



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Proceso : 81001-33-33-002-2014-00139-01
Medio de Control : Popular
Demandante : EDISSON LEONARDO RADA ROMERO Y OTRO
Demandado : MUNICIPIO DE ARAUCA
Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 27 de Marzo de 2015 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca, mediante la cual se ampararon varios derechos colectivos.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Edisson Leonardo Rada Romero y Jahyl Francisco Hernández Trujillo instauraron acción popular en contra del Municipio de Arauca (fl. 1-105).

Dentro de los **hechos** que se invocan, señalan que por escritura pública No. 1512 del 2 de noviembre de 2005, el municipio de Arauca adquiere mediante contrato de compraventa un lote de terreno ubicado en el perímetro urbano, en la calle 15 No. 7 — 495 Barrio Meridiano 70, con ficha catastral número 01 02 0089 02 y matrícula inmobiliaria número 410— 5746, con un área total de 16.842,90 M2 y en la cláusula primera se establece que será destinado para desarrollar proyectos de preservación del medio ambiente y/o saneamiento ambiental.

Manifiestan que mediante contratos de obra No. 166 de 2006 por \$540.615.689 y No. 084 de 2007 por \$699.994.170, se ejecutan obras para afectar la totalidad del bien de uso público, que el Acuerdo 009 de 2009 estipula que es un parque, recreación pasiva, recreacional de consolidación y citan disposiciones de dicho acuerdo; agregan que el 20 de noviembre de 2012 se aprueba el Acuerdo 200.02.18, cuyo objeto es autorizar al Alcalde para enajenar a título de venta bienes inmuebles de propiedad del Municipio de Arauca y mediante escritura pública 1128 del 11 de julio de 2013, el municipio de Arauca realiza división material con el único propósito de dar en venta a un particular el bien fraccionado, pretendiendo que con este acto se desnaturalizaba la destinación inicial del Parque Meridiano 70 y que se evidencia claramente la existencia de extralimitación de funciones y desviación de poder del Alcalde de Arauca



y los Concejales y que se enajenó el bien por el contrato compraventa No. 00-591 de 2013 a Diana Marcela Montoya Gómez por \$511.500.000.

Consideran que para variar la destinación del uso de los bienes públicos, es necesario dar aplicabilidad al artículo 6 de la ley 9 de 1989, el cual esgrime la obligación de desafectar el bien público y cuya desafectación modificatoria no se dio en el presente caso, y mencionan derechos de petición y respuestas sobre el tema y el Acuerdo No. 200.02.006 de 2014 y que el bien uso público primeramente relacionado, hoy día no pertenece al patrimonio de los araucanos, toda vez, que el municipio de Arauca a título traslativo de dominio otorgó la propiedad a una persona natural; situación ésta desconcertante y escuetamente ilegal, y cuya responsabilidad se le irroga al representante legal de éste al haber enajenado un bien de uso público que conforme a postulados constitucionales se encuentra fuera del comercio.

Como **pretensiones** solicitan que se ordene al Municipio de Arauca realizar los trámites administrativos y jurídicos tendientes a amparar la utilización y defensa al goce del espacio público, a su destinación del uso común del bien de uso público denominado Parque Meridiano 70. Exponen como **derechos colectivos violados** los de goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público.

2. La contestación de la demanda

2.1. El Municipio de Arauca contestó la demanda (fls. 125-149) y frente a los hechos manifiesta que algunos son ciertos, otros no lo son y los del 13 al 16 no consultan la realidad; se opone a todas y cada una de las pretensiones toda vez que no se observa que el Municipio de Arauca, haya vulnerado derechos e intereses colectivos relacionados con el goce al espacio público, la utilización y la defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público con la venta de un lote de terreno contiguo al parque Meridiano 70.

Expresa que no es dable afirmar que existe la vulneración a los derechos colectivos alegados por tratarse de un bien inmueble apto para la venta que no era requerido para la ejecución del plan de desarrollo actual y se procedió a la venta con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la ley; y frente a las consideraciones de derecho, se refiere a la manifestación de la voluntad, a la inversión realizada, a que el lote desenglobado no es un bien de uso público, a que debe probarse el uso por la comunidad y al alumbrado público instalado.

Propone la excepción de *"inexistencia de acción u omisión del Municipio de Arauca y la no vulneración de los derechos colectivos invocados por la parte actora"*.

2.2. Diana Marcela Montoya Gómez, vinculada al proceso, contestó la demanda (fls. 171-261) y refiriéndose a los hechos expone que unos son ciertos, otros no lo son y otros no le constan, se opone a las pretensiones ya que la enajenación del bien inmueble que ha sido referido con anterioridad no vulneró la normatividad vigente, ni el procedimiento señalado para llevar a cabo este tipo de actos jurídicos, ni mucho menos violentó los derechos e intereses colectivos de los araucanos relacionados con la utilización y goce de espacio público, y se pronuncia frente al derecho amenazado y a las consideraciones de derecho de la demanda.

Plantea las excepciones de *"inexistencia de acción u omisión del Municipio de Arauca"*, *"no vulneración de los derechos colectivos invocados por la parte actora"* y *"buena fe del adquiriente y cumplimiento del debido proceso"*.

3. De la audiencia especial de pacto de cumplimiento

Se realizó la Audiencia especial (fls. 262 al 264), y se declaró fallida la posibilidad de acuerdo.

4. La Sentencia Apelada

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca, en sentencia del 27 de febrero de 2015 (fls. 341-351) decidió desvincular a Diana Marcela Montoya Gómez, declaró procedente la acción popular incoada y le ordenó al Municipio de Arauca que en un plazo máximo de seis meses adquiera un bien inmueble con un área aproximada al lote enajenado en una zona cercana a la zona en que se ubicaba y darle la destinación para la cual el anterior inmueble se había adquirido; consideró¹:

"Tal y como se fijó al momento de plantear el problema jurídico, la prosperidad de las pretensiones dependerá de si el lote enajenado constituía o no un bien de uso público. (...)

La justificación dada por el Municipio para la adquisición del bien fue, se reitera, desarrollar proyectos de preservación del medio ambiente y/o saneamiento ambiental, luego entonces, la administración no compró el inmueble con la finalidad de operar o desempeñar desde allí sus actividades propias (vrg. construir un edificio para el funcionamiento de la Alcaldía), es decir, no lo adquirió para desempeñar la función pública asignada como institución gubernamental, razón por la cual no puede catalogarse como un bien fiscal. (...)

Respecto del derecho colectivo del patrimonio público, considera el Despacho que no existió vulneración teniendo en cuenta que no hubo afectación de los recursos públicos cuantitativamente considerados, es

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y no se hará la advertencia de (sic) para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen pies de página, por lo cual o no aparecen los del texto o el que aparece no siempre es el mismo número que tiene el documento transcrito.

decir, si bien es cierto salió de la propiedad del Municipio de Arauca un inmueble en una extensión de 11.236,47mts², no es menos cierto que, ello no correspondía a una mala gestión o inapropiada operación del ente municipal, todo lo contrario, por ese predio recibió un pago equivalente a \$511'500.000, los cuales vienen a transformar el recurso público más no a deteriorarlo. Resulta aquí importante hacer ver que, cuando el Municipio adquirió el predio en el año 2005 pagó la suma de \$303'172.200 y, en el 2014, vendió una parte de él en \$511'500.000, luego entonces, se evidencia que no existió detrimento patrimonial para el Estado. (...)

Así entonces, se declarará que el Municipio de Arauca vulneró el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, al haber enajenado un terreno que estaba destinado al uso público y por tanto tenía la connotación de bien de uso público. Ahora, este Despacho no debe perder de vista que la vulneración del derecho colectivo se concretó a partir de la celebración de un contrato estatal (Contrato de compraventa de terreno No. 00-591 de 2013), por tanto, *prima facie* la orden más sencilla sería proceder a revertir o anular el contrato estatal celebrado entre el Municipio de la Arauca y DIANA MARCELA MONTOYA GÓMEZ. No obstante, el inciso 2º del artículo 144 del C.P.A.C.A. prohíbe al juez de la acción popular anular el contrato; y aunque se ha manejado la tesis de la facultad del juez para impartir esa orden, lo cierto es que ella está condicionada a constituir la "*última ratio*", pues, en todo caso, el operador judicial debe inclinarse por adoptar otras medidas que hagan cesar la vulneración del derecho colectivo sin llegar a la anulación del contrato. Bajo esa perspectiva, se ordenará al Municipio de Arauca que en un plazo máximo de seis (6) meses, adquiera un bien inmueble con un área aproximada de 11.236,47mts² en una zona del Barrio Meridiano 70 o cercana a él, y proceda a darle la destinación para la cual había sido adquirido el predio ubicado en la calle 15 No. 7-495 del Barrio Meridiano 70. De otra parte, se dispondrá la desvinculación de DIANA MARCELA MONTOYA GÓMEZ, teniendo en cuenta que su actuación está amparado bajo el principio constitucional de la buena fe, toda vez que no puede reprochársele el hecho de haber sido favorecida en un proceso de contratación pública al cual se presentó con la plena convicción de que la administración municipal podía y estaba autorizada para enajenar el bien".

5. Los recursos de apelación

5.1. La parte demandante interpuso recurso de apelación (fl. 354-356) en lo atinente a la no prosperidad de la vulneración del derecho colectivo al patrimonio público invocado, por las argumentaciones del a quo al determinar sin bases técnicas ni conocimientos especializados, que no hubo detrimento patrimonial en la venta del bien inmueble, siendo entonces procedente decretar la nulidad absoluta del contrato derivado de dicha vulneración, y no se ordena que el bien a adquirir además de darle una destinación específica, deba encontrarse apto al momento de su adquisición para el uso y goce de los araucanos, conforme se encuentra el bien de uso público motivo de litis.

5.2. El Municipio de Arauca también apeló (fl. 357-366); manifiesta que se ejecutó la construcción del parque en un área menor a la mitad del terreno, y no está conforme con haberle dado pleno crédito a los testigos de los accionantes (abogados) en tanto que fue evidente la preparación y coordinación de los mismos para su declaración, lo cual resta credibilidad;

discrepa de no haberse catalogado el predio como bien fiscal, en tanto desconoce la necesidad que motivó la compra, situación establecida en el estudio de conveniencia y oportunidad, buscando resolver la problemática con la adquisición de terrenos para su adecuación, base para el desarrollo de proyectos y la eliminación de focos de contaminación, razón inicial por la cual el municipio adquirió el terreno, la primera fase contempló el diseño y el relleno para su nivelación, objetivo cumplido con el contrato 166 de 2006 y la segunda fase por el contrato 084 de 2007 se culminó la construcción, y el hecho que no se hubiese construido en el Lote 1 un edificio para el funcionamiento de la alcaldía o similar, no permite clasificar el terreno en bien de uso público, de conformidad con el artículo 674 del Código Civil y sentencia del Consejo de Estado.

Expresa sobre la voluntad de afectación del bien, que para la etapa de construcción solo se intervino el área en la cual actualmente está construido el parque, es decir, el Lote 2, obra culminada en su totalidad, sin que después se hubiere estimado la ejecución de obra alguna, y como dicho terreno no era requerido por el Municipio para desarrollar proyecto que pudiera estar incluido en el Plan de Desarrollo y el Plan Básico de Ordenamiento Territorial y por la onerosidad del mantenimiento, consideró pertinente y conveniente hacer uso de las facultades constitucionales y legales y proceder a la venta del bien fiscal.

Agrega sobre la idoneidad del bien para uso público, que es cierto el lote no se encuentra encerrado precisamente por la carencia de recursos para este fin, este hecho ha conllevado que sea utilizado por personas ajenas a la Administración, esta utilización no autorizada no conlleva a darle la connotación de uso público supliendo lo dispuesto en la Ley; sobre que el inmueble en su totalidad corresponde a espacio público zona de recreación pasiva, es afirmación alejada de la realidad, y que el uso del suelo de los lotes 1 y 2 es recreacional, y es el uso el que define lo que allí se puede construir y el mapa de espacios públicos define lo que se puede hacer en los espacios públicos y no sobre todo el terreno; y frente a la decisión de imprósperas de las excepciones, que con apoyo en la definición que de bien fiscal hace el Código Civil y la sentencia que citó, es la calificación del bien fiscal enajenado la que permite la prosperidad de las mismas, y que el Municipio de Arauca no requería adelantar el procedimiento dispuesto en el artículo 6 de la Ley 9 de 1989, pues el terreno dado en venta no es un bien de uso público y nunca lo fue.

6. Trámite procesal en la segunda instancia

Se admitieron los recursos de apelación y se corrió traslado para alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público (fl. 374).

6.1. Los alegatos de conclusión

6.1.1. La parte demandante en sus alegatos de conclusión (fl. 378-382) insiste en que es necesario un análisis más profundo en lo referente a la

existencia o no de la vulneración al patrimonio público, a raíz de la frágil operación matemática que pretende valer el a quo para sustentar la no vulneración, pues omite una serie de situaciones que determinan el valor real del predio ilegalmente enajenado, pues desconoce hechos tales como lo invertido en los dos contratos que hacen parte del proyecto para la construcción del Parque Meridiano 70; por tal motivo, la elucubración financiera que realiza el juez dista de toda la realidad e incluso pretende materializar sin un respaldo técnico, financiero ni menos cimentado a través de una prueba pericial la no vulneración, y corresponde corregir los yerros probatorios con lo que debió contar el a quo para determinar si la hubo o no y que si se logra evidenciar la vulneración al patrimonio público, debe encaminarse a decretar la nulidad absoluta del contrato de compraventa No. 591 de 2013.

6.1.2. El Municipio de Arauca presentó sus alegatos (Fls. 383-389), en los que manifiesta su desacuerdo por dilucidar que el inmueble objeto de controversia constituye un bien de uso público, pues se proyectó y ejecutó la construcción del Parque en un área que comprendió mucho menos de la mitad del terreno, y es claro que quedó concluido el proyecto para el cual fue adquirido, y no hubo intervención posterior; recalca que el Municipio de Arauca no requería para la venta del inmueble adelantar el procedimiento del artículo 6 de la Ley 9 de 1989 y que frente a lo alegado por el accionante en su recurso en cuanto a su insistencia en que se decrete la nulidad absoluta del contrato de compraventa del lote, en su decir, derivado de la vulneración al patrimonio público, bajo el subterfugio de falta de bases y conocimientos especializados en la determinación del tallador de no haberse presentado en el sub lite detrimento patrimonial alguno, basta recalcar que con dicha petición, pretende que se desconozca lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 144 de la ley 1437, y los lineamientos jurisprudenciales.

6.2 El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público emitió concepto (fl. 390-397), y considera que dentro de la clasificación de los bienes, se pueden distinguir dos clases: i) los de dominio privado, los cuales gozan de una protección especial del Estado (Artículo 58 de la C.N.), y ii) aquellos que son del dominio del Estado y que son utilizados por éste para cumplir sus fines esenciales, dentro de los cuales se encuentran los bienes fiscales y los bienes de uso público.

Manifiesta que un bien para que pueda ser tenido como de uso público, es necesario que la administración exprese de manera clara su voluntad de que va a ser destinado al uso y disfrute de la comunidad, situación que se puede apreciar en el caso bajo estudio, en donde se evidencia que aunque dicho inmueble fue adquirido inicialmente con el fin de desarrollar proyectos de preservación del medio ambiente, ya que presentaba problemas de contaminación convirtiéndose en foco de zancudos y demás vectores endémicos generadores de enfermedades, una vez superada esta problemática a través de la nivelación del terreno, suscribió la



administración el contrato 166 de 2006, por el cual se le dio la destinación específica a la totalidad del inmueble y mediante el cual se demuestra la intención de la administración por destinarlo al uso de la comunidad y que la voluntad de la administración se manifiesta a través de actos administrativos, hechos, operaciones, omisiones, contratos, la existencia de un título en cabeza del Estado y la idoneidad del bien.

Respecto de la vulneración al derecho del patrimonio público, considera que la apreciación hecha por el fallador de primera instancia se encuentra ajustada a la realidad procesal, puesto que no obra como prueba, dictámenes técnicos de los que se pueda inferir un posible menoscabo en los recursos del ente territorial, por la venta del bien inmueble.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Respecto de la sentencia apelada, procede su modificación como lo pide la parte demandante o su revocatoria como lo solicita la entidad estatal demandada?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. Las propuestas. En el recurso de apelación del Municipio de Arauca se planteó que, si se hace la calificación del bien enajenado como fiscal, se permite la prosperidad de las excepciones, por lo que el asunto dependerá de lo que al respecto se considere en el acápite de caso concreto, por lo que ahora no hay objeto específico para pronunciarse, pues la apreciación de la demandada se resolverá al decidir de fondo las inconformidades del recurso de apelación. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 23, Ley 472 de 1998 y artículo 187, CPACA).

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

2.3. La vinculada. Mediante auto del 4 de julio de 2014 se vinculó a Diana Marcela Montoya Gómez, quien en la sentencia fue desvinculada (fl. 341-351, c.1), decisión no controvertida en las apelaciones.

3. Principales pruebas recaudadas

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan las siguientes:

- a. Escritura Pública 1512 de noviembre 2 de 2005, de compraventa total de un lote de terreno (fl. 38-39).
- b. Escritura Pública 1128 de 2013, de división material (fl. 40-41).
- c. Contrato de compraventa de terreno 00591 de 2013, del Municipio de Arauca a Diana Marcela Montoya Gómez (fl.56 - 58, 197-218, 226-236, 255-261,) y escritura Pública 0515 del 28 de abril de 2014 (fl. 239-244).
- d. Estudio de conveniencia y oportunidad para el proyecto de "Implementación plan de ordenamiento territorial y ambiental- proyecto fachada verde -construcción parque Meridiano 70 primera etapa y segunda etapa" (fl. 69-89, CD-fl. 306).
- e. Contratos 166 de 2006 y 084 de 2007 (fl.90-103, 205-307).
- f. Mapas y planos del Plan Básico de Ordenamiento Territorial (CD "PBOT ORIGINAL" (fl. 102-105, 146-147).
- g. Certificado de libertad y tradición del inmueble de Matricula Inmobiliaria No. 410-692-99 (fl. 259).
- h. Testimonios de Dilsrey Olivos Martínez, Guillermo Andrés Mantilla Ortiz y Alexander Acosta (CD audiencia de Pruebas fl. 302).

4. Caso concreto

La parte demandante considera que el Municipio de Arauca vulneró los derechos e intereses colectivos al goce del espacio público y al patrimonio público, al realizar la compraventa con Diana Marcela Montoya Gómez, en la cual enajenó un lote ubicado en la Calle 15 No. 7 - 495 del Barrio Meridiano 70, e indica que el Municipio de Arauca para dicha enajenación, convirtió un bien de uso público en bien fiscal, sin realizar el procedimiento establecido en el artículo 6 de la Ley 9 de 1989.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Arauca, en decisión de primera instancia, declaró que el Municipio de Arauca vulneró los intereses colectivos del goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, a través del negocio jurídico referido, la cual

fue impugnada con los recursos que se definen en esta sentencia.

4.1. Las acciones populares

En el ordenamiento jurídico colombiano las acciones populares datan del último cuarto del siglo XIX, cuando fueron consagradas en el Código Civil (C.C). El Consejo de Estado³ recopila las normas jurídicas sobre la materia desde dicho cuerpo normativo y en otras normas jurídicas, para concluir con la consagración constitucional de 1991, en la que se amplió el catálogo de los derechos e intereses, pues consignó -expresa pero no taxativamente⁴- varios de ellos en el capítulo 3º del Título II: los derechos de los consumidores (art. 78), del medio ambiente (arts. 79 y 88), espacio público (arts. 82 y 88), patrimonio (art. 88), seguridad y salubridad públicos (art. 88), moral administrativa (art. 88), libre competencia económica (art. 88).

Conforme con lo anterior, se desprenden las siguientes premisas frente al tema de las acciones populares:

- i) La Constitución es expresa al deferir al legislador la regulación de las acciones populares;
- ii) El texto constitucional amplió el catálogo de derechos e intereses colectivos en relación con las normas legales que antes se ocupaban de su protección;
- iii) La Carta Política autorizó al legislador la definición de otros de similar naturaleza, con lo que el catálogo es meramente enunciativo y podría extenderse aún más.
- iiii) Los derechos colectivos no son calificados por la Constitución como de aplicación inmediata o directa (Artículo 85), pues estableció que para ser exigibles requieren de un previo desarrollo legislativo (Artículo 88).

En el proceso de desarrollo legislativo del artículo 88 de la C. Po, la norma constitucional ha sido concretada a través de la Ley 472 de 1998, que amplió significativamente el número de derechos colectivos y reguló el procedimiento para su protección. Así, el artículo 4 extendió el listado enunciativo e indicó que involucraba igualmente aquellos previstos en otras disposiciones de derecho interno (incluidas las anteriores a la Carta de 1991), como en tratados internacionales; en cuanto al procedimiento, el CPACA introdujo cambios significativos (Artículos 144 y 161 -Medio de control, requisito de procedibilidad-, 152 y 155 -Competencias-, 229 y 232 -Medidas cautelares-, 272 -Revisión eventual).

³ Entre otras sentencias: M.P. Guillermo Vargas Ayala, 19 de marzo de 2015, rad. 05001-23-31-000-2012-00727-01; sentencia del 28 de mayo de 2012, exp. 88001-23-31-000-2010-00029-01 AP, M. P. Ruth Stella Correa Palacio y M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, rad. 250002315000 20100240401, 27 de marzo de 2014.

⁴ En el mismo sentido Sentencia de 29 de junio de 2000, Rad. AP-001, M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

El objetivo o finalidad de las acciones populares es la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando resulten amenazados o vulnerados, exista peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares, mediante un mecanismo jurídico de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, para la efectiva protección de los tales derechos; sobre los requisitos de procedencia, el Consejo de Estado ha precisado (M.P. Guillermo Vargas Ayala, 26 de marzo de 2015, rad. 15001-23-31-000-2011-00031-01):

“En tanto que mecanismos procesales para garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, la prosperidad de la acción popular depende, según ha sido establecido por la jurisprudencia, de la verificación de los siguientes supuestos sustanciales en el caso concreto: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distinto de aquél que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana; y, c) una relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Estos supuestos deben ser debidamente acreditados en el proceso como presupuesto para la que la vulneración del derecho colectivo invocado sea declarada”.

Las circunstancias fácticas y jurídicas que se plantean en este proceso, se enmarcan, en un todo, dentro del tema de las acciones populares.

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia

4.2.1. De la parte demandada

(i). Considera que los testigos estaban preparados y coordinados, por lo que no se debió darles pleno crédito.

(ii). Discrepa de no haberse catalogado el predio como bien fiscal; se apoya en que se desconoció la necesidad que motivó la compra, tal como lo señala el estudio de conveniencia y oportunidad, se pasó por alto que la construcción del Parque Meridiano 70 concluyó y que no existía ninguna intervención posterior para el predio, que no todo el inmueble es espacio público zona de recreación pasiva, que el uso del suelo de los lotes 1 y 2 es recreacional, y es el uso el que define lo que allí se puede construir.

4.2.2. De la parte demandante

(i). Recurre sobre la no prosperidad de la vulneración del derecho colectivo al patrimonio público invocado, porque determinó sin bases técnicas ni conocimientos especializados, que no hubo detrimento patrimonial en la venta del bien inmueble.

(ii). Considera que se deja en inminente desprotección los derechos colectivos incoados, ya que no se ordena que el bien a adquirir además de darle una destinación específica, deba encontrarse apto al momento de su adquisición para el uso y goce, como se encontraba el que se vendió.



4.3. En su recurso, la entidad estatal considera que a los testimonios recibidos en el proceso no debió dársele pleno crédito, *“en tanto que fue evidente la preparación y coordinación de los mismos para su declaración, lo cual resta credibilidad”*.

El Municipio de Arauca se refiere a las declaraciones de Dalfrey Olivos Martínez, Guillermo Andrés Mantilla Ortiz y Alexander Acosta (fl 300-302).

El Código General del Proceso establece las reglas para controvertir la credibilidad o imparcialidad de los declarantes:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

Del expediente se establece que ninguna tacha formuló el Municipio de Arauca en contra de las declaraciones ni de los testigos; y la pretendida descalificación que efectuó en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación, se limitó solo a plantear en forma general que hubo *“preparación y coordinación”* de los declarantes por parte de quienes demandan, pero sin concretar aspectos puntuales que respalden su apreciación, y por ello no aparece en sus documentos, la expresión de las razones específicas en que pueda fundarse su suposición, toda vez que no expuso fundamento alguno que condujera a desechar la prueba testimonial, en razón de circunstancias referidas al parentesco, dependencias, sentimientos o interés de los declarantes en relación con las partes o sus apoderados, o situaciones constitutivas de antecedentes personales u otras causas que afectaran la veracidad de sus dichos.

Tampoco presentó la entidad apelante un argumento o indicio que tendiera al menos en forma sumaria, a sostener que los testigos fueron *“preparados y coordinados”* por la parte demandante, de tal forma que permitiera en las dos instancias procesales, adoptar un criterio fáctico o jurídico para no otorgarles credibilidad.

Así mismo, se encuentra acreditado que la entidad estatal demandada participó en la audiencia de pruebas dentro de la que se recibieron los testimonios pedidos por los demandantes, procedió a contrainterrogar a los testigos, observó su comportamiento y desenvolvimiento personal, y ninguna crítica presentó sobre sus declaraciones, respecto de las que tenía la posibilidad de cuestionarlas en aspectos como la espontaneidad, la coherencia y la voluntad libre de aquellos al responder durante el desarrollo de la diligencia.

Es del caso agregar que la prueba testimonial no se encuentra en contradicción con las demás que se practicaron en el proceso, que no se desvirtuó tampoco la presunción de buena fe de los declarantes (Artículo 83, C. Po), y que no fue rebatida la valoración probatoria que realizó el *a quo* sobre el único aspecto al que se refirió a los testimonios, esto es, al uso que se le daba a la parte del parque que enajenó el Municipio. Por el contrario, reafirman su dicho de estar destinado el bien al uso y espacio público, el Acuerdo 200.02.018 de 2012 al señalar que se ha "*destinado para equipamientos ... deportivos, respectivamente*" (fl. 31) y el Decreto 134 de 2012 (fl. 106).

De conformidad con lo expuesto, se establece que los testimonios que obran en el expediente fueron valorados bajo los postulados de la sana crítica, por lo que se mantiene la credibilidad que el *a quo* les otorgó, toda vez que, además de lo que ya se expresó, fueron rendidos por personas que tienen un conocimiento directo sobre el uso y el estado del terreno que es objeto de debate judicial en el proceso, son coherentes entre sí y con las demás pruebas allegadas, se observan espontáneos, no se demostró parentesco con los demandantes, ni se indicó algún interés individual, personal, pecuniario o de otra índole en el resultado del caso.

4.4. El otro aspecto que le cuestionó la entidad apelante a la sentencia de primera instancia, es la reiteración de los argumentos de defensa que planteó en el proceso, en cuanto a que el predio vendido era un bien fiscal teniendo en cuenta el estudio de conveniencia y oportunidad con el que se motivó su compra.

En el documento que menciona la recurrente, el Estudio de conveniencia y oportunidad para la Adquisición de predios para la implementación del Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Arauca (fl. 147-149, c.01), se establecieron claros y precisos objetivos de los inmuebles que se comprarían, fijando que todos tendrían una función social, destinados de manera expresa para todas las personas, vinculados sin excepción alguna al servicio público; y por el contrario, en ninguna parte se adujo que serían comerciables, es decir, que el Estado los compraba para constituir una reserva patrimonial para después venderlos o de usarlos con la naturaleza que caracteriza a los bienes privados, con lo cual se desvirtúa el alegato de la recurso de apelación.

Al respecto, el requerimiento describía que "*Por otra parte, en el Municipio de Arauca existen predios de interés general, que ya tienen una destinación proyectada dentro del perímetro urbano, zonas de desarrollo, zonas de tratamiento, zonas suburbanas ó de expansión, zonas de reserva ambiental y protección, ... **o que son propiedad de particulares y que tienen restringida la posibilidad de urbanizarse y deben ser recuperados por el Municipio,** de acuerdo con el Plan Básico de Ordenamiento Territorial, en concordancia con el Plan de Desarrollo, **por sus características geográficas, paisajísticas, culturales o ambientales** o **por formar parte de las áreas de***

utilidad pública o interés social, para la ubicación de infraestructuras para la provisión de servicios públicos domiciliarios o para la localización de asentamientos humanos” (fl. 147). Resaltado no es del texto.

En coherencia con ello, la definición técnica fue precisa:

“El Municipio para dar cumplimiento a lo señalado y solucionar la problemática expuesta, ha elaborado el proyecto referenciado a fin de proceder **a la adquisición de los predios que requiere el municipio para la conformación del Banco de Tierras**, base **para el desarrollo de proyectos** de urbanismo en programas de vivienda de interés social, **servicios públicos, salud, educación y medio ambiente**, algunos de ellos necesarios para la reubicación de población pobre y vulnerable del municipio ubicada en zona de riesgo por inundación (población que presenta, además, riesgo de contraer enfermedades mortales por las pésimas condiciones de insalubridad en que habitan, por las malas condiciones de las viviendas, el alto nivel de hacinamiento y las inundaciones por las crecientes del río Arauca en época invernal, que generan focos de contaminación, proliferación de zancudos y vectores, infecciones gastrointestinales, respiratorias y dengue, en infantes, niños y niñas principalmente, además de los peligros de ahogamiento de menores), **recuperación de zonas verdes y para obras de salud, educación y, acueducto y alcantarillado**”. (fl. 147). Resaltado fuera del texto.

Como se aprecia, el interés del Municipio fue el de tener a los inmuebles que se adquirieran como de uso público y no con la naturaleza de los fiscales, y por ello el propósito, su manifestación de voluntad y la afectación real a la que se destinarían, era que formaran parte de las áreas de utilidad pública o interés social, para la ubicación de infraestructuras con fines que allí mismo se enunciaron, esto es, recuperar zonas verdes y ejecutar distintas obras públicas.

Con ese propósito y no otro, pues de lo contrario constituiría un flagrante incumplimiento de la causa de compra, se adquirió el predio ubicado en la Calle 15 No. 7 – 495 del barrio Meridiano 70, y para que no quedara dudas, en la celebración del contrato de compraventa, tal como consta en la escritura 1512 del 2 de noviembre de 2005, se plasmó que “*será destinado a desarrollar proyectos de preservación del medio ambiente y/o saneamiento ambiental*” (fl. 38-envés).

La naturaleza de bien de uso público del predio comprado se fue ratificando aún más, con las inversiones que se erogaron para ponerlo al servicio público; en ese sentido, concretos resultan los documentos que permitieron las inversiones que se efectuaron en el predio que es objeto de debate; así entonces, tal como consta en el CD contentivo del contrato 166 de 2006 (Fl. 306), en el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, archivo de nombre “DOC PRECONTRACTUAL”, ubicado en la carpeta “CTO 166-2006”, se estableció:

“En la Comuna IV habita una alta densidad de población con características socioeconómicas complejas y difíciles **y no tiene los espacios públicos adecuados y suficientes, como parques y centros deportivos, para la práctica de actividades físicas**. Para garantizar un desarrollo integral del individuo es

necesario estimular acciones lúdicas, deportivas y recreativas complementarias para mejorar la calidad de vida y con ello la salud de individuo y la sociedad. Es primordial, por tal razón brindar los espacios adecuados para la realización de dichas actividades, **particularmente atendiendo a la población más vulnerable de los Barrios Meridiano 70, el chircal, américas y las urbanizaciones quayacán y araquaney.**

La población que se beneficiaría será la comunidad los Meridiano 70, el chircal, américas y las urbanizaciones quayacán y araquaney sus barrios vecinos. La población afectada directamente se estima en 3.680 compuesta por hombres y mujeres de diferentes edades y pertenecientes a los estratos socioeconómicos 1, 2 y 3.

De **no realizarse el proyecto** del objeto se tendrían las siguientes consecuencias:

- Este sector de la ciudad de Arauca **no contaría con un sitio agradable para pasar sus ratos de ocio, permitiendo que se presente descomposición social.**
- **Desmejoramiento progresivo de la calidad de vida.**
- **Falta de espacios lúdicos y didácticos complementarios** a las actividades diarias". Resaltados fuera del texto.

El contrato se suscribió con el Consorcio E & E Meridiano 70, por \$540.615.689, para el diseño y la ejecución de las primeras obras del "Parque recreativo barrio Meridiano 70" ... Proyecto barrio saludable" (CD-fl . 306, archivo Etapa contr), y cubría la totalidad del predio y previó la construcción y la utilización de toda su área y no solo la del Lote 2, que permanece como propiedad del Municipio de Arauca, como también se constata con la Memoria descriptiva, los planos que entregó el contratista y el Acta de liquidación, en donde se comprueba que para el lote 1, el que se vendió, marcado entonces como Zona 2, se proyectaron, entre otras obras, oficina de Fondoemprender, salón de la muestra empresarial, salón de la ciencia y tecnología, sala de internet, hemeroteca, salas de lectura, emisora cultural, auditorio, batería sanitaria y cancha multifuncional (fl. 306-CD, archivo Parque temático, y fl. 64-68, 103-105).

De idéntica forma se consignó en los documentos previos, pues el fundamento es el mismo en los estudios de conveniencia y de oportunidad, y en los de ejecución del contrato 084 de 2007, suscrito con el Consorcio M-70, por \$699.994.170, para la ejecución de las obras de "Implementación Plan De Ordenamiento Territorial Y Ambiental – Proyecto Fachada Verde – Construcción Parque Meridiano 70 Segunda Etapa" (Fl. 307-CD, archivos "Etapa pre" y "Etapa contractual").

Para la apelante, la construcción del Parque Meridiano 70 concluyó con el Contrato 084 de 2007, porque no existía ninguna intervención posterior para el predio, aspecto que lo considera decisivo para tener la otra parte como bien fiscal. Al respecto, se debe mencionar que además de no estar probada dicha aseveración, tampoco es cierta, pues como ya se demostró, los diseños exigidos, recibidos y pagados por el Municipio de Arauca contemplaron la construcción total del predio, incluso con mayores obras en esa parte del parque que las proyectadas para el lote 1; pero aún así, y si en gracia de discusión se aceptara que con las obras de ese

segundo contrato finalizó la intervención del espacio público, ello no quiere decir que por sí solo, con esa decisión se estuviera cambiando la naturaleza jurídica de la parte no construida del predio, pues continuaba como bien de uso público, pues su afectación al servicio público seguía siendo potencial e inminente, de conformidad con la motivación que propició su adquisición estatal y las primeras inversiones que se ejecutaron.

Es tanto así, que si el predio no se hubiese concebido como una universalidad destinada toda para los fines descritos desde su adquisición hasta su construcción total, así se hubiera declarado desde el comienzo, con el objeto de tener dos predios con destinaciones, usos y naturaleza distintas; pero como ello no fue así, pues además no era la causa ni el objeto de la compra en la ejecución de los cometidos estatales que se le han asignado al Municipio de Arauca, no puede aceptarse que lo que se pretendía desde el momento en el que se adoptó la decisión de compra, era solamente la realización de las obras de los contratos 166 de 2006 y 084 de 2007, para dejar en forma automática la otra parte como un bien fiscal con fines de enajenación por la entidad estatal.

De manera que todos los bienes que se adquirieron en razón de programa de implementación del Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Arauca (fl. 147-149), dentro de ellos el que aquí se discute, tenían la naturaleza jurídica de ser un bien de uso público, con todas las consecuencias que de ello se deriva, dentro de las cuales una es la de no ser enajenables.

No puede aceptarse que el Municipio de Arauca en 2005 disfrazó el objeto y la causa de la compra del predio del barrio Meridiano 70, para tenerlo primero como de uso público y luego dejar la construcción a medias para que con ese solo hecho se volviera fiscal y así proceder a su venta, por cuanto sería suponer conductas delictuosas de entonces, las que por lo menos en este proceso no se advierten.

Se debe tener en cuenta además, que la causa motivante de las compras fue la de detectar bienes de interés general con varios objetivos, uno de los cuales, precisamente para el predio demandado, *"que son propiedad de particulares y que tienen restringida la posibilidad de urbanizarse y deben ser recuperados por el Municipio"*; es claro que el propósito es uno solo: reemplazar la propiedad de particulares por la del Estado. Luego, el actuar posterior del Municipio con la venta parcial del predio, de vuelta a manos particulares, contraviene la voluntad y la afectación de la adquisición efectuada y desconoció su naturaleza jurídica.

Con todas las circunstancias que se han expuesto y que están probadas, el Municipio de Arauca violó el derecho colectivo de la utilización y defensa de los bienes de uso público.

De otra parte y en cuanto a los aspectos que aduce la entidad apelante sobre que el bien no es espacio público y la clasificación del suelo, se encuentra que revisada la cartografía del PBOT, esto es mapas y planos (CD "PBOT ORIGINAL", fl. 110), el predio se contempla como "Zona de Recreación Pasiva", es tratado como una unidad, y lo mismo se hace evidente además en la certificación de 30 de mayo de 2014 en donde el Jefe de Oficina Asesora de Planeación Municipal reseña(Fls. 146).

Pero además, el uso que se le asigne al área en la que se encuentre un predio, no es el que determina la naturaleza jurídica del mismo, pues es dable que en una zona residencial por ejemplo, existan bienes de uso público y sean espacio público, como un parque, precisamente; además, un Acuerdo del Concejo Municipal que determina el tipo de suelo no puede transformar el carácter de un predio que se ajusta a lo que consagra la Constitución Política (Artículos 63 y 82), que señalan criterios como "destinación al uso común", "integridad" y la prevalencia sobre el interés particular, el Código Civil (Artículo 674), la Ley 9 de 1989 (Artículo 5) y el Decreto 1504 de 1998 (Artículo 3).

De lo anterior se establece que el predio en discusión, en su totalidad, tiene los tres componentes de lo que se debe entender como espacio público: los bienes de uso público, entendidos como de dominio público destinados al uso o disfrute colectivo; los elementos arquitectónicos espaciales y ambientales que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público; y las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público, lo que descarta aún más, que pueda considerarse como bien fiscal. En cuanto a la diferencia entre bienes de uso público y bienes fiscales, el Consejo de Estado ha expresado que "*(...) la doctrina define como bienes de uso público aquellos de propiedad pública, administrados por el sujeto público titular del derecho de dominio para el uso y goce de la comunidad. Por su parte, califica los bienes fiscales como aquellos de propiedad pública que están dentro del comercio y que la Administración, generalmente, utiliza para el giro de sus actividades*"⁵.

Es preciso advertir que la naturaleza de algunos bienes de propiedad estatal puede modificarse, y así, es viable jurídicamente que uno de uso público se convierta luego en bien fiscal, teniendo en cuenta las situaciones que justifiquen su transformación, como el cambio de uso de suelo, traslado a otro lugar de la actividad que se desarrolla, entorno social o ambiental, necesidades de interés social superadas o nuevas, entre otras; pero la modificación no se produce en forma automática, pues debe demostrarse y surtirse el procedimiento jurídico que corresponda en cada oportunidad.

Para el caso de bienes municipales, la Ley 9 de 1989 en el artículo 6, consagra el trámite que debe hacerse para obtener la modificación, como

⁵ Sentencia del 6 de marzo de 2013; exp. 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP), C.P. Enrique Gil Botero.

bien lo indicó el *a quo*, y así señala dicha normativa que *"El destino de los bienes de uso público incluidos en el Espacio Público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los Concejos, ... por iniciativa del Alcalde ..., siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes"*.

El Municipio de Arauca no adelantó esos procedimientos, pues ni se tramitó la decisión ante el Concejo Municipal ni se adquirió otro bien de características similares, ya que siempre consideró de forma equivocada que la parte no construida del predio, por ese solo hecho, era un bien fiscal, lo que constituyó un claro desconocimiento del ordenamiento jurídico y una violación del derecho colectivo que se reclama en el proceso.

Es del caso recordar que la Constitución Política reconoce la existencia de varias clases de propiedad sobre los bienes, como la privada (Artículo 58), la estatal (Artículos 63, 72) y la colectiva (Artículos 329, transitorio 55); dentro de la estatal se distinguen, sin ser los únicos, los bienes de uso público y los de carácter fiscal (Artículo 674, C.C), que aquellos son los destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están a su servicio en forma permanente, tienen limitaciones que los hacen inalienables -no se puede transferir el dominio a particulares-, inembargables e imprescriptibles, pues con ellos prima el interés colectivo y social y su finalidad es la conservar en un todo el dominio público.

El Consejo de Estado (M. P. Guillermo Vargas Ayala, 27 de abril de 2016, rad. 11001032400020130057500) precisó sobre el tema en discusión:

"Ha precisado esta Corporación que los bienes con afectaciones al uso público se encuentran sometidos al régimen de los bienes de uso público en tanto que esa medida esté vigente, así aún no se hayan destinado a la finalidad para la que estaban previstos.

En efecto, la Sección Tercera de esta Corporación, refiriéndose al tema de la afectación señaló que este fenómeno comprende dos elementos: uno volitivo o intencional, esto es, la intención de poner el uso de un bien a disposición de público, y un elemento material, es decir, la existencia de un bien apto para el uso del público. Y precisó que pese a la inexistencia actual del bien -se trataba en el caso que analizó de un terreno con una afectación a parque recreativo, pero en el cual la obra aún no se había realizado- el régimen jurídico de los bienes de uso público debía ser aplicado.

En ese orden -dijo- la aptitud de un bien para ser calificado de uso público *"no tiene que ver como lo entendieron las entidades demandadas, de que efectivamente en ese inmueble se hubiesen construido las obras públicas – parques, calles etc. – sino que dicho inmueble esté afectado para el uso público. De admitir que no es la virtualidad de la afectación sino que es la realidad del parque o la calle los que otorgarían la calidad de bien de uso público al inmueble, como en este caso, sería dejar en manos de la Autoridad o de los particulares la catalogación del carácter de uso público de un bien, en contravía de las normas que les dan esa calidad y los hacen inenajenables, imprescriptibles e inembargables"*.

En este asunto, se repite, los bienes cuya área fue supuestamente disminuida y que se quiere recuperar (lotes 28, 29 y 30 de la manzana A5) son bienes con afectaciones al uso público (no existe prueba en el expediente de que se hayan desafectado) y, por ende, sujetos al régimen especial de los bienes de uso público, régimen que para el caso de su recuperación permite la utilización del *medio de control de nulidad* previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011”.

De conformidad con lo expuesto y probado, no prospera el recurso de apelación instaurado por el Municipio de Arauca.

4.5. En el primer cargo del recurso de apelación que presentó la parte demandante, se cuestiona la no prosperidad en primera instancia de la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

Este derecho está contenido en la Constitución Política (Artículos 63 y 88) y es de los que expresamente consagra la Ley 472 de 1998, al incluirlo en el artículo 4 literal e. Por su parte, el Consejo de Estado (M.P. Ramiro Saavedra Becerra, 21 de mayo de 2008, rad. 760012331 000 2005 01423 01; en el mismo sentido, M. P. María Elizabeth García González, 6 de noviembre de 2013, rad. 2012-00145) considera sobre el mismo:

“El concepto de patrimonio público que ha dado la jurisprudencia asume como punto de partida la relativa claridad conceptual que tiene la noción de patrimonio. En tal dirección, se dijo por el Consejo de Estado en un primer momento, que se trataba de la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva.

No obstante lo anterior, en un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, se amplió este contenido involucrando bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población. (...)

En síntesis, este concepto de patrimonio, abarca todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran en cabeza del Estado como su titular (bienes de uso público, bienes fiscales y el conjunto de derechos y obligaciones que contraiga) y aquellas que lo constituyen (es decir todo aquello que se entiende incluido en la definición de Estado como territorio).

Ahora bien, la consagración del patrimonio público como derecho colectivo, tiene por objeto indiscutible, su protección, lo que implica una doble finalidad: la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva. Cualquier incumplimiento de estas dos finalidades, implica la potencial exigencia de la efectividad de tal derecho colectivo por parte de cualquier miembro de la colectividad”.

Relacionado con este derecho, también expresó el Consejo de Estado (M. P. Guillermo Vargas Ayala, 4 de febrero de 2016, rad. 85001-23-33-000-2012-00268-01):

“No obstante lo anterior, las pruebas sí apuntan a la afectación de los derechos colectivos al patrimonio público (...).

En cuanto al patrimonio público este comprende “*la totalidad de bienes, derechos y obligaciones correspondientes o propiedad del Estado, que le sirven para el cabal cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con lo dispuesto para ello en la legislación positiva. En un sentido amplio de la noción se estima que dentro del patrimonio público también se encuentran los bienes inmateriales y los derechos e intereses no susceptibles de propiedad por parte del Estado como el territorio nacional, el mar territorial, la plataforma continental, el espacio aéreo, etc. (...) La protección del patrimonio público busca que los recursos del Estado sean igualmente administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales*”.

En el presente caso se observa una afectación de dicho interés colectivo, en tanto que la Troncal del Llano es un bien de uso público perteneciente a la Nación, el cual no se encuentra en óptimas condiciones y cuya falta de mantenimiento no puede más que suponer su progresivo empeoramiento, con clarísimas consecuencias fiscales para la hacienda pública nacional. A falta de argumentos válidos por parte del INVIAS sobre las razones para su no mantenimiento oportuno, la Sala encuentra viable su protección”.

La construcción jurisprudencial sobre el tema establece dos aspectos cuya infracción conduce a la violación del derecho colectivo del patrimonio público: (i). El mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento, y (ii). Que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados.

En este expediente no se acreditó la violación de este derecho colectivo, pues no se aportaron los elementos necesarios para una cuantificación económica o de otra índole que muestre si en efecto, existe un detrimento patrimonial sufrido por el Municipio de Arauca, lo que al menos en este proceso impide que así se declare.

En efecto, si bien se adjuntaron los contratos 166 de 2006 y 084 de 2007, por sí solos no muestran que entre los valores de compra, las inversiones efectuadas y el precio de venta, se afectaron las finanzas públicas municipales, pues entre otros aspectos, no existe cuantificación parcial para cada uno de los dos lotes ni en el momento de la compra ni en el de venta del No. 1, ni es posible identificar las obras ejecutadas ni los elementos suministrados en cada uno de los predios por cuenta de tales contratos, pero ni siquiera se aportó el avalúo con el que se fijó el precio de enajenación del predio que se cuestiona, lo que hubiera permitido conocer si se incluyeron u omitieron circunstancias adicionales, como la construcción de una vía en doble calzada que en forma precisa y



coincidente en el tiempo, pasa por el frente del predio, con todas las ventajas de valoración de los inmuebles aledaños que ello trae consigo⁶.

A lo anterior se agrega que en el expediente está probado que sobre el mismo objeto de protección del patrimonio público que se discute en este proceso de acción popular, la Contraloría General de la República adelanta su función de control fiscal en el mismo sentido y que ya ha realizado varias actuaciones (fl. 400-401), y como quiera que su finalidad es la de recuperar el detrimento que se haya podido padecer y cuenta con los instrumentos adecuados para su determinación, es entonces la entidad idónea para establecerlo, cuantificarlo y perseguir su restablecimiento.

Es de resaltar que aún tratándose de una acción pública, este tipo de proceso no escapa a la obligación probatoria que se le impone a las partes, y en este caso los dos demandantes no plantearon el amparo de pobreza respecto de algunos costos en los que podía incurrirse para la práctica de algunas pruebas, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 472 de 1998; sobre dicha obligación procesal, el Consejo de Estado (M. P. Guillermo Vargas Ayala, 4 de febrero de 2016, rad. 85001-23-33-000-2012-00268-01) ha precisado que *"Vale la pena recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 las partes se encuentran en la obligación de probar los hechos y las afirmaciones"* y que *"Igualmente, el artículo 167 del Código General del Proceso establece que las partes se encuentran en la obligación de probar los hechos y las afirmaciones, de lo contrario no prosperarán sus pretensiones"*⁷.

En consecuencia y de conformidad con lo expuesto, al no demostrarse en este proceso de acción popular, no se declarará la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público del Municipio de Arauca por la venta del Lote 1 del parque Meridiano 70, y en este aspecto no prospera el recurso de apelación de los demandantes.

Pero se reitera que le corresponderá a la Contraloría General de la República, determinar el posible detrimento patrimonial del erario municipal, y en ese caso, establecer su cuantificación, según las decisiones que profiera.

Así mismo, se encuentra que el órgano de control fiscal, al que se le remitirá copia de la presente sentencia, ya tiene previsto dar traslado del caso a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación (fl. 401), para sus respectivos análisis y decisiones.

4.6. El segundo de los cuestionamientos de la parte demandante a la sentencia de primera instancia, lo hace consistir en la inminente

⁶ Información pública de las páginas: www.arauca-arauca.gov.co/Proyectos/ Documentos _Detalle_ Proyectos/ Presentación%20Doble%20Calzada.pdf; <http://www.lavozdelcinaruco.com/?id=8606#.V6jiJNLhDIU>; y www.contratos.gov.co/consultas/detalleproceso.do?numconstancia=13-1-88878.

⁷ En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala en sentencia de 18 de septiembre de 2014. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Proceso No. 2011 00032 01 (AP).

desprotección de los derechos colectivos incoados, ya que sólo se le ordena al Municipio de Arauca la adquisición de un bien y darle la destinación que tenía el bien enajenado, sin incluir que el bien adquirido debe estar apto al momento de la adquisición para el goce y uso, como se encontraba el que se vendió.

En esta instancia se considera que la medida que adoptó el *a quo* en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada, no es eficaz ni suficiente ni eficiente para proteger los derechos colectivos al goce del espacio público y de la utilización y defensa de los bienes de uso público que se encontraron vulnerados con ocasión de la venta del Lote 1 del Parque Meridiano 70, pues no hay garantía de encontrar disponible en el sector y con el área ordenada, un predio que reemplace al enajenado, y cuyo precio pueda resultar favorable al Municipio, comparado con el ingreso que se obtuvo con el que se vendió.

Pero tampoco se considera viable declarar la nulidad del contrato de venta, como lo piden los demandantes, pues si bien es cierto que el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-) contempla que se cuestionen por esta vía de acción popular los actos administrativos y contratos sin que pueda el Juez anularlos, no es menos cierto que a renglón seguido le otorga la facultad para adoptar las medidas que sean necesarias para proteger los derechos colectivos, prescripción que fue declarada exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-644-11); no obstante, el tema ha generado diversas interpretaciones en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como en el Consejo de Estado, que mientras por una parte (Sección Tercera) se han adoptado decisiones de anulación en vía de acción popular mediante la inaplicación del mencionado artículo del CPACA (M.P. Enrique Gil Botero, 26 de noviembre de 2013, rad. AP 25000 2324000 201100227 01)⁸, por otra (Sección Cuarta) se niega esa posibilidad (M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, 12 de diciembre de 2014, rad. 11001-03-15-000-2014-00723-00 Tutela).

La Sala considera que la prescripción legislativa vigente y la declaratoria de exequibilidad impartida que se han mencionado, no posibilitan la viabilidad de la anulación, pero sí la adopción de otras decisiones que en cada proceso específico se determinarán⁹.

⁸ Incluso en plena vigencia del CPACA, se procedió a anular un contrato (M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 2 de diciembre de 2013, rad. 760012331000200502130 01)

⁹ En otra de sus sentencias (M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 5 de marzo de 2015, rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01), el Consejo de Estado reitera la no anulación de contratos por decisiones en acción popular, pero consagra que *“En la misma línea, esta Sala ha señalado que los actos jurídicos solamente pueden ser eficaces, esto es, producir plenamente sus efectos, en tanto se sujetan a los intereses superiores, a los valores supremos que protege la moralidad administrativa, en cuanto la eficacia de las disposiciones constitucionales exigen la prevalencia de ese principio sobre los intereses particulares perseguidos con esos actos. De donde, al margen del juicio de legalidad-nulidad, procede que el juez de la acción popular adopte todas las medidas que sean necesarias para que los actos provenientes de la manifestación o ejercicio del poder público se adecúen a esos valores constitucionales protegidos por la moralidad administrativa”*.

En el presente caso, es claro que la compradora tenía el pleno conocimiento al momento de ofertar y contratar, el uso del suelo en el que se clasificaba el predio, y las limitaciones que ello produce, lo cual está obligada a respetar, pues la venta no produce el cambio del uso establecido; de ahí que se adoptarán las siguientes decisiones para lograr y obtener la efectiva protección de los derechos colectivos vulnerados:

a). Se le ordenará al Alcalde Municipal de Arauca y al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Arauca, que en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia, inscriban en el folio de matrícula inmobiliaria del lote vendido, que el predio se encuentra clasificado con uso del suelo recreacional y los usos principal, compatibles, condicionados y prohibidos que establezca el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Arauca para el mismo.

b). Se le ordenará al Alcalde Municipal y al Concejo Municipal de Arauca, que mantengan el uso del suelo recreacional en el que se encuentra clasificado el lote vendido.

c). Se le ordenará al Alcalde Municipal de Arauca, adelantar todas las acciones administrativas o judiciales que le permite el ordenamiento jurídico colombiano, para recuperar el lote enajenado, incluyendo la negociación directa voluntaria, la demanda por nulidad absoluta, entre otras, las cuales debe iniciar en el lapso máximo de 15 días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia, las que debe adelantar de manera idónea, eficiente y efectiva.

d). Exhortar a los Agentes del Ministerio Público que intervienen ante la jurisdicción contencioso administrativa de Arauca, para que en virtud de la competencia que les asigna el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1742 del Código Civil, instauren demanda por nulidad absoluta en contra del contrato de compraventa de terreno 00-591 de 2013.

De conformidad con lo expuesto, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada,

4.7. Por lo tanto, ante la pregunta que se formuló en el problema jurídico planteado, se responde que respecto de la sentencia apelada, procede su modificación de conformidad con lo expuesto en el acápite precedente, pero no su revocatoria como lo solicitó la entidad estatal demandada.

5. Otras decisiones

5.1. Encuentra la Sala que uno de los demandantes, Jahyl Francisco Hernández Trujillo (fl. 1), ahora es servidor público de la entidad que demandó, y para mayor gravedad, así haya renunciado como integrante de la parte demandante (fl. 402) –En lo que no se considera un



desistimiento de la demanda, por subsistir la parte con la otra persona que la instauró, y porque desistir no es viable en las demandas de acción popular-, es el facultado para "*constituir y designar apoderados dentro de los procesos que cursen contra el Municipio de Arauca*" (fl. 411), lo cual ejecutó en este proceso al designar él mismo, a un nuevo apoderado de la entidad demandada (fl. 404).

En aras de la transparencia, la imparcialidad y la probidad que debe caracterizar a todo servidor público, se insta al funcionario a declararse impedido en casos como el que se aquí se hace notar; de otra parte, no se advierte la necesidad de compulsar copias para investigaciones en su contra, pues en este caso, la designación no tuvo repercusión alguna.

5.2. Costas. No se produce condena en costas por el trámite en ésta segunda instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de marzo de 2015 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca, el cual quedará así:

"SEGUNDO. IMPARTIR las siguientes órdenes, para proteger los derechos colectivos al goce del espacio público y de la utilización y defensa de los bienes de uso público que se declararon vulnerados por el Municipio de Arauca con ocasión de la venta que hizo del Lote 1 del Parque Meridiano 70:

a). **ORDENARLE** al Alcalde Municipal de Arauca y al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Arauca, que en el término de tres (3) días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia, inscriban en el folio de matrícula inmobiliaria del lote vendido, que el predio se encuentra clasificado con uso del suelo recreacional y los usos principal, compatibles, condicionados y prohibidos que establezca el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Arauca para el mismo.

b). **ORDENARLE** al Alcalde Municipal y al Concejo Municipal de Arauca, que mantengan el uso del suelo recreacional en el que se encuentra clasificado el lote vendido.



c). **ORDENARLE** al Alcalde Municipal de Arauca, adelantar todas las acciones administrativas o judiciales que le permite el ordenamiento jurídico colombiano, para recuperar el lote enajenado, incluyendo la negociación directa voluntaria, la demanda por nulidad absoluta, entre otras, las cuales debe iniciar en el lapso máximo de 15 días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia, las que debe adelantar de manera idónea, eficiente y efectiva.

d). **EXHORTAR** a los Agentes del Ministerio Público que intervienen ante la jurisdicción contencioso administrativa de Arauca, para que en virtud de la competencia que les asigna el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1742 del Código Civil, instauren demanda por nulidad absoluta en contra del contrato de compraventa de terreno 00-591 de 2013, por el cual el Municipio de Arauca vendió el Lote 1 del Parque Meridiano 70”.

SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO. REMITIR por Secretaría, copia de esta providencia a la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada de Arauca.

CUARTO. ORDENAR que en firme esta providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor, el que le dará cumplimiento a lo dispuesto en los numerales quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia que se modifica, incluyendo las decisiones que se adoptan en esta instancia.

QUINTO: RECONOCER personería al Abogado Mario Alexander Pérez Mogollón, para intervenir en el proceso.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, y se expide dentro del proceso: 81001 3333 002 2014 00139 01, demandante: Edison Leonardo Rada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUIS NORBERTO CERMEÑO

Magistrado

EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

Magistrado

ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO

Magistrado