

ACCION POPULAR - Derechos e intereses colectivos pasibles de acción popular por hechos sucedidos antes de la vigencia de la Ley 472 de 1998

Reciente jurisprudencia de esta Sala ha concluido que no es posible juzgar a la luz de la Ley 472 de 1998, hechos ocurridos con antelación a su entrada en vigencia, sin que sea admisible desde ningún punto de vista su aplicación retroactiva, cuando quiera que se trate de intereses colectivos que no estaban previstos como tales por las normas sustantivas aplicables a la época; de allí que sólo sean pasibles de acción popular, por los cauces de la Ley 472 de 1998, los derechos o intereses colectivos que tenían el carácter de tales, por definición expresa del ordenamiento vigente para la época de los hechos y que, por supuesto, contasen con el desarrollo legal de la acción popular respectiva. Se tiene, entonces, de acuerdo con la normativa vigente a la fecha de expedición de los actos que dan lugar a los cuestionamientos de la acción popular que se estudia, que la protección a los bienes de uso público era viable a partir de las acciones populares previstas en los artículos 1005 y 2359 y siguientes del Código Civil... exige una especial reflexión por parte de la Sala, lo referente al derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, pues si bien los hechos que originaron la vulneración alegada, directamente relacionados con la afectación de bienes de uso público, ocurrieron bajo la vigencia de una legislación anterior, de ser probada, sus efectos jurídicos serían actuales, por tratarse de -bienes de uso público (zonas de playa y bajamar). En este sentido, la acción popular tendría un impacto directo y actual sobre este derecho, pues al tratarse de bienes inalienables e imprescriptibles no se estaría solamente frente a derechos consolidados bajo la vigencia de disposiciones anteriores, cuestión que haría imperativa la adopción de medidas urgentes dirigidas a hacer cesar la vulneración, ya no sobre bienes de uso público considerados de manera restringida, sino frente al derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, de forma genérica, a partir de soluciones previstas en la normativa vigente.

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Ausencia por falta de competencia de Ministerios de Transporte y Medio Ambiente, en relación con la enajenación de bienes municipales que se cuestiona.

Al respecto, vale la pena anotar que el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 establece que la acción popular se dirige contra el particular, la persona natural o jurídica o la autoridad pública cuya actuación u omisión amenace, viole o haya violado el derecho o interés colectivo. En relación con la situación acusada, la acción popular debe dirigirse contra aquellas autoridades públicas que tengan la capacidad jurídica para producir efectos, por acción u omisión, de acuerdo con su competencia, supuestos cuya ausencia claramente se advierte en relación con los Ministerios de Transporte y Medio Ambiente, por cuanto no existe respecto de sus atribuciones, capacidad jurídica para crear o ser sujeto de obligaciones en los hechos que soportan la demanda. En ese orden de ideas, no podría la Jurisdicción atribuir responsabilidades que no se encuentran definidas en una cláusula de competencia por debida observancia a lo dispuesto en el artículo 209 constitucional.

BIENES DEL ESTADO - Distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales / BIENES DE USO PUBLICO - Características

De allí que los bienes de uso público se caractericen por: i) Pertenecer a una entidad de derecho público; ii.) Destinarse al uso común de los habitantes y, en consecuencia, iii.) Estar por fuera del comercio. Como se nota, la característica preponderante de estos bienes proviene de la naturaleza misma de su destino o

afectación, por cuanto resulta apenas natural que no puedan ejecutarse actos que afecten el uso común, precisamente, por motivos de interés general y de orden público y es tal la condición que determina que sean inalienables e imprescriptibles.

NOTA DE RELATORIA: Ver, Consejo de Estado. Sentencia de 6 de abril de 2000 expediente: 5805. Consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero, y sentencia del 9 de marzo de 2000, expediente: 5733, en cita.

BIENES DE USO PUBLICO - Desafectación y capacidad jurídica para enajenar bienes municipales desvirtúan vulneración de los derechos colectivos a la protección de bienes de uso público y, en consecuencia, tampoco al derecho o interés colectivo al patrimonio público

Si bien el Municipio de Cartagena recibió de la urbanización El Laguito por virtud de la Escritura Pública No. 140 de 31 de enero de 1963, dos predios que tenían la calidad de bienes de uso público – lote 50 y predio distinguido con el número catastral 131094- los mismos fueron desafectados del uso común por el Concejo de Cartagena, mediante los Acuerdos 37 de 1971 y 3 de 1972, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el numeral 18 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 4 de la Ley 97 de 1913. Al no estar comprometidos bienes de uso público municipal en la operación de constitución de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., no encuentra la Sala probada vulneración alguna al derecho o interés colectivo dirigido a la protección de bienes de uso público y, en consecuencia, tampoco al derecho o interés colectivo al patrimonio público, más aún si se tiene en cuenta que el municipio de Cartagena recibió como contraprestación por los inmuebles enajenados a la Compañía Hotelera, 45.420 acciones de un total de 146.540 de acuerdo con el avalúo realizado por la Superintendencia Bancaria, lo que indica que frente a estos bienes operó una subrogación real, es decir, la sustitución efectiva de unos bienes inmuebles por unos muebles representados en acciones, que de igual forma integraron el patrimonio del municipio de Cartagena en virtud de una convención válidamente celebrada en los términos del artículo 812 del Código Civil.

ACCESION - Desarrollo legal / PLAYAS Y TERRENOS DE BAJAMAR - No puede obtenerse el dominio privado mediante accesión

En el caso de una barrera artificial, como un “espolón”, por ejemplo, que produce una sedimentación y una consecuente conversión de un terreno húmedo en seco, no podría entonces, de ninguna manera concebirse una hipótesis de accesión...A más de las dificultades de asimilar las tierras aledañas a los ríos y lagunas, de aquellas colindantes con el mar, la Sala no puede soslayar, que las playas y los terrenos de bajamar, en tanto baldíos reservados (inadjudicables) y bienes de uso público (inenajenables e imprescriptibles) de la Nación, carecen de vocación para acceder a propiedad privada en los términos previstos por el Código Civil; entre otras cosas, porque aunque se trataran de bienes baldíos adjudicables, su disposición correspondería únicamente al Estado con sujeción a normas especiales de aplicación preferente y restrictiva, que excluyen de tajo las normas contenidas en el Código Civil cuya aplicación rige entre particulares, pero no entre éstos y el Estado. En este orden de ideas, si se produjera una legítima recuperación de playas, como aduce la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, estos nuevos terrenos sólidos, que antes fueron ocupados por el mar, de ninguna manera, podrían concebirse como privados, toda vez, que mar y playas

son bienes de uso público, y como tales, su dominio y/o administración corresponde a la Nación.

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Constitucional, sentencia T-666 de 2002, en cita.

DEFENSA DE BIENES DE USO PUBLICO Y PATRIMONIO PUBLICO – Vulneración por recuperación de mar y playas para el dominio privado de una compañía comercial

Al permitirse y en efecto concretarse, la recuperación de unos bienes de uso público (mar y playas) para el dominio privado de una compañía comercial, se atentó de manera indiscutible contra unos bienes jurídicos de titularidad colectiva, consistentes en la posibilidad de usar y disfrutar estos bienes, y contar con una gestión estatal, en este caso de la Nación, consecuente con su función de manejo y preservación de los mismos. Es flagrante la violación a los bienes jurídicos comprometidos con los derechos o intereses colectivos a la defensa de los bienes de uso público y al patrimonio público en el caso concreto, por cuanto con la conducta de los demandados no solo no se defendió la integridad de estos, sino que se propició el dominio privado de unos bienes cuyo uso corresponde a toda la comunidad.

DICAMEN PERICIAL – Valoración probatoria y objeción

El artículo 241 del CPC preceptúa que el juez al apreciar un dictamen pericial debe tener en cuenta la firmeza, precisión y la calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. De esta disposición se desprende que este medio de prueba no constituye una camisa de fuerza para el operador jurídico, porque es su deber someter la apreciación del perito a un examen juicioso y serio, de forma tal que sólo la aceptará si ha logrado convencerlo plenamente. Dicho lo anterior, se debe precisar que el operador jurídico no sólo debe realizar una revisión respecto de los requisitos de existencia y validez del dictamen pericial rendido en el proceso, por lo que el convencimiento del que se hablaba en el aparte precedente sólo se logra cuando se constata que se reúnen los condicionamientos necesarios para otorgarle eficacia probatoria.

NOTA DE RELATORIA: Ver, Corte Suprema de Justicia, Auto del 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, en cita.

INCENTIVO - No se concede porque normas de contenido sustantivo que lo consagraban fueron derogadas

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.”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C, seis (6) de marzo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00051-01(AP)

Actor: NORBERTO GARI GARCÍA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2006 por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

La presentó el 13 de agosto de 2001 el señor Norberto Gari García, en ejercicio de la acción popular, con el propósito de obtener la defensa de los derechos e intereses colectivos descritos en los literales a), b), d), e) y m)¹ del artículo 4 de la

¹[...] ART. 4º.- Derechos e intereses colectivos, entre otros relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley y las disposiciones reglamentarias ;
- b) La moralidad administrativa;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

Ley 472 de 1998, en contra de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A; la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional; la Dirección General Marítima (DIMAR); la Nación – Ministerio de Medio Ambiente-; la Nación – Ministerio de Transporte-; la Nación – Superintendencia de Notariado y Registro – Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena; y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias; con ocasión del aparente cambio de destinación de terrenos de uso público ubicados en la urbanización “El Laguito” en la ciudad de Cartagena y su enajenación a la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., así como por la posible apropiación de esta firma, de algunas zonas de playa y bajamar de propiedad de la Nación².

2. Hechos

Los hechos contenidos en la demandan se resumen así:

1. A través de Escritura Pública No. 140 de 31 de enero de 1963, otorgada en la Notaría Primera de Cartagena, la sociedad Inversiones El Laguito Ltda., cedió a la ciudad, además de los terrenos que conforman las vías públicas, otras áreas indispensables para el desarrollo de zonas verdes e institucionales; estas zonas de cesión se identificaron en el plano de la urbanización como el lote 1, las zonas comprendidas entre los lotes 48 y 49, así como los lotes 66, 81, 82, los cuales ingresaron al patrimonio público del municipio como zonas de espacio público y áreas de uso público con afectación especial.

2. En cumplimiento del Decreto 257 de 15 de diciembre de 1971 y del Acuerdo 37 del mismo año, se facultó al Alcalde de Cartagena para conformar con la Corporación Nacional de Turismo y otros, una sociedad anónima denominada Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., la cual se constituyó mediante Escritura Pública No. 1659 del 24 de diciembre de 1971 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Cartagena, acorde con la cual, el entonces municipio de Cartagena suscribió 36.920 acciones de un total de 146.540. Para el pago de estas, el municipio aportó una porción de terreno ubicado en la urbanización “El Laguito” con un área total de 4.845 M2, comprendidos por los lotes

e) La defensa del patrimonio público;
m) 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; [...]”

² Folios 1 a 27 del cuaderno 1.

50, 66, 81, 82, los cuales habían sido, aquellos que fueron materia de cesión por parte de la sociedad Inversiones El Laguito Ltda., y se encontraban destinados a la construcción de un templo, una escuela pública, la inspección de policía y el desarrollo de zonas verdes; este aporte se efectuó sin adelantar el correspondiente cambio de destinación y uso de los mismos.

3. Mediante escritura pública 1234, el municipio de Cartagena aportó a favor de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., a título de pago por 8.580 acciones de valor nominal de \$100 pesos cada una, para una valor total de ochocientos cincuenta y ocho mil pesos (\$858.000), el inmueble correspondiente al registro catastral No.1.31094 comprendido entre los lotes 49 y 50; 81, 82 y 66 de la urbanización El Laguito; las playas de El Laguito y la calle Almirante, con un área total de 1.084.60M2 destinado para vías públicas, con el fin de dar cumplimiento al acta de accionistas suscrita el 2 de noviembre de 1971 que integra la escritura pública 1659 de 1971.

4. Por Escritura Pública No. 62 de 29 de enero de 1973 la Sociedad Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., adquirió, por venta de la sociedad VAM SURAMERICANA LTDA., el dominio del lote de terreno No. 49 de la urbanización “El Laguito” con cédula catastral 2090 y certificado de libertad 3544 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, barrio Bocagrande, además de adquirir *“la totalidad de los terrenos que por recuperación se pueda obtener, al tenor del artículo 724 y concordantes del Código Civil”* – accesión inmobiliaria por cambio del curso de un río-; es así como por virtud de la citada escritura se otorgó derecho al adquirente para apoderarse de terrenos de propiedad del Estado.

5. En las escrituras mencionadas la Sociedad Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., adquirió 6 lotes en la parte final de la urbanización “El Laguito”, sobre los cuales construyó un edificio en el que hoy opera un reconocido hotel de la ciudad. De éstos, 5 lotes eran bienes de uso público transferidos por el municipio y, el sexto, un lote adquirido por compra a la Contratista Vam Suramericana Ltda., lotes colindantes de manera que estas eran las áreas originales:

- **Lote de terreno No. 49**, con cédula catastral 01-1-028-001 (antes No. 1-2090) matrícula 0600003412 con un área aproximada de mil cuatrocientos treinta y ocho metros cuadrados con cuarenta centímetros **(1.438,40 M2)**.

- **Lote de terreno No. 50**, cédula número 01-1-28-002 (antes No.1-30-978), folio de matrícula 0600003413, con un área de dos mil quinientos metros cuadrados **(2.500 M2)**.

- **Lote de terreno No. 66**, cédula catastral 01-1-023-003 (antes No.12062), folio de matrícula 0600003414, con un área de novecientos cuarenta y cinco metros cuadrados. **(945 M2)**.

- **Lote de terreno No. 81**, cédula catastral 01-1-023-001 (antes No. 12064, folio de matrícula inmobiliaria 0600003415 con un área de setecientos metros cuadrados **(700 M2)**.

- **Inmueble destinado a vía pública** con cédula catastral No. 01-1-026-080 (antes No.1-31094), matrícula inmobiliaria 0600003417. Con un área de mil ochenta y cuatro metros cuadrados con sesenta centímetros **(1.084.60 M2)**

Lo anterior se traduce en un total de **7.368 M2.**, de los cuales 5.929,60 M2 corresponden a los cinco lotes aportados por el municipio de Cartagena.

6. Mediante Escritura Pública No. 2274 de 4 de diciembre de 1980, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Cartagena, la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., englobó e hipotecó los lotes mencionados con el área aludida, la cual inscribió en el folio de matrícula No. 060-34481. En tal escritura se consignó, adicionalmente:

“PARAGRAFO: Debido a la labor ejecutada de recuperación de tierras, en la actualidad el inmueble formado por los seis (6) lotes contiguos que se acaban de describir y las tierras recuperadas del mar, arrojan una cabida superficial de Treinta y Cinco Mil Setenta y Cinco Metros con Diez y Siete centímetros (35.075,17 M2) cuadrados, cuyos linderos y medidas son las siguientes...”

Lo anterior quiere decir, a juicio del actor, que se aplicaron indebidamente los artículos 719 y 724 del Código Civil, relativos al fenómeno de la accesión para predios ubicados en la ribera de un río o lago, bien por aluvión o por el cambio del curso de un río, pues a través de tal figura, la Compañía tantas veces citada se apropió de un área de veintisiete mil setecientos siete metros con diez y siete

centímetros cuadrados (27.707,17 M2) de terrenos pertenecientes a la Nación, de carácter inalienable, imprescriptible e inembargable y por lo mismo, no susceptibles de ser adquiridos a través del fenómeno de la accesión, ni de soportar gravamen alguno.

7. Producto de la ejecución de un contrato entre la Compañía Hotelera y una sociedad operadora de hoteles, contemplado en la escritura pública 819 de 4 de julio de 1975 de la Notaria Primera de Cartagena, se elaboró el plano de construcción del hotel Cartagena Hilton que actualmente se ubica en tales terrenos; con fundamento en este plano, la Dirección General Marítima Portuaria –DIMAR- expidió la Resolución 0000420 de 21 de noviembre de 1975 a favor de la “propietaria” Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., autorizándola para la ejecución de obras de relleno y preservación en áreas de propiedad de esa compañía hotelera.

8. Por Escritura Pública No. 13315 de 19 de mayo de 1987 de la Notaría Primera de Cartagena, se protocolizó el citado plano de construcción del inmueble en el cual opera el mencionado hotel de la ciudad, a partir de cuyo contenido se aclararon las medidas y linderos del lote de terreno, con lo cual se introdujo una ampliación de otros cuatro mil doscientos noventa y nueve metros con treinta y tres centímetros cuadrados (4.299,33 M2) para un área total de 39.374 m2, de los cuales al año 1987, 32.006,50 m2 eran terrenos públicos ocupados por acreción, sin incluir el área de los cinco lotes destinados a uso público.

9. Mediante Escritura Pública No. 5173 de 2 de noviembre de 1990, la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., actualizó nuevamente las medidas y linderos, con ocasión de la construcción de una vía pública por la cual cedió al municipio 918,09.m2, para un área total de 38.456.41 m2, de donde 31.088.41 pertenecen a bienes del municipio y de la Nación y respecto de los cuales la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., sólo tiene justo título sobre 1.438 m2 correspondientes al lote 49.

10. En tal escritura se consignó expresamente: “*TERCERO: La propietaria hasta la fecha sólo ha logrado ejecutar parte de las obras de relleno y preservación, que le fueron autorizadas por la Dirección General Marítima y Portuaria, permaneciendo parte de los espacios asignados por dicha resolución cubiertos por las aguas de la*

bahía de Cartagena”, es decir, la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., continuará relleno y rectificando linderos.

11. Adicionalmente, los espolones construidos, que desde la orilla penetran mar adentro, para continuar con el proceso de relleno y aumentar la acreción a favor de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., han causado la sedimentación y taponamiento de la boca del laguito, con el grave daño ecológico que se conoce: baja en los niveles de oxígeno en las aguas del laguito por la no circulación de las mismas y, por ende, muerte de la flora y fauna del sector al romperse el equilibrio biológico, acompañado de malos olores, producto de la descomposición de especies vegetales y animales.

12. Existe pues, en consideración del demandante, responsabilidad por parte de alcaldes y concejales de la ciudad, por conducta omisiva al permitir el despojo de bienes del Estado y del Distrito y su ocupación ilegal, así como la explotación por parte de particulares sin que hubiesen tomado medida alguna dirigida a su recuperación. De la misma manera, el actor popular, encuentra responsable de las vulneraciones alegadas a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena al acceder a registrar las escrituras relacionadas en los hechos de la demanda y otorgar folio de matrícula a los predios indebidamente englobados, al margen de que toda esta situación ha causado la privación del espacio público, así como un grave daño ecológico.

3. Pretensiones

Las pretensiones presentadas por el actor popular son las siguientes:

“PRIMERA:

Se declare que la [N]ación – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR), MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, MINISTERIO DEL TRANSPORTE, SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO – OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CARTAGENA – EL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS Y LA

SOCIEDAD COMERCIAL DE CARÁCTER PRIVADO COMPAÑÍA HOTELERA CARTAGENA DE INDIAS S.A., han vulnerado los derechos e intereses colectivos de la MORALIDAD ADMINISTRATIVA, EL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO, EL GOCE DE UN AMBIENTE SANO Y LA EXISTENCIA DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y EL MANEJO Y APROVECHAMIENTO RACIONAL DEL RECURSO NATURAL PROPIEDAD DEL ESTADO, consistente en el mar de la república y el orden y beneficio de la calidad de vida de los habitantes en los desarrollos urbanos, por la ocupación mediante la acreción sobre el mar territorial, de un predio cuya ubicación, área, medidas y linderos fue descrito en los hechos de esta demanda y en las escrituras públicas que en dichos hechos se citan y cuyas copias se anexan al libelo demandador.

SEGUNDA:

Como consecuencia de la anterior declaración y, ante el hecho irreversible causado por la vulneración de los derechos e intereses colectivos, se ordene a las entidades competentes procedan a restituir los bienes de uso público o en su defecto a definir su situación jurídica, que existan en la actualidad con las áreas colindantes al predio objeto de esta acción y, ante el hecho evidente y aceptado por el estado de la degradación del uso público de la acreción territorial sobre el mar en el predio objeto de la presente acción popular, se declare a este predio carente de título derivado u otro dueño, distinto al [E]stado, y se diga que el mismo pertenece a éste como BIEN FISCAL.

TERCERA:

Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y en defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, se declare que el predio de 37.018 m² ocupado por la COMPAÑÍA HOTELERA CARTAGENA DE INDIAS S.A. y ante la circunstancia irreversible de la degradación del uso de lo que fue bien de uso público (Mar de la Bahía de Cartagena) y en cuanto a que es hoy en día un bien fiscal del [E]stado, debe ser regularizada su ocupación, sin que sobre la misma proceda o quepa concesión portuaria, turística o similar que lo repute bien de uso público y lo anterior es con el fin de evitar cualquier fraude a la ley o que se violente

nuevamente el patrimonio público mediante concesiones, licencias o permisos a título gratuito.

CUARTA:

Que se declare que son inoponibles al Estado, las escrituras, contratos, convenios, pactos o similares de particulares, que tengan por finalidad establecer propiedad sobre acreción surgida sobre el mar de la república.

QUINTA:

Que se ordene a la COMPAÑÍA HOTELERA CARTAGENA DE INDIAS S.A. a restituirle al Estado Colombiano y en especial al Distrito de Cartagena de Indias, un área de terreno de TREINTA Y SIETE MIL DIEZ Y OCHO metros cuadrados (37.018m²), productos de acreciones sobre el mar y del ilegal aporte hecho por el Municipio de Cartagena, de 5 lotes destinados a ser bienes de uso público, ubicados en la urbanización El Laguito del barrio Bocagrande de esta ciudad, y en donde está construida en la actualidad una edificación donde opera un hotel, mediante compensación monetaria o el instrumento que acorde con la ley sea viable.

SEXTA:

Que se declare que la nación – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA (DIMAR), MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, MINISTERIO DEL TRANSPORTE, SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO – OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS DE CARTAGENA y el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, son responsables por lo daños a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, ocasionados a la comunidad de El Laguito, como consecuencia de los hechos y omisiones enunciados en esta Acción.

SÉPTIMA:

Que se declare que EL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, es responsable por el comportamiento omisivo de quienes lo representan, al privar a la comunidad Cartagenera en general y a la del Laguito en especial, del goce al Espacio Público, permitir la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos en contra de la prevalecía al beneficio de la calidad de vida de los habitantes y por su actuación negligente frente a la utilización y defensa de los bienes de uso público.”

4. Actuación Procesal en la Primera Instancia

Mediante auto del 16 de agosto de 2001³ el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda presentada el 13 de agosto de 2001⁴ y ordenó las notificaciones correspondientes, las cuales fueron surtidas debidamente respecto de cada uno de los demandados y del agente del Ministerio Público⁵. En auto de 4 de septiembre de 2001 se dispuso la corrección del nombre de una de las demandadas -COMPAÑÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.- y su respectiva notificación, la cual se efectuó el 31 de agosto de 2001⁶.

Surtidas las correspondientes notificaciones, mediante escritos presentados oportunamente, la Alcaldía Mayor de Cartagena⁷, La Superintendencia de Notariado y Registro⁸, La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional – Dirección Marítima –DIMAR-⁹, Ministerio del Medio Ambiente¹⁰, la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.¹¹, presentaron escritos de contestación de la demanda, respectivamente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, se informó a los miembros de la comunidad la existencia de la acción popular, según

³ Folio 104 del C.1.

⁴ Folio 1 a 27 del C.1.

⁵ Folios 105 a 155 del C.1.

⁶ Folio 189 del C.1. En la descripción de los hechos de la demanda, se insertó el nombre correcto de este sujeto demandado.

⁷ Folio 116 a 128 del C.1.

⁸ Folios 174 a 180 del C.1.

⁹ Folios 160 a 166 del C.1.

¹⁰ Folios 208 a 209 del C.1.

¹¹ Folios 211 a 229 del C.1.

certificación expedida por la emisora local LA VOZ DE LA VICTORIA, el día 20 de agosto de 2001, a las 10:30¹².

En proveído de 12 de septiembre de 2001¹³, se citó a las partes y al agente del Ministerio Público para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, diligencia que se celebró el 2 de octubre de 2001¹⁴, con la participación de los apoderados judiciales de las partes, tanto demandantes como demandadas y el agente del Ministerio Público. Sin embargo, no llegaron a ninguna fórmula de acuerdo, razón por la cual no se materializó pacto alguno.

Practicadas las pruebas decretadas por auto de 3 de octubre de 2001¹⁵, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto mediante auto de 7 de febrero de 2005¹⁶; tanto demandante¹⁷ como los demandados: Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A.¹⁸, Superintendencia de Notariado y Registro¹⁹, Ministerio de Ambiente²⁰, reiteraron los argumentos expuestos en sus escritos de demanda y de contestación de ésta, respectivamente. El Ministerio Público guardó silencio.

Las entidades demandadas sustentaron su defensa en los siguientes argumentos y excepciones:

En lo que respecta al **Distrito de Cartagena**, manifestó su representante, que el aporte efectuado por la ciudad, a la Sociedad Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., se hizo de conformidad con las autorizaciones impartidas para el efecto por el Concejo Municipal, las cuales implicaron la desafectación de los predios aportados. La existencia física y jurídica de la urbanización “El Laguito” se encuentra plenamente definida en la Resolución 8 de 7 de octubre de 1966 expedida por la Junta de Planificación Municipal, la cual fue protocolizada junto con el plano de la Urbanización “El Laguito”, mediante escritura pública 2089 del 31 de diciembre de 1966 de la Notaría Primera de Cartagena.

¹² Folios 127 y 128 del C1.

¹³ Folio 239 de C.1.

¹⁴ Folios 261 a 265 del C 1.

¹⁵ Folio 268 C1.

¹⁶ Folio 335 C2.

¹⁷ Folios 350 a 353 del C2.

¹⁸ Folios 354 a 390 del C2.

¹⁹ Folios 393 a 398 del C2.

²⁰ Folio 409 del C2.

En materia de áreas de playa y terrenos de bajamar, adujo que el Distrito perdía competencia al tratarse de bienes nacionales. Incluso manifestó la Alcaldía, que para el Distrito resultaba de especial interés que se definiera la situación jurídica de todo el territorio que ha surgido a costa de los cuerpos de agua y como resultado de procesos naturales y artificiales de relleno, en cuanto no cabe ninguna duda jurídica respecto de que tales terrenos son del Estado, como lo disponen las normas del Código Fiscal, el Código Civil en su artículo 720 y el artículo 83 del Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales en concordancia con el Decreto-ley 2324 de 1984.

Por su parte, la Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional - Dirección Marítima, indicó que el Decreto No. 2324 de 1984 señala que esta Dirección es la autoridad nacional que ejerce su jurisdicción en los mares de Colombia, en las aguas interiores marítimas, en los canales intercostales marítimos, en los sistemas marinos y fluviomarinos, en el mar territorial, en las zonas contiguas, en el lecho marino y en el subsuelo marino, en las aguas suprayacentes, litorales, playas, terrenos de bajamar, islas, islotes y cayos; todos los cuales de conformidad con la ley, son **bienes de uso público intransferibles a cualquier título a los particulares**, por lo cual la Dirección General Marítima a través de sus Capitanías de Puerto, tiene las competencias para resolver todos los asuntos relacionados con las ocupaciones que las personas naturales o jurídicas hagan de esta clase de bienes.

Adujo, que en el caso en examen, la Dirección General Marítima mediante Resolución No. 000420 del 24 de Noviembre de 1975, autorizó a la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., la ejecución de obras de relleno y preservación en las áreas de playa y terrenos de bajamar situados en la urbanización “El Laguito”, a través de la modalidad de “Concesión”; ***“en ningún momento la Dirección General Marítima ha conferido título alguno sobre el suelo o sobre el subsuelo a la Compañía Hotelera citada de los precitados terrenos pues tal como se establece en dichas resoluciones, la autorización se otorga sin perjuicio del dominio que corresponde a la Nación sobre el suelo y el subsuelo respectivo y al término de tales concesiones, las obras civiles construidas por los particulares con esa autorización, revierten a la NACIÓN y cesa para ellos el derecho de explotación económica que desarrollan en los terrenos que ocupan.”*** (Resaltado fuera de texto)

La DIMAR aportó como prueba documental 486 folios que, a su juicio, son suficientemente ilustrativos de toda la actividad sustantiva y procesal adelantada por la Dirección Marítima, respecto de la cual advierte que las playas circundantes al Hotel Cartagena Hilton son de libre acceso al público y que los espolones allí instalados como medios de defensa para proteger los embates del mar, no han cambiado la composición morfológica de los terrenos de bajamar y playas aledañas al Hotel.

Por su parte, la Superintendencia de Notariado y Registro, indicó el registro de propiedad inmobiliaria es un servicio público que consiste en anotar, en un folio de matrícula, los datos más importantes de los actos, contratos o providencias sujetas a registro y los que dispongan su cancelación, con el fin de que cualquier persona interesada conozca en todo momento el estado jurídico de los bienes inmuebles matriculados. Agregó, que al sistema registral colombiano le son aplicables los principios de rogación, legalidad y legitimación; al respecto de cada uno de ellos, adujo:

Principio de Rogación: Los asientos del registro sólo pueden ser hechos a solicitud de cualquier persona que tenga interés en ello; nunca de oficio (artículo 23, inciso 2º del decreto 1250 de 1970).

Principio de Legalidad: Según este principio sólo son registrables los títulos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción (artículo 37 ibídem).

Principio de Legitimación: Expresa que los asientos registrales gozan de una presunción de veracidad mientras no se demuestre lo contrario; es decir, los asiste una presunción legal (*Juris tantum*) frente a terceros (artículos 43 y 44 ibídem).

En consecuencia, adujo que la función calificadora constituye el normal desarrollo del principio de legalidad, el que involucra el examen y calificación del título sometido a registro frente al cual el calificador debe comprobar, ante todo, si se dan los supuestos legales exigibles para que la inscripción sea válida y se ajuste a la realidad jurídica.

Señaló también, que el registrador debe limitarse a examinar la legalidad de las formas extrínsecas y la capacidad del otorgante; en lo que se refiere a escrituras públicas, señaló que el registrador no puede examinar el fondo de las cláusulas pactadas por los contratantes, salvo que alguna de ellas fuere notoriamente contraria al orden público o a las buenas costumbres. No puede dictaminar para negar la inscripción, por ejemplo, que vendedor o comprador sean víctimas de lesión enorme o que el contrato sea simulado, o que exista vicio del consentimiento, pues estaría usurpando la potestad judicial.

A su juicio, esto fue lo que ocurrió con la escritura 2274 del 4 de diciembre de 1980 a través de la cual se englobaron seis predios y se constituyó hipoteca sobre ellos, escritura que se presume auténtica en tanto no se declare su ilegalidad según los artículos 12 al 42 del Decreto 960 de 1970.

De otra parte, la Superintendencia manifestó que el acto de inscripción es considerado como un acto administrativo, aún antes del advenimiento del Código Contencioso Administrativo de 1984, frente al cual sería procedente la solicitud de revocatoria directa en los términos del artículo 69 del C.C.A. En el caso en estudio, adujo que no se presentó prueba que acredite que se hubiera agotado previamente la Vía Gubernativa ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o que haya existido pronunciamiento judicial que ordenase la cancelación del registro.

El Ministerio de Medio Ambiente, señaló que de acuerdo con la Ley 99 de 1993, el Ministerio tiene por función la ordenación de políticas y la reglamentación de normas ambientales. En ese orden y en los términos de los artículos 23, 30 y 31 de la citada Ley, las entidades competentes para administrar los recursos naturales renovables y ejecutar las políticas ambientales son las Corporaciones Autónomas Regionales, en este caso particular la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique CARDIQUE, las cuales gozan de especial autonomía según lo dispone el artículo 40 de la Ley 489 de 1998.

Por lo anterior, indicó que existía falta de competencia del Ministerio para la recuperación, manejo, conservación y protección de los recursos naturales renovables materia de demanda, razón en la que fundó la excepción de inexistencia del demandado por falta de legitimación por pasiva, así como falta de integración del litis consorcio necesario, al haber omitido la notificación a CARDIQUE.

La Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A. procedió en primer lugar a defender la legalidad de los Acuerdos 37 de 1971 y 3 de 1971 emitidos por el Concejo de Cartagena, por cuanto a la luz de la Ley 41 de 1971 el Concejo Municipal era el organismo competente para introducir modificaciones a la destinación de los bienes del Municipio, que entre otras cosas, jamás fueron destinados a bienes de uso público. En su concepto, si existía inconformidad con lo dispuesto en tales Acuerdos, los interesados han debido acudir a la acción de nulidad, de donde brota la improcedencia de la presente acción popular.

Manifestó también esta compañía comercial, que tampoco se estructuró violación del artículo 724 del Código Civil, calificada por el actor como atentado grave contra la moralidad administrativa, en razón a que no se está frente al fenómeno de “acesión” de inmueble a inmueble sino frente al fenómeno de “recuperación” de terreno consolidado afectado por la acción marina. Destacó en este sentido, que ésta fue simplemente causahabiente de la autorización concedida a la firma INVERSIONES EL LAGUITO LTDA., mediante Resolución 103 del 23 de agosto de 1960 expedida por el entonces Comandante de la Armada Nacional, por la cual se permitió la ejecución de “las obras de defensa, recuperación, y urbanización de los terrenos denominados “PENINSULA DEL LAGUITO”; y que tales obras fueron autorizadas para que se ejecutaran con “sujeción estricta a los planos presentados y la Sociedad “INVERSIONES EL LAGUITO LTDA” debe proceder a ellas de conformidad con las estipulaciones contenidas en la resolución No. 138 del 27 de septiembre de 1956, emanada de la Alcaldía Mayor de Cartagena, por medio de la cual “se autorizó la demarcación de unos terrenos de propiedad Municipal y de la Andian National Corporation Limited de Bocagrande”.

Señaló también, que dichas autorizaciones fueron refrendadas, posteriormente, por la Resolución de 28 de abril de 1971 de la misma Alcaldía, esta última derogada por la Resolución 102 del 22 de octubre de 1974 por la cual se determinó que Inversiones El Laguito Limitada *“únicamente podrá ejecutar obras de ingeniería hidráulica que tiendan a recobrar las tierras de que es la legítima propietaria en extensión y dentro de los linderos que se describen en las consideraciones de esta resolución y se consignan en las escrituras 106 de fecha 1º de febrero de 1957, de la Notaría Segunda de Cartagena y 1202 de fecha 28 de marzo de 1958 de la Notaría Tercera de Bogotá”*.

Así mismo, agregó, que la Resolución No. 161 del 31 de julio de 1972 de la Dirección General Marítima y Portuaria modificó la Resolución No. 103 del 23 de agosto de 1960 emanada de la Armada Nacional, en el sentido de autorizar la ejecución de obras necesarias para la recuperación de los terrenos denominados Península del Laguito.

Informó, además, que se había respetado el terreno de playa que corresponde a 50 metros distante del mar, por lo que reiteró, no se habían apropiado de terrenos de la Nación; adicionalmente sostuvo que frente a las áreas recuperadas ha venido cancelando cumplidamente los correspondientes impuestos distritales, inclusive respecto de aquellos terrenos que aún están bajo el agua y pendientes de recuperación.

De otra lado, estimó la Compañía Hotelera que no existía prueba de que las construcciones realizadas por ésta en áreas de su propiedad sean la causa de los problemas ambientales presentados en la zona, pues tal como se concluyó en Sentencia del Consejo de Estado – Sección Quinta de 26 de mayo de 2001, los problemas que se presentan en la boca del Laguito obedecen a que ni CARDIQUE ni DAMARENA han realizado los dragados oportunos que debían tener lugar entre los años 2000 a 2001, respectivamente, según informe elaborado por la Universidad de Cartagena.

Finalmente, en el escrito de alegaciones puso de manifiesto la improcedencia de la acción popular para controvertir actos legalmente expedidos y plenamente eficaces.

Por último, el Ministerio del Transporte señaló que no tenía entre sus funciones, una sola relativa a asunto alguno de los que se ventilan por vía de esta acción popular y, en consecuencia, no podía ser destinatario de medida alguna para efectos de proteger los derechos que se pretenden conculcados.

5. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de 16 de febrero de 2006, el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda, al señalar que los hechos que daban origen a

la acción popular, se produjeron en fecha anterior a la expedición de la Constitución de 1991 y a la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998.

Según el Tribunal, esta Ley, que reglamenta el procedimiento para el ejercicio de las acciones populares inició su vigencia en agosto de 1999, casi 30 años después de la expedición de los Acuerdos que autorizaron la enajenación de los lotes de terreno ubicados en “El Laguito”; en consecuencia, aplicar el procedimiento previsto en la Ley 472 de 1998 sería darle a dicha normatividad un efecto retroactivo, amén de que los actos materia de demanda se encuentran amparados por el principio de legalidad y en el presente caso no se advierte un daño actual al interés colectivo.

6. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo del Tribunal el 16 de febrero de 2006²¹ el cual fue admitido el 28 de julio del mismo año.²² Como fundamento a la sustentación del recurso, el actor manifestó su inconformidad para con la decisión del *a quo*, en atención a las siguientes consideraciones:

“El Tribunal desconoció que la figura de la acción popular es desde vieja data regulada por el sistema judicial, aún antes de la expedición de la Constitución de 1991 y la Ley 472, por el Código Civil, además de que el perjuicio causado con el cambio de destinación de los inmuebles ha sido y es permanente y actual, de donde la ley puede aplicarse con efectos retrospectivos. Y es que el tema central de la presente acción radica en definir si es legítimo o ilegítimo el título y modo de adquirir los terrenos adicionados a los inicialmente aportados por el municipio de Cartagena y al adquirido mediante compra por la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., mediante la escritura pública 62 de 1973 de la Notaría Tercera de Cartagena, que en la actualidad ocupa dicha compañía y que resulta de procesos de relleno efectuados sobre la bahía de Cartagena”.

²¹ Folio 435 de C.P. del C. de E.

²² Folio 442 y 443 del C.P. del C. de E.

Consideró además el actor, que a través del proceso se demostró que mediante escritura pública 2274 del 4 de diciembre de 1980, otorgada en la Notaría Tercera de Cartagena, se englobaron seis (6) lotes con un área de 7.368 M2 y se adicionaron las áreas recuperadas para un total de 35.075,17M2. Si se discute entonces el título y modo sobre terrenos que en principio son de propiedad del Estado, el eventual perjuicio a la sociedad es permanente y actual, pues lo que se persigue es que se reivindique para el Estado su titularidad y soberanía sobre lo que se ha denominado “territorio marítimo costero”, protegido también a nivel internacional a partir de la tesis del “dominio público sobre territorio marítimo costero”, aspecto que convierte la vulneración en un hecho vigente y actual.

Mediante auto de 25 de agosto de 2006 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir concepto, respectivamente²³. La Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., insistió en los argumentos planteados en instancias anteriores.²⁴

Por su parte, el Ministerio Público, luego de considerar las pruebas aportadas y la normativa que regula la naturaleza de los bienes del Estado (bienes de uso público y bienes fiscales), analizó *in extenso* el artículo 723 del Código Civil relativo a la restitución de terreno inundado y, al efecto concluyó que, si bien las aguas del mar cubrieron parte de los terrenos de la península del Laguito, desde mucho antes de 1958, lo cierto es que, dichos predios mutaron su naturaleza, al confundirse con el mar y, pese a recuperarlos, ningún título de propiedad privada le es oponible al dominio de la Nación sobre aquél.

En ese orden, consideró el Ministerio Público que se debería ordenar la adopción de medidas a las entidades correspondientes, para efectos de legalizar a favor de la Nación las tierras que después de los diez años de haber sido cubiertas por el mar – según el artículo 723 del C.C.-, fueron rellenadas o “recuperadas” por la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., por cuanto aquellas ya no eran de su propiedad. En concepto de este Ministerio, corresponde entonces a la DIMAR, dentro de la órbita de sus funciones y al tenor de lo previsto en el Decreto 2324 de 1984, establecer las medidas necesarias para resolver lo relativo a las concesiones, permisos o licencias a que hubiere lugar.

²³ Folio 445 de C.P. del C.E.

²⁴ Folios 454 a 492 del C.P. del C.E.

En punto a los lotes entregados por la Alcaldía de Cartagena como aporte a la sociedad Compañía Hotelera de Cartagena de Indias, observó que a la fecha en que se proferieron los Acuerdos 37 y 3 de 1971 y 1972, no se había expedido la Ley 9º de 1989, y, por consiguiente debería entenderse que el Concejo Municipal efectivamente autorizó el cambio de uso futuro de tales bienes, por lo que no encontraba reparo en su enajenación. Finalmente, en relación con el daño ecológico, señaló que éste no fue acreditado dentro del proceso.

Por las razones expuestas, estimó el Ministerio Público que era necesario revocar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

El Consejero de Estado, Mauricio Fajardo Gómez, en escrito presentado el 2 de mayo de 2008 manifestó su impedimento para continuar con su actuación dentro del proceso de la referencia, y la Sala en auto de 21 de mayo del mismo año, lo aceptó²⁵.

II.- CONSIDERACIONES

Antes de proceder al análisis de los cargos presentados por el actor y que en virtud del contenido del recurso de apelación constituyen el objeto de esta sentencia, la Sala revisará su competencia para conocer en acción popular de presuntas violaciones ocurridas antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998, habida cuenta que este constituyó el argumento del que se sirvió el *a quo* para rechazar las pretensiones (punto 1); procederá luego, a examinar las excepciones propuestas por los demandados (punto 2). En relación con los cargos presentados por el actor, en caso de que el estudio de estos resulte procedente con base en lo anterior, la Sala observa que se pueden agrupar en dos: por una parte, los cuestionamientos que se hacen sobre algunas cesiones de terrenos que el hoy Distrito de Cartagena hizo, desconociendo la naturaleza inalienable de estos (punto 3); y por la otra, los cuestionamientos que se formulan, en relación con la apropiación que una firma privada ha hecho de terrenos de la Nación que constituían territorio marino y hoy no lo son, y (punto 4); finalmente, se abordará lo concerniente al reconocimiento del incentivo (punto 5)

²⁵ Folios 655 a 658 del cuaderno principal.

1. Competencia de la Sala para conocer la presente acción popular que comprende asuntos ocurridos con antelación a la expedición de la Constitución Política de 1991 y a la vigencia de la Ley 472 de 1998.

Según lo indicado, ha de determinarse si en consideración a la fecha de ocurrencia de los actos y hechos que dan origen a la presente demanda, acaecidos con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 472 de 1998, puede esta Sala declararse competente para la revisión del caso concreto por vía de la acción popular instaurada.

Para analizar este aspecto, debe anotarse que el Consejero de Estado ponente de esta providencia, ha hecho manifiesta, su disidencia en relación con la posición mayoritaria de la Sala, la cual ha entendido que la acción popular resulta procedente para el cuestionamiento de situaciones ocurridas antes de la Ley 472 de 1998 y la Constitución Política de 1991, solamente con el cumplimiento de unos requisitos puntuales: (1) consagración jurídico positiva del derecho o interés colectivo alegado como violado para la época; y (2) consagración jurídico positiva de la acción popular entendida como instrumento procesal para su defensa, igualmente, para la época.

Si bien esta posición no se ha compartido y no se comparte en el asunto *sub – examine*, se procederá a analizar los supuestos materia de juzgamiento, con fundamento en la tesis mayoritaria, para lo cual se hará una breve argumentación de ella, para luego, analizar el caso concreto.

Tal como lo afirma el impugnante, importa precisar que la protección de derechos e intereses colectivos en Colombia se encontraba garantizada -aunque no con la amplitud y sistematización actuales-, aún antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, a través de diferentes cuerpos normativos, según el derecho de que se trate, con la previsión de varias reglas atinentes a las acciones populares²⁶.

Por tal razón, al tenor de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 472 de 1998, tales acciones continúan vigentes, pero su trámite y procedimiento se sujeta a lo previsto en esta ley, admitiendo con ello que para la protección de los intereses colectivos vulnerados con antelación a la expedición de ésta, era preciso reunir dos

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP-05001-23-31-000-2004-03831-01. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

presupuestos: **1)** La previsión expresa del derecho o interés colectivo, por el ordenamiento positivo y, **2)** su consecencial protección o garantía a través una acción popular previamente regulada.

Como consecuencia de lo anterior, reciente jurisprudencia de esta Sala²⁷ ha concluido que no es posible juzgar a la luz de la Ley 472 de 1998, hechos ocurridos con antelación a su entrada en vigencia, sin que sea admisible desde ningún punto de vista su aplicación retroactiva²⁸, cuando quiera que se trate de intereses colectivos que no estaban previstos como tales por las normas sustantivas aplicables a la época; de allí que sólo sean pasibles de acción popular, por los cauces de la Ley 472 de 1998, los derechos o intereses colectivos que tenían el carácter de tales, por definición expresa del ordenamiento vigente para la época de los hechos y que, por supuesto, contasen con el desarrollo legal de la acción popular respectiva.

Se tiene, entonces, de acuerdo con la normativa vigente a la fecha de expedición de los actos que dan lugar a los cuestionamientos de la acción popular que se estudia, que la protección a los bienes de uso público era viable a partir de las acciones populares previstas en los artículos 1005 y 2359 y siguientes del Código Civil²⁹. En efecto, el Título XIV del Código Civil, al tratar las acciones posesorias consagró, en el citado artículo 1005, una acción popular por cuya virtud la municipalidad o cualquier persona del pueblo tendría "en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público y para la seguridad de los que transiten por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados", acción que posteriormente fue prevista en los artículos 8 de la Ley 9 de 1989 o Ley de Reforma Urbana y 5 y 6 del Decreto 2400 de 1989³⁰.

²⁷ Sección Tercera de Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia AP 1188 de 15 de agosto de 2007. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 881 de 2005

²⁹ Germán Sarmiento Palacio. Las Acciones populares en el derecho privado, Bogotá, Banco de la República, 1998.

³⁰ "Artículo 8o. Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieron el interés público o la seguridad de los usuarios.

"El incumplimiento de las órdenes que expida el Juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de "fraude a resolución judicial".

"La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el num.8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil".

Para el ejercicio de dichas acciones, en principio, cabía acudir a la aplicación de los artículos 436 a 440 del Código de Procedimiento Civil, los cuales determinaban un procedimiento verbal sumario, trámite que fue modificado por disposiciones subsiguientes que derivaron en la aplicación del procedimiento abreviado establecido en el C. de P.C., por remisión que hizo el Decreto 2651 de 1991, adoptado como norma legal permanente por la Ley 99 de 1993; en cambio, tratándose de la acción popular respecto de bienes y lugares agrarios, o rurales no agrarios, debía seguirse el procedimiento verbal consagrado en el numeral 2 del artículo 63 del Decreto 2303 de 1989. No obstante, a la fecha debe entenderse que tales normas procesales fueron a su turno modificadas con el advenimiento de la Ley 472 de 1998, cuyo texto dispuso en su artículo 45 que el trámite y procedimiento de estas acciones populares se sujetaría a la mencionada Ley.

Al respecto, conviene recordar lo expuesto por esta Corporación:

“(...) el Código Civil -no obstante su marcada concepción individualista- se ocupaba de esta figura [la acción popular] ‘(...) Asimismo, en armonía con lo prescrito por el artículo 674 del Código Civil que al definir los bienes de uso público o bienes públicos señala que su ‘uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...’, el artículo 8º de la ley 9ª de 1989³¹ contempló -en el marco de

"Artículo 5o. Para efectos del artículo 8o. de la Ley 9 de 1989, se entiende por usuario del espacio público y del medio ambiente cualquier persona pública o privada que haga uso o pueda llegar a hacer uso de un determinado espacio público o que haya sido afectada o pueda ser afectada por un determinado medio ambiente.

"Artículo 6o. La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil, podrá ser ejercitada por los usuarios para la defensa del espacio público y del medio ambiente.

"Para determinar el Juez competente, se tendrá en cuenta el carácter público o privado de la persona demandada"-

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 6325 de 18 de abril de 1994. Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández.

³¹ Ley 9 de 1989, “por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”, en DIARIO OFICIAL. AÑO CXXV. N. 38650 de 11 de enero de 1989. El artículo 8o. prevé: “[l]os elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios.

la primera normativa nacional articulada en materia de derecho urbanístico³²- una acción popular para la defensa del espacio público, bajo el entendido que su destinación colectiva impone el uso por todos los miembros de la comunidad³³, defensa que hizo también extensiva al derecho colectivo al medio ambiente.

“Por último, en consonancia con los artículos 1005 y 2359 del Código Civil, el decreto ley 2303 de 1989, por el cual se creó y organizó la jurisdicción agraria³⁴, en sus artículos 2 párrafo³⁵, 44³⁶, 63 numeral segundo³⁷ y 118³⁸ estableció unas acciones populares para la

“El incumplimiento de las órdenes que expida el juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de ‘fraude a resolución judicial’.

La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el numeral 8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.”

³² Así lo puso de relieve la Sala al indicar que “[e]n vigencia de la Constitución de 1886, la cual no tenía norma expresa que tratara el tema de espacio público, la ley 9ª de 1989 o ley de reforma urbana aparece como el primer esfuerzo legislativo cristalizado en materia de derecho urbanístico, tras años de debates en el Congreso y 3 décadas de proceso político. Basta recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del C.C., a la historia fidedigna del establecimiento de la citada ley 9ª para advertir la intención del legislador de regular la utilización del espacio urbano y así garantizar un derecho a la ciudad a todos sus habitantes, sobre la base de un principio de racionalidad urbana, que –entre otros aspectos- asegure renovar la parte céntrica de las ciudades sin afectar a sus moradores; que permita a los municipios la regulación estricta del uso del suelo, que institucionalice una rigurosa y coherente planificación urbana que permita a las ciudades orientar el uso del suelo, mediante la regulación del mismo y la estructuración de planes viales, de modo que el espacio público sea el objeto primordial y determinante de la configuración de la ciudad, para lo cual se estipula como obligación de todos los municipios expedir un plan de desarrollo para mejorar la calidad de vida de los habitantes de los centros urbanos.”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Rad. AP-13001-23-31-000-2002-00135-01, Actor: Personería Distrital de Cartagena de Indias, Demandado: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³³ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 6 de octubre de 2005, Exp.: AP- 08001-23-31-000-2002-02214-01, Actor: Jairo Torres Moreno y otros, Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁴ Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias que conferidas al Presidente de la República por la Ley 30 de 1987, publicado en DIARIO OFICIAL No. 39013 de 7 de octubre de 1989.

³⁵ “(...) Párrafo. Corresponderán igualmente a esta jurisdicción los procesos originados en acciones populares fundadas en las normas sobre preservación del ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, conforme a lo previsto en el artículo anterior, cuando el asunto no sea de competencia de las autoridades administrativas.”

³⁶ “Artículo 44. Improcedencia de la Conciliación. No podrá efectuarse la conciliación en los casos en que no sea legalmente procedente la transacción, excepto cuando se trate de beneficiarios del amparo de pobreza.

“Tampoco procederá la conciliación en los procesos de expropiación ni cuando se ejerzan acciones populares. Los curadores ad litem no tendrán facultad para conciliar.”

³⁷ “Artículo 63. Procedencia. Se tramitarán en proceso verbal los asuntos agrarios que tengan una cuantía inferior a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) moneda corriente.

preservación puntual de unos derechos radicados en la colectividad: i) del ambiente rural y el manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario; ii) defensa de los bienes de uso público de que trata el artículo 1005 del Código Civil, ubicados en zonas rurales, respectivamente.” (cursivas originales, subrayas ajenas al texto)

Los argumentos expuestos por la Sala resultan suficientes para afirmar y legitimar su competencia en el trámite de la presente acción popular con el fin de revisar una posible vulneración frente a la afectación de bienes de uso público, y para tal cometido se revisaran las normas sustanciales vigentes a la fecha de los hechos relatados, sin perjuicio de la aplicación de la Ley 472 de 1998 para efectos procesales.

En consecuencia, en esta oportunidad la Sala se abstendrá de revisar la posible afectación a los derechos o intereses colectivos al goce de un ambiente sano -cuya protección inicia a nivel rural tan solo a partir de 1989-, la moralidad administrativa, 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 y el goce del espacio público, en tanto estos derechos o intereses colectivos sólo se erigieron como tales a partir de la Constitución de 1991.

Sin embargo, en el caso en particular, exige una especial reflexión por parte de la Sala, lo referente al derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, pues si bien los hechos que originaron la vulneración alegada, directamente relacionados con la afectación de bienes de uso público, ocurrieron bajo la vigencia de una legislación anterior, de ser probada, sus efectos jurídicos serían actuales, por tratarse de -bienes de uso público (zonas de playa y bajamar).

“También se tramitarán en proceso verbal los siguientes asuntos, en cuanto tengan naturaleza agraria, sin consideración a su cuantía:

“(…)2. Los relacionados con la defensa, mediante acción popular, de los bienes de uso público de que trata el artículo 1005 del Código Civil, que estén ubicados en zonas rurales y no comprendidos en las previsiones de los artículos 118 y siguientes de este Decreto.”

³⁸ “Artículo 118. Acción. El ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquél, podrán ser definidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359 del Código Civil, especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973.

“Esta acción se podrá ejercer en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos.”

En este sentido, la acción popular tendría un impacto directo y actual sobre este derecho, pues al tratarse de bienes inalienables e imprescriptibles no se estaría solamente frente a derechos consolidados bajo la vigencia de disposiciones anteriores, cuestión que haría imperativa la adopción de medidas urgentes dirigidas a hacer cesar la vulneración, ya no sobre bienes de uso público considerados de manera restringida, sino frente al derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, de forma genérica, a partir de soluciones previstas en la normativa vigente.

Se tiene entonces que, aunque como es sabido, por regla general la ley no obliga sino con ocasión de su promulgación (art. 52 C.R.P.M. y 165 C.P.) y la Ley 472 de 1998 dispuso en su artículo 86 que la misma *“rige un año después de su promulgación”*, vale decir, a partir del 6 de agosto de 1999³⁹, se tiene que a pesar de que los hechos y actos descritos en la demanda presentada el 13 de agosto de 2001 hubieren tenido ocurrencia con antelación a la expedición de la Constitución de 1991 y por supuesto de la citada Ley 472 de 1998, lo cierto es que uno de los puntos que según se anotó debe ser analizado, es el relacionado con unos predios que al parecer eran mar y hoy son tierra firme, y justamente se alega que dicha situación, implica un dominio de la Nación, por la connotación inalienable e imprescriptible de estos. En este sentido, los cuestionamientos del actor en relación con el derecho o interés colectivo de la defensa del patrimonio público, no habrían cesado por cuanto detentarían aún -en la actualidad- una connotación privada siendo bienes del Estado, lo que implica una continua y reiterada afectación, en caso de resultar ello probado.

2. Las excepciones propuestas.

Con base en lo anterior, y según se dijo, antes de proceder al análisis de los cargos, en relación con los derechos o intereses colectivos de la defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, se procederá a resolver lo relativo a las excepciones propuestas.

³⁹ La ley 472 fue publicada en el DIARIO OFICIAL 43357 de 6 de agosto de 1998.

2.1. Ineptitud de la demanda por falta de legitimación por pasiva.

La excepción de ineptitud de la demanda por falta de legitimación por pasiva fue alegada conjuntamente por el Ministerio de Transporte y el Ministerio del Medio Ambiente, figura frente a la cual cabe señalar, como ya lo ha hecho la Sala⁴⁰, que la noción de legitimación en la causa en los procesos ordinarios no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

En este sentido, lo que se advierte en el presente caso es la ausencia de legitimación material en la causa por pasiva, como condición anterior y necesaria para dictar sentencia y no como excepción de fondo propiamente dicha, no porque los hechos en que se sustenta el demandante no le den derecho a la acción sino porque fueron indebidamente atribuidos a sujetos que carecen de capacidad jurídica para producirlos y, por tanto, para responder por ellos, resulta así, evidente, la ausencia de relación material entre las funciones de estos Ministerios, los hechos de la demanda y las pretensiones que se formularon.

Al respecto, vale la pena anotar que el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 establece que la acción popular se dirige contra el particular, la persona natural o jurídica o la autoridad pública cuya actuación u omisión amenace, viole o haya violado el derecho o interés colectivo. En relación con la situación acusada, la acción popular debe dirigirse contra aquellas autoridades públicas que tengan la capacidad jurídica para producir efectos, por acción u omisión, de acuerdo con su competencia, supuestos cuya ausencia claramente se advierte en relación con los Ministerios de Transporte y Medio Ambiente, por cuanto no existe respecto de sus atribuciones, capacidad jurídica para crear o ser sujeto de obligaciones en los hechos que soportan la demanda.

En ese orden de ideas, no podría la Jurisdicción atribuir responsabilidades que no se encuentran definidas en una cláusula de competencia por debida observancia a lo dispuesto en el artículo 209 constitucional. Tampoco las pretensiones del actor podrían hacerse exigibles a alguno de estos Ministerios, dado que la atribución legal derivada del eventual dominio de bienes de uso público correspondería al Distrito de

⁴⁰ Sentencia de 31 de octubre de 2007. Expediente 13503. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Cartagena o a la Nación a través del INCODER o la Dirección General Marítima para efectos de revisar el alcance de los permisos o autorizaciones otorgadas.

Por lo anterior, ni el Ministerio del Transporte, ni el Ministerio de Ambiente, serán tenidos como parte en el desarrollo de la presente acción popular, por falta de legitimación material por pasiva.

2.2. Falta de integración del Litisconsorcio Necesario.-

De conformidad con los preceptos normativos de la Ley 472 de 1998, la demanda en la acción popular debe dirigirse en contra del presunto responsable del hecho u omisión que la motiva; no obstante lo anterior, la ley asignó una atribución especial al juez de la citada acción constitucional para que en el curso de la primera instancia pudiera, en cualquier momento, integrar el contradictorio por pasiva, con el fin de vincular a cualquier otro presunto responsable de la vulneración o amenaza identificada en el escrito de demanda.

Es así como si bien en el libelo de aquella se advierte que no fueron vinculados a este trámite ni la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE–, ni DAMARENA, entidades que eventualmente, por omisión, habrían podido dar origen a alguna vulneración al derecho o interés colectivo al goce de un ambiente sano, lo cierto es que la discusión alrededor de este punto resulta inocua, ya que como se advirtió en párrafos anteriores, la Sala no entrará a revisar la alegada vulneración a este derecho colectivo, en atención a que no se encontraba previsto como tal, en las normas legales vigentes a la fecha de ocurrencia de los hechos que originan la demanda, de modo que cualquier discusión frente a la eventual falta de integración de un litisconsorcio necesario acerca de las entidades que podrían aparecer como responsables por la vulneración o amenaza de dicho derecho o interés colectivo carece de todo efecto práctico por sustracción de materia.

2.3. Procedencia de la acción popular frente a actos administrativos y contratos

Otro aspecto que fue excepcionado por alguno de los demandados, fue la improcedencia de la acción popular para conocer sobre la ilegalidad de actos administrativos y contratos estatales celebrados en el pasado; al respecto vale la pena anotar, que el cuestionamiento hecho por el actor, no fue de manera específica fundado en la ilegalidad de unos actos y/o contratos, sino en la supuesta violación de unos derechos o intereses colectivos.

Como consecuencia, si bien como lo ha establecido la posición mayoritaria de la Sala este tipo de cuestionamientos puede hacerse, y por ende pueden existir pronunciamientos de nulidad de actos y contratos, siempre que esta medida constituya la *ultima ratio* con miras a garantizar los derechos o intereses colectivos infringidos⁴¹; no resulta en el presente caso procedente dicho análisis en este aparte de la sentencia, pues ello significaría anticiparse al estudio de los dos cargos de fondo que según lo planteado, constituyen el objeto central de esta providencia.

3. La enajenación de bienes de propiedad del Municipio (hoy Distrito) de Cartagena a la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.

Para el estudio de este primer asunto de fondo, la Sala revisará los siguientes puntos: **3.1** Situación Probatoria. **3.2** Naturaleza Jurídica de los bienes recibidos por el municipio (hoy Distrito) de Cartagena a título de cesión por ejecución de un proyecto urbanístico. **3.3** Capacidad jurídica del municipio de Cartagena (hoy Distrito) para desafectar bienes de uso público y enajenar bienes fiscales. Requisitos para su procedencia. **3.4** Situación actual de los bienes enajenados y posible vulneración de los derechos o intereses colectivos relativos a la protección de bienes de uso público y del Patrimonio Público.

3.1- Situación Probatoria

Según fue debidamente acreditado, en el artículo 17 del Acuerdo municipal No. 53 de 1922, se estableció que: (Folios 38 a 43; 109 a 114 del C2)

⁴¹ Consejo de Estado, Sección tercera. Sentencia de 17 de febrero de 2007. Expediente: Ap-549. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“El urbanizador está en la obligación de hacer cesión gratuita e incondicional al Municipio de todas las vías y lugares, que conforme a este reglamento tienen o puedan tener carácter de públicas por su naturaleza y condiciones. Tal cesión se hará por escritura pública y sin gravamen alguno para el Municipio al terminarse los trabajos de urbanización, y será requisito esencial “sine qua non” para autorizar la venta de los solares y construcción de casas de habitación en el lote urbanizado”.

En esos términos, los artículos 5 y siguientes del citado Acuerdo municipal señalaron como vías y lugares públicos: **a.)** Las vías públicas de primer orden como las avenidas, **b.)** Las vías de segundo orden como las calles y **c.)** Las plazas, en relación con las cuales se estableció que su número debía ser proporcional a la superficie del lote urbanizado, a razón de una por cada diez hectáreas (artículo 13).

Adicionalmente, el artículo 26 del referido Acuerdo municipal prescribió que:

“En toda urbanización cuya medida superficial sea de diez hectáreas o más sin llegar a veinte, deben reservarse en el lugar más céntrico e importante de preferencia en las manzanas que limitan la plaza o plazas, **tres solares con frente no menor de 20 metros y fondo de 40 metros por lo menos, destinados a templo católico, local para las autoridades, y escuela pública**, respectivamente.

Si el lote fuere mayor de 20 hectáreas, se dejará en las mismas condiciones antedichas, un solar por cada 5 hectáreas o fracción mayor de 2 hectáreas de exceso, a los cuales dará el Concejo el destino que estime conveniente. (...)’

(...) Tales solares se cederán a título gratuito al Municipio, y su traspaso formal se hará al propio tiempo y en las mismas condiciones que el de las calles y plazas públicas, conforme al artículo 17.” (Resaltado fuera de texto.)

Finalmente, el Acuerdo 53 de 1922 estableció en su artículo 12, que cuando un lote urbanizado colindare con alguna porción de agua, tal como, mar abierto, bahía, rada, canal, estero, ciénaga ú otro análogo, debía dejarse entre las manzanas

inmediatas y la línea de la orilla del agua, una zona o paseo exterior, cuya anchura no debía medir menos de 12 metros. La línea de la orilla sería la que señalasen las aguas en el momento de la alta marea. **En consecuencia, no se permitía que ninguna manzana o solar tuviese alguno de sus lados sobre la orilla del agua, ni a distancia menor a la señalada en esa disposición.**

Es así cómo, para dar cumplimiento al Acuerdo municipal No. 53 1922, INVERSIONES EL LAGUITO LTDA., cedió al Municipio de Cartagena mediante la Escritura Pública No. 140 de 31 de enero de 1963, los siguientes inmuebles con destinación específica: (FI 147 del C12 anexo 11).

Calles: A) una zona de diez y siete metros de ancho (8 para calles y 9 para andenes y césped), que partiendo del ángulo suroeste del lote identificado con el número 22 del plano de la urbanización la recorre en una longitud aproximada de 700 metros; por el otro, después de bifurcarse frente a lote marcado con el número 20 la recorre en dirección oeste en una extensión aproximada de 120 metros hasta llegar a los lotes marcados con los números 14 y 99 del plano de la urbanización. **B)** Una zona de 13 metros de ancho que comprende 7 para la calle y 6 para zona de andenes que partiendo de islotes 15 y 16 la recorre en un trecho de 134 metros hasta llegar a la colindancia de los lotes 106 y 107. **C)** Una zona de 13 metros de ancho que comprende siete (7) para la calle propiamente dicha y seis (6) para andenes y césped con una longitud aproximada de treinta y cinco metros, comprendida entre los lotes 111 y 112. **D)** Una zona de 13 metros de ancho que comprende 7 para calle y seis para andenes y césped, y una longitud de aproximadamente treinta y cinco metros comprendidos entre los lotes 124 y 81.

Para zonas verdes: A) Una zona de área triangular cuya base, de una longitud aproximada de 32 metros, lo constituye el costado sur del lote marcado en el plano de la urbanización con el No. 1 y los otros dos lados, de aproximadamente 50 metros de longitud cada uno, colindan con las zonas destinadas para Calles descritas en las letras **A) y B)**. **B)** Una zona comprendida entre los lotes 48 y 49, de forma cuadrada por el frente con calle de por medio con el lote 66 en 50 metros; por la derecha, entrando, con lote 49 en 50 metros; por la izquierda, entrando, con lote número 48 en cincuenta metros y por el fondo con el Laguito de la Bahía de Bocagrande en 50 mtrs.

Para templo, escuela pública e inspección de policía: los predios: **Lote 81** con cabida superficial de **700 metros cuadrados** cuyos linderos no colindan en ninguno de sus lados con áreas de playa o terrenos de bajamar. **Lote 82** con cabida superficial de **700 metros cuadrados**, no colinda con zonas de playa o áreas de bajamar. **Lote 66** con una cabida superficial de **945 metros cuadrados**.

La cláusula cuarta de la escritura 140 estableció que “las calles de la urbanización están pavimentadas, los bordillos y andenes ejecutados en concreto, y ejecutadas también las obras necesarias de las zonas verdes”. Se manifestó que tales áreas de terreno se encontraban contempladas en el Plano de la urbanización El Laguito, elaborado por los contratistas Van Suramericana Ltda., con fecha 24 de agosto de 1960 que se insertó en el protocolo respectivo.

Con posterioridad a la cesión, mediante escritura pública 2089 de 31 de enero de 1966 (Fls 367 a 374 del C1 y 7 al 12 del C2), se protocolizó la Resolución 8 de 7 de octubre de 1966 expedida por la Junta de Planificación Municipal por la cual se aprobaron modificaciones a las áreas de los lotes de la urbanización El Laguito; según constancia del Notario Primero de Cartagena no se halló el plano de la urbanización el Laguito incluido en el correspondiente protocolo⁴².

Tiene también por probado la Sala que mediante el Acuerdo 37 de 1971 el Concejo autorizó al Alcalde de Cartagena y al Personero para aportar a título de capital en sociedades que se constituyeran con fines turísticos o para la construcción de hoteles de primera categoría, los siguientes inmuebles: **1.** Un terreno ubicado en Bocagrande con un área aproximada de 12.568 M2, **2.** Los lotes ubicados en la urbanización El Laguito, distinguidos con los Nros. 81, 82, 66, así como el comprendido entre los lotes 48 y 49 del Laguito con un área total de 2.441,25 M2 (Fls 109,115 y 116 del C2).

En concordancia con lo anterior, el Alcalde de Cartagena profirió el Decreto 257 de 15 de diciembre de 1971, mediante el cual se aclaró que los lotes a que se refería el Acuerdo 37 de 1971, correspondían a aquellos cedidos mediante la escritura pública 140 de 1963. (Fl141 del C12)

Por su parte, mediante el Acuerdo municipal No. 3 de 1972 se aclaró y adicionó el Acuerdo 37, en el siguiente sentido:

⁴² Folio 10 del C2.

- 1) Los lotes de El Laguito corresponden a aquellos señalados en la Escritura Pública 140 de 1963 otorgada en la Notaría 1ª del Círculo de Cartagena.
- 2) El área del lote No. 66 es de 945 M2.
- 3) Se autoriza al Alcalde y al Personero Municipal para que a nombre del Municipio de Cartagena aporten como capital el inmueble ubicado en la urbanización El Laguito, el cual se distingue con las siguientes medidas y linderos:

“[...] por el norte con los lotes números 49 y 50 y mide 74,80 mts; por el sur, con lote número 81, 82 y 66 y mide 74,80 mts; por el oeste, con playas del Laguito y mide 14.50 mts; y por el este, con la calle Almirante Brión y mide 14.50 mts, con un área superficial de 1.084.60 metros². Parágrafo.- **El lote descrito en artículo anterior constituía la terminación de la calle Almirante Brión, pero que por cambio en el trazado de la urbanización El Laguito se le da otra destinación.**” (subrayado fuera de texto)

- 4) Las medidas y área total **del lote número 50**, comprendido entre los lotes 48 y 49 ubicados en la urbanización El Laguito, corresponden a un lote de 2.500 mts², con las siguientes medidas y linderos: por el frente, calle Almirante Brión y mide 50 metros, por el fondo playas El Laguito y mide 50 metros; por la derecha entrando, con el lote 49 y mide 50 metros, y por la izquierda, entrando con lote No. 48 y mide 50 metros.” (Fl 117 del C2).

Igualmente, se acreditó mediante la Escritura Pública No. 1659 de 24 de diciembre de 1971, la constitución de la sociedad anónima Compañía Hotelera de Cartagena de Indias; por virtud de este instrumento el Alcalde de Cartagena y el Personero municipal aportaron, a título de pago por la suscripción de 36.920 acciones, cuatro lotes con un área total de 4.845M2, así: Lote 50 – correspondiente a una de las plazas cedidas según escritura 140 de 1963- y los lotes 66, 81, 82, valuados en \$3.692.000.00. (Fls 33 a 47 del C1; 321 del C2).

Y por escritura pública 1234 de 19 de julio de 1972 de la Notaría Segunda de Cartagena, el municipio de Cartagena aportó a favor de la Compañía Hotelera de

Cartagena de Indias S.A., como pago por 8.580 acciones más, un lote con referencia catastral **1-31094** y área superficial de 1.084,60 M2, también cedido al municipio de Cartagena por la escritura pública 140 de 1963 a título de vía, comprendido dentro de los siguientes linderos:

“Por el norte con los lotes números 49 y 50 y mido 74,80 mts; por el sur, con lote número 81, 82 y 66 y mido 74,80 mtrs; por el oeste, con playas del Laguito y mido 14.50 mtrs; y por el este, con la calle Almirante Brión y mido 14.50 mtrs, con un área superficial de 1.084.60 metros 2.”

Se reitera que respecto de este inmueble se dejó constancia en el Acuerdo 3 de 1971 que **“El lote descrito en artículo anterior constituía la terminación de la calle Almirante Brión, pero que por cambio en el trazado de la urbanización El Laguito se le da otra destinación.”** (Fls 48 a 50 C1).

De lo probado se colige lo siguiente: en efecto, la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., recibió, a título de pago por la suscripción de **45.500** acciones, los inmuebles identificados con los números **50** correspondiente a **zona verde - plaza**; 66, 81 y 82 destinados a la edificación de la escuela, iglesia e inspección de policía; y el inmueble identificado con referencia catastral 1-31094 correspondiente a **zonas destinadas a vías públicas**, frente a las cuales se dejó constancia que se entregaban pavimentadas, con bordillos y andenes ejecutados, así como completadas las zonas verdes. También se dejó constancia en el citado Acuerdo municipal No. 3 que por cambio en el trazado en la urbanización “El Laguito” se le daba otra destinación a la vía pública.

Esta situación fáctica debidamente probada precisa abordar la clasificación tradicional que sobre los bienes de dominio público desarrolló la Constitución de 1886 y el Código Civil, en punto a definir si a partir de la naturaleza de los inmuebles antes enlistados, era viable su enajenación a la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., y en el evento de ser factible si ésta operó con el lleno de los requisitos exigidos para la época por la Ley 4ª de 1913.

3.2- La naturaleza Jurídica de los bienes recibidos por el municipio de Cartagena a título de cesión por la Urbanización El Laguito Ltda.

La Constitución Política anterior a la expedida en 1991 señaló, en su artículo 4º, que “El Territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación.[...]” y en su artículo 202 prescribió que “[...] pertenecen a la república de Colombia: 1) Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos, acciones que pertenecían a la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886. 2) Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros de dichos estados o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización. 3) Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas [....]”.

Por su parte, el Código Civil diferenció a propósito de los bienes de dominio público, los de uso público, de los bienes fiscales, a partir de la afectación atribuida al respectivo bien, así:

“Artículo 674. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes del territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”

Cabe resaltar que el Código Civil, expedido el 26 de mayo de 1873 y adoptado en 1887, se gestó bajo el contexto de un régimen federal –los Estados Unidos de Colombia- y, por tanto, sólo contemplaba asuntos del orden nacional, razón por la cual en varios de sus artículos hace referencia a los bienes de la “Unión”, pues los estados federados tenían sus propias disposiciones.

Sólo a partir del artículo 183 de la Constitución Política de 1886, que sentó la separación de patrimonios de las entidades políticas que componían la nueva República, se señaló que “Los bienes y rentas de los Departamentos, así como de los Municipios son de su propiedad exclusiva, respectivamente de cada uno de ellos y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares”, de allí que el alcance e interpretación del artículo 674 del Código Civil debió

extenderse a los bienes y rentas de los departamentos, municipios y demás divisiones políticas que integraron e integran el territorio nacional.

En ese contexto, se tiene, que si bien al artículo 674 del C.C. distinguió entre bienes fiscales y bienes de uso público, no consagró ninguna definición respecto de lo que debe entenderse por uno u otro, razón por la cual del desarrollo de estas nociones se han ocupado tanto la jurisprudencia, como la doctrina. Sin embargo, de las normas del Código Civil sí se deriva una primigenia clasificación –que hoy en día ha sido ampliada a través de diferentes disposiciones-: **1.** Bienes fiscales propiamente dichos, que se gobernaban por el Código Fiscal y el Código de Régimen Político y Municipal y en lo no previsto por ellos por la legislación común. **2.** Bienes fiscales adjudicables como las minas y los baldíos, estos últimos, regulados por normas especiales que para la época de los hechos correspondían a la Ley 200 de 1936, la Ley 135 de 1961 y la ley 4 de 1973. **3.** Bienes de uso público que se gobernaban por las reglas del derecho público, frente a los cuales el artículo 684 del C. de P. C., consignó expresamente su inembargabilidad, confirmando con ello su carácter de inalienables. Vale decir, que entre este tipo de bienes se incluían, además, los denominados baldíos reservados de la Nación (como las islas y costas) considerados inadjudicables.

Desde pretérito se han clasificado como bienes de dominio público los destinados al desarrollo o cumplimiento de funciones públicas del Estado o los afectados al uso común. De este género, 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. Conviene repasar las definiciones que al respecto ha presentado la jurisprudencia:

“[...] La propiedad estatal está compuesta por BIENES DE USO PÚBLICO y BIENES FISCALES.

La distinción entre unos y otros ha sido definida por la doctrina.

“Bienes de Uso Público: Son aquellos que están destinados al uso general de los habitantes de un territorio, pertenecen al Estado como potestad

económica y jurídica, pero él no los utiliza en su provecho, sino que están a disposición de los gobernados.

Bienes Fiscales: por oposición, son aquellos que pertenecen al Estado pero que no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privativo de la administración, para sus fines propios, que en ocasiones pueden aparecer incompatibles con la utilización innominada. De estos bienes se dice que están puestos al servicio del Estado para su uso directo o para la producción de ventajas económicas suyas, en la misma forma que lo están los bienes de apropiación particular en beneficio de su dueño. De aquí resulta la identidad de regímenes jurídicos que se predica de los bienes fiscales y la propiedad privada de los particulares”

“Los bienes del Estado, según la clásica distinción de nuestro Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos pertenecen a la Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose su diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en su régimen legal, como que en los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etcétera), mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque pueden tomarse también como una especie de reserva patrimonial disponible para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público”.⁴³

De allí que los bienes de **uso público** se caractericen por: **i)** Pertenecer a una entidad de derecho público; **ii.)** Destinarse al uso común de los habitantes y, en consecuencia, **iii.)** Estar por fuera del comercio. Como se nota, la característica preponderante de estos bienes proviene de la naturaleza misma de su destino o afectación, por cuanto resulta apenas natural que no puedan ejecutarse actos que afecten el uso común, precisamente, por motivos de interés general y de orden público y es tal la condición que determina que sean inalienables e imprescriptibles.

⁴³ Consejo de Estado. Sentencia de 6 de abril de 2000 .Expediente núm. 5805. Consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

La Corporación ha manifestado lo siguiente, respecto de los bienes de uso público:

“(..) el derecho real de propiedad sobre algunos bienes de uso público, suspende las características propias de ser total, esto es, el ius utendi, el ius fruendi y el ius abutendi, pero se mantiene la persecución, la preferencia, rango y publicidad. En otros bienes de uso público, ese uso, goce y disposición del Estado lo ejerce por conducto de todos los habitantes, en razón a la misma naturaleza del bien, como el espacio aéreo.”

“(…)Se tiene entonces que si bien es cierto que sobre los bienes patrimoniales y fiscales, el Estado detenta una propiedad similar a la del particular, se pone de relieve la existencia de los llamados bienes de uso público universal, esto es, aquellos que por su propia naturaleza no se pueden desafectar de su destino común para todos los habitantes, sobre los cuales no existe ninguna propiedad similar a la particular, y el Estado ni detenta derecho real sobre el mismo, ni puede otorgar un uso exclusivo para ningún sujeto. Aquí, según ha señalado la teoría clásica o tradicional, el Estado solo tiene unos derechos de policía y administración.

Sin embargo, sobre otros bienes de uso público tales como las vías públicas y las plazas, existe la propiedad pública del Estado, en la cual éste tiene el uso de sus bienes que realiza por intermedio del público. Además de los poderes de policía y administrativos correspondientes, el Estado detenta entonces los derechos consagrados en la Ley para el propietario particular, generándose un derecho real que se encuentra en suspenso mientras el bien esté afecto al uso común.”⁴⁴

“El régimen de los bienes del Estado, denominados de USO PÚBLICO, implica que son inalienables, imprescriptibles e inembargables (CP art. 63) y se caracterizan porque su uso pertenece a todos los habitantes, como las calles, plazas, puentes y caminos (C.C. art.674) Y el régimen de destino sólo puede ser variado por los Concejos, Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial siempre y cuando sean canjeados por otros de características semejantes (art. 6° ley 9 de 1989)”⁴⁵

⁴⁴ Sentencia 5733 proferida por la Sección Primera el día 9 de marzo de 2000.

⁴⁵ Sentencia 5805 dictada por la Sección Primera el 6 de abril de 2000.

Por su parte, los **bienes fiscales** son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de un bien de propiedad particular; son bienes que están dentro del comercio y que son destinados, generalmente, al funcionamiento del ente público al cual pertenecen o a la prestación de un servicio. Cabe decir que cuando sobre esa materia se hace referencia a la noción de Estado se alude a los bienes que poseen tanto la Nación, como los departamentos, los municipios, los distritos y las entidades descentralizadas de aquellos.

No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esa clasificación tradicional entre bienes fiscales y bienes de uso público parece quedarse corta, toda vez que existen categorías de bienes que cuentan con características especiales que no se acomodan a las de una u otra de las especies clásicas y que se extienden, por ejemplo, a bienes como el patrimonio histórico y cultural, las tierras de resguardo y el espectro electromagnético.

Vistas las anteriores consideraciones de orden normativo, doctrinal y jurisprudencial, huelga concluir que dentro de los bienes recibidos por el municipio de Cartagena a título de cesión, pueden distinguirse tanto bienes de uso público como bienes fiscales propiamente dichos.

Es así como, por virtud de la escritura pública 140 de 1963, esta Sala identifica cedidos como bienes de **uso público** los siguientes: **1. El Lote distinguido con el No. 50 destinado a plaza pública** y **2. El lote identificado con la referencia catastral 1-31094** y área superficial de 1.084,60M2 correspondiente a **vía pública** identificado con los siguientes linderos: “por el norte con los lotes números 49 y 50 y mide 74,80 mtrs; por el sur, con lote número 81, 82 y 66 y mide 74,80 mtrs; por el oeste, con playas del Laguito y mide 14.50 mtrs; y por el este, con la calle Almirante Brión y mide 14.50 mtrs, con un área superficial de 1.084. 60 metros 2”. Inmueble respecto del cual se dejó constancia que constituía la terminación de la calle Almirante Brión.

De la misma forma, se identifican los siguientes **bienes fiscales propiamente dichos**: Los lotes Nros. 66, 81 y 82, según plano de la Urbanización El Laguito, destinados al funcionamiento de una inspección de policía, una escuela y una iglesia, respectivamente.

Lo anterior lleva a la Sala analizar la factibilidad de desafectar bienes de uso público y, en caso afirmativo, revisar si la enajenación de los mismos se realizó de acuerdo con las atribuciones otorgadas por el Concejo municipal y con el lleno de los requisitos establecidos por la normatividad vigente para la época.

3.3- Capacidad jurídica del Municipio (hoy Distrito) de Cartagena para desafectar bienes de uso público y enajenar bienes municipales. Requisitos para su procedencia.

Si bien la “desafectación”⁴⁶ de bienes de uso público, así como la enajenación de bienes fiscales cuenta hoy en día con una prolija reglamentación, el caso concreto obliga a remitirse al artículo 197 de la Constitución de 1886 -modificada por el Acto Legislativo No.1 de 28 de diciembre de 1968-, así como al Código Fiscal contenido en la Ley 4ª de 1913 y sus modificaciones correspondientes, con el fin de establecer, cómo se encontraban reguladas las competencias para efectos de autorizar la enajenación de bienes municipales, así como el procedimiento vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos materia de juicio.

Sea lo primero señalar que el artículo 62 del Acto Legislativo No. 1 de 28 de diciembre de 1968, modificó el artículo 197 de la Constitución Nacional, ampliando las atribuciones de los concejos municipales, así:

“Artículo 197.-Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán **conforme a la ley**, las siguientes:

‘(...) 4) Crear a iniciativa del alcalde, los establecimientos públicos, **sociedades de economía mixta** y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que **determine la ley**; (...)’

‘(...) 7) Autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, **enajenar bienes municipales** y ejercer pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a los concejos [...]” (resaltado fuera de texto)

⁴⁶Désaffectation. De latín affectare, afectar y el sust. Affectatio derivado del francés désaffecter. Cambiar de destino. Situación de un bien de dominio público artificial que deja de ser utilizado por el público o por el servicio público. La desafectación debe diferenciarse de la desclasificación, acto jurídico formal que implica la salida de un bien del dominio público. Vocabulario Jurídico. Gerard Cornu. Asociación Henry Capitant. Editorial Temis. 1995. Página 40.

La reforma constitucional de 1968 tenía por propósito dotar de autonomía al municipio colombiano, el cual hasta entonces se encontraba sometido a una rígida de centralización política derivada de la República Unitaria instaurada a partir de la expedición de la Constitución de 1886, que entre otras cosas, establecía que la nominación de gobernadores era facultad de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República⁴⁷ en tanto agentes de éste y representantes del poder ejecutivo⁴⁸ y, en tal calidad, los gobernadores tenían a su turno la facultad de nombrar y remover alcaldes, sobre quienes ejercían un especial control de tutela, al punto que éstos no sólo se hallaban sometidos a las decisiones de los Concejos Municipales sino también a las de sus respectivos gobernadores.

No obstante, como se desprende de la norma en cita, el ejercicio de la facultad otorgada a los Concejos para autorizar la enajenación de bienes municipales **se encontraba sujeta a la ley**, de manera que la autonomía otorgada en este ámbito no se materializó sino a partir de la expedición del Decreto-Ley 1333 de 1986 por el cual se incorporó de manera expresa la facultad para los Concejos Municipales de disponer lo conveniente sobre sus bienes inmuebles; esta facultad alcanzó mayores desarrollos con la expedición de la Ley 9ª de 1989 que en su artículo 6º consagró, por primera vez, el concepto de “desafectación” de bienes de uso público siempre que éste fuese canjeado por otro de características equivalentes, aspecto que posteriormente fue reiterado y enriquecido con la expedición de la Constitución de 1991 y la promulgación de Ley 388 de 1997, con la cual se consolidó el concepto de ordenamiento territorial como máxima expresión de la autonomía territorial.

Realizada esta precisión, se tiene que a la fecha en que se profirieron los Acuerdos municipales 37 de 1971 y 3 de 1972, no se había expedido ley alguna que diera desarrollo al artículo 197 Constitucional, por manera que necesariamente el Alcalde y el Concejo de Cartagena debían remitirse a las condiciones y procedimientos de enajenación de bienes municipales previstos en la Ley 4 de 1913 correspondiente al Código de Régimen Político y Municipal vigente para los años 70 y 71.

Así, por virtud del artículo 195 de la Ley 4ª de 1913, pertenecían a los municipios los que por cualquier título integraran su patrimonio, especialmente los bienes vacantes y mostrencos que se hallaran dentro de sus límites; los edificios, puentes y demás

⁴⁷ Artículo 194 de la Constitución Política de 1886.

⁴⁸ Artículo 193 de la Constitución Política de 1886.

obras cuya construcción se hubiese hecho con los fondos del municipio y los que les señalaran las leyes y ordenanzas.

En ese orden, el artículo 200 del citado Código de Régimen Político y Municipal consagró, que los bienes que por su fundación y origen estuviesen destinados a un objeto especial “[...] **no podrían tener en ningún caso otra aplicación** [...]”. (Resaltado fuera de texto)

A su turno, el artículo 201 del mismo estatuto, señaló que “**Todo solar** perteneciente al común, que exista dentro del área de la población **y que no sea necesario para algún uso público**, se podrá vender con las formalidades aquí prevenidas”. (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 208 del referido Código determinó que las **vías**, puentes y acueductos públicos “[...] **no podrían enajenarse ni reducirse en ningún caso**[...]” al punto que toda ocupación permanente que se hiciera de éstos se encontraba atentatoria de los derechos del común, y quienes en ello tuviesen parte serían obligados a restituir, en cualquier tiempo, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que pudiesen ser responsables.

Al efectuar una interpretación sistemática de las disposiciones legales enunciadas, se tiene que por regla general los bienes que hubiesen tenido destinación específica –sin importar su naturaleza- y los de uso público no podían enajenarse, en tanto se encontraran afectados al uso común. Sin embargo, el numeral 18 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal consagró que los Concejos Municipales tenían la facultad de determinar el **uso** de bienes comunales y, a su turno, el artículo 4 de la Ley 97 de 1913 precisó que “Corresponde a los concejos municipales disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos [...]”, normas que reivindicaban la facultad de los Concejos Municipales para apartar del uso común bienes de su propiedad, al punto que el antes transcrito artículo 201 del Código de Régimen Político y Municipal, autorizó la venta de todo bien **no necesario para el uso público**.

En esos términos, la Sala encuentra que el Concejo Municipal de Cartagena era competente para modificar la destinación de bienes de uso público, como en efecto ocurrió mediante el Acuerdo 3 de 1972, por el cual se autorizó la enajenación del inmueble identificado con la referencia catastral 1-31094 destinado a vía pública “[...] por efectos de modificación en el trazado de las vías [...]” como quedó

expresamente consignado en el citado acto administrativo, circunstancia que debe entenderse en términos prácticos como una desafectación concreta de este bien inicialmente de uso público. El mismo efecto, debe otorgarse a la autorización contenida en el Acuerdo 37 de 1971 respecto de la enajenación del inmueble destinado para plaza pública distinguido como lote No. 50, en la medida que como en él se especifica, fue variado el trazado de la urbanización “El Laguito”.

Desde ese punto de vista lo que el Concejo de Cartagena autorizó en estricto sentido fue la enajenación de **bienes fiscales**, operación para la cual el artículo 204 de la Ley 4 de 1913 modificado por la Ley 71 de 1916 prescribió el procedimiento de subasta pública⁴⁹. Sin embargo, la Ley 71 de 1916 estableció en su artículo 11 que la enajenación de bienes raíces de los municipios **que no pudiese someterse a la formalidad de la subasta pública** en razón a que la naturaleza del contrato a celebrarse lo impidiera, por ejemplo la permuta, podría celebrarse sin tal formalidad, **pero previo avalúo judicial de los bienes**, y siempre que los contratos respectivos fuesen **aprobados previamente por el gobernador**, quien para el efecto debía contar con el informe del personero y cerciorarse de la necesidad o utilidad pública de la enajenación, aspecto en el que se concretó la limitada autonomía de los municipios como se dejó anotado en párrafos anteriores.

De lo expuesto se infiere que la enajenación de bienes municipales estaba sujeta a un acto administrativo complejo integrado por: el informe del personero en el que se definieran los motivos de utilidad pública, la aprobación previa del Gobernador al

⁴⁹ Artículo 204 del Código Fiscal establecía las siguientes reglas:

1. Será evaluada judicialmente;
2. Se anunciará la venta en el periódico oficial del departamento, con sesenta días de anticipación, por lo menos, y por el mismo termino se fijará el anuncio en lugares públicos de la cabecera del municipio en que exista la finca, en la de los tres municipios más inmediatos y en la capital del departamento;
3. El anuncio de que trata la regla anterior debe expresar el valor de la finca y el día y la hora del remate, y las condiciones sustanciales de él;
4. El remate debe hacerse en la cabecera del municipio en que exista la finca, en día de concurso y precediendo pregones por el espacio de una hora, a los menos, en que se anuncien las posturas y mejoras que se hagan;
5. En los tres días de concurso que precedan inmediatamente al del remate se anunciará este por medio de un pregón;
6. Para que sea admisible una postura, debe cubrir el avalúo de la finca, a menos que, por algún motivo especial, se haya acordado y aprobado que sea admisible la postura por las cuatro quintas partes;
7. Cuando ocurriere antes del remate fundado motivo para creer que hubo fraude, colusión o error en el avalúo, dispondrá el concejo que se repita este por diversos peritos. Después de celebrando el remate, solo podrá anularse cuando haya lesión enorme en perjuicio del común, y
8. El valor del remate será cubierto necesariamente de contado.

contrato de sociedad, la autorización del Concejo otorgada al Alcalde municipal y el avalúo judicial de los bienes, todos ellos, requisitos que no aparecen surtidos por el Municipio de Cartagena, según se infiere del texto de los Acuerdos 37 y 3 de 1970 y 1971, respectivamente, ni de la Escritura Pública No. 1659 de 24 de diciembre de 1971, por la cual se constituyó la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., ni de la Escritura Pública No. 1234 de 19 de julio de 1972, por la cual se transfirió parte de la vía pública ya desafectada relacionada en esta providencia.

A partir de los fundamentos expuestos la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

- Si bien el Municipio de Cartagena recibió de la urbanización El Laguito por virtud de la Escritura Pública No. 140 de 31 de enero de 1963, dos predios que tenían la calidad de bienes de uso público – lote 50 y predio distinguido con el número catastral 131094- los mismos fueron desafectados del uso común por el Concejo de Cartagena, mediante los Acuerdos 37 de 1971 y 3 de 1972, en ejercicio de las atribuciones establecidas en el numeral 18 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 4 de la Ley 97 de 1913.

Al no estar comprometidos bienes de **uso público municipal** en la **operación de constitución de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A.**, no encuentra la Sala probada vulneración alguna al derecho o interés colectivo dirigido a la protección de bienes de uso público y, en consecuencia, tampoco al derecho o interés colectivo al patrimonio público, más aún si se tiene en cuenta que el municipio de Cartagena recibió como contraprestación por los inmuebles enajenados a la Compañía Hotelera, 45.420 acciones de un total de 146.540 de acuerdo con el avalúo realizado por la Superintendencia Bancaria, lo que indica que frente a estos bienes operó una **subrogación real**, es decir, la sustitución efectiva de unos bienes inmuebles por unos muebles representados en acciones, que de igual forma integraron el patrimonio del municipio de Cartagena en virtud de una convención validamente celebrada en los términos del artículo 812 del Código Civil.

- En cuanto a la participación accionaria por parte del Municipio de Cartagena en la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., debe señalarse que en virtud del artículo 197 de la Constitución Nacional, los Concejos tenían la facultad de autorizar la creación de sociedades de economía mixta, definidas por el Decreto 1050 de 1968 como organismos constituidos bajo la forma de sociedad

comercial “[...] con aportes estatales y de capital privado, **creados por la ley o autorizados por ésta**, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. El grado de tutela y, en general, **las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinaría en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social.** [...]”.

(Resaltado fuera de texto)

De allí que la Sala no encuentra vicio que afecte la constitución de la sociedad comercial en razón a la participación del municipio de Cartagena, por cuanto se cumplieron los requisitos contemplados en el decreto 1050: (1) La Ley que la crea o autoriza representada en este caso por los Acuerdos municipales 37 y 3 –entendidos como ley en sentido material- y, (2) El contrato de sociedad contenido en la escritura pública No.1659 del 24 de diciembre de 1971 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Cartagena.

- Finalmente, frente a la enajenación de bienes fiscales, si bien se deja en evidencia que la misma no se realizó con el lleno las formalidades legales contenidas en las disposiciones vigentes, tal ilegalidad, aunque reprochable no es materia de análisis de la presente acción popular por cuanto ella se circunscribe únicamente a la protección de bienes de uso público y en general al patrimonio público, tal como se explicó en párrafos anteriores de esta providencia, amén de que respecto de tales actos debe predicarse una situación jurídica consolidada, en razón a que frente a ellos no se ejercitó ninguna de las acciones administrativas y/o judiciales previstas por la Ley para la época.

Ello sin contar con que tales actos administrativos deben entenderse convalidados por intervención directa del legislador al suprimir los requisitos que en su momento eran necesarios para la enajenación de bienes municipales mediante el Decreto-ley 1313 de 1986, la Ley 9 de 1989 y la Ley 338 de 1997.

Como corolario de lo anterior, la Sala denegará las pretensiones del actor, en relación con este cargo, toda vez que no se violaron ni afectaron los derechos e intereses colectivos de defensa de los bienes de uso público y del patrimonio público, en la medida en que el entonces municipio de Cartagena negoció unos bienes que podía negociar, de conformidad con la normativa vigente al momento de los hechos.

4. Análisis sobre el dominio privado de playas y terrenos de bajamar en el caso concreto.

Como se expuso, el segundo cargo alegado por el actor en la acción popular que se estudia, guarda relación con la supuesta apropiación que la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, hizo de unos terrenos que antes fueron ocupados por el mar y que hoy en día son sólidos o playas. Para este efecto, vale la pena advertir, que este cargo no ha sido en estricto sentido desvirtuado por la mencionada compañía en su calidad de demandado, toda vez que lo que ésta alega es la legitimidad que tenía para recuperar unos terrenos que habían sido ocupados por el mar; por este motivo, el análisis de este numeral estará centrado en la determinación de la legitimación o conformidad con la ley de esta “accesión”, y sólo en caso de advertirse la ilegalidad de esta, se estudiará lo relativo a la violación de los derechos o intereses colectivos invocados como violados, y que resultan susceptibles de análisis según lo sostenido en el numeral 1 de esta parte motiva.

Con este propósito, se revisará en primer lugar, lo relativo a las pruebas que acreditan el acceso a un terreno que antes fue ocupado por el mar (punto 4.1); luego se analizará lo referente a la “accesión” de terrenos ocupados antes por el mar (punto 4.2), institución jurídica ésta que es invocada por la compañía hotelera como legitimadora de su dominio; se procederá posteriormente, a analizar en el caso concreto las específicas apropiaciones que se hicieron de por parte de la compañía hotelera de terrenos antes ocupados por el mar y la legitimidad de estas (punto 4.3); luego, se hará el análisis de los derechos e intereses colectivos alegados como vulnerados y cuya revisión corresponde hacer a la Sala, y (punto 4.4.); finalmente, se resolverá la objeción por error grave propuesta por el actor contra el dictamen pericial rendido por la DIMAR (punto 4.5).

4.1- Situación Probatoria

Dentro del expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos y actuaciones, relacionados con este cargo:

- **Resolución No. 28 de 28 de abril de 1971**, expedida por el Alcalde de Cartagena ***“Por medio de la cual se aprueba una modificación en la***

recuperación de tierra para la prolongación de la Urbanización ‘El Laguito’ (Fls. 289 a 291 C. 1).

En la parte considerativa de este acto administrativo se dejó constancia que por Resolución 138 de 27 de septiembre de 1956, la Alcaldía aprobó la recuperación de tierra destinada a la construcción de la urbanización “El Laguito”, con el previo lleno de los requisitos exigidos por la Nación y la Armada Nacional, en consecuencia, resolvió aprobar la modificación solicitada por los urbanizadores, de acuerdo con el plano enviado a la Alcaldía de Cartagena en junio de 1970.

En contraprestación, los urbanizadores se comprometieron a efectuar a su costa la defensa necesaria de las playas de Castillogrande hasta el Club Naval y encargarse de las reparaciones en cualquier zona afectada por la recuperación; así como ceder al municipio de Cartagena, además de las vías, andenes, zonas verdes, etc., un lote de terreno de área no menor a 3.000 m2 en zona previamente aprobada por la Oficina de Planificación.

- Se encuentra probado que mediante **escritura pública 62 de 29 de enero de 1973** otorgada en la Notaría Tercera de Cartagena, la sociedad CONTRATISTAS VAM SURAMERICANA LTDA., transfirió, a título de venta a favor de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., la totalidad de los derechos de dominio y posesión sobre el lote de terreno No. 49 de la Urbanización “El Laguito”, el cual se encontraba debidamente identificado en cuanto a área y linderos, para un total de 1.438,40M2; en dicho instrumento se consignó lo siguiente (Fls. 51 a 60 C. 1. 310; 474 C. 10):

“SEXTO.- (...) que en el precio de la venta está incluido el valor de las obras de urbanización exigidas por el municipio de Cartagena, para conceder permiso de construcción **y además, pertenecen a la sociedad adquirente la totalidad de los terrenos que por recuperación se pueden obtener, al tenor del artículo 724 y concordantes del Código Civil, por estar tal recuperación igualmente incluida dentro del precio de la venta.**” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

También se consignó que:

“[...] la sociedad INVERSIONES EL LAGUITO LTDA, obtuvo de las autoridades competentes al tenor del artículo 724, permiso para hacer las obras necesarias para restituir las aguas al acostumbrado cauce en terrenos de la llamada urbanización El Laguito del Barrio Bocagrande” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Las autorizaciones a que aludía el texto transcrito eran las Resoluciones No. 138 de 27 de septiembre de 1956 y 28 de 28 de abril de 1971 de la Alcaldía de Cartagena; 103 de 23 de agosto de 1960 del Comando de la Armada y 161 de 31 de julio de 1972, del Director General Marítimo y Portuario, de forma que según el texto de la escritura:

“[...] tales recuperaciones accederán a los lotes o terrenos contiguos, como puede suceder con el lote número cuarenta y nueve (49) a que se refiere la presente escritura y en consecuencia reiterar y ratificar a favor de la ‘COMPañÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.’ cualquier derecho sin limitación alguna que la compañía ‘INVERSIONES EL LAGUITO LTDA’ pudiera tener o le correspondiera por la recuperación que existe o existiera en el futuro contigua a los linderos dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua, de los lotes cuarenta y nueve (49), sesenta y ocho (68), ochenta y dos (82), ochenta y uno (81) y cincuenta 50) así como antigua zona intermedia para calle (Almirante Brion Calle I=A) hoy propiedad de la COMPañÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.”

Tal declaración se hacía según la escritura pública, al tenor del artículo 719 del Código Civil; Finalmente, se hizo constar en forma expresa que:

“INVERSIONES EL LAGUITO LTDA. cede a favor de COMPañÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. el derecho para efectuar las obras tendientes a la recuperación de terrenos, hoy bajo agua, en las zonas respectivas de los frentes de los lotes 49, 66, 81,82 y 50, renunciando en esta forma a la ejecución de las obras en esas zonas, para lo cual había obtenido los permisos.”

De igual forma el entonces Alcalde de Cartagena ratificó en la señalada escritura a favor de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., los derechos de recuperación de tierras sobre los lotes mencionados a partir de las resoluciones 138 de 1956 y 28 de 1971.

- **Resolución No. 102 de 22 de octubre de 1974**, expedida por el alcalde de Cartagena **“por la cual se prohíbe la expansión urbanística conocida como ‘LAGUITO NÚMERO 2 y se deroga la Resolución No. 28 de abril 28 de 1971, dictada por esta alcaldía”** (fotocopia autenticada Fls. 270 a 276 C. 2)

La parte considerativa de la resolución alude a la tradición de 3 lotes “descubiertos” adquiridos por Inversiones el Laguito Ltda., en relación con los cuales se establece que éstos fueron adquiridos por ANDIAN NACIONAL CORPORATION LIMITED a través de la escritura pública No.106 de 1957 y transferidos posteriormente a Inversiones El Laguito Ltda., por la escritura pública 1201 de 1958.

Se manifestó que la venta incluyó además de los 3 lotes descubiertos **“tierras sumergidas de la península que devuelvan las aguas naturalmente o por medios artificiales”** por virtud de lo dispuesto en el artículo 723 del C.C. que preceptúa que si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas volverá a sus antiguos dueños, derecho que fue transferido a Inversiones El laguito Ltda.

Agrega la providencia en su parte considerativa que esta sociedad obtuvo los permisos administrativos para ejecutar en la península de su propiedad obras de defensa, recuperación y urbanización, contenidas en las Resoluciones 103 de 1960 del Comandante de la Armada y resolución 161 de 1972 del Director General Marítimo y Portuario -;

Se dejó constancia también, que éstos derechos fueron solemnemente reconocidos por el municipio en la escritura 62 de 1973, por medio de la cual la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A. adquirió el lote 49 de la urbanización “[...]y el derecho añejo(...)' ‘(...) para efectuar las obras tendientes a la recuperación de terrenos, hoy bajo agua, en las zonas respectivas(...)' ‘(...) tales recuperaciones accederán’ a dicho lote”;

Posteriormente, consignó que sin perjuicio de los derechos de la sociedad y excediendo el alcance de los mismos, la alcaldía expidió la resolución 28 de 28 de abril de 1971, aprobando una modificación sustancial al proyecto originalmente autorizado para la ejecución de obras y recuperación de tierras por parte de la sociedad “El Laguito”, **cambio que implicaría una permuta de bienes cuyo dominio pertenece a la Nación**, para lo cual el municipio no está autorizado, además que sería una autorización excesiva para recobrar tierras sumergidas que rebasarían el área de que Inversiones El laguito es legítima propietaria y entrañaría la construcción de dos urbanizaciones diferentes.

Por tanto, la Alcaldía resolvió derogar la resolución 28 de 1971, y dispuso, entre otras cosas, que la sociedad “El Laguito” solo podría ejecutar obras tendientes a recobrar tierras de que fuera legítima propietaria y, ceder al municipio 3000 m² de las tierras recobradas, además de las vías, andenes y zonas verdes.

- **Resolución 00420 de 21 de noviembre de 1975, expedida por la DIMAR** (Fl. 398 C. 10; 12 y 13 C. 6).

Se lee que la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., solicitó autorización de unas obras de relleno y defensa a base de la formación de espolones en zonas de playa y terrenos de bajamar, situados en la Urbanización “El Laguito” –señala los linderos-; que la solicitud obedeció a que esas obras se consideraron necesarias para la preservación de esas áreas; se dejó constancia que se efectuaron los estudios técnicos necesarios según planos.

En consecuencia, la DIMAR resolvió autorizar a la Compañía Hotelera Cartagena de Indias **“la ejecución de las obras de relleno y preservación en las áreas señaladas, sin perjuicio del derecho de dominio eminente que corresponda a la nación en las mismas zonas o a particulares con justo título anterior a la vigencia del actual Código Civil o en leyes posteriores especiales”**,

- No obstante, mediante la **escritura pública 2274 de 4 de diciembre de 1980 otorgada en la Notaría Tercera de Cartagena**, se ratificó y modificó una garantía hipotecaria de 6 lotes: 49, 50, 66, 81, 82 y otro que antes estaba

destinado a calle. En el mismo instrumento se englobaron tales predios con el fin de asignarles un solo folio de matrícula. En tal escritura se consignó lo siguiente: (Fls. 61 a 72 C. 1. 259 C. 10)⁵⁰.

“Parágrafo.- Debido a la labor ejecutada de recuperación de tierras, en la actualidad el inmueble formado por los seis (6) lotes contiguos que se acaban de describir y las tierras recuperadas al mar, arrojan una cabida superficial de treinta y cinco mil setenta y cinco metros con diez y siete centímetros (35.075 m) metros cuadrados, cuyos linderos y medidas son (...)” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

- Por **Escritura Pública 1315 de 19 de mayo de 1987** otorgada en la Notaría Primera de Cartagena en la cual se indicó que la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A. era propietaria de un bien inmueble, resultado de englobar 6 lotes de terreno, así (Fls. 73 a 75 C1)⁵¹:

“según tradiciones anteriores, más la labor de recuperación de tierras ya que dichos inmuebles se hallaban en parte cubiertos de agua por causa de las avenidas, oleajes, aguajes o mares de leva. Para esta recuperación de tierras la sociedad propietaria obtuvo los permisos pertinentes de la Dirección General Marítima y Portuaria”.

En esta escritura, a su turno, se hizo mención a su vez, la escritura pública 819 de 1975 por la cual se protocolizó el contrato suscrito entre la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A. y la Hilton Internacional Company, en el cual se señaló la zona en que sería desarrollado el hotel, se describieron los lotes y se protocolizó el plano general del proyecto -en el cual se incluían las tierras recuperadas-.

Con fundamento en tal plano la Dirección General Marítima y Portuaria expidió la Resolución 000420 de 21 de noviembre de 1975 a favor de la propietaria Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., por la cual autorizó la ejecución de obras de relleno y preservación en las áreas de su

⁵⁰ Si bien esta escritura fue aportada por la parte actora, en copia simple, también fue allegada al proceso, por envío que la Procuraduría General de la Nación - Procuradora delegada para asuntos civiles hizo al Tribunal Administrativo de Bolívar, el 19 de noviembre de 2001, del expediente interno 731 de 1994, en respuesta a la solicitud formulada por el mismo Tribunal. Copia del mencionado oficio obra en el folio 2 del cuaderno 2 y copia de la mencionada escritura pública dentro de este expediente, obra en los folios 46 y siguientes del cuaderno 6.

⁵¹ Ibidem.

propiedad. Por tal razón, en esta escritura se dejó constancia que existía una diferencia de linderos entre el primer englobe y las zonas de recuperación autorizadas en la resolución 00420 de 1975, por lo cual se procedió a la aclaración de linderos.

- **Resolución 00040 de 22 de agosto de 1990, expedida por la DIMAR (Fl. 74 C. 9).** En esta Resolución se indica que se presentaron quejas sobre la tendencia del Hotel Hilton de privatizar la playa aledaña a sus instalaciones impidiendo el paso de personas diferentes a sus huéspedes; de manera que después de oír en descargos a la Compañía Hotelera se ordenó a ésta levantar toda planta u objeto que impidiera el libre acceso a las playas aledañas a sus instalaciones, para lo cual le concedió un plazo de 45 días.
- **Escritura Pública 5173 de 2 de noviembre de 1990** otorgada en Notaría Tercera de Cartagena (Fls. 76 a 78 C. 1).

En tal escritura se consignó que *“la propietaria hasta la fecha solo ha logrado ejecutar parte de las obras de relleno y preservación que la (sic) fueron autorizadas por la Dirección Marítima y Portuaria permaneciendo parte de los espacios asignados por dicha resolución cubiertos por las aguas de la Bahía de Cartagena”*. De igual forma, se consignó que el municipio construyó una vía que ocupa parte de los terrenos de la Compañía Hotelera e Cartagena de Indias S.A. y por ello ha tenido que ceder parte del inmueble al municipio, modificándose los linderos y medidas, razón por la cual se actualizan tanto los linderos, como el área del terreno.

- **En el Cuaderno 11 (Expediente 731 remitido por la Procuraduría General de la Nación)** aparecen las escrituras públicas 414 de 24 de julio de 1922 de la Notaría Primera de Cartagena otorgada por The Colombian Railways and Navegation Company Limited y otro, a favor de The Andian Nacional Corporetion (fls. 1 a 55) y C-323 de 1 de abril de 1958 otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena (Fls.57 a 65) y 568 de 18 de mayo de 1956 otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena.
- **En el Cuaderno 12 (Expediente 731 remitido por la Procuraduría General de la Nación)** Obran las escrituras públicas 566 de 10 de agosto de 1920; 414 de 1922; 16 de 1957; 3779 de 1957; 1021 de 1958; 1201 de 1958; 140 de 1963; 2516 de 1970; 1659 de 1971 (fls. 21 y ss); 62 de 1973 (fl. 245).

- **En el Cuaderno 6 (Exp. 731 de Procuraduría Delegada en lo Civil)** Escrituras Públicas 106 de 1957; 140 de 1963; 2274 de 1980; 1315 de 1987; 5173 de 1990.
- **En el Cuaderno 3**, obran igualmente copia de los Acuerdos 37 de 1971; 3 de 1972; escrituras públicas 5173 de 1990; 1315 de 1987 y 1659 de 1971.
- **Oficio 0034 CP5-OFJUR**, de 17 de diciembre de 1999, dirigido por el Capitán de Puerto de Cartagena – Armada Nacional – Dirección General Marítima (Fls. 347 a 355 C. 1).
- **Pago de impuestos** (Folios 363 y ss. C. 1; 3, 60 y 61 C. 2). Pago de impuesto predial efectuado por la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A. Referencia catastral 01-01-0028-0001-000 vigencias 1996 a 2001.
- **Inspección Judicial, practicada el 22 de noviembre de 2001**, efectuada en la urbanización El Laguito, en donde funciona el Hotel Hilton. Intervinieron 3 peritos: Marcelo Peña Pomares (Avaluador de bienes muebles e Inmuebles), Rafael Romero Maza (Ingeniero Civil) y Amparo Molina Márquez (Ingeniera Geóloga) (fls. 335, 338 a 343 C.1).

A propósito de tal inspección rindieron el siguiente dictamen (Fls. 69 a 94):

*** Al cuestionario del actor:**

- Medidas y linderos del lote 49, con área de 1.438,40 m²

- Se determinaron los lotes de propiedad del Distrito que se aportaron a la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.:

Lotes 82 con área de 700 m²,

Lote 81 con área de 700 m²,

Lote 66 con área de 945 m²;

Lote 50 con área de 2.500 m²

Otro Lote con área de 1.084 m²

Total 5.929 m2

- No responden cómo ha sido el proceso de acreción.

- Valor del metro cuadrado de los lotes, señalaron que después de efectuar comparaciones de transacciones en el mercado inmobiliario de lotes de terreno en la misma zona, el valor del metro cuadrado en la Urbanización de El Laguito era de \$800.000, suma que multiplicó por el área de 27.763,05 m2 para un total de \$22.210'440.000,00

- No responden sobre los daños y perjuicios causados al medio ambiente, y la violación del espacio y patrimonio públicos.

* Al Cuestionario de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.:

- A la demandada se le autorizaron la ejecución de obras de recuperación que por estar en terrenos de jurisdicción de Dimar, estaban amparados en la resolución 0420 de 2 de noviembre de 1975.

- En el Plano anexo identificaron el área ocupada por el Hotel Hilton y el área autorizada.

- Señalaron el área autorizada por la DIMAR en la resolución 0420 citada y afirmaron que: *“En cuanto a su ejecución y de acuerdo a los informes presentados por las autoridades encargadas de supervisar las obras y de los peritos oceanógrafos nombrados, estas obras fueron ejecutadas de acuerdo a las especificaciones técnicas dadas por los expertos Oceanógrafos y de las obras autorizadas. La compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A. **tiene ocupada un área de 27.763,05 m2**”*

- Transcribieron el siguiente aparte del oficio 0034 CP5-OJUR- de 17 de diciembre de 1999, de la Capitanía de Puerto de Cartagena: *“Existe en el área del sector SUR pendiente de recuperación, conforme a lo autorizado por DIMAR, sobre el cual la Compañía Hotelera ha observado lo atinente a su condición de playa marítima y continuarán en tal condición, hasta tanto solicite y obtenga el permiso de la autoridad marítima conforme al Decreto 2324/84 para su uso y goce”*

Sobre el área actual de la península urbanización El laguito y el área autorizada para recuperación por las diferentes autoridades, se sostuvo que,

el área actual de la urbanización, deslindando el Hotel Caribe, es de **188.453,80 m²**, o sea **18.84 hectáreas**, contra **30 hectáreas** –según oficio **0034 de 17 de diciembre de 1999-** que estaban autorizadas inicialmente para urbanización; que con relación al área recuperada, la parte ocupada por la **Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.** es de **27.763,05 m²**, de acuerdo con el levantamiento planimétrico y las memorias de cálculo, que no incluye las antiguas playas del edificio **Tocagua** que desaparecieron por la investida del mar.

- Se indicó que no pudieron conseguir las aerofotografías para mirar la evolución física de la península de El Laguito desde 1938, en adelante.

En complementación posterior señalaron que el valor del metro cuadrado lo obtuvieron por información de las Oficinas de Lonja de la ciudad (fl. 278 C. 2).

- Por auto de 4 de marzo de 2002, ante la manifestación de desistimiento de los estudios geológicos y aerofotográficos que debía rendir la Capitana de Fragata Amparo Molina Vásquez, por razones económicas, la Magistrada solicitó a la Universidad de Cartagena un informe técnico sobre la naturaleza del suelo de acreción y si se produjo sobre el mar territorial. (Fls. 13, 14, 16 a 18, 51 y 52 C. 2).

La Ingeniera Geóloga Amparo Molina Márquez, pese a que el Tribunal cambió la prueba, remitió el Informe Técnico, y señaló que cuando recibió el oficio con la copia del auto, ya se había terminado el Informe (fl. 67 C. 2 y C. 8).

- Obra el oficio mediante el cual la Universidad de Cartagena remitió el **Informe Técnico “Naturaleza del suelo en la zona de El Laguito en la ciudad de Cartagena”** (Anexo 3), según el cual:
- **Expediente 731 /94, adelantado por la Procuraduría Delegada en lo Civil**, por una presunta ocupación de bienes de uso público (playas) por la construcción Hotel Hilton de Cartagena (Cuadernos anexos 3/10, 6/10, 7/10, 9, 12).

La actuación se originó de oficio por el Procurador Departamental de Bolívar, por auto de 8 de septiembre de 1992 y se archivó mediante auto de 23 de marzo de 2000, al encontrar que no había lugar a solicitar de las autoridades respectivas la restitución ni la anulación de títulos (C. 7 Fl. 88). -el Informe de 8 de abril de 1999 a que alude el auto de archivo obra a Folios. 91 a 104 C. 9-.

En el Informe evaluativo de 24 de febrero de 2000 que, previo al auto de archivo, presentó la abogada comisionada, se consignó que para establecer la ocurrencia de la ocupación de los bienes de uso público, se solicitó a la Capitanía de Puerto de Cartagena la elaboración de un dictamen pericial, el que fue rendido el 31 de julio de 1992, según el cual el predio sobre el cual se construyó el hotel Cartagena Hilton tenía dentro de sus límites un área de 11.712 m², que correspondía a playas y aguas marítimas de propiedad de la Nación y que las obras de ampliación que se pretendían realizar sobre los mismos y sobre la zona sometida a la Dirección General Marítima y Portuaria, necesitaban autorización por concesión y permiso; y que con base en ese peritazgo **se recomendó remitir a la Procuraduría Departamental para que requiriera del alcalde o del personero distrital, adelantar las acciones tendientes a la recuperación de las zonas de uso público ocupadas por el Hotel y, remitir copia a la DIMAR, para los efectos de la autorización.**

Agregó el informe evaluativo que, por oficio 0435 CP5-OFJUR, el Capitán de Puerto de Cartagena envió copia del Informe de 12 de diciembre de 1998, presentado por el perito oceanógrafo Enrique Millán Gutiérrez de Piñeres, elaborado a solicitud de la Capitanía de Puerto con el fin de determinar en la zona costera del Hotel Hilton – Sector Laguito de Bocagrande, cuáles eran las áreas que correspondían a bienes de uso público y cuáles las sometidas a jurisdicción de la DIMAR, del cual procedió a transcribir algunos apartes y las conclusiones.

De otro lado, se indicó que por resolución 000040-CPC-OF-JUR, de 22 de agosto de 1990, la Capitanía de Puerto, en investigación por ocupación indebida de playas, ordenó levantar toda planta u objeto que impidiera el libre acceso a la playa aledaña a las instalaciones del hotel, y que luego de requerimientos por oficio 1432 de la capitanía de Puerto, recibido el 16 de septiembre de 1998, se informó a la Delegada que conforme a una

Inspección ocular practicada el 28 de agosto de 1998, que tuvo como base los informes de 31 de julio de 1992 y 17 de abril de 1996, se había constatado que en el sector sur y este del terreno había zonas de playas sin construcciones permanentes; que la Compañía Hotelera dio cumplimiento a la Resolución 000040 de 1990, y que a la fecha no había ningún obstáculo que impidiera el acceso de peatones y/o bañistas a la playa; **que en el sector norte se efectuó a partir de 1996, la construcción de un edificio, ya terminado, sobre el cual existe un área de 10 m2 construidos sobre terrenos de la Nación –hecho que debía verificarse con un levantamiento topográfico-** y que un área de 117,50 m2 estaban construidos en terrenos de la Compañía Hotelera pero sometidos a jurisdicción de la DIMAR. Que la Personería del Distrito también comunicó que en visita comprobó la ausencia de pared u objeto que impida el libre acceso de transeúntes o turistas al lugar.

De igual forma hizo referencia al Oficio 00034-CP5-OF-JUR, recibido el 24 de enero de 2000 y suscrito por el Capitán de NAVÍO (R) Gonzalo Parra Santos – Capitán de Puerto de Cartagena, en el que, se dijo, se hizo un recuento de la tradición del terreno en el que se edificó el Hotel Hilton, que daba cuenta de que un área de aproximadamente 30 hectáreas de la península de Bocagrande había sido cubierta por las aguas por acción del mar. Transcribió apartes del oficio y las conclusiones.

4.2- El fenómeno de la “acesión” frente a zonas costeras.

Habida cuenta que, como se señaló, la compañía hotelera Cartagena de Indias S.A, ha alegado su legítimo derecho a recuperar tierras que fueron “invadidas” por el mar, y para ello ha argumentado la autorización que sobre el particular le han dado algunas autoridades públicas, la existencia de algunos “títulos” y su viabilidad jurídica, con base en lo establecido en el Código Civil en materia de accesión; en este numeral se hará un somero análisis sobre esta figura, y de manera especial de los artículos 719, 723 y 724 de dicho estatuto y su relación con zonas costeras, o de bajamar o playa; aclarado este aspecto, se procederá en el siguiente, a revisar de manera específica la legitimidad jurídica de dicha ocupación.

Los artículos aludidos del Código Civil se encuentran en su Título V relativo a “la accesión”, y de manera más específica, en el capítulo II del mismo, sobre “las accesiones del suelo”

La accesión es definida por el artículo 713 de Código Civil como un modo de adquirir por el cual “[...] *el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o lo que se adjunta a ella [...]*”

Sea lo primero señalar, que la accesión en cualquiera de las modalidades reguladas por el Código Civil Colombiano, tiene su origen **en un hecho de la naturaleza**. Desde ese punto de vista, lo que este Código regula son modalidades de acrecimiento de tierra por efectos del cambio en el curso de ríos y lagos, entre ellas, las previstas en:

- 1) El artículo 719 que consagra la figura del aluvión (o médanos) que consiste en el aumento que recibe **la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas**, es decir, tierras que por efectos de las aguas, se depositan o fijan en el fundo ribereño. Esta figura, fue limitada drásticamente por el artículo 83 del decreto – ley 2811 de 1974 – Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente- según el cual, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado el álveo o cause natural de las corrientes, el lecho de los depósitos naturales de agua, así como una faja paralela a la del cause permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho, aspecto que impide adquirir por aluvión el área de ribera o playa fluvial.
- 2) El artículo 723 del Código Civil, según el cual el acrecimiento se produce cuando terrenos **de propiedad privada** que por causas naturales fueron inundados, quedan secos por efecto del retroceso natural de las aguas, **siempre que este suceso se produzca dentro de los diez años subsiguientes**. A esta figura alude de manera enfática la defensa de la Compañía Hotelera; sin embargo, en este evento, el derecho de dominio se extingue a favor de la Nación, al haber transcurrido más de diez años entre el fenómeno en que las tierras quedaron sumergidas. Para el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado, que esta época corresponde al año

1957 según títulos, y 1956 según el informe pericial adelantado por la Universidad de Cartagena⁵².

- 3) El artículo 724 del mismo estatuto establece que, “*Si un río varía de curso, podrán los propietarios riberanos, con permiso de la autoridad competente, hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cause, y la parte de este que permanentemente quedare en seco, accederá a las heredades contiguas, como el terreno del aluvión en el caso del artículo 720*”. Esta figura, que tiene origen **en la mutación del cause de un río** que afecte el derecho de dominio de un **propietario** riberano, permite ya no por causas naturales sino artificiales regresar el cause a su curso natural, figura que no tiene aplicación respecto de aguas marítimas pues el artículo hace referencia expresa “al cause de un río”; vale la pena también agregar, al respecto, que no existe evidencia suficiente de propiedad sobre los terrenos inundados como se dejó constancia en apartes anteriores de este estudio.

De la descripción normativa hecha, se pueden extraer los siguientes requisitos, para la operatividad de estas modalidades de accesión:

1. Que se trate de la **ribera de un río o lago**.
2. Que el retiro de las aguas corresponda a un fenómeno natural.
3. Que el retiro de las aguas sea definitivo y,

Para efectos del artículo 723, que el retiro de las aguas se produzca dentro de los diez (10) años siguientes a la inundación, pues en caso contrario, se extinguirá el dominio particular a favor de la Nación, en tanto propietaria de ríos y lagos en los términos de los artículos 677, 678 y 683 del Código Civil.

Estos requisitos, detentan una lógica precisa; en lo que respecta al primero de ellos, vale la pena indicar, que la “accesión” como modo de adquirir el dominio fue previsto expresamente por el Código Civil, para predios colindantes con aguas interiores explícitamente definidas: **ríos, lagos y lagunas** –siempre que no se trate de ríos o lagos navegables⁵³- más no respecto de **zonas marítimas**. Esta

⁵² Anexo 3 y 8 del expediente.

⁵³ El Derecho de Bienes. Ernesto Peña Quiñónez. Gabriel Ernesto Peña Rodríguez. Editorial Legis. 2006.

figura, que se remonta al Código Civil Chileno de 1804, que a su vez, ofreció una especial y prolija protección a las aguas interiores que abundan en ese país, dio lugar a que en el Código Civil colombiano se retomaran tales normas, con el fin de favorecer a los riberanos de ríos y lagunas frente a los riesgos que corrían por el hecho de ser colindantes de esos cuerpos de agua.

En relación con el segundo de los requisitos aludidos, resulta fundamental, resaltar que se debe tratar de fenómenos naturales y no de actividades humanas que conduzcan a los cambios físicos aludidos. En el caso de una barrera artificial, como un “espolón”, por ejemplo, que produce una sedimentación y una consecuente conversión de un terreno húmedo en seco, no podría entonces, de ninguna manera concebirse una hipótesis de accesión.

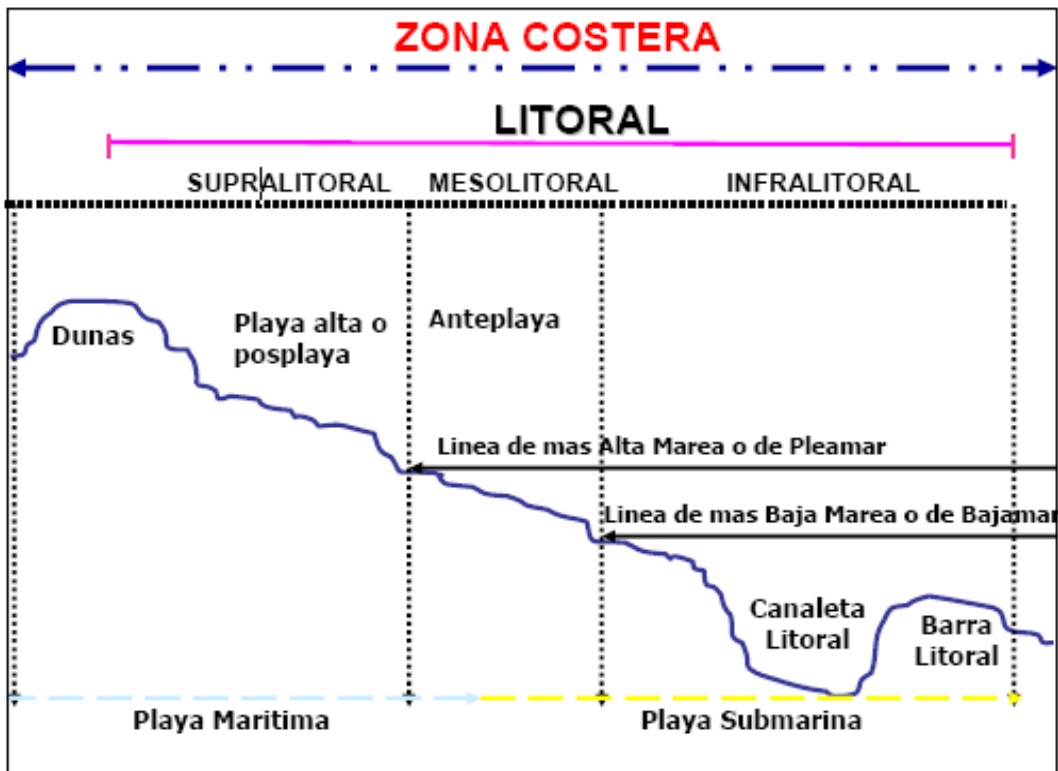
Sobre este aspecto, ha señalado la Corte Constitucional, a propósito de la accesión frente a humedales, ocasionada por acción humana:

“En el plano constitucional debe observarse que únicamente está protegida la titularidad del dominio adquirido conforme a las leyes civiles (art. 58, C.P) y que no se haya adquirido “mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social” (art. 34, C.P). Todo ello demuestra la ausencia de protección de los acrecentamientos de la propiedad derivados de actos destructivos de los ecosistemas, como los rellenos de los humedales”⁵⁴

En lo referente a las zonas aledañas al mar, o playas, cuya comprensión se puede facilitar con la observancia de la siguiente gráfica⁵⁵, se debe indicar consecuentemente, que no resulta viable la operatividad de ninguna de las modalidades de accesión referida:

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-666 de 2002.

⁵⁵ Tomada de la página web de la DIMAR.



A más de las dificultades de asimilar las tierras aledañas a los ríos y lagunas, de aquellas colindantes con el mar, la Sala no puede soslayar, que las playas y los terrenos de bajamar, en tanto baldíos reservados (inadjudicables) y bienes de uso público (inenajenables e imprescriptibles) de la Nación, **carecen de vocación para acceder a propiedad privada** en los términos previstos por el Código Civil; entre otras cosas, porque aunque se trataran de bienes baldíos adjudicables, su disposición correspondería únicamente al Estado con sujeción a normas especiales de aplicación preferente y restrictiva, que excluyen de tajo las normas contenidas en el Código Civil cuya aplicación rige entre particulares, pero no entre éstos y el Estado.

En este orden de ideas, si se produjera una legítima recuperación de playas, como aduce la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, estos nuevos terrenos sólidos, que antes fueron ocupados por el mar, de ninguna manera, podrían concebirse como privados, toda vez, que mar y playas son bienes de uso público, y como tales, su dominio y/o administración corresponde a la Nación. **Todas aquellas porciones de territorio, que en el presente proceso, resulte acreditado, que antes fueron mar y que no lo son más por la actividad del hombre o por fenómenos naturales, no pueden reputarse como de dominio privado, porque se insiste, son bienes de uso público, y como tales, inalienables, inembargables e imprescriptibles. Solamente la Nación en su condición de administrador de los mismos, puede acceder a ellos.**

Algún sector de la doctrina nacional, ha hecho alusión a este fenómeno, inclusive haciendo referencias a situaciones específicas de Cartagena, de manera clara, en los siguientes términos:

“En nuestra nación existe la práctica de disecar los terrenos cubiertos de agua para hacerlos acceder o acrecer a la propiedad ribereña. En Cartagena, por ejemplo, encontramos un caso de realismo mágico, en donde un particular dice ser dueño de 2 kilómetros de playa adquiridos por la accesión producida por el retiro del mar de la misma, ampliándose así su propiedad, amparado en una singular interpretación del poético artículo 720 del Código Civil. Otro caso es el del barrio Manga en la misma ciudad, en donde particulares y hasta el municipio mismo, secan partes del mar o ciénagas, elevan a escritura pública, registran el nuevo inmueble y así, amplían su propiedad o jurisdicción⁵⁶; de esa manera el municipio pretende convertir un bien de uso público en baldío”.

Como consecuencia de lo expresado en este numeral se puede concluir:

- 1) Las modalidades de accesión analizadas y comprendidas en los artículos 719, 723 y 724 del Código Civil, no pueden aplicarse para casos de terrenos adyacentes al mar, toda vez que limitan su ámbito de aplicación a terrenos ribereños de ríos, lagos y lagunas.

- 2) Aún en caso de que se extendiera esta figura para terrenos adyacentes al mar, los territorios firmes recuperados, no pueden detentar dominio privado por cuanto son bienes de uso público. Cualquier negocio, manejo, obra o construcción que se haga sobre ellos, contraviene el régimen jurídico de esta modalidad de bienes. El único que puede hacer acciones orientadas a manejar y administrar estos bienes, con la justa comprensión de su naturaleza, es la Nación en cuanto administradora de los mares y las playas.

⁵⁶ (número 16 original) Consejo de Estado, sección tercera, 6 de diciembre de 1993. M.P: Juan de Dios Montes Hernández. Expediente: 7198.

- 3) Aún en caso de que se extendiera la figura de la accesión a terrenos adyacentes al mar, esta no podría operar, si el nuevo terreno sólido se configuró como consecuencia de una acción humana, y no con ocasión de un fenómeno natural.

4.3- Las específicas apropiaciones que la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A hizo de terrenos de playa, antes ocupados por el mar

Como antes se anotó, las apropiaciones a que se refiere el presente numeral, constituyen hechos inobjetables en el presente proceso, toda vez que lo que se aduce es la legitimidad y concordancia con el ordenamiento jurídico de las mismas. Una vez aclarada la inviabilidad de la accesión frente a terrenos aledaños al mar y que antes fueron ocupados por él (numeral 4.2), se procede en el presente numeral, a analizar con base en el material probatorio referido antes (numeral 4.1), la efectividad de estas apropiaciones y lo relativo a la legitimidad de las mismas.

Según lo dicho, la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., adquirió a título de venta de la sociedad Contratistas Vam Suramericana Ltda., el derecho de dominio sobre el lote No. 49 de la urbanización El Laguito, con un área total de 1.438,40 M2. En tal instrumento se verifica lo siguiente (Fls. 51 a 60 C. 1. 310; 474 C. 10):

*“**SEXTO.- (...) que en el precio de la venta está incluido el valor de las obras de urbanización exigidas por el municipio de Cartagena, para conceder permiso de construcción y además, pertenecen a la sociedad adquirente la totalidad de los terrenos que por recuperación se pueden obtener, al tenor del artículo 724 y concordantes del Código Civil, por estar tal recuperación igualmente incluida dentro del precio de la venta.**”* (Subrayado y resaltado fuera de texto)

También se consignó allí, que:

*“[...] **la sociedad INVERSIONES EL LAGUITO LTDA, obtuvo de las autoridades competentes al tenor del artículo 724, permiso para***

hacer las obras necesarias para restituir las aguas al acostumbrado cauce en terrenos de la llamada urbanización El Laguito del Barrio Bocagrande” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Las autorizaciones a que aludía el texto transcrito, eran las Resoluciones No. 138 de 27 de septiembre de 1956 y 28 de 28 de abril de 1971 de la Alcaldía de Cartagena; 103 de 23 de agosto de 1960 del Comando de la Armada y 161 de 31 de julio de 1972, del Director General Marítimo y Portuario, de forma que según el texto de la escritura:

“[...] tales recuperaciones accederán a los lotes o terrenos contiguos, como puede suceder con el lote número cuarenta y nueve (49) a que se refiere la presente escritura y en consecuencia reiterar y ratificar a favor de la ‘COMPañÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.’ cualquier derecho sin limitación alguna que la compañía ‘INVERSIONES EL LAGUITO LTDA’ pudiera tener o le correspondiera por la recuperación que existe o existiera en el futuro contigua a los linderos dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua, de los lotes cuarenta y nueve (49), sesenta y ocho (68), ochenta y dos (82), ochenta y uno (81) y cincuenta 50) así como antigua zona intermedia para calle (Almirante Brion Calle I=A) hoy propiedad de la COMPañÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.”

Tal declaración se hacía según la escritura pública, al tenor del artículo 719 del Código Civil; Finalmente, se hizo constar en forma expresa que:

“INVERSIONES EL LAGUITO LTDA. cede a favor de COMPañÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. el derecho para efectuar las obras tendientes a la recuperación de terrenos, hoy bajo agua, en las zonas respectivas de los frentes de los lotes 49, 66, 81,82 y 50, renunciando en esta forma a la ejecución de las obras en esas zonas, para lo cual había obtenido los permisos.”

De igual forma, el entonces alcalde de Cartagena ratificó en la señalada escritura a favor de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., los derechos de

recuperación de tierras sobre los lotes mencionados a partir de las resoluciones 138 de 1956 y 28 de 1971.

En efecto, a través de la **Resolución No. 28 de 28 de abril de 1971**, expedida por el Alcalde de Cartagena "***Por medio de la cual se aprueba una modificación en la recuperación de tierra para la prolongación de la Urbanización 'El Laguito'***" (Fls. 289 a 291 C. 1) se manifestó en la parte considerativa, que por Resolución 138 de 27 de septiembre de 1956, la Alcaldía aprobó la recuperación de tierra destinada a la construcción de la urbanización "El Laguito", con el previo lleno de los requisitos exigidos por la Nación y la Armada Nacional; en consecuencia, resolvió aprobar la modificación solicitada por los urbanizadores, de acuerdo con el plano enviado a la Alcaldía de Cartagena en junio de 1970.

En contraprestación, los urbanizadores se comprometieron a efectuar a su costa la defensa necesaria de las playas de Castillogrande hasta el Club Naval, y encargarse de las reparaciones en cualquier zona afectada por la recuperación, así como ceder al municipio de Cartagena, además de las vías, andenes, zonas verdes, etc., un lote de terreno de área no menor a 3000 m² en zona previamente aprobada por la Oficina de Planificación.

Posteriormente, la Alcaldía de Cartagena mediante la **Resolución No. 102 de 22 de octubre de 1974** "***por la cual se prohíbe la expansión urbanística conocida como 'LAGUITO NÚMERO 2' y se deroga la Resolución No. 28 de abril 28 de 1971, dictada por esta alcaldía***" (fotocopia autenticada Fls. 270 a 276 C. 2), señaló que la venta efectuada a la Compañía Hotelera incluyó además de los 3 lotes descubiertos "***tierras sumergidas de la península que devuelvan las aguas naturalmente o por medios artificiales***" por virtud de lo dispuesto en el artículo 723 del C.C. que preceptúa que si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas volverá a sus antiguos dueños, derecho que fue transferido a Inversiones El laguito Ltda., sociedad que obtuvo los permisos administrativos para ejecutar en la península de su propiedad obras de defensa, recuperación y urbanización, contenidas en las Resoluciones 103 de 1960 del Comandante de la Armada y resolución 161 de 1972 del Director General Marítimo y Portuario ; al respecto, se dejó constancia, de que éstos derechos fueron solemnemente reconocidos por el municipio en la escritura 62 de 1973, por medio de la cual la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A. adquirió el lote 49 de la urbanización "[...]y el derecho añejo(...)' '(...) para efectuar las obras tendientes

*a la recuperación de terrenos, hoy bajo agua, en las zonas respectivas(...)"(...)
tales recuperaciones accederán' a dicho lote";*

Esta resolución consignó que sin perjuicio de los derechos de la sociedad y excediendo el alcance de los mismos, la alcaldía expidió la resolución 28 de 28 de abril de 1971, aprobando una modificación sustancial al proyecto originalmente autorizado para la ejecución de obras y recuperación de tierras por parte de la sociedad "El Laguito", **cambio que implicaría una permuta de bienes cuyo dominio pertenece a la Nación, para lo cual el municipio no está autorizado; además que sería una autorización excesiva para recobrar tierras sumergidas que rebasarían el área de que Inversiones El laguito es legítima propietaria y entrañaría la construcción de dos urbanizaciones diferentes.**

Por tanto, la Alcaldía resolvió derogar la resolución 28 de 1971, y dispuso, entre otras cosas, que la sociedad "El Laguito" solo podría ejecutar obras tendientes a recobrar **tierras de que fuera legítima propietaria** y, ceder al municipio 3000 m2 de las tierras recobradas, además de las vías, andenes y zonas verdes.

No obstante, mediante la **escritura pública 2274 de 4 de diciembre de 1980 otorgada en la Notaría Tercera de Cartagena**, se ratificó y modificó una garantía hipotecaria de 6 lotes: 49, 50, 66, 81, 82 y otro que antes estaba destinado a calle. En el mismo instrumento se englobaron tales predios con el fin de asignarles un solo folio de matrícula. En tal escritura se consignó lo siguiente: (Fls. 61 a 72 C. 1. 259 C. 10)⁵⁷.

"Parágrafo.- Debido a la labor ejecutada de recuperación de tierras, en la actualidad el inmueble formado por los seis (6) lotes contiguos que se acaban de describir y las tierras recuperadas al mar, arrojan una cabida superficial de treinta y cinco mil setenta y cinco metros con diez y siete centímetros (35.075 m) metros cuadrados, cuyos linderos y medidas son (...)" (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Por **Escritura Pública 1315 de 19 de mayo de 1987** otorgada en la Notaría Primera de Cartagena en la cual se indicó que la Compañía Hotelera de Cartagena

⁵⁷ Y folios 46 y siguientes del cuaderno 6 según se indicó antes.

de Indias S.A. era propietaria de un bien inmueble, resultado de englobar 6 lotes de terreno, así (Fls. 73 a 75 C1)⁵⁸:

“según tradiciones anteriores, más la labor de recuperación de tierras ya que dichos inmuebles se hallaban en parte cubiertos de agua por causa de las avenidas, oleajes, aguajes o mares de leva. Para esta recuperación de tierras la sociedad propietaria obtuvo los permisos pertinentes de la Dirección General Marítima y Portuaria”.

En ella, a su turno, se hizo mención a la escritura pública 819 de 1975 por la cual se protocolizó el contrato suscrito entre la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A. y la *Hilton Internacional Company*, en el cual se señaló la zona en que sería desarrollado el hotel, se describieron los lotes y se protocolizó el plano general del proyecto en el cual se incluían las tierras recuperadas.

En síntesis, de lo hasta aquí probado se observa como, mediante la escritura pública de compraventa 062 de 1973, la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., no sólo se hizo a la propiedad del Lote No. 49 de la urbanización “El Laguito” sino también al dominio de **“la totalidad de los terrenos que por recuperación se pueden obtener”** de zona **marítima** colindante con el lote 49, objeto de la citada transacción, y con los lotes 50, 66,81, 82, y el identificado con cédula catastral 131094 -según ratificación efectuada por la firma Inversiones El Laguito Ltda. mediante esta escritura-, derecho que descansa de acuerdo con este acto declarativo **en los artículos 719 y 724 del Código Civil**, y no en el artículo 723 a que aludió la defensa.

Por el mismo instrumento, la Compañía Hotelera recibió a título de “cesión” los permisos obtenidos en su momento por la firma Inversiones El Laguito Ltda., de la Alcaldía de Cartagena –esa si en virtud del artículo 723 del Código Civil- como por la autoridad marítima dirigidos a adelantar las obras tendientes a la recuperación de terrenos en zonas de playa y bajamar.

Como consecuencia, no le asisten dudas a la Sala sobre la existencia de un título, o varios, con los que contaba la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A para la recuperación de tierras que habían sido ocupadas por el mar. Dicha situación, no significa, sin embargo, que estos terrenos recuperados, pudieran pasar al dominio de esa sociedad comercial, pues, se trata de bienes de uso público.

⁵⁸ Ibidem.

En este orden de ideas, si se interpretaran los títulos aludidos, como constitutivos de un derecho de dominio sobre los terrenos recuperados, se estaría atentando contra el ordenamiento jurídico relativo a la protección de los bienes de uso público y en particular de las playas y terrenos de bajamar. Esta interpretación, resulta entonces impensable, y por ende cualquier comprensión de esos terrenos recuperados como de dominio privado, atentaría contra el patrimonio público.

Agrega la Sala que ni de la escritura pública 062 de 1973, ni de las escrituras públicas precedentes a ésta, allegadas al expediente, es posible derivar derecho de propiedad alguno sobre las áreas “recuperadas” por la Compañía Hotelera, pues cabe recordar que para que opere el fenómeno previsto en el artículo 723 del C.C., es necesario que las áreas recuperadas pertenezcan al dueño de la heredad inundada, y esto de ninguna manera se puede predicar de bienes de uso público.

En ese contexto, mediante la escritura pública 2274 de 1980 la firma hotelera englobó no sólo los lotes 49, 50, 66, 81, 82 y el identificado con la cédula catastral 1-31094, sino también las áreas **recuperadas** hasta esa fecha, para una cabida superficiaria total de 35.075 m², modificando por esta vía la cabida y linderos de los predios inicialmente adquiridos.

De lo expresado se deduce, que ninguno de los artículos invocados tanto en la escritura pública 062 de 1973, como en el permiso otorgado por la Alcaldía de Cartagena, pueden ser fundamento normativo para efectos de adquirir por accesión terrenos de playa y bajamar, pues respecto de estos bienes existe normatividad especial que orienta su disposición y que excluye cualquier tipo de interpretación analógica que pretenda realizarse.

No obstante, si en gracia de discusión se aplicaran tales artículos, especialmente el 723 invocado por la defensa de la Compañía Hotelera, ella debería demostrar derecho de dominio sobre los terrenos recuperados, amén de que éstos no fueron devueltos naturalmente por las aguas, sino de manera artificial y mucho después de 10 años de su inundación que data según informe de la Universidad de Cartagena del año 1956, con lo cual en caso de existir dominio, este se extinguió a favor de la Nación por usucapión ordinaria.

4.4- Los derechos e intereses colectivos alegados como vulnerados y susceptibles de revisión en la presente acción popular

Como ya se indicó, de la totalidad de los derechos e intereses colectivos alegados como vulnerados por la parte actora, en esta acción popular solo se revisará lo relativo a la defensa de los bienes de uso público y el patrimonio público. Habida consideración de la estrecha interrelación que existe entre ellos, al menos, en el caso objeto de estudio, estos se analizarán de manera conjunta.

Para estos efectos, se acudirá al método utilizado en el pasado por la Sala, consistente en identificar tres elementos, a la hora de revisar la violación de los derechos o intereses colectivos: Primero, la existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien se alega, usurpó los derechos o intereses colectivos; (2) una forma clara de afectación y; (3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión⁵⁹. Lo anterior, se estima necesario, en atención a la diversidad de actores, que según lo sostenido en el numeral anterior, participaron en la supuesta “legitimidad” de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, para recuperar terrenos firmes que antes fueron ocupados por el mar, así como, para la identificación de la reacción necesaria para garantizar los derechos o intereses colectivos indicados, que debe estar contenida en la parte resolutive de esta sentencia.

En lo que respecta a unos **bienes jurídicos afectados con la conducta** alegada, no caben dudas sobre la subjetividad colectiva que se lesiona cuando se atenta contra el patrimonio público y de manera específica contra los bienes de uso público. Tratándose de estos, se debe advertir, que el hecho de que ellos detenten la titularidad de una entidad pública, no significa, que todos y cada uno de los ciudadanos y en general los habitantes de nuestro territorio, no puedan hacer uso de los mismos. Una plaza, un parque, o una calle, en un municipio, por ejemplo, no son del Alcalde, ni de la municipalidad, son de todos; situación esta que no obsta, para que la entidad territorial correspondiente, los administre, los cuide y preserve, y solo excepcionalmente, pueda autorizar usos con cierto grado de exclusividad, como sucede por ejemplo, con una carrera ciclística o atlética o el desarrollo de un concierto.

⁵⁹ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007. Ap-549. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Vale la pena advertir, que si bien en este caso, se propuso la revisión de estos tres elementos con ocasión del derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa y por ende, de una conducta desplegada exclusivamente por la entidad pública demandada o por lo menos que suponía el ejercicio de la función administrativa, ello resulta aplicable al caso concreto, por cuanto se esbozó en consideración de la connotación subjetiva que detentan también los derechos e intereses colectivos.

Lo mismo sucede con el mar y con los territorios de playa, estos son de todos; y la titularidad que detenta la Nación sobre los mismos, no significa su uso exclusivo, ni la posibilidad de ésta, de transferirlos a particulares o entidades públicas distintas. Tan solo debe desplegar actos para manejarlos, para cuidarlos y preservarlos, y excepcionalísimamente permitir su uso exclusivo, como por ejemplo, para el desarrollo de una regata deportiva. Se observa de esta manera la garantía constitucional de la inajenabilidad e inalienabilidad de este tipo de bienes, situación que según se dijo, estaba protegida, desde antes, por nuestro ordenamiento jurídico, para el caso de los mares y las playas.

Al permitirse y en efecto concretarse, la recuperación de unos bienes de uso público (mar y playas) para el dominio privado de una compañía comercial, se atentó de manera indiscutible contra unos bienes jurídicos de titularidad colectiva, consistentes en la posibilidad de usar y disfrutar estos bienes, y contar con una gestión estatal, en este caso de la Nación, consecuente con su función de manejo y preservación de los mismos.

Es flagrante la violación a los bienes jurídicos comprometidos con los derechos o intereses colectivos a la defensa de los bienes de uso público y al patrimonio público en el caso concreto, por cuanto con la conducta de los demandados⁶⁰ no solo no se defendió la integridad de estos, sino que se propició el dominio privado de unos bienes cuyo uso corresponde a toda la comunidad.

En lo atinente, a la verificación de **una forma clara de violación**, se debe indicar que esta pareciera constatarse en la conversión del mar (bien de uso público) en playa y/o terrenos sólidos (bienes de uso público) a través de medios no naturales (instalación de espolones, entre otros), y lo que es peor, en la conversión de estos bienes como de dominio privado de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, amparados en un supuesto derecho de accesión frente a bienes de uso público.

Se debe insistir sin embargo, que en esta sentencia solamente se puede revisar, lo relativo a los derechos o intereses colectivos a la defensa de los bienes de uso público y en general al patrimonio público, y por ende, la conversión del mar en playas o terrenos sólidos, escapa de la competencia de la Sala. Sin duda alguna,

⁶⁰ Mas adelante, se hará alusión específica a las conductas de los distintos sujetos demandados, y su relación con la violación y las medidas que se adoptarán en esta sentencia.

esta situación constituye una violación, al menos al derecho o interés colectivo al medio ambiente sano, pero, se insiste, éste no es susceptible de revisión.

Con base en lo anterior, en esta sentencia, se observa una violación efectiva y real, cuando se tiene por privada una porción de territorio que es catalogada como bien de uso público por nuestro ordenamiento jurídico. Por este motivo, cualquier recuperación que del mar se haya hecho, y por ende, se presente hoy, como terrenos sólidos o playas, y detenten un supuesto dominio particular de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, constituye la violación efectiva a los derechos o intereses colectivos que se estudian, puesto que, se insiste, este tipo de bienes, son para uso de todos, y de ninguna manera, pueden convertirse en bienes privados.

Dicha claridad lleva a la constatación, con base en las pruebas que obran en el proceso, de la dimensión exacta del terreno que se le ha usurpado al mar, y cuyo dominio privado alega la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, puesto que esta es la efectiva violación a los bienes jurídicos de la comunidad, comprometidos con los derechos o intereses colectivos cuya violación se analiza.

Al respecto, se debe recordar, que en la Escritura Pública 2274 de 1980, con ocasión de la modificación de una hipoteca sobre el inmueble de propiedad de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, se englobó su terreno, como consecuencia de la unión de seis lotes: (1) 49 (cédula catastral No. 01-1-028-001), (2) 50 (cédula catastral No. 01-1-028-002), (3) 66 (cédula catastral No. 01-1-023-003), (4) 81 (cédula catastral No. 01-1-023-001), (5) 82 (cédula catastral No. 01-1-023-002) y (6) el identificado con la cédula catastral No.01-1-026-080 y que antes correspondía a una calle.

El área atribuida a cada uno de estos lotes fue:

(1) 01-1-028-001: **1.438,40 m2.**

(2) 01-1-028-002: **2.500 m2.**

(3) 01-1-023-003: **945 m2.**

(4) 01-1-023-001: **700 m2.**

(5) 01-1-023-002: **700 m2.**

(6) 01-1-026-080: **1.084,60 m2.**

Lo que significa un área total de: **7.368 m2.**

Pese a lo anterior, en el área total englobada en esta escritura pública, de propiedad de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, se consignó una cabida de: **35.075,17 m2** y tal y como se indicó, la mayor extensión se justificó así:

“Debido a la labor ejecutada de recuperación de tierras, en la actualidad el inmueble formado por las (sic) seis (6) lotes contiguos que se acaban de describir y las tierras recuperadas al mar, arrojan una cabida superficial de treinta y cinco mil setenta y cinco metros con diez y siete centímetros cuadrados...”

De lo que se deriva, sin duda alguna, que **27.707,17 M2** del lote al que se hace alusión en esta escritura, de propiedad la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, ingresaron como consecuencia de la “recuperación de tierras al mar”, situación esta, que como se dijo, resulta inviable dada la calificación de bien de uso público del mar y las playas y la consecuente imposibilidad de un particular de acceder a ellas.

El área referida, pareciera acrecentarse aún más, de acuerdo a lo establecido en la escritura pública 1315 de 19 de mayo de 1987, pues en ella, haciendo mención ya al predio englobado, se le atribuye una extensión de **39.374,50 m2** y se justifica su mayor extensión de la siguiente manera:

“El inmueble aquí descrito es el resultado del englobamiento de los seis (6) lotes de terreno de propiedad de la COMPAÑÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A, según tradiciones anteriores, mas la labor de recuperación de tierras, ya que dichos inmuebles se hallaban en parte cubiertos de agua por causa de las avenidas, oleajes, aguajes o mares de leva. Para esta recuperación de tierras la Sociedad propietaria obtuvo los permisos pertinentes de la Dirección General Marítima y Portuaria”.

Para efectos de las acciones que se ordenarán en esta sentencia, y que se analizarán con ocasión del tercer y último de los elementos aludidos, resulta sin embargo, necesario hacer alusión exacta a un área determinada, toda vez que de los hechos alegados en el proceso, así como de las pruebas que obran en el mismo, se aprecia una constante variación de las mensuras de terreno que fueron

recuperadas al mar. El área usurpada constatable en la actualidad, consecuentemente, puede ser mayor o menor a los **27.707,17 M2** aludidos y lo que importa, para efectos de garantizar los derechos o intereses colectivos, es la recuperación de lo que le fue arrebatado al mar.

Con base en lo anterior, la efectiva violación a los derechos o intereses colectivos que se estudia, se produjo con la apropiación y uso exclusivo de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A de todos los terrenos que no estén comprendidos dentro de las singulares áreas de los seis lotes que se englobaron en la escritura pública 2274 de 1980 y cuyos linderos se establecieron expresamente en este mismo instrumento público. Para este efecto se tomará como medida de la referida extensión superficiaria la calculada en el dictamen pericial rendido por la DIMAR, luego de resolver la objeción grave que contra el mismo formuló uno de los demandados.

Finalmente, en relación con el tercer y último elemento a ser estudiado, es decir, la **reacción jurídica necesaria frente a la lesión**; debería colegirse que por el tipo de violación constatado, la reacción obvia sería la restitución de los bienes indebidamente apropiados, y que se insiste, son de toda la comunidad, en cuanto bienes de uso público, aunque su manejo y administración corresponda a la Nación.

Habida cuenta, que el supuesto dominio privado de estos bienes, es alegado por la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, sería ésta parte demandada, la que debería restituir los bienes indebidamente apropiados, para su goce y disfrute de toda la comunidad.

Lo anterior no obsta, para aprobar la conducta de entidades públicas como la Armada Nacional a través de la DIMAR, la Superintendencia de Notariado y Registro –Oficina de Instrumentos públicos de Cartagena de Indias-, o el municipio de Cartagena (hoy Distrito), que como se observó, parecieran haber coadyuvado, en cierta medida, a la interpretación según la cual, los terrenos que se le recuperaran al mar, debían ser reconocidos como de propiedad de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A..

Si bien en el caso específico de la DIMAR, ésta argumentó que el permiso de recuperación de tierras, no significaba una autorización para apropiarse de las mismas, la naturaleza de la acción popular que se estudia, sin embargo,

comportaría que la única “reacción jurídica necesaria para la garantía de los derechos e intereses colectivos vulnerados” viable, fuera de la restitución los terrenos usurpados al mar, que según lo expuesto con ocasión del análisis del anterior elemento, no es factible delimitar con exactitud, y solamente lo es, de manera negativa, es decir con la mensura de aquello que corresponde sin asomo de duda a la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.

Con base en lo anterior, y según lo señalado, la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, debería restituir a la Nación el dominio y goce de los predios que no correspondan a las áreas de los 6 lotes que se englobaron en 1980:

(1) 01-1-028-001: **1.438,40 m2.**

(2) 01-1-028-002: **2.500 m2.**

(3) 01-1-023-003: **945 m2.**

(4) 01-1-023-001: **700 m2.**

(5) 01-1-023-002: **700 m2.**

(6) 01-1-026-080: **1.084,60 m2.**

Lo anterior, por cuanto porciones de territorio adicionales, fueron fruto de la recuperación de tierras ocupadas por el mar según lo consignado en los instrumentos públicos descritos, y éstas conforme a lo expuesto, constituyen bienes de uso público que no pueden ser apropiados ni accedidos por ningún particular. El mar y las playas son bienes de todos, y por ende contrarios al dominio privado, y cualquier recuperación o conversión que de estos se haga, solo puede reputarse como de la comunidad, es decir, como bienes de uso público.

La reacción consecuente para garantizar los derechos e intereses colectivos infringidos, ha sido referida hasta el momento en tiempo condicional, toda vez que si bien, esa sería la lógica, la Sala estima que en el caso concreto, pueden materializarse en la condena a unas obligaciones de hacer para la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, distintas a la restitución de la totalidad de los terrenos usurpados al mar, que redunden en mayores beneficios para la comunidad afectada, y que al mismo tiempo, no hagan tan gravosa la condición de esta parte demandada, habida consideración de las aparentes irregularidades del

municipio y otras entidades públicas, que como se dijo, pudieron redundar en una mal concebida confianza de la mencionada empresa comercial.

A más de lo anterior, y con base en pronunciamientos anteriores⁶¹, la Sala estima que el terreno usurpado al mar es ya tierra sólida y en algunas ocasiones construida, y poco se obtendría en el caso concreto, con miras a la efectiva defensa de los derechos e intereses colectivos que se estudian, con una orden de demolición de aquellas edificaciones que se encuentren construidas sobre los terrenos usurpados al mar. El desarrollo normativo de la acción popular, consagra para hipótesis excepcionales como ésta, la posibilidad de ordenar en la sentencia, el pago de los perjuicios causados a la comunidad, a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo.

Como consecuencia de lo señalado, la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, debería retornar para la administración de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional – Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR), la totalidad de los terrenos que fueron arrebatados al mar, siempre que sobre ellos no se hayan construido edificaciones y en general instalaciones físicas destinadas al objeto social de la aludida empresa.

Empero como sobre la porción de terreno que debería devolverse a la Nación existen edificaciones y desde todo punto de vista, y en especial del económico, sería más oneroso su destrucción y lesivo para la finalidad que se persigue, es decir el restablecimiento del espacio público, se ordenará en cambio que la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., adquiera un terreno (en zona diferente a la colindante o adyacente a las playas, o a áreas de protección natural, y teniendo en cuenta el suelo habilitado por el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio) con la misma extensión de la porción que le fue arrebatada al mar para que en él se construya, en un período de tiempo (improrrogable) no superior a tres (3) años, un parque destinado al uso y recreación de toda la comunidad. Este parque será administrado por el Distrito de Cartagena, pero los costos de mantenimiento serán de cargo de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., durante los primeros treinta (30) años, es decir por un tiempo igual al que llevan edificadas las construcciones que se hicieron en la porción que le fue arrebatada al mar. La medida compensatoria que se acaba de mencionar se complementa con la obligación que también se le impone a la Compañía Hotelera

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera. Sentencia de 16 de agosto de 2007. AP-922. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

de Cartagena de Indias S.A., de realizar actividades de recuperación integral de las playas que fueron ocupadas por ella, así como llevar a cabo el mantenimiento de los espolones existentes con el fin de evitar el erosionamiento de esas mismas áreas.

Con la restitución de unos terrenos y la adquisición de otros, por el exacto valor comercial de los mismos, se garantiza íntegramente la afectación a los bienes de uso público y en general al patrimonio público que se produjo. En este sentido, quien usurpó unos bienes, los debe devolver siempre que le sea posible, y si no es así, debe adoptar como medida de compensación (constituida por una inversión y realización de diferentes actividades como las mencionadas anteriormente), que tendrá como destino, mejorar las condiciones y disponibilidad de los bienes de uso público afectados, restablecer, recuperar y mantener las playas y terrenos de bajamar como bienes de uso público. Se insiste, que la adquisición de terrenos a cambio de aquellos usurpados y posteriormente construidos, resulta procedente en este caso, de manera excepcional, y de ninguna forma, constituye una regla, para aquellos casos en que se desarrollen construcciones sobre terrenos considerados bienes de uso público, o protegidos por nuestra legislación, en general.

Para efectos, de constatar que se restituyan todas las áreas que no hagan parte de los lotes referidos, así como para verificar el avalúo indicado y la sucesiva adquisición de terrenos adyacentes al mar, por parte de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A, con pleno cumplimiento de lo establecido al respecto, en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, se conformará un comité de verificación que estará conformado por el actor de esta acción popular, un representante de la DIMAR, un representante del Distrito de Cartagena, un representante de la autoridad ambiental distrital o regional, un representante de la Procuraduría General de la Nación (Procuraduría delegada para asuntos civiles), un representante de la Unidad Nacional de Tierras Rurales, y el magistrado ponente de la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bolívar.

El comité de verificación, constatará entonces, las siguientes circunstancias y órdenes que se impartirán en esta sentencia:

1. La extensión del terreno que exceda las áreas de los seis lotes aludidos.

2. De la extensión resultante de la anterior operación, se separarán las áreas construidas por la Sociedad hotelera, de aquellas que no lo han sido.
3. Las áreas no construidas serán restituidas a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional – Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR) y se hará la respectiva anotación en el folio de matrícula inmobiliaria.

Las áreas construidas serán objeto de un avalúo comercial, elaborado por un profesional inscrito, cuyos honorarios serán cancelados por la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.5. La totalidad del valor del avalúo comercial referido en el anterior numeral, deberá ser invertido en un predio , por parte de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A, y la titularidad del mismo, será de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional – Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR), para que en él se construya, en un período de tiempo (improrrogable) no superior a tres (3) años, un parque destinado al uso y recreación de toda la comunidad.

4.5. La objeción al dictamen pericial rendido por la DIMAR y su valoración probatoria.

El artículo 241 del CPC preceptúa que el juez al apreciar un dictamen pericial debe tener en cuenta la firmeza, precisión y la calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. De esta disposición se desprende que este medio de prueba no constituye una camisa de fuerza para el operador jurídico, porque es su deber someter la apreciación del perito a un examen juicioso y serio, de forma tal que sólo la aceptará si ha logrado convencerlo plenamente⁶².

Dicho lo anterior, se debe precisar que el operador jurídico no sólo debe realizar una revisión respecto de los requisitos de existencia y validez del dictamen pericial rendido en el proceso, por lo que el convencimiento del que se hablaba en el aparte precedente sólo se logra cuando se constata que se reúnen los condicionamientos necesarios para otorgarle eficacia probatoria. Dichos

⁶² DÖHRING, Erich. La Prueba. Su práctica y apreciación. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa – América. 1972. Pág. 248.

condicionamientos, que han sido especificados por la doctrina⁶³, se reúnen en el experticio técnico realizado por la DIMAR, por las razones que a continuación se expondrán:

a) Es un medio conducente respecto del hecho que se quiere probar: El dictamen pericial rendido se encamina a la prueba de hechos materiales, específicamente, la determinación de la extensión superficiaria de aquellos terrenos que fueron sustraídos del mar por la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A.

La pregunta formulada a quien realizó el dictamen pericial no está encaminada a demostrar si se presentó o no violación del derecho colectivo al patrimonio público, comoquiera que, de lo afirmado líneas atrás, se desprende con claridad de los medios probatorios (diferentes del dictamen) que obran en el proceso que parte del mar fue convertido por medios naturales en playa y/o terrenos sólidos a través de medios no naturales, así como la conversión de esos bienes en dominio privado amparándose en supuesto derecho de accesión. De otro lado, lo referente a la propiedad pública o privada de los terrenos recuperados mediante la implementación de instrumentos artificiales es un asunto que corresponde dilucidar directamente al juez, pues al tratarse de una cuestión jurídica, no puede desplazar esta labor a perito alguno.

Así las cosas, como las objeciones formuladas al dictamen pretenden demostrar la propiedad y naturaleza privada de los bienes apropiados, se insiste, este hecho ya se encuentra demostrado con el restante acervo probatorio y desde el punto de vista jurídico, la Sala ya se ocupó de definir la naturaleza de bienes de uso público de los terrenos. Por consiguiente, el dictamen pericial cumple un único objeto en el proceso: determinar la magnitud de la vulneración al derecho colectivo al patrimonio público, de manera concreta, la delimitación de cuanto es la extensión superficiaria que constituye bien de uso público y que fue apropiada por la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A.

b) Los hechos sobre los que recae el dictamen son pertinentes: los hechos materiales que pretenden probar tienen una relación directa con el objeto del proceso, de manera concreta con el cargo de violación al derecho colectivo al patrimonio público.

⁶³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike. 1987. Pág. 332 y SS. Ver también: AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Pruebas Judiciales. Bogotá, Temis. 2008.

c) Los peritos que rindieron el dictamen son personas expertas y competentes para el desempeño de su encargo. El apoderado de uno de los demandados, en el escrito de objeción al dictamen pericial señala que no es posible que una entidad administrativa demandada rinda dictamen pericial, toda vez que detenta la calidad de parte. Esta objeción tampoco está llamada a prosperar por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, es necesario advertir que el dictamen pericial fue solicitado por la Sala a una de las entidades demandadas en este proceso⁶⁴. Como ya ha sostenido la Corporación en diferentes oportunidades, “(...) Si bien ese hecho no puede ser considerado como una causal que excluya de toda valoración la prueba, sí resulta necesario analizar la referida situación a la luz de lo consagrado en el inciso primero del artículo 235 del C. de P.C., según el cual: “Los peritos están impedidos y son recusables por las mismas causales que los jueces. El perito en quien concurra alguna causal de impedimento deberá manifestarla antes de su posesión y el juez procederá a reemplazarlo”. Por su parte, según el numeral primero del artículo 150 del C. de P.C., el impedimento se configura por “[t]ener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso⁶⁵”.

Por este motivo, no puede concluirse “(...)que los dictámenes periciales o informes técnicos a los que hace referencia el artículo 243 del C. de P.C., no puedan ser solicitados a entidades o autoridades públicas que puedan tener un interés directo o indirecto en las resultas del proceso, **puesto que nada obsta para que dichas pruebas se soliciten a esas entidades especializadas cuando ellas sean las únicas aptas para aportar dicha prueba al proceso**, sin embargo, al Juez le corresponde garantizar que la prueba solicitada esté desprovista de cualquier manto de parcialidad. En este orden de ideas, en la medida en que exista más de una entidad o autoridad pública que tenga la capacidad técnica o científica para rendir el dictamen pericial o el informe técnico en condiciones de idoneidad similares, el Juez deberá optar por aquella que no tenga interés en las resultas del proceso⁶⁶.” (Subraya y negrilla fuera de texto).

⁶⁴ Cfr. Folios 660 y 767 del Cuaderno Principal.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de mayo 9 de 2012. Exp. 23.725. M. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶⁶ *Ibidem*.

Es claro que en el proceso se presentó el supuesto descrito: la DIMAR además de ser una entidad especializada es la que cuenta con los recursos humanos y técnicos para la práctica de un dictamen pericial como el solicitado. Es necesario advertir, que la prueba se solicitó en primer término al IGAC, quien en comunicación del 24 de mayo de 2011, indicó que no contaba con un profesional fotointerprete que realizara la actividad necesaria para rendir el informe técnico⁶⁷. Posteriormente, se ofició a esta entidad para que diera cuenta del estado del informe que se había requerido⁶⁸, procediendo la autoridad a rendir informe el 10 de octubre de 2011⁶⁹, en el que se concluyó:

“(...) Mediante el estudio multitemporal, ha sido posible corroborar que efectivamente la línea de costa en el sector del Laguito, ha sufrido cambios que se evidencian en un aumento generalizado de la superficie de terrenos de playa en periodos estudiados.”

Posteriormente, la Sala siguiendo la recomendación hecha por el IGAC, solicita a la misma entidad la designación de un perito topógrafo que practique una visita de campo, para de esta forma responder de forma adecuada, “¿Qué porción de los terrenos de la compañía hotelera Cartagena de Indias S.A., donde se encuentra en la actualidad el Hotel Cartagena Hilton, fue mar antes y después de enero de 1973?, inclusive en la actualidad⁷⁰.”

Al responder la solicitud hecha por la Corporación, el IGAC señala en oficio recibido el 22 de febrero de 2012⁷¹:

*“(...) me permito informarle que el propósito de la determinación la línea de costa mediante la medición en terreno de la playa alrededor del Hotel Hilton en la ciudad de Cartagena, **corresponde según el Decreto 2324 de 1984 a la Dirección General Marítima –DIMAR. En consecuencia tal investigación no corresponde a las funciones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.**”*

Ante esta circunstancia, en auto de 15 de marzo de 2012, la Sala oficio a la DIMAR para que designara un perito que se encargara de realizar la visita de campo y determinara el avance de la erosión y/o depositación marina en unidades

⁶⁷ Folio 740 del Cuaderno Principal.

⁶⁸ Folio 742 del Cuaderno Principal.

⁶⁹ Folio 745 a 761 del Cuaderno Principal.

⁷⁰ Folio 763 del Cuaderno Principal.

⁷¹ Folio 765 del Cuaderno Principal.

de medida más precisa (centímetros) con ayuda de una estación total, y de esta forma responder a lo indagado⁷².

Como puede observarse, la experticia fue rendida por una entidad especializada, a quien se le confió la competencia de determinar las líneas de costa, tema relacionado con los terrenos de Bajamar y Playas. El dictamen realizado fue a su vez el resultado de un proceso de indagación previa al IGAC quien al rendir su informe señaló que los elementos técnicos y humanos para responder el interrogante formulado se encontraban en la DIMAR.

d) El razonamiento anterior se reafirma porque en el proceso no se constató motivo alguno para dudar de la imparcialidad de los peritos que participaron en la práctica de la prueba. .

e) En el proceso se garantizó el derecho de contradicción. Una vez rendido el dictamen pericial, en auto de 19 de junio de 2012⁷³ se corrió traslado a las partes por un término de tres días, para que se pronunciaran sobre el medio probatorio practicado. De este derecho hizo uso el apoderado de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A., solicitando aclaración y adición de las experticias rendidas por el IGAC y la DIMAR⁷⁴. El 2 de agosto de 2012⁷⁵, se profirió providencia por medio de la cual se ordenaba a la DIMAR que en un término perentorio de 10 días realizara la aclaración y complementación solicitada.

El 21 de septiembre de 2012 la DIMAR da respuesta a cada uno de los puntos respecto de los cuales la Corporación ordenó aclaración o complementación⁷⁶. Por auto de 12 de diciembre de 2012⁷⁷ se corrió traslado a las partes, para que dentro de los tres días siguientes a la notificación ejercieran su derecho de contradicción de conformidad con el artículo 238 del C.P.C. El 29 de enero de 2013, el apoderado de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S.A. presentó objeción por error grave⁷⁸.

Ahora bien, resulta necesario y pertinente precisar que para que se configure el error grave, en el dictamen pericial, se requiere de la existencia de una

⁷² Folio 767 del Cuaderno principal

⁷³ Folio 795 del Cuaderno Principal.

⁷⁴ Folios 796 a 798 del Cuaderno Principal.

⁷⁵ Folios 800 a 805 del Cuaderno Principal.

⁷⁶ Folios 823 a 826 del Cuaderno Principal.

⁷⁷ Folio 833 del Cuaderno Principal.

⁷⁸ Folios 834 a 847 del Cuaderno Principal.

equivocación en materia trascendente por parte de los peritos, una falla que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4 y 5 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷⁹ ha precisado, respecto de la objeción por error grave contra el dictamen pericial y sus especiales condiciones, lo siguiente:

“(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...”⁸⁰ pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, **“...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen,** pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...” (Negrilla fuera de texto)

Con fundamento en estos criterios, para la Sala las objeciones presentadas por la parte demandada, no constituyen error grave del peritazgo, como quiera que no se evidenció una falla de tal magnitud en el trabajo de los peritos. Lo que sí ocurrió, fue que el experticio se refirió de manera exclusiva a la extensión de terreno que eran parte del mar y que por medios artificiales fueron convertidos en playas y/o terrenos sólidos.

Se itera, que el peritazgo no se pronunció respecto de la naturaleza pública o privada de los terrenos transformados, sino que la experticia estuvo encaminada a responder cual era la extensión superficiaria a efectos de que el juez pudiera establecer la intensidad de la afectación del derecho colectivo al patrimonio público. Ello, porque el acervo probatorio obrante en el proceso es suficiente, como ya quedó explicado páginas atrás, para concluir la indebida apropiación de bienes de uso público. Así mismo, no es posible pretender que el dictamen pericial carezca de valor probatorio al ser practicado por la DIMAR, las razones ya fueron

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Auto del 8 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁸⁰ Gaceta Judicial, T LII, pág.306.

suficientemente explicadas. En ese orden de ideas, la objeción formulada carece de fundamento, y por tanto no está llamada a prosperar.

f) El dictamen está debidamente fundamentado. Las conclusiones a las que se llega dentro del experticio son claras y no ofrecen alguna clase de contradicción. Cada una de las observaciones hechas por los peritos se halla debidamente fundamentada en conocimientos científicos. Las explicaciones técnicas son lógicas, no contradicen normas generales de la experiencia, hechos notorios y ofrecen un elevado grado de convicción por no aparecer improbables, absurdas e imposibles.

Este requisito resulta fundamental al momento de valorar la eficacia del dictamen pericial, toda vez que *“la relación directa que entre la fundamentación del dictamen y su mérito probatorio es más clara en los sistemas procesales que dejan al juez libertad para valorarlo, de acuerdo con la sana crítica de su contenido”*⁸¹.

g) En el proceso no existen otras pruebas que hagan que el dictamen pericial se torne dudoso o incierto.

h) El dictamen pericial fue rendido dentro del término fijado en el proceso para el efecto⁸².

Así las cosas, las conclusiones a las que llega el dictamen pericial son las siguientes:

“Antes del año 1973, la totalidad del área circunscrita en el perímetro (aproximado) ocupada por el Hotel Hilton, correspondía a “espejo de agua” (...)

“En el año 1973, el total del área de interés (26.961,51m²), estaba conformada por un espejo de agua que corresponde aproximadamente a 15.018,65m² y un área terrestre de 11.948,86m² (...)

“En la fotografía del año 1946, se puede observar que existía una espiga litoral, aunque con una disposición diferente a la actual, permitiendo determinar que el área ocupada hoy por el Hotel Hilton era una zona de agua marítima.

“Se aprecia la fotografía del año 1956, el proceso de formación de una espiga litoral que evolucionó de ahí en adelante hasta su disposición actual, área en donde actualmente se encuentra ubicado el Hotel Hilton.

⁸¹ *Ibídem.* Pág. 335.

⁸² Ver: auto de 11 de marzo de 2005. Folio 1064 del Cuaderno 2.

“(...) De acuerdo con la información histórica de fotografías aéreas disponibles, se colige como fecha en la que la espiga fue cubierta por el agua, el período comprendido entre los años 1946 a 1956.

“(...) El análisis del comportamiento de la línea de costa del sector “El Laguito”, presentado por la Dirección General Marítima se basa en las fotografías del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) correspondientes a los años 1946, 1956, 1973, 1981, 1983 y 2004, que por su distanciamiento temporal proporcionan una clara idea de la dinámica costera en este sector.

“De igual forma, mediante el empleo de un software especializado en información geográfica, se aplicó el proceso de georeferenciación, con el que cada una de las imágenes le fueron asignadas superficies métricas reales de la superficie terrestre, tomando como base el ortofotomosaico de la Dirección General Marítima del año 2005, logrando así su correcta ubicación dentro del sistema de coordenadas.

“Posteriormente, se procedió a efectuar la fotointerpretación de las imágenes georeferenciadas, proceso por el que se extrae de manera visual la información contenida en las fotografías aéreas.

“Finalmente el superponer el polígono correspondiente al área ocupada por el Hotel Hilton, se observa en cada una de las imágenes, la disposición del agua en cada uno de los instantes de la toma de las mismas, así como la evolución de la espiga, concluyendo que para el año 1946, el área de interés bajo estudio, se localizaba totalmente bajo aguas marítimas.

“(...) Se reitera lo mencionado en el informe técnico No. 29201202466 MD-DIMAR-SUBDEMAR-511 del 15 de mayo de 2012, en el sentido de que hoy el hotel Hilton, se encuentra localizado en lo que fuera un espejo de agua, conforme los registros históricos fotográficos.

“Tal como se indicó en el año 1973, ya el área estaba conformada por un espejo de agua y un área terrestre.

Como puede observarse, la conclusión del dictamen pericial rendido coincide con las conclusiones a las que la Sala arribó en el numeral 4.4., toda vez que, como tuvo oportunidad de señalarse, mediante la escritura pública 2274 de 1984 se englobaron 6 terrenos con un área total de 7.362m². Sin embargo, en el mismo documento se consignó una cabida de 35.075,17m², de lo que se deriva que **27.707,17 m² ingresaron como consecuencia de la “recuperación del mar”**, situación inviable por la calificación de bienes de uso público del mar y las playas. A su vez, la experticia practicada arrojó una medida exacta de **26.961,51m²**.

Por este motivo, la Sala en la parte resolutive, ordenará que sea retornado como bien de uso público **26.961,51m²**, al considerar que esta medida resulta más

precisa al haberse obtenido mediante la utilización de procedimientos técnicos que ofrecen mayor precisión.

Respecto de las pruebas solicitadas en el escrito de objeción, la Sala niega su práctica por encontrarse ya cerrada la etapa probatoria y no encontrarse acreditado ninguno de los supuestos consagrados en el artículo 361 del C.P.C., es decir: 1. Las partes no las pidieron de común acuerdo; 2. No se trata de pruebas decretadas en primera instancia y que se dejaron de practicar sin culpa de las partes que las pidió; 3. No versan sobre hechos ocurridos después de la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, a efectos de demostrarlos o desvirtuarlos; 4. No se trata de documentos que no se pudieron aducir en primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte anterior, y; 5. No se persigue con ellas desvirtuar los documentos referidos en el anterior numeral.

5. El no reconocimiento de incentivo económico a favor del actor.

En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, se negará, pese a que prosperó la acción popular, por las razones que se explican a continuación.

Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2.010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937, del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta de dos artículos, dispone en el primero: “Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998”; y en el segundo que: “la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias”.

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”.⁸³

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 que 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

⁸³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 1988. Expediente 1874.

aplicación inmediata –según el art. 40 de la ley 153 de 1887⁸⁴-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso- entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia proferida en el proceso de la referencia el 16 de febrero de 2006 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

SEGUNDO. DECLÁRANSE violados los derechos e intereses colectivos a la defensa de los bienes de uso público y al patrimonio público y deniéganse las pretensiones relacionadas con los otros derechos o intereses colectivos, alegados como violados por el actor, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. ORDÉNASE a la COMPAÑÍA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A o a quien alegue ser adquirente directo o indirecto de ésta, la restitución inmediata a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional – Dirección Marítima y Portuaria (DIMAR), de los terrenos, que resulten como de su propiedad, mencionados en esta sentencia, distintos a los comprendidos dentro de las áreas y linderos de los siguientes seis lotes que fueron englobados en único predio a través de la escritura pública No. 2274 de 1980: 1) No. 49 (cédula catastral No. 01-1-028-001); 2) No. 50 (cédula catastral No. 01-1-028-002); 3) No. 66 (cédula catastral No. 01-1-023-003); 4) No. 81 (cédula catastral No. 01-1-023-001); 5) No. 82 (cédula catastral No. 01-1-023-002) y 6) identificado con la cédula catastral No.01-1-026-080 y que antes correspondía a una calle; los cuales continúan siendo de propiedad de la mencionada compañía comercial, o de quien

⁸⁴ “Art. 40. Las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

los haya adquirido directa o indirectamente a ésta. La extensión superficial que debe ser restituida es de **26.961,51m²**.

CUARTO. En caso de que sobre los terrenos que deban ser restituidos, indicados en el numeral anterior, existan edificaciones destinadas al objeto social de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A o a quien alegue ser adquirente directo o indirecto de ésta, estos terrenos continuarán de su dominio, a cambio se ordena que la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., adquiera un terreno con la misma extensión de la porción que le fue arrebatada al mar para que en él se construya, en un período de tiempo (improrrogable) no superior a tres (3) años, un parque destinado al uso y recreación de toda la comunidad. Este parque será administrado por el Distrito de Cartagena, pero los costos de mantenimiento serán de cargo de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., durante los primeros treinta (30) años, es decir por un tiempo igual al que llevan edificadas las construcciones que se hicieron en la porción que le fue arrebatada al mar. La medida compensatoria que se acaba de mencionar se complementa con la obligación que también se le impone a la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A., de realizar actividades de recuperación integral de las playas que fueron ocupadas por ella, así como llevar a cabo el mantenimiento de los espolones existentes con el fin de evitar el erosionamiento de esas mismas áreas, en las condiciones descritas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. DENIÉGANSE las otras pretensiones de la demanda.

SEXTO. CONFÓRMESE un Comité de Verificación para la constatación de la ejecución de las órdenes contenidas en la presente sentencia, en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por: El actor de la presente acción popular, Norberto Gari García o un representante del mismo; un representante de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación; un representante de la Unidad Nacional de Tierras Rurales; un representante de la Dirección General Marítima y Portuaria; y por la Magistrada Ponente de la Sentencia de primera instancia que se profirió en este proceso.

SEPTIMO. DECLÁRASE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de los Ministerios de Transporte y Medio Ambiente, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO