

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	POPULAR
Radicado	13-001-33-33-011-2018-00247-01
Demandante	JUAN DAVID CUELLO ALVARADO
Demandado	DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS
Tema	<i>Derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso públicos y la salubridad pública por el deterioro de vías públicas – obligación de los Municipios y Distritos de en el mantenimiento, conservación y rehabilitación de las vías urbanas.</i>
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala¹ de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 09 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

La parte demandante, en ejercicio de la Acción Popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política e instrumentada por la Ley 472 de 1998, apremia la prosperidad de la siguiente

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4. Los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales del ACUERDO PCSJA20-11521 19 de marzo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

² Folios 1 – 3

3.1.1. Pretensiones³.

PRIMERO: Que se declare responsable al Distrito de Cartagena, de la violación de los derechos colectivos de la Seguridad Públicas (Sic) y el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público de los habitantes de la comunidad asentada en el callejón anterior a la diagonal 31E que comunica a la transversal 70 y 70B del barrio Las Gaviotas, por su negligencia al no realizar las respectivas reparaciones.

SEGUNDO: Que se ordene Distrito Turístico y Cultural del Cartagena de Indias - Secretaria de Infraestructura, a realizar las actuaciones precontractuales, contractuales y pos contractuales para hacer las reparaciones necesarias en el callejón mencionado y así evitar perjuicios a la comunidad.

TERCERO: Que se constituya un comité de verificación para hacer seguimiento a las órdenes impartidas por su Despacho.

3.1. 2. Hechos⁴

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

En la demanda se indica, que el callejón anterior a la diagonal 31E que comunica la transversal 70 con la transversal 70B, en el barrio Las Gaviotas, lleva más de 18 años en mal estado, puesto que presenta huecos, charcos, escombros, andenes rotos y la capa de pavimento que tiene está deteriorada.

Así mismo se señaló que el mencionado callejón es inclinado, y como los desagües de las casas ubicadas sobre él están conectadas a la calle, pero como la misma no está adecuada las aguas se estancan, generando que se convierta en un criadero de mosquitos vectores de enfermedades crónicas.

También manifiesta que, en las viviendas del sector habitan adultos mayores y personas que utilizan sillas de ruedas, quienes en varias ocasiones han sufrido caídas debido al mal estado de la vía.

³ Folios 2 cdno 1

⁴ Folios 1 – 2 Cdno 1

13-001-33-33-011-2018-00247-01

A raíz de esta situación, el 12 de septiembre del 2017 presentó una petición ante la Secretaria de Infraestructura de Cartagena con el objeto de solicitarle una solución de fondo para este asunto; por tal razón, en octubre del mismo año un agente de esa dependencia lo contactó para informarle que realizarían una visita al lugar, la cual sería dirigida por un ingeniero civil quien revisaría las condiciones de la calle. Posteriormente, le comunicaron que la información obtenida se ingresaría a la base de datos establecidas para los proyectos a realizarse en el año 2018; no obstante, han trascurrido más de un año sin que la entidad se pronuncie sobre la reconstrucción del callejón.

3.1.3.- Derechos colectivos vulnerados

El actor considera vulnerados los derechos colectivos (i) al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, (ii) a la seguridad y salubridad pública, previsto en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

3.2. CONTESTACIÓN DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS⁵.

La entidad demandada adujo que no le constan los hechos relatados en el acápite de la demanda, solo afirmó como cierto, el relacionado con la petición que el demandante elevó ante la Secretaria de Infraestructura.

Con relación a las pretensiones de la demanda se opuso a la prosperidad de las mismas, afirmando que carecen de sustento fáctico y legal. En tal sentido, formuló la excepción de mérito denominada inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos por parte del Distrito de Cartagena, la cual fue sustentada en que este ente territorial viene cumpliendo el Plan de Desarrollo Distrital, donde se pretende intervenir 113 kilómetros de malla vial urbana en regular y/o mal estado, 17 kilómetros de vías macro para la descongestión vial y vías regionales, así como la construcción de 5.96 kilómetros de vías urbanas. para cumplir con este objetivo, esta entidad viene realizando las gestiones pertinentes para la consecución de los recursos necesarios a fin de ejecutar estas obras publicas.

Afirmó que, el Distrito de Cartagena está gestionando la consecución de \$81.491.608 millones de pesos necesarios para llevar a cabo los proyectos mencionados, por lo tanto no es posible hablar de una vulneración de los

⁵ Folio 14-16 Cdno 1

13-001-33-33-011-2018-00247-01

derechos que se alegan como vulnerados, sobre todo, cuando no se está limitando a la comunidad del uso del espacio público.

Con respecto a los derechos colectivos a la seguridad y a la salubridad pública, sostiene que no existe vulneración alguna, pues de los fundamentos fácticos y jurídicos plasmados en la acción no se desprende la forma en la que estos derechos puedan afectarse.

3.3. SENTENCIA IMPUGNADA⁶

Mediante providencia del 07 de mayo de 2019 dictada por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad se dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda.

En el proceso, la Juez de primera instancia encontró demostrado que el Distrito de Cartagena vulneró los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público, así como la seguridad y salubridad pública de la comunidad que habita el sector del callejón anterior a la diagonal 31 E que conecta la transversal 70 con la 70B del barrio las gaviotas; esto, en virtud a que ese tramo de calle se encuentra en muy mal estado, debido a que el mismo desprovisto de pavimentación, impidiendo así el tránsito de vehículos, transeúntes y la circulación normal de las aguas. Además, no cuenta con andenes, hay presencia de malezas y escombros en los alrededores de la vía, lo que pone en riesgo la calidad de vida de las personas que viven en la zona. Estos hechos, los encontró demostrados con la inspección judicial practicada por el Despacho, la cual también quedó plasmada en unas fotografías que ratificaron el contenido de las aportadas por el demandante con el libelo introductorio.

Igualmente expuso, que ante el deterioro de esta carretera le corresponde a la entidad demandada adelantar medidas o acciones encaminada a la ejecución de obras de infraestructura que permitan mejorar las condiciones de la misma.

De igual forma concluyó que, en el proceso no se logró acreditar que el ente territorial demandado haya realizado alguna gestión contractual,

⁶ Folios 58 - 64 c. 1

13-001-33-33-011-2018-00247-01

administrativa o materialmente eficaces, tendientes a dar una solución definitiva a la problemática del tramo vial del callejón anterior a la diagonal 31E; por lo que la amenaza de los derechos invocados es real y efectiva, que debe ser objeto de protección, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en el marco normativo de ese proveído.

Con base en ello, ordenó a la parte demandada a que dentro de los ocho (08) meses posteriores a la ejecutoria de la sentencia, realice los estudios, diseños, adopte y ejecute todas las medidas presupuestales, administrativas y de cualquier índole que sean necesaria para la pavimentación y/o rehabilitación efectiva de la vía objeto de la presente acción. También dispuso ejecutar de oficio las acciones indispensables para la protección de los derechos colectivos mientras se realiza la obra ordenada.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, la parte accionada interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, aduciendo que no existe vulneración alguna al derecho colectivo al uso y goce del espacio público; por lo que solicitó que se revoque el fallo impugnado y, en consecuencia, se declare que el Distrito de Cartagena no ha vulnerado los derechos invocados.

El fundamento del recurrente se centra en que el callejón anterior a la diagonal 31E no se encuentra inutilizado, sino que, por el contrario, la ciudadanía sigue haciendo uso del mismo; y esto, quedó evidenciado con la inspección judicial realizada por el Despacho al lugar de los hechos, donde se encontró que la vía sigue siendo transitada por vehículos y personas, muestra de ellos es que los habitantes del sector parquean sus carros sobre él y algunas viviendas tienen garajes donde estacionan sus automóviles.

Afirma que, a pesar de que en la diligencia se encontró un pequeño deterioro de la calle, porque sobre el tramo existe un pavimento parcial, su daño actual se debe al desgaste normal que ocasiona el paso de los años, el cual genera que se vayan perdiendo las capas de concreto. También manifestó que la calle está dotada de andenes de los cuales se sirven los transeúntes para circular.

⁷ Folios 68 – 70 Cdno 1

De igual forma, indicó que por las condiciones actuales del callejón es posible que en ocasiones se generen incomodidades por los baches y la rugosidad de las superficies de rodamiento. No obstante, esto no constituye una vulneración de los derechos colectivos reclamados, pues la vía sigue siendo utilizada por la comunidad.

Del mismo modo, agregó que la Juez desconoció la doctrina sentada por el Consejo de Estado, pues, aunque la vía no ha sido objeto de mejoramiento, la misma está destinada a satisfacer las necesidades urbanas de los habitantes en materia de circulación personal y vehicular, circunstancia que se mantiene en el sub examine, ya que aun con incomodidades, las personas que habitan en este lugar siguen satisfaciendo sus necesidades de movilidad.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por acta del 22 de mayo de 2019⁸ se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que el 28 de mayo de 2019⁹, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 14 de junio de 2019¹⁰, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Alegatos de la parte demandante¹¹: alega el actor que el mal estado del callejón anterior a la diagonal 31E en el barrio las gaviotas si constituye una vulneración de sus derechos colectivos, debido a que se demostró a través de la inspección judicial que esa calle esta desprovista de pavimentación, tiene escombros, maleza y no cuenta con andenes.

En ese orden de ideas, los argumentos del apelante no tienen fundamento, sobre todo si la Secretaria de Infraestructura ha indicado el deterioro de esa calle y la necesidad de realizarle un mejoramiento. Además, en el curso del proceso se acreditó que la entidad demandada no está adelantando gestiones encaminadas a ejecutar una obra pública en el sector. De conformidad con lo expuesto, solicita que se mantenga el fallo de primera instancia.

⁸ Folio 3 Cdno 2

⁹ Folio 5 Cdno 2

¹⁰ Fol. 10 Cdno 2

¹¹ Fol. 16 -19 Cdno 2

3.6.2 Alegatos del Distrito de Cartagena¹²: La parte demandada, se reitera en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el escrito de impugnación. Igualmente, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se declare que el Distrito de Cartagena no vulneró los derechos colectivos alegados por la parte actora.

3.6.3. Ministerio Público: No rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competencia de este Tribunal resolver el asunto de la referencia en primera instancia, según lo contempla el artículo 152.16 de la Ley 1437 de 2011; por tanto, procede esta Sala a su estudio de mérito.

5.2. Problema Jurídico.

De conformidad con los argumentos de los hechos de la demanda, la contestación y las pruebas recaudadas, se considera que el problema jurídico de segunda instancia, de acuerdo a la apelación, es el siguiente:

¿Existe violación a los derechos colectivos al goce del espacio público, utilización y defensa de los bienes de uso público y a la seguridad y salubridad pública, de los transeúntes del Callejón anterior a la diagonal 31 E en el barrio Las Gaviotas, por el hecho de que la vía se encuentra en mal estado en cuanto a su infraestructura?

¹² Folio 13-15 Cdno 2

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la decisión de primera instancia, debido a que conforme se encuentra demostrada la violación a los derechos colectivos al goce del espacio público, utilización y defensa de los bienes de uso público y a la seguridad y salubridad pública, de los transeúntes del Callejón anterior a la diagonal 31 E en el barrio Las Gaviotas, por el hecho de que la vía se encuentra en mal estado en cuanto a su infraestructura, lo cual limita el uso de la misma y pone en peligro la salubridad de los habitantes del sector, debido a las aguas estancadas y la maleza que rodea en la zona.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Marco legal y jurisprudencial de la acción popular

La acción popular se encuentra consagrada en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política que le asigna a la ley la obligación de regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y otros de similar naturaleza.

En cumplimiento del anterior precepto constitucional, se expidió la Ley 472 de 1998, que tiene como finalidad exclusiva la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o un daño contingente derivado de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. Dicha acción busca que la comunidad pueda disponer de un mecanismo judicial para la protección efectiva de sus derechos colectivos, cuya amenaza o vulneración debe necesariamente probarse para la procedencia del amparo.

Las características de la acción popular se encuentran contempladas en los artículos 1º, 2º, 4º y 9º de la citada Ley 472, de los cuales se desprende que la acción popular:

- 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;

13-001-33-33-011-2018-00247-01

- c) 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;
- d) 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.
- e) No tiene carácter sancionatorio respecto de aquel contra quien se dirijan las pretensiones y, eventualmente, recaiga la sentencia estimatoria.
- f) 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.

5.4.2. Derechos colectivos al goce del espacio público y utilización y defensa de los bienes de uso público.

Conforme a nuestro ordenamiento constitucional, se ha establecido que el espacio público constituye un derecho colectivo cuya naturaleza se encuentra íntimamente ligada al interés general, por el cual se pretende asegurar el uso y disfrute de espacios físicos por parte de toda la comunidad, donde se pueda hacer ejercicio de la libre locomoción, tanto peatonal como vehicular, crear espacios para la recreación y el esparcimiento, conservar las franjas de retiro de las edificaciones privadas sobre las vías, fuentes de agua, parques, entre otros bienes de uso público, así como la preservación del entorno urbanístico y del paisaje.

La protección del derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, tiene como naturaleza jurídica los artículos 1, 82, 88, y 102 de la Constitución Política, a través de los cuales se le impuso al Estado y a sus Entidades el deber de propender por la integridad del espacio público, la prevalencia del interés general sobre el interés particular, la destinación del espacio público al uso común, ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, entre otros.



13-001-33-33-011-2018-00247-01

Con relación al contenido y alcance de este derecho colectivo el artículo 5 de la Ley 9 de 1998, prevé que:

*“Artículo 5º.- Entiéndase 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.”*

Igualmente se ha acogido a los dispuesto en los artículos 2 y 3 del Decreto 104 de 1998 a cuyo tenor dice:

*“**Artículo 2.** El espacio público es **el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas** colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes “.*

***Artículo 3º.-** El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:*

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;

Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;

Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Decreto. (Negritas fuera del texto)

El artículo 5 ibídem prevé los elementos constitutivos artificiales o contruidos del espacio público dentro del que se encuentra:



13-001-33-33-011-2018-00247-01

a. Áreas integrantes de los perfiles **viales peatonal y vehicular**, constituidas por:

Los componentes de los perfiles viales tales como: áreas de control ambiental, **zonas de mobiliario urbano y señalización**, cárcamos y ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, alamedas, rampas para discapacitados, **andenes**, malecones, paseos marítimos, camellones, sardinales, cunetas, ciclistas, ciclovías, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento, bermas, separadores, reductores de velocidad, **calzadas, carriles**; (negrillas fuera del texto).

Se destaca que el espacio público además de ser interés colectivo, constituye derecho fundamental atado a la locomoción, por lo que requiere atención urgente y la protección por parte de todas las autoridades públicas, dentro de las cuales están incluidos los jueces de la república. A nivel territorial, compete a los municipios y distritos la obligación de garantizar la libre y segura circulación tanto peatonal como vehicular por las respectivas zonas, de conformidad con su particular reglamentación

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 472 de 1998, el Consejo de Estado¹³ ha sostenido que es deber del Estado, y, por ende, de sus autoridades, velar por la protección de la integridad del espacio público; velar por su destinación al uso común; asegurar la efectividad del carácter prevalente del uso común del espacio público sobre el interés particular; ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común, entre otros; es un derecho e interés colectivo; este constituye el objeto material de las acciones populares y es uno de los bienes jurídicamente garantizables a través de ellas.

Así las cosas, es indudable para ésta Sala, que por ser el Estado el representante legítimo de la sociedad política, tiene a su cargo la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a los bienes de uso público, los cuales forman parte del espacio público, de conformidad con el art. 82 superior, de allí que las calles, andenes, puentes peatonales, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles etc., constituyan espacio público, respecto del cual, el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar su cabal funcionamiento y uso común.

¹³ Consejo de Estado- Sección Primera, sentencia de fecha 25 de marzo de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso. radicación No. 25000-23-27-000-2004-02676-01 {AP}

5.4.3. Derecho colectivo a la seguridad y salubridad pública.

En consonancia el artículo 366 de la Constitución Política una de las finalidades del Estado Social de Derecho es garantizar el bienestar general y en mejoramiento de la calidad de vida de la población; para cumplir este fin, fijó como un objetivo implementar soluciones de las necesidades insatisfechas en materia de salud. En este mismo orden, los artículos 78, 88 y 49 superior disponen el deber de velar por la salud de todas las personas.

El Máximo Tribunal de lo contencioso administrativo se ha referido sobre el derecho colectivo a la seguridad y salubridad pública, en los siguientes términos:

“La trascendencia social de los conceptos de seguridad y salubridad pública y del derecho colectivo que fundamentan ha llevado a esta Sala de Decisión a sostener que:

“(…) constituyen las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria.”⁷³

Por ende, dada la amplitud de su radio de acción, como ha sido subrayado por esta Corporación, el derecho colectivo a la salubridad pública “se puede garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública”⁷⁴. En consecuencia, es claro para la Sala que su vulneración también puede desprenderse tanto de una actitud activa (actuaciones, reglamentos, contratos, etc.), como pasiva (omisión administrativa) de parte de las autoridades responsables de su guarda y realización efectiva [...]”¹⁴

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Bogotá, D.C., del seis (6) de junio de dos mil diecinueve (2019) sentencia dentro del proceso con radicación número 68001-23-33-000-2015-00847-01 (AP).

13-001-33-33-011-2018-00247-01

5.4.4. De la obligación constitucional y legal que tienen los Distritos y Municipios de velar por la protección y goce del espacio público y de construir las obras que demande el progreso y necesidades locales.

