



TEMA:	ESPACIO PUBLICO
RADICACIÓN:	73001-33-31-009-2008-00197-00
ACCIÓN:	POPULAR
DEMANDANTE:	JORGE ALIRIO TRUJILLO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE IBAGUE
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, ocho (8) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Procede el Despacho a resolver la presente acción popular formulada por el señor **JORGE ALIRIO TRUJILLO GARCIA**, por intermedio de apoderado judicial, en contra del **MUNICIPIO DE IBAGUE**, mediante la cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

1. PRETENSIONES

1. Ordenar al municipio de Ibagué, se ejecuten los actos necesarios, tomando de manera inmediata las medidas correctivas, para la construcción de sardinales y andenes, con todas las especificaciones de la ley, de los sectores comprendidos en la avenida Ambala, ambos costados, entre las calles 87, 88 y 89.

3. Que se ordene al municipio cancelar a favor del accionante, el pago del incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

4. Se condene en costas.

El anterior *petitum* lo fundamenta el apoderado del actor en el siguiente hecho:

2. HECHO

Se ha omitido por parte del municipio de Ibagué, tomar las medidas correspondientes, para realizar los andenes poniendo en peligro la vida de muchos ciudadanos.

3. NORMAS VIOLADAS

Invocó como fundamento de derecho lo preceptuado por la ley 472 de 1998 y demás normas sustitutivas y procedimentales aplicables al presente evento.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Ibagué dentro del término para contestar la demanda, manifestó frente a los hechos que algunos no eran ciertos y otros eran apreciaciones subjetivas del demandante y se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones.

A juicio del apoderado, según el Código Departamental de Policía y los Acuerdos 009 de 2002, 028 y 0116 de 2003, corresponde a los propietarios de los predios la obligación de construir y reparar los sardineles andenes o aceras, en los términos indicados por el Concejo Municipal.

Por lo anterior, concluye que no es obligación del municipio la construcción de los andenes, pues esta recae en cabeza de los propietarios o en los constructores de los inmuebles.

Como excepciones presento las que denominó:

- **“FALTA DE INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO”** Los particulares propietarios de los inmuebles que se encuentran ubicados en el sector origen de debate, debían ser vinculados al proceso, toda vez que son a quien les corresponde la construcción de los andenes.

- **“INEXISTENCIA DE PRUEBA”** No obra prueba clara, ni determinante que permita dar certeza de la vulneración o amenaza de los derechos vulnerados.

- **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”** No existe acción u omisión por parte de la entidad que amenace o este vulnerando los derechos colectivos invocados.

- **“RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIÓN”** (Fls. 36-48).

En calidad de vinculados, los propietarios de los inmuebles 22, 20, 16, 17 y 13 del Conjunto Residencial la Calleja del Vergel SALOME MANJARES ARIAS, HUGO RAMIREZ QUINTERO, RAMON EMIRO HOYOS, JUAN RAMON HOYOS MARTINEZ, YOVANNI YESID HOYOS MARTINEZ, LENY MARTINEZ MARTINEZ contestaron la demanda a través de apoderado oponiéndose a las pretensiones, frente a los hechos manifestaron que algunos eran ciertos y otros no le constaban.

Indicó el apoderado que los andenes del Conjunto Residencial la Calleja del Vergel ya fueron construidos, por lo cual se presenta un hecho superado, además en el expediente no obra prueba alguna que permita concluir que los derechos colectivos se encuentran vulnerados.

Como excepciones presento las que denominó:

- **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”** Manifestó que no les asiste responsabilidad alguna en los hechos y omisiones que se alegan.

- **“CARGA DE LA PRUEBA”** Es el accionante quien tiene la carga de la prueba y solo se limitó a solicitar la protección de los derechos colectivos sin que los mismos se encuentren vulnerados.

- **“CARENCIA DE OBJETO EN LA ACCIÓN POPULAR”** Afirmó que si en el curso del proceso desaparecen las circunstancias que vulneran los derechos colectivos no puede proferirse una sentencia que ampare los mismos.

- **“RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES”** (Fls. 36-48).

También en calidad de vinculada, la ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA ENERTOLIMA contestó la demanda, manifestando frente a los hechos que algunos son ciertos y otros no le constaban; se opuso a las pretensiones.

Como excepciones presentó las siguientes:

- **“EL CONTROL DEL ESPACIO PÚBLICO CORRESPONDE AL ENTE TERRITORIAL”** Le corresponde a la oficina de espacio público determinar si en efecto ENERTOLIMA viola o no la Ordenanza 201 de 2003 y Decreto 798 de 20103.

- **“HECHO CUMPLIDO O SUPERADO”** Existe una franja de andén que supera los estándares que establece la norma, de modo que obliga a que se excluya a la entidad de la presente acción.

- **“LA GENERICA”** (Fls. 324-329).

5. ACTUACIÓN PROCESAL

A la demanda se le imprimió el trámite de procedimiento especial contemplado en la Ley 472 de 1998, surtiéndose las siguientes actuaciones:

La demanda fue admitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué mediante auto del 21 de mayo de 2008 (Fls.16 y s.s.), en contra del **MUNICIPIO DE IBAGUE**, efectuándose las notificaciones de rigor (Fl. 24).

De las excepciones se corrió traslado por el término de 5 días a la parte demandante quien guardó silencio según la constancia secretarial visible a folio 48 reverso.

Surtido el trámite anterior, mediante providencia del 20 de agosto de 2008, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia especial de pacto de cumplimiento, visible a folio 50 del expediente, el 18 de febrero de 2009 se declaró fallida la audiencia (Fls.61-63).

Mediante providencia del 20 de febrero de 2009, se resolvió sobre las pruebas pedidas por las partes (Fl. 67).

Por auto del 7 de julio de 2009, se corrió traslado para alegar de conclusión por el término de 5 días (Fl. 84).

Posteriormente el 10 de septiembre de 2009 el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito profirió sentencia.

Estando para tramitar el recurso de apelación, el H. Tribunal Administrativo del Tolima con providencia del 7 de mayo de 2010, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, en consecuencia ordenó al Juzgado de conocimiento vincular los propietarios del sector materia de debate (Fls. 150-160).

El 21 de marzo de 2013, la Juez Novena Administrativa del Circuito de Ibagué, se declaró impedida para conocer del trámite de la presente acción, por lo cual el expediente fue remitido al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión, el cual aceptó el impedimento y avocó el conocimiento del proceso el 16 de mayo de 2013 (Fl. 200).

El 20 de Junio de 2013, se ordenó la vinculación y citación al proceso de los propietarios de los bienes inmuebles ubicados en el sector que originó la acción popular (Fls.203-204).

El 29 de enero de 2016, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSATA15-103 emanando de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, este juzgado procedió a avocar el conocimiento del proceso (Fl. 240).

Seguidamente se procedió a efectuar las notificaciones de los vinculados (Fls. 242 -312).

Habiendo sido contestada la demanda por algunos de los vinculados, el 7 de febrero de 2019, se celebró audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida y se corrió traslado para alegar de conclusión (Fl. 414).

Dentro del término para pronunciarse lo hizo SALOME MANJARES ARIAS, HUGO RAMIREZ QUINTERO, RAMON EMIRO HOYOS, JUAN RAMON HOYOS MARTINEZ, YOVANNI YESID HOYOS MARTINEZ, LENY MARTINEZ MARTINEZ reiterando lo manifestado en la contestación de la demanda (Fls. 423-424).

El Ministerio Publico rindió concepto, en el que indicó que los andenes y sardineles de la Avenida Ambaía entre las calles 87 a 89 ya se encuentran construidos, por lo que no se acredita la vulneración de derechos colectivos (Fl.425).

El municipio de Ibagué afirmó que las presuntas omisiones que generaban la violación de los derechos colectivos fueron conjuradas, para lo cual adjunta fotografías que lo demuestran (Fls. 426-431).

El proceso paso al despacho para fallo el 1 de marzo de 2019 según constancia secretarial obrante a folio 432.

Ahora bien, cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo, procede el Despacho a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

6. CONSIDERACIONES

El actor popular pretende a través de esta acción de rango constitucional, que se protejan los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la seguridad y la salubridad pública, la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, pues a su juicio, están siendo vulnerados por la parte accionada, por la ausencia de sardineles y andenes, con todas las especificaciones de la ley, de los sectores comprendidos en la avenida Ambala, ambos costados, entre las calles 87, 88 y 89, y glorieta.

6.1. EXCEPCIONES

Previo a definir el debate jurídico planteado a través de esta acción, corresponde resolver aquellas excepciones formuladas por el municipio de Ibagué, que no guarden estrecha relación con el fondo del asunto, como es el caso de la excepción denominada "**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**" propuesta por el MUNICIPIO DE IBAGUÉ y los señores SALOME MANJARES ARIAS, HUGO RAMIREZ QUINTERO, RAMON EMIRO HOYOS, JUAN RAMON HOYOS MARTINEZ, YOVANNI YESID HOYOS MARTINEZ, LENY MARTINEZ MARTINEZ respectivamente, con fundamento en que no les corresponde o les asiste responsabilidad alguna en los hechos y omisiones materia de debate.

Frente al concepto de Legitimación en la Causa, el Honorable Consejo de Estado en providencia del 06 de agosto de 2012¹, estableció lo siguiente:

"Pues bien, la legitimación en la causa, corresponde a la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial. En otros términos, consiste en la posibilidad que tiene la parte demandante de reclamar el derecho invocado en la demanda -legitimación por activa- y de hacerlo frente a quien fue demandado -legitimación por pasiva-, por haber sido parte de la relación material que dio lugar al litigio. Corresponde a un presupuesto procesal de la sentencia de fondo favorable a las pretensiones, toda vez que constituye una excepción de fondo, entendida ésta como un hecho nuevo alegado por la parte demandada para enervar la pretensión, puesto que tiende a destruir, total o parcialmente, el derecho alegado por el demandante. Al respecto, ha dicho esta Corporación²:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 6 de agosto de 2012. Radicado No. 11001-03-15-000-2012-01063-00 (AC) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001. Expediente No.13.356. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

“La legitimación de hecho en la causa es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. Vg.: A demanda a B. Cada uno de estos está legitimado de hecho.”

La legitimación material en la causa alude, por regla general, a situación distinta cual es la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas” (Subrayado fuera de texto).

De igual forma el H. Consejo de Estado ha indicado en providencia de la Sección Segunda, en sentencia del 25 de marzo de 2010³, que la falta de legitimación en la causa “no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado...” ante lo cual considera el Despacho que dicha excepción no sacrifica la pretensión procesal en su contenido.

Efectuada la anterior precisión, se procederá a resolver la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la entidad territorial accionada.

Bástele al Despacho señalar que la Constitución Política, en el artículo 311, dispone que le corresponde al municipio, entre otras, construir las obras que demande el progreso local y ordenar el desarrollo de su territorio.

De igual manera, el artículo 82 *Ibidem*, consagra:

“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. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.”

De conformidad con lo expuesto, los andenes, hacen parte del espacio público y, por tanto es responsabilidad del Estado su mantenimiento y cuidado, en consecuencia, es un deber de las autoridades públicas velar por el respeto y protección de la integridad del espacio público, el cual constituye un derecho colectivo.

De manera que es posible establecer que, el municipio de Ibagué se encuentra legitimado en la causa por pasiva para comparecer al presente proceso, dada la tarea legal que ostenta, razón por la cual se despachará desfavorablemente la excepción propuesta.

³ Consejo de Estado, Sección segunda - subsección “a” -. Expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En cuanto a la misma excepción presentada por algunos de los propietarios de los inmuebles, es preciso señalar que mediante auto del 7 de mayo de 2010, el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad de lo actuado en el presente proceso, por considerar que es deber de los propietarios construir los andenes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 de la Ordenanza 021 del 19 de junio de 2003 de la Asamblea del Tolima "Código Departamental de Policía", motivo por el cual, considerando que el superior ordenó la integración en calidad de Litis Consortes Necesarios de los propietarios de los inmuebles, no puede el Despacho modificar dicha decisión pues el tema ya fue debatido⁴.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe en determinar si los demandados han vulnerado los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la seguridad y la salubridad pública; la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, por la ausencia de sardineles y andenes, con todas las especificaciones de la ley, de los sectores comprendidos en la avenida Ambala, ambos costados, entre las calles 87, 88 y 89, y glorieta.

