentencia producto de la acción popular.

La carga de la prueba le impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda”.

De tal forma, se considera que la vulneración del derecho e interés colectivo aducido por el actor popular, en el caso bajo examen, no se demostró conducta alguna atribuible, que pueda enmarcarse en un evento de violación o amenaza de los derechos colectivos invocados como violados, habida consideración a que este despacho, no verificó la existencia de **una conducta vulnerante por parte de las entidades demandadas**, siendo el punto de partida del juez en sede de la acción popular la constatación efectiva de que un derecho o interés colectivo de aquellos establecidos constitucional o legalmente, se vea afectado o amenazado por una actividad pública o particular; una vez verificado este requisito, el fallador puede

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP-1499 de 2005.

entrar a analizar los supuestos fácticos y jurídicos para determinar cuáles deben ser las medidas pertinentes, oportunas y procedentes que se deben decretar en la sentencia¹⁴.

Por consiguiente, en virtud del principio de congruencia que orienta los alcances de las sentencias judiciales, se denegará la prosperidad de la acción incoada ante la inexistencia de elementos suficientes que demuestren la amenaza o vulneración de derechos e intereses de carácter colectivo.

4. Condena en costas.

En las acciones populares, conforme al artículo 38¹⁵ de la Ley 472 de 1998, se puede condenar en costas al demandante cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe.

Respecto al tema de condena en costas y agencias del derecho en las acciones populares, el Consejo de Estado ha sentado la tesis de que aunque dicha condena es objetiva respecto al demandado vencido, de todas formas su reconocimiento requiere debida comprobación, resultando procedente los mismos en relación con el accionante únicamente cuando se pueda establecer que obró temerariamente o de mala fe, situación que en modo alguno podría argüirse respecto del accionante.

Es así, como en sentencia del 10 de mayo de 2007¹⁶, sostuvo:

“[La condena en costas] constituye la erogación económica que debe efectuar la parte vencida en un proceso judicial, y está conformadas tanto por las expensas como por las agencias en derecho. Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintas al pago de apoderado y que, según el artículo 393, numeral 2º, del Código de Procedimiento Civil, son los impuestos de timbre, los honorarios de los auxiliares de la justicia, y hace

¹⁴ Artículo 34 ley 472 de 1998.- “(...) **La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer y de no hacer, condenar al pago de perjuicios** cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, **y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante.**” (negritas y subrayado adicionales).

¹⁵ “Artículo 38. *Costas.* El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, 10 de mayo de 2007, Radicación número: 68001-23-15-000-2003-01653-01(AP), Actor: Daniel Villamizar Basto, Demandado: Municipio de Bucaramanga y otros

referencia general a todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora que pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho.

En las acciones populares, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, es menester precisar que el juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas, y que en tratándose del demandante solo podrá condenarse a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe.

Acerca de este tema, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de septiembre de 2003, con ponencia de la Consejera Dra. Olga Inés Navarrete Barreto, expediente 02802-01, sentó la tesis según la cual no obstante que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, de todas formas su reconocimiento requiere debida comprobación”.

Conforme a lo anterior, tratándose de acciones populares, la condena en costas se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, agregando que el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que sólo habrá lugar a la condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, razón por la cual este despacho considera que no se dan los elementos de juicio necesarios para imponer tal condena.

5. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo- Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, en virtud de las consideraciones contentivas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la Defensoría del Pueblo en virtud a lo establecido en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

CUARTO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el presente expediente, previa desanotación en los libros radicadores.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YONATAN SALCEDO BARRETO
JUEZ