



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 (65566)

Actor: DAVID GARCÍA GÓMEZ

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE CULTURA Y OTROS

Referencia: ACCIÓN POPULAR – salvamento de voto a la sentencia de 21 de noviembre de 2022 – Consejera Ponente: María Adriana Marín

SALVAMENTO DE VOTO

Temas: *ACCIÓN POPULAR – Improcedencia cuando el origen de la controversia es el incumplimiento de obligaciones contractuales.*

Con el acostumbrado respeto por los fallos de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de este salvamento de voto frente a la sentencia aprobada por la Sala el 21 de noviembre de 2022, la cual modificó la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, esencialmente en el sentido de declarar la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público y del patrimonio cultural de la Nación; ordenar a la Escuela Taller Cartagena de Indias o a la autoridad competente la terminación y liquidación, en el estado en que se encuentre, del contrato de arrendamiento sobre el baluarte Santo Domingo, así como otro cualquiera de la misma tipología que recaiga sobre dicho inmueble, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia; ordenar a la misma entidad que realice los estudios para determinar la administración directa o la entrega a un particular del baluarte Santo Domingo, de conformidad con las normas legales y constitucionales y las razones técnicas, financieras y económicas que sustenten dicha decisión; y negar las demás pretensiones de la demanda.

Los motivos de mi salvamento estriban, en primer lugar, en que considero que cuando las pretensiones de una demanda interpuesta en ejercicio de la acción popular plantean una controversia de naturaleza estrictamente contractual, como



Radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 (65566)
Actor: David García Gómez
Demandado: Nación – Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Acción popular – salvamento de voto

sucede en el presente caso entre la Escuela Taller Cartagena de Indias y la sociedad Café del Mar Ltda., no puede tolerarse que dicha acción se utilice *ab initio* por cualquier tercero como un vehículo para investigar, en el transcurso del proceso, si en esa controversia se encuentran comprometidos derechos colectivos que justifiquen después la flexibilización del principio de congruencia por parte del juez.

En efecto, de acuerdo con las pretensiones de la demanda¹, al margen de que el actor invocó la violación de derechos colectivos, parecería ser claro que su interés era encontrar en un supuesto incumplimiento del contrato suscrito el 12 de octubre de 2012 entre la Escuela Taller Cartagena de Indias y la sociedad Café del Mar Ltda., una justificación para que, a través de la vía judicial, se ordenara la terminación del contrato, se condenara a dicha sociedad al pago de la cláusula penal y se le ordenara restituir el inmueble para dar cabida a que un nuevo operador le diera buen uso.

Más allá de los eventuales intereses subjetivos del actor popular, de quien la sociedad demandada afirmó que tenía una relación de enemistad con el socio mayoritario, el señor Peter Kreill, lo que puedo inferir de las pretensiones de la demanda es un interés subyacente en que el operador actual fuera reemplazado por otro, como consecuencia de un supuesto incumplimiento del contrato de arrendamiento.

Debo ser enfática en indicar que, si bien coincido con la sentencia de unificación de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, en el sentido de que “*el contrato de*

¹ “PRIMERO: Que se declare que con el incumplimiento por parte de CAFÉ DEL MAR LTDA, de las cláusulas del contrato suscrito con la Escuela Taller Cartagena de Indias, se vulneran derechos colectivos al patrimonio público; a la defensa del patrimonio cultural de la Nación.

“SEGUNDO: Que se declare que la actitud negligente de las autoridades citadas, por acción u omisión, en cuanto a lo que tiene que ver con la forma y fondo, de lo contenido en el contrato de arriendo de bienes de interés cultural sin número y dudosa vigencia, materializa la vulneración de los referidos derechos colectivos, toda vez que su descuido petrifica y fortalece la acción del particular infractor.

“TERCERO: Que se determine que la única forma de restablecer los derechos colectivos vulnerados, es que se dé por terminado el contrato suscrito con el infractor, y se impongan las sanciones de rigor (cláusula penal), toda vez que ha sido reincidente en las infracciones, siendo algunas gravísimas, si se comprueba que realizó modificaciones en la estructura de la bóveda donde se encuentran los baños.

“CUARTO: Que como consecuencia, se ordene a la Escuela Taller Cartagena de Indias declarar terminado el contrato de arrendamiento, exigir el cumplimiento de cláusula (sic), y reclamar la restitución del inmueble al establecimiento de comercio Café del Mar Ltda., para dar cabida a que un nuevo operador le dé buen uso que aquel no ha cumplido.

“QUINTO: Que establezca la Escuela Taller Cartagena de Indias, la forma como se determina el canon de arriendo a este baluarte, qué parámetros son tenidos en cuenta, y si guarda concordancia con el arriendo de otros bienes de interés cultural”.



Radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 (65566)
Actor: David García Gómez
Demandado: Nación – Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Acción popular – salvamento de voto

arrendamiento está proscrito para la entrega de bienes de uso público, toda vez que dicha modalidad tiene una finalidad de uso exclusivo para su arrendatario que riñe con la naturaleza de dichos bienes”, la protección de los derechos colectivos, cuando se encuentra de por medio un bien de uso público, no puede tener origen en una controversia en la que se cuestiona el incumplimiento de las obligaciones de un contrato, lo contrario fomentaría el abuso en el ejercicio de la acción popular para presionar decisiones judiciales que impongan órdenes que entran dentro de la esfera de ejecución de dicho contrato (como sucedería en este caso con las pretensiones de terminación, pago de la cláusula penal y restitución del inmueble para que se celebre otro contrato con un contratista distinto) y sortearía la falta de legitimación en la causa por activa que tienen los terceros al contrato frente al ejercicio del medio de control de controversias contractuales².

Distinto habría sido si el actor popular hubiera planteado *ab initio*, como fundamento de su acción, que la suscripción de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público vulnera los derechos e intereses colectivos de goce del espacio público y defensa de los bienes de uso, que fue básicamente lo que planteó la referida sentencia de unificación; sin embargo, reitero, la lectura de las pretensiones de la demanda permite deducir que estas se dirigen, en esencia, a encontrar en un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales el origen de una eventual violación de derechos e intereses colectivos.

En segundo lugar, al margen de que en la providencia de la que me aparto la Sala afirma que es claro que se celebró un contrato de arrendamiento, conclusión que deduce no solo del hecho de que ninguna de las partes lo pone en discusión, puesto que *“la Escuela Taller Cartagena de Indias le entregó el uso y goce de un área del baluarte Santo Domingo a la sociedad Café del Mar Ltda., a cambio de un precio y a través de un acuerdo que fue elevado a escrito”,* sino también de que en las consideraciones del negocio jurídico se reconoció que es habitual utilizar esa tipología respecto de bienes de interés cultural, en mi opinión dicha conclusión pasó por alto otros elementos que podrían hacer deducir que el contrato celebrado tiene una naturaleza distinta al arrendamiento.

² No se olvide que, de acuerdo con el artículo 141 del CPACA, al amparo del medio de control de controversias contractuales, los terceros al contrato únicamente pueden pedir que se declare su nulidad absoluta cuando acreditan un interés directo. Fuera de esa pretensión, dichos terceros no tienen legitimación para pedir ninguna otra cosa frente al contrato.



Radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 (65566)
Actor: David García Gómez
Demandado: Nación – Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Acción popular – salvamento de voto

En este punto no puede olvidarse que el Código Civil³ prohíja no solo que la intención de los contratantes prevalece sobre la literalidad de las palabras utilizadas en un contrato, sino, además que, si los elementos de la esencia del contrato que las partes afirman suscribir no se encuentran reunidos, este puede devenir en uno distinto y, en consecuencia, gobernarse por normas diferentes a las convenidas por las partes.

En este caso, se consignó en los antecedentes de la providencia que, a diferencia de otros bienes de interés público, la explotación del baluarte Santo Domingo no es completa, puesto que por sus condiciones a cielo abierto, tan sólo se lleva a cabo después de la cinco de la tarde y supeditada a los factores climáticos, lo cual sugiere la idea de que existe un uso compatible con dicho tipo de bienes, en la medida en que la afectación del acceso al público y la explotación del inmueble no serían permanentes, es decir, se trataría de una limitación que no puede considerarse plena. Súmese a lo anterior que de los 2.010 mts² objeto del arrendamiento, 900 corresponden al área de circulación libre de transeúntes⁴.

Esos elementos en los que la Sala no entró a reparar, sumados a la consideración de que la referida sentencia de unificación pregonó la imposibilidad de acudir al contrato de arrendamiento frente a bienes de uso público, sobre la base de que en el caso estudiado por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación existía respecto del acceso al público una limitación permanente sobre el inmueble, me llevan a pensar que la forma en que las partes ejecutaron efectivamente el contrato “*de arrendamiento*” permite deducir la intención que tuvieron de suscribir un contrato de concesión y no aquel, al margen de que se hubiera requerido adelantar una licitación pública.

Y es que a diferencia del arrendamiento, el objeto del contrato de concesión para la explotación de bienes de uso público resulta concordante con la mínima afectación del acceso del público por la que debe propenderse en el tratamiento de dichos bienes. Súmese a lo anterior el hecho de que, al ser aplicable el régimen obligatorio de las cláusulas excepcionales en el contrato de concesión, este puede ser, entre otras cosas, modificado o terminado unilateralmente por la administración en las

³ Artículos 1501 y 1618 del Código Civil.

⁴ Valga la pena indicar que esta información se desprende tanto de la contestación de la sociedad demandada, como de la parte del clausulado transcrito en la providencia aprobada por la Sala (párrafo 50).



Radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 (65566)
Actor: David García Gómez
Demandado: Nación – Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Acción popular – salvamento de voto

condiciones establecidas en la ley, sin que el concesionario pueda oponerse, dada su condición de titular, no de derechos adquiridos sobre bienes de uso público, sino de los denominados por la doctrina como “*derechos precarios o relativos*”.

En estos términos dejo consignado mi salvamento frente a lo decidido por la Sala en la sentencia de 21 de noviembre de 2022.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