6.3. ACCIÓN POPULAR Y DERECHOS COLECTIVOS

Entrando al fondo del asunto, sea lo primero señalar que, la Carta Política de 1991 en su artículo 88 inciso primero, consagra que la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos; a su vez, el legislador expidió la Ley 472 de 1998, por medio de la cual se desarrolló el referido precepto constitucional.

Es así, como el artículo 2º de la Ley 472 de 1998, consagra que las acciones populares, son el mecanismo para la protección de los derechos e intereses colectivos y que éstas "se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible"; es decir, que el objeto de las acciones populares se concentra en la protección efectiva de derechos e intereses colectivos, la cesación de los hechos o actos que amenazan o vulneran los derechos o intereses colectivos y el restablecimiento del *statuo quo* en la medida en que sea posible.

En el mismo sentido, el artículo 9º de la Ley en comento establece que la acción popular procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que vulneren o amenacen los derechos e intereses colectivos, y en el artículo 5º, se regula el trámite preferencial al que esta avocada, el que se deberá desarrollar conforme a los principios de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia.

De la normatividad en cita se desprende que para la prosperidad de la acción bajo estudio se requiere de la configuración de los siguientes elementos: (i) una acción u omisión de la parte demandada, (ii) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos e intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo

⁴ Ver folios 150-160 Cuad. Ppal.

normal de la actividad humana, y (iii) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos.

Ahora bien, frente a los derechos colectivos cuya vulneración alega la parte actora, resulta pertinente realizar las siguientes acotaciones:

6.3.1. GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO

El fundamento constitucional de este derecho colectivo se encuentra en el artículo 82 de la Carta Política, en el que se impone al Estado el deber de velar por la protección e integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular; estableciéndose, en igual forma, que las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

Respecto del espacio público, el H. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente No. 52001-23-31-000-2002-1750-01(AP), Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, indicó:

“Además, por ser el Estado el representante legítimo del pueblo, tiene a su cargo la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a los bienes de uso público, los que hacen parte del espacio público, así como lo dispone el artículo 82 de la Carta Política:

(...)

“De tal manera, los alcaldes y en general las autoridades administrativas, están investidos de facultades suficientes para lograr la restitución de los bienes de uso público.

(...)

En este mismo sentido, el decreto 1504 de 1998, por el cual se reglamenta el manejo de espacio público en los planes de ordenamiento territorial, establece el deber que tiene el Estado de protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común, el cual debe prevalecer sobre el interés particular.

De tal manera, los alcaldes y en general las autoridades administrativas, están investidos de facultades suficientes para lograr la restitución de los bienes de uso público...”

6.3.2. LA SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PÚBLICA

Se trata de derechos colectivos que, en primer lugar, presentan su fundamento constitucional en el artículo 2º de la Carta Política; derechos que según la jurisprudencia⁵ se han tratado como parte del concepto de orden público, concretándose en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la comunidad, cuyo contenido implica en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos y contravenciones, los

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2004, expediente 2002-02788'01 AP, C. P. German Rodríguez Villamizar.

accidentes con intervención o por causas humanas y las calamidades naturales; y en el caso de la salubridad, la prevención de las epidemias causadas por la contaminación y propagación de zancudos e insectos y la garantía de salud para todos los ciudadanos

En relación con la protección de estos derechos, el alto Tribunal Constitucional ha sostenido que por ser los mismos de naturaleza colectiva, debe acudirse a la acción popular⁶. Con relación a la seguridad pública el H. Consejo de Estado manifestó:

"Se extiende a otro tipo de actividades, encaminadas a garantizar unas condiciones mínimas para la vida en sociedad, con un contenido amplio que comprende tanto las actividades encaminadas a prevenir accidentes naturales y calamidades humanas, como las típicas tareas de policía administrativa, circunscritas a evitar disturbios y sublevaciones, e incluso, el desarrollo de cualquier actividad tendiente a hacer cesar las circunstancias que vulneren las condiciones mínimas de seguridad de las que debe gozar la comunidad"⁷.

6.3.3. LA REALIZACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES Y DESARROLLOS URBANOS RESPETANDO LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS DE MANERA ORDENADA Y DANDO PREVALENCIA AL BENEFICIO DE LA CALIDAD DE VIDA DE LOS HABITANTES

Al respecto, se tiene que el literal m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, lo estableció taxativamente como derecho colectivo, conllevando a que cuando existan los requisitos constitucionales y legales para llevar a cabo los respectivos proyectos urbanísticos que claramente benefician a la comunidad, es forzoso proceder a la protección de dicho derecho. Frente al punto, señaló el Consejo de Estado:

"En efecto, el urbanismo es un hecho colectivo que condiciona la vida digna de todos los habitantes -actuales y futuros-, que configura un auténtico derecho a la ciudad de todos los habitantes y que compromete intereses colectivos en relación con el entorno urbano, entre otros los atinentes a la estructuración de planes viales que por su importancia exige la participación de la sociedad civil en su formulación conforme lo dispone la ley 388 de 1997...

De este contexto normativo se tiene que los alcaldes desempeñan, entonces, un rol de ejecutores de las reglas adoptadas por los Concejos, a los cuales está reservada la facultad constitucional de fijar los criterios y pautas generales, enderezados a ordenar la vida urbana del municipio (artículo 4° de la ley 388)".

6.4. HECHOS RELEVANTES

Habiendo efectuado las anteriores precisiones sobre los derechos colectivos cuyo amparo solicita el actor popular, corresponde al Despacho entrar a analizar, si efectivamente, en este caso resulta procedente el amparo constitucional deprecado, para lo cual resulta pertinente citar los elementos de convicción que se aportaron a este cartulario, en aras de establecer si se

⁶ Sentencia T-362/14

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de mayo de 2005, expediente 2003-01478 AP C. P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

configuran o no, los presupuestos necesarios para su prosperidad o lo que es lo mismo, para la obtención de un fallo favorable a la pretensión invocada en el libelo genitor:

- Material Fotográfico visto a folios 1-6 del expediente, a través del cual se observa vegetación.
- Inspección judicial realizada por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué el 27 de marzo de 2009, vista a folios 73 y 74 del Cuad. Ppal.
- Material fotográfico visto a folios 93-108 del expediente, donde se observan andenes en algunos de los sitios materia de debate.
- Material fotográfico visto a folios 326 -327 del expediente, donde se observan andenes en la Electrificadora del Tolima.
- Material fotográfico visto a folios 359-362 del expediente, donde se observan andenes en el Sector de la Calleja del Vergel.
- Material fotográfico visto a folios 407-409 del expediente, frente de la casa 6 manzana C, del Barrio el Pedregal cuenta con andén.
- Material fotográfico visto a folios 429-431 del expediente, donde se observan andenes.

6.5. CASO CONCRETO

La parte actora asumió la carga probatoria aportando algunas fotografías del sector materia de debate. Respecto al punto de las fotografías como medio de prueba idóneo para probar la vulneración de derechos colectivos, el Despacho cita la posición sustentada en la sentencia del H. Consejo de Estado⁸ de fecha 14 de abril de 2010, que señaló lo siguiente:

“Ahora bien, en relación con el valor probatorio que las fotografías referidas pueden tener, es necesario considerar que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil las incorpora dentro del listado de “documentos”⁹, es decir, las hace parte de esta categoría de medios de prueba que se define doctrinariamente como “...todo objeto producido, directa o indirectamente, por la actividad del hombre y que, representa una cosa, un hecho o una manifestación del pensamiento”¹⁰. La Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de las fotografías y de su valor probatorio, en un pronunciamiento anterior, señaló que dentro del género de los documentos las fotografías corresponden a la especie de los representativos, puesto que “... no contiene ninguna declaración, sino que se limita a fijar una escena de la vida en particular, en un momento determinado, es decir, a representarla.”¹¹

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010 radicación No. 68001-23-15-000-2003-01472-01(AP). C.P. Mauricio Fajardo Gómez,

⁹ “Artículo 251.- Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.”

¹⁰ J. PARRA QUIJANO, Tratado de la Prueba Judicial. T. III, Los Documentos; Librería Ediciones El Profesional Ltda., 3ª ed., 2003. pg. 10.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de noviembre de 2007, Expediente 32966. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Con la intención de definir si las fotografías mencionadas son susceptibles de valoración probatoria, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración. En relación con las 6 fotografías aportadas por los actores populares, si bien existe una declaración extrajudicial ante Notario Público, ello no prueba que efectivamente las fotografías correspondan a la realidad en tanto que no hubo dentro del proceso judicial un reconocimiento o admisión de la parte contraria, ni una declaración de testigos que constatará que las fotografías correspondían a la realidad (...)." (Negrilla y subrayado por el Despacho).

Considera el Juzgado que las fotografías aportadas por el actor popular para el momento del presente fallo no sirven para determinar lo argumentado en la parte fáctica de la demanda, toda vez que son ilegibles y fueron tomadas en el 2008.

Frente a la inspección judicial solicitada como prueba en el proceso, debe el Despacho señalar que al igual que las fotografías aportadas por el actor, fue realizada en el año 2009, es decir diez años antes del presente pronunciamiento, y para ese momento, se observó:

"Haciendo el recorrido desde el puente de la Carrera 87 bajando hacia la vía el Salado se observa que no hay andenes, hay sardinel y zona verde hasta la glorieta. Subiendo frente al Conjunto Los Gualandayes III, no hay andenes solo sardineles y zona verde, después encontramos el puente la Candileja no tiene andén, siguiendo el recorrido, frente al conjunto los Cambulos empieza el andén de ahí en adelante, en los apartamentos del Conjunto Torres de la Calleja subiendo por el derecho existe andén de ahí en adelante, en los apartamentos del Conjunto Torres de la Calleja subiendo por la derecha existe andén y al lado izquierdo no hay, frente a la Urbanización Chicalá subiendo si hay andenes lo mismo que en la aldea SOS, Colegio Gmeiner SOS, en la antigua entrada del Conjunto residencial no hay andén, continuando hasta la entrada del anterior conjunto no hay andén, bajando hay andén hasta donde termina el colegio Mary Pouspin de la Presentación finalizando hay parte en cemento y otro en zona verde, de ahí hasta la Avenida Ambala no hay andén, continuando el recorrido subiendo no hay andenes, encontramos un pequeño puente donde no hay barandas al llegar al Conjunto Residencial la Estación del Vergel hay andenes hasta la Glorieta. El despacho aclara que no fue posible establecer la carrera 88 y 89 debido a que no existe nomenclatura en los costados de la vía.

Respecto a dicha prueba habrá de decirse, que para el momento en que el actor popular presentó la acción y hasta el año 2009, los derechos colectivos se encontraban vulnerados, toda vez que del material fotográfico allegado al proceso por las demandadas se puede observar que en la actualidad el Conjunto la calleja del vergel, Marie Poussepin, Chicala, Cambulos, Los Gualandayes, Glorieta, Enertolima tienen andenes; así como también del concepto allegado por el Ministerio Público, por lo cual se considera que los hechos que dieron origen a la presente acción popular han sido superados en torno a las obras civiles adelantadas en el sector objeto de la presente acción.

Así las cosas, y como quiera que las pruebas señaladas no fueron debatidas por el actor popular, y en el expediente no obra prueba alguna que indique qué zonas no cuentan aún con el andén y que del material probatorio allegado por algunos de los demandados, se evidencia que el sector objeto de estudio ya cuenta con los mismos, se hace inocua o inane cualquier

decisión que llegare a tomarse al respecto, pues no puede desatenderse que la naturaleza de la acción popular es ante todo preventiva o restitutoria cuando se trate de retrotraer las cosas al estado anterior, de ahí que cuando se accede al amparo solicitado la sentencia que se profiera debe contener una orden de hacer o no hacer.

De conformidad al artículo 2º de la Ley 472 de 1998, este tipo de acción no próspera si las circunstancias que vulneran el derecho colectivo se toman en un hecho superado, y bajo esas circunstancias, un fallo favorable resultaría inocuo, pues no cumpliría su finalidad, es decir, la protección de los derechos vulnerados, motivo por el cual, habrá de concluirse que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para acceder a las pretensiones.

6.6. INCENTIVO ECONÓMICO

Si bien es cierto, en el libelo inicial se solicitaba como pretensión el reconocimiento del incentivo económico a que se refiere el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, también lo es, que dicha norma fue derogada a través de la Ley 1425 del 29 de diciembre de 2010, por lo que no existe fundamento legal para ordenar su reconocimiento y pago a favor de los actores populares. Al respecto, el H. Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“4. EL INCENTIVO ECONÓMICO PARA LOS ACTORES POPULARES, A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1.425 DE 2010.

Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe regir la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio.

En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”, de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene.”

Ahora, la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva porque esta Corporación tuvo oportunidad de referirse, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación. Se cita, a continuación, uno de sus pronunciamientos, que coincide, en términos generales, con los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia:

“Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente,

como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por norma adjetiva aquella que señala los ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias".¹²

Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un "derecho", al decir, en ambas disposiciones, que: "El demandante... tendrá derecho a recibir..." el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente qué aplicar, y por eso no concederá el incentivo.

En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata –según el art. 40 de la ley 153 de 1887¹³-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso- entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí."¹⁴

7. CONDENA EN COSTAS

Finalmente, y en relación con la condena en costas, se tiene que la norma especial que regula la acción popular en su artículo 38, precisa *que el juez* de la acción popular "Sólo podrá condenar (...) a sufragar los honorarios, gastos y costos..."

Cuando se acude a la normatividad procesal civil, el artículo 388 del CGP regula lo relativo a honorarios:

"Honorarios de auxiliares de la justicia y su cobro ejecutivo. El juez, de conformidad con los parámetros que fije el Consejo Superior de la Judicatura señalara los honorarios de los auxiliares de justicia, cuando hayan finalizado su cometido, o una vez aprobadas las cuentas mediante el trámite correspondiente si quien desempeña el cargo estuviere obligado a rendirlas.

En el auto que señale los honorarios se determinará a quién corresponde pagarlos."

Concordando la expresión del legislador en la norma especial, con la disposición procesal civil, cuando se ordenan costas en materia de las acciones populares, corresponde al juez determinar si se pagaron honorarios a peritos u honorarios por dictámenes, pero de allí no cabe considerar las agencias en derecho como tal, pues ellas no fueron previstas en la Ley 472 de 1998, como integrantes de las costas por las que puede condenar el juez constitucional.

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 1988. Expediente 1874.

¹³ "Art. 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2011. Expediente 25000-23-24-000-2004-00917-01. C.P. Enrique Gil Botero.

En estas condiciones, aunque la actividad del actor popular haya sido efectiva, protegiendo de esa manera los derechos de la colectividad, mal puede considerar que ello impone el reconocimiento por agencias en derecho cuando, además, se reitera, no se probó en el proceso, pago alguno de honorarios a profesional del derecho que hubiera sido contratado a su costa con el fin de proteger los intereses de la comunidad. La motivación de la acción popular, se recuerda, está fundada en el altruismo, y por ello no puede convertirse en una fuente de ingresos para el accionante.

En consecuencia, el Juzgado Doce Administrativo Mixto del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO: DECLARAR “HECHO SUPERADO”, debido a que existió vulneración a los derechos colectivos invocados por la parte actora, aunque dicha vulneración cesó en el curso del trámite de esta acción popular, con las obras civiles adelantadas en el sector objeto de la presente acción, conforme se señaló en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DENEGAR el reconocimiento del incentivo económico previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998 –derogado- Ley 1425 de 2010.

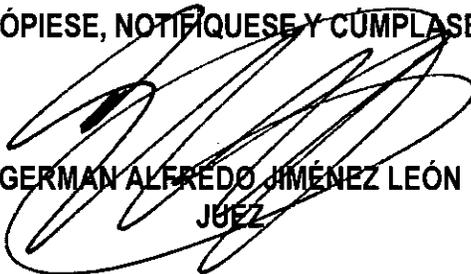
QUINTO: No condenar en costas

SEXTO: Enviar una copia del presente fallo a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

SEPTIMO: Disponer el archivo del expediente, una vez en firme esta decisión.

OCTAVO: Devuélvase a la parte demandante el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos del proceso, si la hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN
JUEZ