A partir del problema jurídico planteado, resulta pertinente analizar la competencia de los Distritos y Municipios para la realización de obras de pavimentación, mantenimiento y conservación de vías que se encuentran ubicadas dentro de su perímetro urbano. Según el artículo 328 de la Carta Política Cartagena de Indias se constituye como un Distrito Turístico y Cultural, el cual tiene un régimen político, fiscal y administrativo especial, que se encuentra estatuido dentro de la Ley 768 de 2002, cuyo artículo 2 dispone lo siguiente:

“Artículo 2º. Régimen aplicable. Los Distritos Especiales de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta, **son entidades territoriales** organizadas de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, **que se encuentran sujetos a un régimen especial autorizado por la propia Carta Política, en virtud del cual sus órganos y autoridades gozan de facultades especiales diferentes a las contempladas dentro del régimen ordinario aplicable a los demás municipios del país, así como del que rige para las otras entidades territoriales establecidas dentro de la estructura político administrativa del Estado colombiano.**

En todo caso las disposiciones de carácter especial prevalecerán sobre las de carácter general que integran el régimen ordinario de los municipios y/o de los otros entes territoriales; pero en aquellos eventos no regulados por las normas especiales o que no se hubieren remitido expresamente a las disposiciones aplicables a alguno de los otros tipos de entidades territoriales previstas en la C.P. y la ley, ni a las que está sujeto el Distrito Capital de Bogotá, estos se sujetarán a las disposiciones previstas para los municipios.” (Negrillas fuera del texto)

De conformidad con el artículo 311 superior a los municipios como entidad político administrativa, le corresponde *construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.* Como quiera que no existe una regulación especial para los Distritos sobre este tema, esta disposición se les hace extensible.

En este orden de ideas, al Distrito de Cartagena se le aplica la Ley 134 de 1994, la cual en su artículo 3 establece como funciones de los municipios, las siguientes:



13-001-33-33-011-2018-00247-01

“ARTÍCULO 3o. FUNCIONES DE LOS MUNICIPIOS. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Corresponde al municipio:

1. Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley.
2. ...
3. **Promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal.** Para lo anterior deben tenerse en cuenta, entre otros: los planes de vida de los pueblos y comunidades indígenas y los planes de desarrollo comunal que tengan los respectivos organismos de acción comunal.
4. ...
7. **Procurar la solución de las necesidades básicas insatisfechas de los habitantes del municipio,** en lo que sea de su competencia, con especial énfasis en los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres cabeza de familia, las personas de la tercera edad, las personas en condición de discapacidad y los demás sujetos de especial protección constitucional.
8. ...
9. **Formular y adoptar los planes de ordenamiento territorial, reglamentando de manera específica los usos del suelo en las áreas urbanas, de expansión y rurales,** de acuerdo con las leyes y teniendo en cuenta los instrumentos definidos por la UPRA para el ordenamiento y el uso eficiente del suelo rural. Optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos. Los Planes de Ordenamiento Territorial serán presentados para revisión ante el Concejo Municipal o Distrital cada 12 años.
10. ...
22. Las demás que señalen la Constitución y la ley.
23. **En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal.** Continuarán a cargo de la Nación, las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales, y del Departamento las que sean departamentales.

(.....)”. ”.

Por otro lado, se tiene que el artículo 315 de la Constitución Política en su numeral tercero estableció que el alcalde tiene la función de dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.

Con base en todo lo expuesto, para esta Corporación le compete al Distrito de Cartagena de Indias la construcción y mantenimiento de las vías urbanas que se encuentran dentro de su división político administrativa.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos probados

En el presente asunto se adjuntaron y se recopilaron las siguientes:

- Copia de unas fotografías, presuntamente tomadas en el callejón anterior a la diagonal 31E en donde se evidencia que el Callejón objeto de la presente acción se encuentra deteriorada, pues no posee pavimentación y sus andenes están en mal estado (fl. 4).
- Oficio AMC-AFI-0103261-2017 del 26 de septiembre de 2017, mediante el cual el Distrito de Cartagena – Secretaria de Infraestructura, da respuesta al derecho de petición presentado por el actor, y le manifiesta que la entidad territorial es consciente de la necesidad de pavimentar el callejón en comento, al igual que muchas otras vías de la ciudad, sin embargo los recursos son con los que cuenta para ello, son insuficientes y la entidad se encuentra haciendo lo necesario para conseguir más; igualmente expone, que designaran un funcionario para que elabore un presupuesto estimado del valor de la pavimentación de la mencionada vía¹⁵.
- Oficio AMC-OFI-0149057-2018, mediante el cual el Secretario de Infraestructuras manifiesta que se designó al Ingeniero Civil Julio Ramos para que realizara una visita técnica y que elaborara un presupuesto de los costos de la reparación del callejón objeto de acción popular, el cual arrojó un valor de \$81.491.608 pesos; se adjunta el presupuesto¹⁶.
- Acta de Diligencia de Inspección judicial¹⁷ practicada por la Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se deja constancia que la infraestructura del callejón se encuentra en muy mal estado, que prácticamente no existen andenes en el sector, así mismo se observa la presencia de maleza y de escombros en una parte de la carretera.
- Registro fotográfico obtenido en la inspección Judicial realizada por el Despacho de primera instancia:

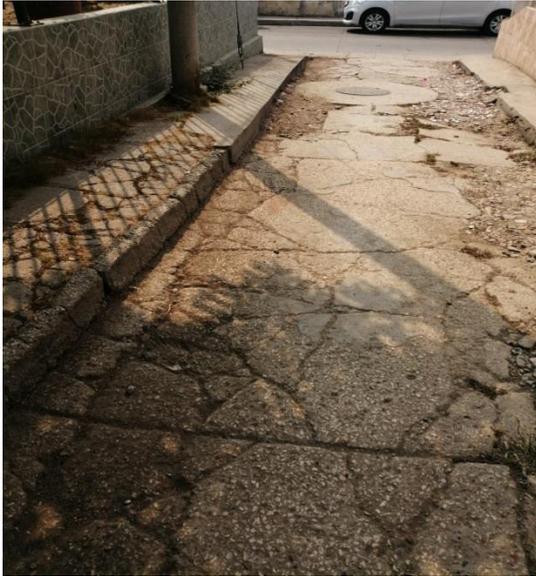
¹⁵ Folio 6 Cdno 1

¹⁶ Folio 20-21 Cdno 1

¹⁷ Folio 38 Cdno 1



13-001-33-33-011-2018-00247-01



5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

En el caso objeto de estudio, el ciudadano Juan David Cuello Alvarado interpuso acción popular contra el Distrito de Cartagena, en razón al deterioro -del callejón anterior a la diagonal 31E que comunica la transversal 70 y 70B en el barrio las gaviotas, el cual está desprovisto de pavimentación, no cuenta con andenes, hay escombros, maleza y estancamiento de aguas. Estas condiciones imposibilitan el tránsito de vehículos y personas por el sector. Además, las aguas estancadas sirven como un foco de enfermedades epidemiológicas para los habitantes de la zona. Ante este panorama, el mal estado de la vía le vulnera sus derechos colectivos al uso y goce del espacio público y a la salubridad pública.

La Juez de primera instancia, al decidir de fondo amparó los derechos colectivos, por lo que le ordenó al Distrito el deber de adelantar los trámites presupuestales y administrativos necesarios para ejecutar la obra de pavimentación y/o rehabilitación de la vía objeto de la acción.

El Distrito de Cartagena impetró un recurso de apelación contra la decisión del A- quo al considerar que no existe la vulneración de los derechos colectivos. Las razones de inconformidad radican en que el tramo de calle, pese a que presenta un deterioro, sigue cumpliendo con su función de permitir la movilidad de vehículos y personas. En este entendido, el uso de la calle está sujeto a ciertas incomodidades que se causan con ocasión al deterioro de la misma; sin embargo, como la vía cumple con su función de permitir la circulación peatonal y vehicular, no es posible hablar de una vulneración de los derechos alegados.

Como quiera que la competencia de este Tribunal está determinada por el fundamento de la apelación, es indispensable estudiar si las malas condiciones del callejón anterior a la diagonal 31E (que comunica la transversal 70 y 70B en el barrio las gaviotas) no desencadenan la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público.

Atendiendo a las pruebas obrantes en el expediente, en particular a la inspección judicial realizada por al Juez Décimo Primero visible a folio 38 del Cuaderno 1, quedó demostrado para la Sala que el Callejón anterior a la diagonal 31E no está en óptimas condiciones, debido a que el pavimento de

13-001-33-33-011-2018-00247-01

éste se encuentra deteriorado en toda su extensión, se evidencian escombros derivados de la destrucción de los mismos andenes, así como la existencia de maleza y aguas estancadas.

Aunado a lo anterior, el Distrito de Cartagena está reconociendo que esa calle presenta un deterioro que ocasiona un uso limitado de la misma; sin embargo, insiste en que, a pesar de ello, no hay vulneración porque se la carretera satisface las necesidades de movilidad de la comunidad.

Sobre el particular el literal d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 consagró como un derecho colectivo el goce del espacio público. Esto implica que las personas tienen derecho a gozar¹⁸ del espacio público, lo cual no es otra cosa que disfrutar de forma plena, cómoda, útil y agradable. Así pues, las entidades territoriales como los encargados de la construcción y mantenimiento de vías, las que a su vez conforman el espacio público, deberán propender porque las mismas permanezcan en buen estado a fin de que su utilización resulte sin limitaciones. En este entendido, no es aceptable que por el solo hecho que la comunidad transite por el lugar exponiéndose a accidentes debido al mal estado de la infraestructura, se cumplan con los presupuestos del goce del espacio público.

En ese contexto, no es de recibo para esta Corporación los argumentos del apelante, quien pretende que la colectividad goce de un espacio público que no posee las condiciones necesarias para cumplir con los fines para los que fue construido; y que además, por su deterioro, expone a la comunidad a situaciones que pueden servir como foco de infecciones, debido al estancamiento de las aguas y la maleza que hay en la calle, lo cual no satisface los postulados del derecho colectivo a la salubridad pública.

Al respecto, el Consejo de Estado expone lo siguiente¹⁹:

La Sala observa, de una parte, que en el caso concreto se presentan situaciones que sugieren que no ha habido una vulneración al goce del espacio público, puesto que no se ha acreditado en el expediente que se haya negado el acceso a la comunidad a la Unidad Deportiva del Parque

¹⁸ Gozar: 'sentir placer a causa de algo'- Tener o poseer algo bueno, útil o agradable. Diccionario de la Real Academia Española. Ver: <https://dle.rae.es/gozar>

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 68001-23-15-000-2003-01472 01 (AP)



13-001-33-33-011-2018-00247-01

Palmira, como tampoco se probó que se hubiera concedido privilegio alguno a favor de un individuo o de un grupo de ellos que conllevara la exclusión o perjuicio de los demás miembros de la colectividad; en el mismo sentido no es posible señalar que la utilización de ese espacio por parte de diferentes personas para finalidades ajenas a las de la práctica del deporte y el esparcimiento de la comunidad, implique una violación o amenaza al espacio público en tanto que, como el pronunciamiento transcrito lo señaló, las esporádicas o eventuales utilizaciones adversas a la naturaleza del espacio deportivo no significan una violación del mencionado derecho colectivo. No obstante lo anterior, en atención a que el derecho colectivo comprende como objeto de protección el "goce del espacio público" y "la utilización... de los bienes de uso público" y que estos términos deben ser entendidos en la significación que resulte adecuada, en el caso concreto, para la práctica del deporte y el esparcimiento, la Sala encuentra que este bien de uso público, **la Unidad Deportiva del Parque Palmira, está en una situación de abandono, debidamente acreditada con la inspección judicial y los testimonios referidos, que no permite su goce y utilización en condiciones óptimas, de hecho, ni siquiera en condiciones mínimas de acuerdo con lo que su estructura y diseño podrían ofrecer. En consecuencia, desde esta óptica, la Sala encuentra que hay una vulneración al derecho colectivo invocado, imputable al Municipio de Barrancabermeja, que no deriva de la imposibilidad de acceder a él, sino de la imposibilidad de gozarlo y utilizarlo debidamente.** Además de lo anterior, la Sala encuentra que se debe declarar la vulneración del derecho colectivo por parte de la entidad territorial demandada respecto de aquella parte de la letra d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 que concierne a la "defensa de los bienes de uso público", puesto que en el caso concreto la situación de deterioro, afectación y desmejora en que se halla la estructura deportiva del parque del barrio Palmira, en condición de bien de uso público, requiere que la defensa pedida por parte del actor popular en el ejercicio de esta acción sea asumida por la Sala, impartiendo las órdenes correspondientes, para evitar que el proceso de ruina del inmueble continúe".

Es importante recordar que la acción popular tiene una función preventiva, es decir, que esta procede cuando los derechos colectivos se pueden ver amenazados o en están en riesgo. En ese sentido, no hay que esperar a que ocurra la vulneración del derecho para ampararlo, sino que basta con que el Juez avizore la amenaza del mismo, para proceder a ordenar su protección. Bajo esos presupuestos, en el caso de marras no es necesario esperar a que el callejón anterior a la diagonal 31E se encuentre totalmente inhabilitado para su uso, a efectos de hacer procedente la acción popular y de esa forma lograr la protección del interés colectivo mediante la ejecución de obras tendientes a la pavimentación, conservación y/o rehabilitación de la mismas.

Ahora, como la entidad demandada también ha argumentado que no es posible hablar de violación del derecho porque la administración está adelantando las gestiones administrativas y presupuestales necesarias para poder ejecutar la obra de pavimentación; sin embargo, es dable acotar que, más allá de la elaboración del presupuesto, no existe prueba dentro del Plenario que dé indicio siquiera de que está realizando alguna gestión administrativa con el fin de superar la problemática planteada en este acción popular; por tal motivo, debe recordarse que la simple gestión de recursos, estudios previos o la priorizar obras de infraestructuras, no implican la superación de la amenaza, pues es necesario que se imprima celeridad a los procesos precontractuales, a efectos de atender dentro del menor tiempo las necesidades de la comunidad toda vez que la inactividad del ente territorial para adelantar el mejoramiento de la vía, se hace más clara la vulneración de los derechos.

Colorario de lo anterior, la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque el apelante no demostró que los hechos que sirven de fundamento para adoptar la decisión no son ciertos.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 establece que, en las acciones populares es procedente la condena en costas, conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso; así mismo expone que *“sólo se 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.*

Ahora bien, con el fin de aclarar la interpretación que se le debe dar a la norma anterior, el H. Consejo de Estado, unificó su jurisprudencia²⁰ para indicar lo siguiente:

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA VEINTISIETE ESPECIAL DE DECISIÓN, Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU



13-001-33-33-011-2018-00247-01

“163. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

164. También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas o gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya actuado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibídem.

165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código General del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia.

166. Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

167. En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, **la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación.**

169. Para este efecto, se entenderá causada la agencia en derecho siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y su acreditación corresponderá a la valoración que efectúe el fallador en atención a los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, es decir, en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto, o a cualquier otra circunstancia especial que resulte relevante para tal efecto.

13-001-33-33-011-2018-00247-01

170. Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

Conforme con lo expuesto, se tiene que es procedente la condena en costas, en favor del accionante, cuando la sentencia le resulte favorable a sus pretensiones; y la misma deberá hacerse atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso. En ese orden de ideas, la norma citada establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación que haya propuesto; en el evento en el que el superior confirme la sentencia de primera instancia, se condenará al recurrente al pago de costas en la segunda instancia.

Atendiendo todo lo expuesto, esta Corporación procederá a condenar en costas a la parte accionada, DISTRITO DE CARTAGENA, toda vez que el recurso interpuesto por ella fue decidido de forma desfavorable, confirmándose la decisión de primera instancia. Por otro lado, como quiera que no se advierte temeridad, ni mala fe, esta Corporación se abstendrá de imponer la multa que establece el artículo 38 de la Ley 472 de 1998.

5.7 Impedimento

El Magistrado Edgar Alexi Vásquez Contreras, manifiesta estar impedido, amparado en el numeral 3° del artículo 141 de la Ley 1564 de 2012, toda vez que su sobrino, el Dr: Edgar Alfredo Vásquez Paternina, es el apoderado del Distrito de Cartagena en esta acción.

Por todo lo expuesto, y por encontrarse configurada la causal de recusación, encuentra esta Sala que es procedente aceptar el impedimento que imposibilita al Dr. Vásquez Contreras para conocer del caso, así las cosas, este Tribunal; declarará fundado el impedimento.

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

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena en fecha 07 de mayo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: ACEPTAR el impedimento del H. Magistrado Edgar Alexi Vásquez Contreras, para conocer y decidir el presente asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

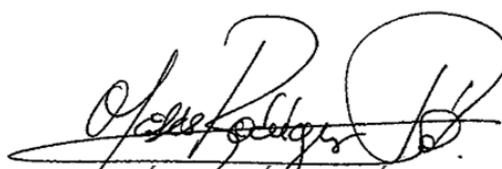
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS al DISTRITO DE CARTAGENA, conforme a lo expresado en esta sentencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS
CON IMPEDIMENTO


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

Doctor:

Moisés de Jesús Rodríguez Pérez

Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar

E. S. D.

Referencia: Impedimento

Medio de Control	Acción popular
Radicado	13001-33-33-011-2018-00247-01
Demandante	Juan David Cuello Alvarado
Demandado	Distrito de Cartagena
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

Manifiesto mi impedimento para conocer en segunda instancia el asunto de la referencia, amparado en el numeral 3° del artículo 141 del Código General del Proceso, el cual establece textualmente lo siguiente.

"3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad."

Lo anterior, porque el apoderado del Distrito de Cartagena, el Dr. Edgar Alfredo Vásquez Paternina, identificado con cédula de ciudadanía N°. 1.047.445.641, es mi pariente en segundo grado de consanguinidad (sobrino).

Como consecuencia de lo anterior, declaro mi impedimento ante usted para conocer del proceso.

Atentamente,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado