



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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN NÚMERO: 13001233300020140040601 (65.566)
ACTOR: DAVID GARCÍA GÓMEZ
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE CULTURA Y OTROS
ASUNTO: ACCIÓN POPULAR

Tema: Contrato de arrendamiento sobre un bien de interés cultural, posible violación de los derechos colectivos al patrimonio público y al patrimonio cultural de la Nación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Café del Mar Ltda. y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en adelante el Distrito de Cartagena, en contra de la sentencia del 13 de agosto de 2019 (fls. 692 a 703, c. ppal, 2ª instancia) proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión n.º 1, mediante la cual resolvió (fls. 702 y 703, c. ppal, 2ª instancia):

PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por las accionadas; DECLÁRANSE vulnerados los derechos colectivos consagrados en los literales b, d, y e del art. 4 de la Ley 472 de 1998.

SEGUNDO: CONCEDER la protección a los derechos colectivos invocados por el actor popular contemplados en los literales b, d y e, a saber: La moralidad administrativa, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público -del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: DECLÁRASE que por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, el Ministerio de Cultura, el Distrito de Cartagena, el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (IPCC), la Escuela Taller Cartagena de Indias y Café del Mar Ltda., afectaron los derechos colectivos consagrados en los literales b, d y e del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

CUARTO: ORDÉNASE al Ministerio de Cultura, al Distrito de Cartagena, al Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (IPCC), a la Escuela Taller Cartagena de Indias y Café del Mar Ltda., que en el término de dos (02) meses siguientes a la notificación de este fallo; de acuerdo a sus competencias y funciones normativas y en coordinación con otras entidades encargadas de la vigilancia, control y demás funciones tendientes a la protección de los bienes de interés cultural de la ciudad de Cartagena,

Teniendo en cuenta la naturaleza de la orden dada, exige una planeación tanto técnica como presupuestal, se estima prudente otorgar el plazo anterior.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

QUINTO: ORDÉNASE al Ministerio de Cultura, al Distrito de Cartagena, al Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (IPCC), y a la Escuela Taller Cartagena de Indias, estudiar y verificar los demás contratos de explotación económica de los bienes de interés cultural de la ciudad de Cartagena y si se encontrase anomalías en ellos realizar las acciones correspondientes; NIEGÁNSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONFORMAR el comité de cumplimiento de la sentencia, el cual estará conformado por el Magistrado, las partes, el Personero del Distrito de Cartagena y el Ministerio Público, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

SÉPTIMO: Desígnese a la Procuraduría Regional de Bolívar, para que vele por el estricto cumplimiento de esta providencia de conformidad con lo establecido en los artículo 277 numeral 4 de la Constitución Política.

OCTAVO: ENVIAR copia de la presente providencia, a la Defensoría del Pueblo, de acuerdo a lo estipulado en el art. 80 de la Ley 472 de 2011 (sic) y 282 de la Constitución Política.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La parte actora pretende que, en ejercicio de la acción popular, se declare que las demandadas violaron los derechos colectivos al patrimonio público y a la defensa del patrimonio cultural de la Nación, como quiera que los contratos de arrendamiento suscritos con la sociedad Café del Mar Ltda., sobre el baluarte Santo Domingo, fueron celebrados sin concurrencia plural, sin factores claros de selección objetiva, a precios irrisorios y, además, han conllevado limitaciones ilegales para el uso público.

II. ANTECEDENTES

A. Demanda

1. El 25 de julio de 2014 (fl. 5, c. ppal, 1ª instancia) el señor David García Gómez presentó demanda, en ejercicio de la acción popular, en contra de la Nación-Ministerio de Cultura, el Distrito de Cartagena, el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena y la Escuela Taller Cartagena de Indias y formuló las siguientes pretensiones (fls. 3 y 4, c. ppal, 1ª instancia):

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

SEGUNDO: Que se declare que la actitud negligente de las autoridades citadas, por acción u omisión, en cuanto a lo que tiene que ver con la forma y fondo, de lo contenido en el contrato de arriendo de bienes de interés cultural sin número y



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

dudosa vigencia, materializa la vulneración de los referidos derechos colectivos, toda vez que su descuido petrifica y fortalece la acción del particular infractor.

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

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

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

2. En los que denominó hechos (fls. 1 a 2, c. ppal, 1ª instancia), los cuales para mejor comprensión del alcance de la presente acción se transcriben en su integridad, la parte actora señaló (fls. 1 a 3, c. ppal, 1ª instancia):

PRIMERO: En junio 29 de 2008, por acciones judiciales falladas en beneficio de la comunidad, la cuales son de amplio conocimiento, de acuerdo con la publicación del periódico el Universal de Cartagena, se expone el caso del establecimiento de comercio CAFÉ DEL MAR LTDA., ocupante del baluarte de Santo Domingo, el cual fue denunciado por obstaculizar con cerramientos, el libre paso de la ciudadanía al mencionado baluarte.

SEGUNDO: Menciona la publicación, que cada uno de los contratos, que celebra la entidad autorizada para tal fin, en este caso la ESCUELA TALLER CARTAGENA DE INDIAS, tiene cláusulas muy precisas con respecto al uso, como deben ser tratados y cuáles las restricciones que tienen por estar en un monumento de carácter nacional.

TERCERO: En dicha publicación reza un aparte del contrato: Abstenerse de instalar pendones, cortinas; no utilizar la garita para actividades propias del negocio particular que funcionara en el inmueble, no se debe alterar el visual exterior del monumento y se debe permitir la libre circulación y visitas de la ciudadanía.

CUARTO: En mi condición de ACTOR POPULAR, al observar que varias de las cláusulas anteriormente mencionadas no son respetadas por el establecimiento de comercio CAFÉ DEL MAR LTDA., solicité por derecho de petición a la ESCUELA TALLER CARTAGENA DE INDIAS, copia del contrato suscrito por la entidad, con el establecimiento de comercio mencionado, además advertimos a esa misma entidad la vulneración de los derechos colectivos por parte del establecimiento CAFÉ DEL MAR LTDA. y hasta la fecha de hoy no hemos visto ninguna acción frente a lo denunciado, de igual forma nos dirigimos al MINISTERIO DE CULTURA DIRECCIÓN DE PATRIMONIO Y AL INSTITUTO DE PATRIMONIO Y CULTURA DE CARTAGENA, sin obtener respuesta por parte de estos entes gubernamentales.

En la misma medida se le hizo saber al establecimiento de comercio denominado CAFÉ DEL MAR LTDA. que venían incurriendo que su accionar (sic) vulnera intereses colectivos, además de que incumplen el contrato suscrito con la ESCUELA TALLER CARTAGENA DE INDIAS, pero la situación continúa igual, no



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

se han tomado los correctivos, además de que nunca se dio respuesta a nuestra solicitud.

QUINTO: En fecha 22 de abril del año en curso, se suministran diecisiete (17) copias de un contrato sin número, el cual rige desde el año 2012, y no está claro si se encuentra vigente.

SEXTO: Respecto al contrato suscrito con esa persona jurídica, nos asaltan varias dudas, primero bajo qué criterio o parámetros, se cobra un canon de arrendamiento a nuestro juicio totalmente irrisorio teniendo en cuenta la cantidad de metros cuadrados dos mil diez metros cuadrados (2.010 m²) versus la cifra que se está cobrando de cinco millones veintiocho mil trescientos noventa y tres pesos (\$5.028.393), en uno de los lugares de mayor cotización de Colombia, y cuando otros sitios administrados por la ESCUELA TALLER CARTAGENA DE INDIAS cancelan mucho más teniendo en cuenta las proporciones sobre metros cuadrados, será que esos valores se determinan a dedo o existe otro ítem que pueda establecer los cobros de arriendo sobre BIENES DE INTERÉS CULTURAL de carácter nacional.

SÉPTIMO: Otro asunto que se debe aclarar, es la forma cómo se escoge a la persona que va a usufructuar los bienes de la Nación, vemos que en nuestra tierra se discrimina a sus nacionales y se privilegia al extranjero; en el certificado de existencia y representación legal del establecimiento de comercio Café del Mar Ltda., aparece como socio mayoritario y dueño el ciudadano extranjero PETER KREILL ¿Tendrían los cartageneros oportunidad para operar en arriendo un bien de estos? Realmente es discriminatorio que se convoque al público en general cuando se va a otorgar un contrato de estos.

OCTAVO: No obstante todo lo anterior, el uso que se le da a ese baluarte que es de todos, atenta contra los derechos colectivos; resulta que se han instalado unas cortinas plásticas, entre otras cosas horribles que no permiten el libre tránsito de las personas, la garita está siendo utilizada por el establecimiento comercial para su uso, además que al parecer, la bóveda donde funcionan los baños fue intervenida o modificada en sus medidas originales, y dicho baños, no son de libre acceso como lo establece el contrato, sino que solo es permitido el acceso de los clientes, y de aquellos que tienen que pagar el alto costo que se ha establecido para el uso de los mismos.

NOVENO: Ante la pasividad del suscrito actuante en calidad de actor popular procedió a presentar los hechos mencionados, con fecha 30 de mayo de 2014 a la Escuela Taller de Cartagena de Indias, y con fecha junio 5 de 2014 a la Dirección del Patrimonio del Ministerio de Cultura, a fin de que se protegieran los derechos colectivos vulnerados y, en su defecto, constituir la renuencia necesaria para la presente acción.

DÉCIMO: Hasta la fecha, las autoridades mencionadas, teniendo conocimiento de la grave transgresión del señor PETER KREILL y su establecimiento comercial CAFÉ DEL MAR LTDA., se han mantenido al margen de sus deberes de defensa del patrimonio cultural e histórico de la Nación y en especial de la ciudad de Cartagena de Indias.

Ahora bien, no cabe duda de que los monumentos o baluartes constituidos por el cordón amurallado del centro histórico de Cartagena de Indias, representan para toda la comunidad, inclusive internacional, así fue declarado por la UNESCO, patrimonio invaluable. Patrimonio que se entiende tanto cultural como histórico y arquitectónico. Es justamente este gran patrimonio el que se encuentra siendo vulnerado y cuya vulneración no cesará hasta tanto no vuelvan las cosas a su estado en que debieron siempre estar, esto es, de conformidad con el cumplimiento de un contrato, su clausulado, y la normatividad que rige para todos los baluartes y monumentos.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

B. Trámite de primera instancia

4. El 29 de julio de 2014, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena remitió la demanda por competencia al Tribunal Administrativo de Bolívar (fls. 43, c. ppal, 1ª instancia).

5. El 28 de julio de 2014, el Tribunal *a quo* admitió la demanda (fls. 1140 y 1141, c. ppal 2, 1ª instancia) y ordenó notificar a la Nación-Ministerio de Cultura, al Distrito de Cartagena, al Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, a la Escuela Taller Cartagena de Indias y a la sociedad Café del Mar Ltda., así como al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo e informar a todos los miembros de la comunidad (fls. 45 y 46, c. ppal, 1ª instancia).

6. La Nación-Ministerio de Cultura, en su contestación de la demanda (fls. 242 a 250, c. ppal 2, 1ª instancia), precisó que de conformidad con las Leyes 397 de 1997 y 1185 de 2008, únicamente, está encargado de la declaratoria y manejo de los monumentos y los bienes de interés cultural de carácter nacional. Que el manejo se limitaba a la orientación técnica para los efectos del mantenimiento del Patrimonio Cultural de la Nación y la competencia para autorizar o denegar cualquier intervención que se pretenda hacer en estos bienes o sus áreas de influencia.

6.1. Sostuvo que no fue parte del contrato cuestionado, razón por la cual mal haría en salir a responder sobre eventuales incumplimientos, imposición de sanciones u otras figuras que corresponden a las partes de dicho acuerdo. Igualmente, estimó que el juez popular tampoco es el llamado a solucionar las controversias de tipo contractual, sino el juez del contrato.

6.2. Afirmó que el contrato no es entre entidades públicas, razón por la cual esta jurisdicción no es a la que le corresponde el conocimiento de la presente acción.

6.3. Propuso, con base en lo expuesto, la falta de legitimación en la causa, pero precisó que *“no le corresponde ser emplazado a ser parte pasiva dentro de la presente acción, pero sí está obligado a prestar todo el apoyo técnico, en lo que esté a su alcance, así como dar la colaboración que sea necesaria, tanto a su despacho como a las partes involucradas o afectadas”* (fl. 249, c. ppal 2, 1ª instancia).



*Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular*

7. El Distrito de Cartagena (fls. 252 a 256, c. ppal 2, 1ª instancia) precisó que la Escuela Taller Cartagena de Indias, que suscribió el contrato cuestionado, es un establecimiento público y, por lo tanto, dada su descentralización, es el que debe responder directamente por los hechos que se reprochan.

7.1. Señaló que el baluarte Santo Domingo es un bien de interés cultural de propiedad de la Nación, que fue entregado en administración por parte del Ministerio de Cultura a la Escuela Taller Cartagena de Indias, según el contrato interadministrativo de comodato n.º 2199 de 2012.

7.2. En desarrollo del citado contrato interadministrativo, la Escuela Taller Cartagena de Indias celebró un contrato de arrendamiento con la sociedad Café del Mar Ltda. y, por consiguiente, es la llamada a responder por cualquier afectación que dicho acuerdo hubiera podido causar.

7.3. Con base en lo expuesto, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

8. La Escuela Taller Cartagena de Indias (fls. 277 a 284, c. ppal 2, 1ª instancia) se opuso a la declaratoria de incumplimiento del contrato suscrito con la sociedad Café del Mar Ltda., como quiera que no ha iniciado ninguna acción contractual con tal finalidad. Igualmente, puso de presente que el estado del baluarte Santo Domingo se encuentra en perfectas condiciones, toda vez que el contrato de arrendamiento suscrito para el efecto se ha cumplido a cabalidad.

8.1. Precisó que los baños del baluarte Santo Domingo fueron entregados a la fundación Mujeres Emprendedoras de Cartagena, desde el 6 de mayo de 2013, una agrupación de mujeres cabeza de familia, que cumple con todas las exigencias para la conservación de dichos espacios.

8.2. Señaló que ha respondido todas las solicitudes del actor, en las cuales ha precisado que la Escuela obró en cumplimiento del marco legal que le permite celebrar directamente los contratos de arrendamiento, como el que aquí se cuestiona.

9. El Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (fls. 303 a 308, c. ppal 2, 1ª instancia) señaló que no está dentro de sus funciones el manejo y administración de los monumentos nacionales, como el baluarte Santo Domingo, sino que es competencia



*Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular*

del Ministerio de Cultura, el que a su vez entregó su administración a la Escuela Taller Cartagena de Indias a través de un contrato interadministrativo. Con base en lo anterior, estimó probada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

10. La sociedad Café del Mar Ltda. (fls. 58 a 83, c. ppal 1, 1ª instancia) sostuvo que ha cumplido con las obligaciones surgidas del arrendamiento del baluarte Santo Domingo. Afirmó que la estructura de las bóvedas, donde se encuentran los baños, no ha sido modificada, pero, con aprobación de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena y el Consejo de Monumentos Nacionales, los baños fueron renovados, incluso, con la intervención como arquitecto del hoy padre del accionante, quien además fue representante legal de la sociedad demandada. Preciso que dichos baños están hoy entregados a una fundación de mujeres cabezas de familia.

10.1. Estimó que la presente acción está motivada por la enemistad del actor con uno de los socios de Café del Mar Ltda., el señor Peter Kreill, al punto que su finalidad es simplemente cambiar el operador privado. Esta enemistad se generó por los problemas de propiedad de una terraza en el edificio donde vivían el mencionado señor y el actor.

10.2. Preciso que en la única acción popular adelantada en contra de la sociedad demandada (2006-0650), el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena declaró la licitud del contrato celebrado entre la Escuela Taller Cartagena de Indias y la pluricitada sociedad; sin embargo, dicha sentencia, que no fue apelada, ordenó a Café del Mar Ltda. retirar unas materas que obstaculizaban el acceso al público, lo cual se cumplió.

10.3. Negó que se tuviera algún tipo de publicidad en los muros o lugares visibles, por cuanto esto estaba prohibido en la cláusula sexta, parágrafo primero, literales i) y k) del contrato. El precio fue fijado con base en las condiciones pactadas en el contrato, entre las cuales se incluyó el mantenimiento de toda la zona, la cual es de libre acceso a todos los transeúntes y tan sólo el 50% restante es la dedicada a la explotación comercial.

10.4. Estimó desafortunada la afirmación de la demanda, en cuanto tilda de ilegal y discriminatoria la adjudicación del contrato de arrendamiento, cuando en los términos de la Ley 1150 de 2007 se puede contratar directamente, sin que medie invitación pública. Con mayor razón, si el padre del accionante fue el representante legal de la sociedad que se demanda.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

10.5. Recalcó que el baluarte, antes de que les fuera entregado en arrendamiento, era una zona peligrosa y abandonada, situación que cambió por completo, hasta el punto de convertirse en un lugar insignia del turismo en Cartagena.

11. El 13 de abril de 2015 se llevó a cabo la audiencia especial de pacto de cumplimiento, sin ningún acuerdo (fls. 403 a 406, c. ppal 3, 1ª instancia).

12. El 17 de marzo de 2016, además de negar la solicitud de desistimiento de la presente acción por parte del actor popular y la sociedad Café del Mar Ltda. (fls. 409 a 414, c. ppal 3, 1ª instancia), se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 423 a 426, c. ppal 3, 1ª instancia). El Distrito de Cartagena solicitó que el costo de la prueba pericial decretada lo asumieran las partes del contrato de arrendamiento cuestionado o, en su defecto, el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos (fls. 439 a 441, c. ppal 3, 1ª instancia). El *a quo* repuso su auto para ordenar que los gastos los asumieran ambas partes, pero que el 50% de la carga del demandante, fuera cubierto por el citado Fondo (fls. 508 a 510, c. ppal 3, 1ª instancia).

13. El 30 de abril de 2018, el *a quo*, además de prescindir de la práctica del dictamen pericial, por la falta de pago de los gastos por parte del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, corrió traslado para alegar de conclusión (fls. 502 y rev., c. ppal 3, 1ª instancia).

13.1. El Ministerio de Cultura solicitó un pronunciamiento de fondo sobre las imputaciones del actor, con el fin de tomar las medidas a que hubiere lugar (fls. 588 a 590, c. ppal 3, 1ª instancia).

13.2. La Escuela Taller Cartagena de Indias, además de reiterar sus argumentos de defensa, señaló que presentó una demanda contractual para determinar el incumplimiento de la sociedad Café del Mar Ltda. (fls. 595 a 599, c. ppal 3, 1ª instancia).

13.3. Café del Mar y el Distrito de Cartagena reiteraron los argumentos de sus intervenciones, con fundamento en las pruebas allegadas (fls. 648 a 662, c. ppal 4, 1ª instancia).

13.4. El Ministerio Público (fls. 629 a 647, c. ppal 4, 1ª instancia), después de precisar la naturaleza de bien de interés cultural destinado al espacio público, estimó que, en línea con la jurisprudencia de esta Corporación, estaba prohibido el arrendamiento de este



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

tipo de inmuebles y, por lo tanto, debía declararse su nulidad absoluta, con mayor razón si se tenía en cuenta que dicho contrato tenía cláusula de renovación automática. Con base en lo anterior, solicitó que se declarara la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, aun cuando el actor no lo solicitó, en atención a las facultades oficiosas del juez popular.

C. La sentencia de primera instancia

14. El 13 de agosto de 2019 (fls. 692 a 706, c. ppal, 2ª instancia), el Tribunal *a quo* declaró vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público.

14.1. En primer lugar, sostuvo que las excepciones se dirigían a atacar el fondo del presente asunto y, por lo tanto, se resolverían al desatarlo. Por otro lado, consideró que el contrato de arrendamiento de 2012, suscrito entre la Escuela Taller Cartagena de Indias y la firma Café del Mar Ltda., tuvo por objeto entregarle a este último el goce sobre 2.010 metros cuadrados del bien de interés cultural de la Nación denominado baluarte Santo Domingo, por un valor mensual de \$7.327.819 para el año 2016.

14.2. Sostuvo que aunque es posible legalmente dar en arrendamiento ese tipo de inmuebles, el valor pagado a título de arrendamiento resultaba irrisorio respecto de las características del mismo. Apoyó esta conclusión en el avalúo realizado por el Instituto Agustín Codazzi, en adelante IGAC, que demuestra, a su juicio, que el valor pactado está muy por debajo del valor mínimo legal para esta clase de bienes y, por lo tanto, es lesivo para el patrimonio público.

14.3. Descartó que existiera modificación de la estructura del bien y concluyó que es posible en el marco de esta acción revisar la actuación contractual de las entidades públicas, aunque la noticia de estas posibles vulneraciones provengan de un tercero, en atención a la autonomía de la presente acción.

14.4. Finalmente, determinó que debían responder por estas conductas el Ministerio de Cultura, por ser la entidad encargada de administrar este tipo de bienes; el Distrito de Cartagena, como quiera que *“tiene la obligación constitucional”*; el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena *“por ser el rector de la Política Cultural del Distrito”*;



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

la Escuela Taller Cartagena de Indias y Café del Mar Ltda., como administradora y explotadora del bien inmueble, respectivamente (fl. 702, c. ppal, 2ª instancia).

15. El magistrado Luis Miguel Villalobos Álvarez salvó su voto, por cuanto consideró que no hay pruebas para concluir que el valor del arrendamiento fuera lesivo para el patrimonio público, por cuanto el método utilizado por el IGAC fue el de comparación y mercado, con base en el cual se fijó el costo de reposición por metro cuadrado del baluarte Santo Domingo, *“más no el valor del cánon que correspondería pagar por metro², por concepto de arrendamiento de dicho inmueble”* (fl. 705, c. ppal, 2ª instancia).

15.1. Sostuvo que *“no existe claridad, acerca de cuál es el valor del canon de arrendamiento que debería pagar Café del Mar Ltda. por el uso del bien de interés cultural, máxime cuando en materia comercial no existe norma legal que establezca un rango mínimo o máximo del valor del cánon”* (fl. 705, c. ppal, 2ª instancia).

15.2. Afirmó que las pruebas dan cuenta del mantenimiento del bien, hasta el punto de que contrastan con las afirmaciones sin respaldo del actor, quien se limitó a aportar unas fotografías que son insuficientes para sostener la vulneración alegada.

15.3. También reiteró, en el mismo sentido de la sala mayoritaria, que resultaba legal el arriendo de este tipo de inmuebles. Precisó que el incumplimiento del contrato en cuestión se encuentra en litigio actualmente, entre otras pretensiones, por el valor del arrendamiento, razón de más para concluir que las pruebas no son determinantes para estructurar la violación de los derechos colectivos.

15.4. Compartió la conclusión sobre la inexistencia de la violación a los derechos colectivos al espacio público y la utilización de los bienes de uso público; sin embargo, llamó la atención de que en la parte resolutive se declararan vulnerados tales derechos.

D. Recursos de apelación

16. Café del Mar Ltda. (fls. 710 a 720, c. ppal, 2ª instancia) pidió tener en cuenta que el actor popular desistió expresamente de la presente acción, como quiera que estuvo motivado por una mala interpretación de los hechos, petición que fue reiterada en el trámite de la primera instancia. Adujo que por consiguiente el actor concluyó que no existía la violación de los derechos alegada.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

16.1. Afirmó que el baluarte se encuentra en perfectas condiciones y con un mantenimiento permanente, situación que contrasta con la que tenía con anterioridad al contrato cuestionado, cuando la delincuencia y el abandono caracterizaba dicha zona. Contrario a lo afirmado en la demanda y por el *a quo*, la inspección judicial dio cuenta del buen estado de conservación del bien, lo que ponía en evidencia que la sentencia de primera instancia se apartara de las pruebas obrantes.

16.2. Igualmente, en el informe del 18 de abril de 2016, el arquitecto Alfonso Cabrera Cruz, Director de la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, *“dictaminó que dentro de su ámbito de control y vigilancia no encontró que CAFÉ DEL MAR haya intervenido el Baluarte de Santo Domingo, por lo que no ha ocasionado afectación y por el contrario siempre han seguido las recomendaciones de la autoridad”* (fl. 713, c. ppal, 2ª instancia).

16.3. Tampoco estimó probada corrupción o inmoralidad administrativa, razón por la cual la sentencia se fundó en razones subjetivas para declararla, sin que se hubiera determinado técnicamente el valor del arrendamiento cuestionado; afirmó que la acción contractual era el medio natural para discutir las cuestiones relacionadas con las estipulaciones del contrato, tales como el precio, sin que el juez popular pudiera ir más allá, sin desbordar sus competencias.

16.4. Sostuvo que en los términos del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se regulan, en lo que no contravenga lo dispuesto en dicha norma, por el derecho privado. En esos términos, existe una libertad para regular los aspectos particulares del contrato. El precio pactado fue fruto del acuerdo y de sus reajustes, a través de la renovación sucesiva acordada, sin que de estos instrumentos se pueda predicar ilegalidad o corrupción, como quiera que están habilitadas por las normas comerciales.

16.5. Señaló que ha ofrecido aumentar el precio del arrendamiento en el doble de su valor, pero que esto no puede ser el fruto de una imposición del juez, como quiera que la modificación del contrato no le corresponde. Igualmente, sostuvo que el precio se fijó en consideración a la asunción por parte del arrendatario del mantenimiento de la rotonda inferior, los desagües pluviales, la rampa de acceso, las escaleras y todas las zonas accesorias al baluarte Santo Domingo, sin que exista una prueba pericial que valore todas estas actividades para la fijación del valor del arrendamiento, tan sólo las



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

conclusiones del juez de primera instancia basadas en una simple valoración del valor por metro cuadrado.

16.6. Igualmente, precisó que de los 2.010 metros cuadrados objeto del arrendamiento, 900 corresponden al área de circulación libre de transeúntes, razón por la cual son un espacio que no es usufructuado comercialmente por la arrendataria. Insistió en que el precio debe fijarse después de analizar todas las variables del contrato y no solamente las que tuvo en cuenta la primera instancia.

16.7. También estimó que las condiciones de explotación comercial de otros lugares, como las Plaza de Santo Domingo y San Pedro, es completa, dado que sus condiciones físicas permiten hacerla durante todo el día, mientras que el baluarte, por sus condiciones a cielo abierto, tan sólo se lleva a cabo después de la cinco de la tarde y supeditada a los factores climáticos. Además, se ha visto en la necesidad de alquilar espacios adicionales para el bodegaje, como quiera que el baluarte carece de este servicio, asumir los gastos de energía y alumbrado público y seguridad de la zona.

17. El Distrito de Cartagena (fls. 721 a 723, c. ppal, 2ª instancia) cuestionó que la sentencia de primera instancia se limitara a imputarle responsabilidad por supuestas obligaciones constitucionales, sin que se identificara la conducta atribuible, por acción u omisión, en la supuesta vulneración declarada. Estimó que el *a quo* no se pronunció sobre su falta de legitimación por pasiva, como quiera que la responsable de las posibles violaciones imputadas es la arrendadora del baluarte, es decir, el establecimiento público Escuela Taller Cartagena de Indias.

E. Trámite en segunda instancia

18. Después de que el *a quo* concedió las apelaciones (fl. 725, c. ppal, 2ª instancia), la Sección Primera de esta Corporación las remitió a esta por competencia (fls. 734 y 735, c. ppal, 2ª instancia). En esta Sección se admitieron los recursos (fl. 746, c. ppal, 2ª instancia) y, después, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 761, c. ppal, 2ª instancia). En esta oportunidad, sólo Café del Mar Ltda. se pronunció para reiterar los argumentos de su apelación (fls. 764 a 782, c. ppal, 2ª instancia).

III. CONSIDERACIONES

F. Jurisdicción, competencia y acción procedente



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

19. En atención a la naturaleza pública de las demandadas¹, es claro que este proceso es de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 15 de la Ley 472 de 1998.

20. Como quiera que la sentencia apelada fue dictada en primera instancia, según lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 152 CPACA, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia, en los términos del artículo 150 *ejusdem*.

21. La acción popular es la procedente, si se tiene en cuenta que se imputan acciones u omisiones a las autoridades públicas demandadas que conllevaron a la posible violación o amenaza de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público, el goce del espacio público y la utilización y la defensa de los bienes de uso público, como consecuencia de la administración del bien de interés cultural denominado baluarte Santo Domingo.

G. La legitimación en la causa

22. Las partes se encuentran legitimadas, en los términos de los artículos 12 y 14 de la Ley 472 de 1998. La parte actora, por cuanto cualquier persona natural o jurídica puede promoverla. Las demandadas, así:

22.1. La Nación-Ministerio de Cultura y la Escuela Taller Cartagena de Indias, como partes del contrato interadministrativo de comodato n.º 2199 del 16 de octubre de 2012, por medio de la cual la primera le entregó a la segunda la administración, protección, conservación, mantenimiento y restauración, "*puesta en valor y divulgación*" de los bienes de propiedad de la Nación de interés cultural, entre otros, del baluarte Santo Domingo (fls. 445 a 459, c. ppal 3, 1ª instancia).

¹ En el contrato interadministrativo de comodato con el Ministerio de Cultura y de arrendamiento con Café del Mar Ltda., la Escuela Taller Cartagena de Indias se identificó como un establecimiento público del orden distrital (fls. 12, c. ppal y 445, c. ppal 3, 1ª instancia). Igualmente, en su página web se confirma esa naturaleza (En:<https://escuelatallerctg.gov.co/institucional/>). La misma naturaleza tiene el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, creado como tal mediante el Acuerdo 001 de febrero 4 de 2003, que derogó el Acuerdo 12 de marzo 18 de 2000 (visto en: <https://ipcc.gov.co/institucion/>).



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

22.2. Café del Mar Ltda. atendiendo a su calidad de arrendataria del baluarte Santo Domingo, dentro del contrato sin número del 16 de octubre de 2012, suscrito con la Escuela Taller Cartagena de Indias (fls. 12 a 28, c. ppal, 1ª instancia).

22.3. El Distrito y el Instituto de Patrimonio y Cultural de Cartagena, establecimiento público del orden distrital, pues, además de que el bien de interés cultural se encuentra ubicado dentro del ámbito territorial de su competencia, el principio de colaboración entre entidades públicas les impone toda la cooperación efectiva para su protección constitucional y legal.

22.3.1. Efectivamente, en los términos del artículo 5 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 2 de la Ley 1185 de 2008, las entidades nacionales y territoriales son parte del Sistema Nacional de Patrimonio Cultural de la Nación, que es un conjunto de instancias públicas que ejercen competencias sobre el patrimonio cultural de la Nación, entre ellos, los bienes de interés cultural, como lo es el baluarte Santo Domingo, para su protección, salvaguardia, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación².

22.3.2. De conformidad con lo expuesto, tales entidades territoriales, tienen sendas funciones de colaboración frente a los bienes de interés cultural y, por consiguiente, contrario a su defensa, se impone concluir que están legitimadas por pasiva en el presente asunto.

H. Oportunidad de la acción y requerimiento previo

23. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 472 de 1998 y en los términos de la sentencia C- 215 de 1999 de la Corte Constitucional, la acción popular

² El artículo 2 citado, dispone: “**SISTEMA NACIONAL DE PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN.** El Sistema Nacional de Patrimonio Cultural de la Nación está constituido por el conjunto de instancias públicas del nivel nacional y territorial que ejercen competencias sobre el patrimonio cultural de la Nación, por los bienes y manifestaciones del patrimonio cultural de la Nación, por los bienes de interés cultural y sus propietarios, usufructuarios a cualquier título y tenedores, por las manifestaciones incorporadas a la Lista Representativa de Patrimonio Cultural Inmaterial, por el conjunto de instancias y procesos de desarrollo institucional, planificación, información, y por las competencias y obligaciones públicas y de los particulares, articulados entre sí, que posibilitan la protección, salvaguardia, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación del patrimonio cultural de la Nación. // Son entidades públicas del Sistema Nacional de Patrimonio Cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Archivo General de la Nación, el Instituto Caro y Cuervo, el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, los Consejos Departamentales y Distritales de Patrimonio Cultural y, en general, las entidades estatales que a nivel nacional y territorial desarrollen, financien, fomenten o ejecuten actividades referentes al patrimonio cultural de la Nación. // El Sistema Nacional de Patrimonio Cultural estará coordinado por el Ministerio de Cultura, para lo cual fijará las políticas generales y dictará normas técnicas y administrativas, a las que deberán sujetarse las entidades y personas que integran dicho sistema”.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo o, en cualquier tiempo, cuando se pretenda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación de un derecho o interés de esta naturaleza. Así, es claro que la presente acción fue oportuna, como quiera que no hay evidencia de la finalización del contrato de arrendamiento que dio origen al presente proceso.

24. Igualmente, se cumplió con el requerimiento previo a las autoridades de que trata el inciso tercero del artículo 144 del CPACA. Efectivamente, la parte actora presentó unos derechos de petición dirigidos al Ministerio de Cultura y las entidades descentralizadas del Distrito de Cartagena, en los meses de abril, mayo y junio de 2014 (fls. 30 a 33, c. ppal, 1ª instancia), que fueron respondidos por la Escuela Taller Cartagena de Indias (fls. 34 a 37, c. ppal, 1ª instancia), con similares argumentos a los de su defensa en esta sede.

I. Plan de solución del caso

25. Para resolver el fondo del presente asunto, debe tenerse en cuenta que en la demanda se cuestionó el arrendamiento del baluarte Santo Domingo, entre otras cuestiones por *“el uso que se le da a ese baluarte que es de todos, atenta contra los derechos colectivos; resulta que se han instalado unas cortinas plásticas, entre otras cosas horribles que no permiten el libre tránsito de las personas, la garita está siendo utilizada por el establecimiento comercial para su uso”* (fl. 2, c. ppal, 1ª instancia. Hecho número ocho de la demanda).

25.1. En la contestación de la demanda, Café del Mar Ltda. señaló *“no es novedad utilizar este tipo de contratos para poner en valor un bien de interés cultural de la Nación. Es por ello que la legalidad de este contrato fue declarada en decisión del 4 de abril de dos mil ocho (2008) proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias en la acción popular radicada bajo el número 004-2006-0650-00, el cual hizo tránsito a cosa juzgada, de conformidad con lo señalado por la decisión contenida en el auto del Consejo de Estado del 20 de febrero de 2014, exp. 15001-23-33-000-2013-00149-02 (AP), M.P. María Elizabeth García González, publicado en el Boletín n.º 42 de mayo 02 de 2014, emitido por la Honorable Corporación”* (fl. 76, c. ppal, 1ª instancia).

25.2. Por su parte, el *a quo*, sin resolver sobre la excepción arriba referida, simplemente señaló que como todas las excepciones atacaban el fondo, se resolverían al definir



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

este (fl. 694, c. ppal, 2ª instancia), pero consciente del cuestionamiento de la modalidad utilizada para entregar el baluarte a un particular, concluyó que era legal el uso de la modalidad del arrendamiento³; sin embargo, consideró violados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, como quiera que el precio fijado resultaba ínfimo frente al valor determinado por el IGAC. En consecuencia, adoptó las medidas que consideró pertinentes para conjurar la referida violación.

25.3. En el recurso de apelación, Café del Mar Ltda. persigue que se nieguen las pretensiones de la demanda, con base en el desistimiento de la parte actora y que no hay prueba de la violación declarada por el *a quo*. Además, cuestiona las órdenes de modificación del contrato de arrendamiento del baluarte Santo Domingo, por desbordar las competencias del juez popular; el Distrito de Cartagena se limita a reiterar su falta de legitimación en la causa por pasiva.

25.4. Como se observa, en la base de la causa *petendi* y de la decisión del *a quo* está la procedencia del arrendamiento en este asunto particular. Tanto es así que en esta instancia se impone resolver sobre la excepción de cosa juzgada propuesta por Café del Mar Ltda., en su contestación de la demanda, sobre el efecto definitorio de la legalidad que tuvo la sentencia del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, cuestión que no fue abordada por el *a quo*, pero que se debe complementar, como quiera que la parte afectada con dicha omisión es una de las apelantes, tal como lo disponía, en su momento, el artículo 311 del CPC y, actualmente, el artículo 287 del CGP.

25.5. Además, teniendo en cuenta que la apelación se dirige, principalmente, a revocar la decisión de primera instancia, se impone analizar todos los fundamentos de dicha sentencia, incluida, claro está, la procedencia del arrendamiento de bienes de uso público de propiedad de la Nación y de interés cultural.

25.6. Incluso, es posible que, en un escenario hipotético de violación de derechos colectivos, dicho estudio impacte las medidas que se deben adoptar, como quiera que

³ En efecto, así discurrió el *a quo*: "(...) en este orden, tendría objeto ilícito cualquier negocio jurídico que respecto de ellas realicen las autoridades públicas, que impliquen transferir la propiedad de las mismas; a contrario sensu, no habría objeto ilícito en aquellos actos o contratos que no impliquen transferencia de la propiedad; verbigracia, el arrendamiento y la concesión, pero sujeto ello, a que no limiten el uso público de dicho bienes" (fls. 700 rev. y 701, c. ppal, 2ª instancia).



el *a quo* las dio bajo el marco de la procedencia de dicha modalidad, sin perder de vista, desde ya que, aunque el artículo 144 del CPACA impide declarar la nulidad absoluta del contrato, es posible adoptar otras medidas que sean necesarias para cesar la amenaza o vulneración. De esa forma, se revela aún más la conexidad de dicha cuestión; igualmente, fuerza resolver sobre la posible configuración de un desistimiento de la parte actora.

25.7. Lo expuesto se encuadra dentro de la flexibilización del principio de congruencia y el debido proceso en las acciones o medios de control populares, en el que esta Subsección ha precisado que, si bien las facultades del juez popular no son ilimitadas, sí le es dado actuar dentro del marco de la causa *petendi* original. En efecto, así lo expuso esta Subsección⁴:

Finalmente, acogiendo la ponderación realizada por el Consejo de Estado entre la flexibilización del principio de congruencia y el debido proceso, la Corte concluyó que “el sistema dispositivo especial por el que se rigen las acciones populares, implica que el juez puede tener en cuenta hechos distintos a los que aparecen en la demanda, siempre que se trate de la misma acción u omisión que el actor planteó como transgresora de los derechos o intereses colectivos, puesto que la sentencia debe ser coherente con la conducta vulneradora imputada en el escrito de la demanda”^{5,6}.

*Como se observa, en el marco de las acciones populares el principio de congruencia se flexibiliza frente al interés colectivo, que se expresa a través de los derechos por cuya protección propende esta acción, permitiéndole al juez: i) proteger derechos que no han sido invocados en la demanda, siempre y cuando estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso, ii) estudiar hechos que no se expusieron en la demanda, bien sea porque no se alegaron específicamente, pero aparecen probados en el proceso, o porque ocurrieron con posterioridad a la presentación del libelo, en uno y otro caso, siempre que tengan relación con la causa *petendi*, iii) adoptar medidas diferentes a las deprecadas en la demanda, para proteger los derechos colectivos que encuentre amenazados o vulnerados.*

De todo lo anterior surge que, a pesar de que el juez de la acción popular cuenta con amplias facultades para proteger los derechos colectivos, tiene también el

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, exp. 20001-23-31-000-2010-00478-01(AP), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera .

⁵ Cita original: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, sentencia del 9 de agosto de 2012 radicación: 73001-23-31-000-2010-00472-01. En este caso se promovió acción popular contra el Instituto Nacional de Concesiones – INCO y la constructora CSS CONSTRUCTORES S.A., tendiente a la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público, el derecho a la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente; por cuanto se consideró que en una carretera había una alcantarilla que podía causar un accidente. No se probó que la alcantarilla estuviera en las condiciones alegadas por el actor, pero en el proceso la Policía aportó un estudio en el que se demostraba que en ese punto de la vía existía una curva que causaba accidentes. En consecuencia, el juez accedió a las pretensiones y el Consejo de Estado confirmó la decisión, por considerar que no era incongruente, ya que tenía que ver con el mismo derecho colectivo y era una situación que generaba el riesgo alegado por el actor popular.

⁶ Cita original: *Ibidem*.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez

Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros

Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

deber de velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes⁷; por ello, sus facultades no son ilimitadas, pues, si bien le está dado amparar derechos colectivos no invocados por la parte actora, estudiar hechos no relacionados en la demanda e, incluso, adoptar medidas de protección diferentes a las deprecadas en el libelo, sólo puede hacerlo si tienen relación con la causa petendi de la demanda, que no puede ser una diferente a la relacionada con la amenaza o transgresión de derechos colectivos, en tanto que otro tipo de imputaciones escapan a la finalidad de la acción popular e impiden que el juicio se surta a través de esta acción⁸.

25.8. En los términos expuestos, la Sala empezará por determinar el efecto jurídico del desistimiento presentado por la parte actora. Después, si se supera el anterior punto, se impone establecer si está probada la excepción de cosa juzgada sobre la legalidad del contrato de arrendamiento para la entrega de bienes, como el que aquí ocupa a la Sala. Más adelante, de no estar probada la aludida excepción, se impondrá establecer, para el presente asunto, la procedencia jurídica de utilizar la modalidad del arrendamiento y su relación con la violación de los derechos colectivos declarada por el *a quo*.

J. De los efectos del desistimiento del actor popular

26. El actor popular, en memorial suscrito conjuntamente con la sociedad Café del Mar Ltda., desistió del presente medio de control (fls. 409 a 414, c. ppal 3, 1ª instancia). Lo anterior en atención a que se encontraban superados los hechos expuestos en la demanda. Sobre el particular, el *a quo*, mediante auto del 17 de marzo de 2016, negó la solicitud por improcedente, como quiera que el interés en esta clases de derechos es de la comunidad y, por lo tanto, el desistimiento de las partes no es procedente, tal como lo ha señalado esta Corporación.

27. Al respecto, además de que las partes no se opusieron a esa decisión, por lo que se trata de una actuación procesal que se encuentra en firme, es claro que está en consonancia con la posición que esta Corporación ha prohiado sobre el particular⁹, por

7

Cita original: Ley 472 de 1998, artículo 5.

8

Cita original: Sobre la finalidad de la acción popular y su autonomía frente a otras acciones, consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de diciembre de 2015, exp. 2007-00033-01(AP).

⁹ Entre otras, ver: Consejo de Estado, Sala Plena Contencioso Administrativo, Sala Veintitrés Especial de Decisión, sentencia del 1 de octubre de 2019, exp. 20001-33-31-004-2007-00158-01(A)(AP)REV, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



lo que *prima facie* no se ven razones para desconocerla. Lo anterior es suficiente para desestimar este cargo de la apelación.

K. De la excepción de cosa juzgada

28. Sobre esta figura, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en el marco de una demanda de constitucionalidad, ejercida en contra del artículo 35 de la Ley 472 de 1998, que dispone que la sentencia de la acción popular *“tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general”*. La Corte, aceptó su procedencia en estas acciones, pero declaró exequible el artículo *“en el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior”*¹⁰.

29. La Corte precisó que para la configuración de la cosa juzgada en el trámite de una acción popular se requiere que se den *“los siguientes tres requisitos: (i) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, (ii) que se funde en la misma causa del anterior, y (iii) haya en ambos juicios identidad jurídica de partes. Ello significa que si no existe identidad de sujetos, objeto y causa, no opera el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, ni general ni relativa, de forma que, si surgen nuevos hechos o causas distintas, independientemente de que se trate de las mismas partes, cualquier persona está habilitada para promover una nueva acción popular, en caso de considerar que esos nuevos hechos y causas ponen en peligro derechos colectivos. A la luz de estos postulados, tratándose de la norma acusada, lo que busca el presente pronunciamiento es establecer una excepción al principio de cosa juzgada, de manera que, aun existiendo identidad de sujetos, objeto y causa, si la decisión del juez popular es desestimatoria, y surgen nuevas pruebas trascendentales que puedan variar la decisión anterior, es posible un nuevo pronunciamiento judicial para proteger los derechos colectivos”*¹¹.

30. De la sentencia del 4 de abril de 2008 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, sin que haya constancia de ejecutoria¹², se

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-622 del 14 de agosto de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Café del Mar Ltda., en su contestación de la demanda, además de allegar copia simple de la referida sentencia, se limitó a señalar que estaba en firme, de conformidad con lo dicho en el auto del 20 de



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

desprende que, en principio, el objeto de ese proceso era similar al aquí en estudio, como quiera que en el marco de una acción popular se cuestionaba el contrato de arrendamiento del baluarte Santo Domingo, suscrito el 6 de febrero de 2002, entre la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena y la sociedad Café del Mar Ltda. (fls. 172 a 179, c. ppal, 1ª instancia), por cuanto dicha modalidad estaba proscrita para los bienes de uso público (fls. 102 a 136, c. ppal, 1ª instancia). Sobre el particular la citada sentencia concluyó (fls. 128 y 129, c. ppal, 1ª instancia):

Es decir que fue el propio legislador, el que estableció que a pesar de la condición de inalienables, inembargables e imprescriptibles de los bienes culturales de la nación, estos excepcionalmente pudiesen ser entregados a particulares sin transferencia del dominio o propiedad, como sería precisamente mediante contrato de arriendo, (pues la norma dice cualquier tipo [se refiere al parágrafo del artículo 10 de la Ley 397 de 1997]), con el único objetivo de que procurarán recursos para ser luego utilizados o reinvertidos en la protección, conservación y mantenimiento de dichos bienes culturales.

31. Ahora, si bien podría aceptarse que el objeto es similar, en cuanto materialmente recae sobre el mismo bien, pero en esa ocasión se entregaron 2.700 metros cuadrados, por un valor de \$2.500.000 mensuales (fl. 173, c. ppal, 1ª instancia, cláusulas primera y segunda), al igual que la tipología contractual y un reparo similar de violación de derechos colectivos, lo cierto es que en la presente acción, el contrato es otro y fue firmado el 16 de octubre de 2012 (fl. 28, c. ppal, 1ª instancia). Además, el contrato analizado por el referido juzgado fue suscrito por una entidad sin ánimo de lucro de derecho privado, con personería jurídica (fl. 114, c. ppal, 1ª instancia). Mientras que aquí lo fue un establecimiento público distrital. Es decir, se trata de un contrato distinto y al menos una de sus partes es diferente.

32. En esos términos, además que no se cumple con el requisito de identidad de partes, mal haría la Sala en extender los efectos de la cosa juzgada a una relación contractual diferente y con partes distintas¹³. En esa medida, el nuevo contrato, como lo advierte

febrero de 2014 de la Sección Primera de esta Corporación, exp. 15001233300020130014902 (AP), M.P. María Elizabeth García González, que se refiere a un caso distinto. Efectivamente, se trata de un agotamiento de jurisdicción entre el Departamento de Boyacá y la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, por la expedición de unas licencias ambientales para una explotación minera. El *a quo* pidió certificar el estado de dicho proceso, como de prueba de oficio, sin que se hubiere allegado respuesta (fls. 685 a 688, c. ppal 4, 1ª instancia).

¹³ La Corte Constitucional, en sentencia C-100 de 2019, precisó el alcance de los elementos de la cosa juzgada, así: “- *Identidad de objeto*, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente. // - *Identidad de causa petendi*, esto es, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

la Corte Constitucional, se trata de una nueva causa, que da lugar a que el juez analice plenamente la configuración de posibles violaciones a los derechos colectivos.

33. En los términos expuestos se tiene que tampoco está configurada la cosa juzgada en el presente asunto.

L. La procedencia del contrato de arrendamiento para la entrega a particulares de bienes públicos de uso público y de interés cultural

34. Para resolver, la Sala definirá la naturaleza jurídica del baluarte Santo Domingo, para después precisar qué tipo de instrumentos contractuales se habilitan para efectos de someterlo a la administración de particulares.

35. Un baluarte es una obra de fortificación en forma pentagonal que sobresale entre dos lienzos o porciones de muralla. El baluarte de Santo Domingo tiene una importancia particular, puesto que es el origen de la construcción de las murallas de Cartagena de Indias a principios del siglo XVII¹⁴. Llamado Santa María, San Felipe y luego Santo Domingo, por el convento contiguo, fue el primero en ser construido en la ciudad, con el fin de proteger el sitio por donde el pirata Drake ingresó en 1586. Su trazado y construcción se dio entre 1602 y 1616, por Cristóbal de Roda, quien ajustó y mejoró el proyecto original de Bautista Antonelli¹⁵.

36. La Ley 163 de 1959 declaró como monumento nacional el sector antiguo, entre otras ciudades, de Cartagena de Indias (artículo 4). Dicha ley consideró como sector antiguo a las calles, plazoletas, murallas, inmuebles, incluidas las casas y construcciones históricas, etc. (parágrafo, artículo 4). En 1984, en la decisión del Comité Intergubernamental del Patrimonio Mundial, en su octava sesión, se declaró a Cartagena de Indias como el primer lugar colombiano incluido en la Lista de Patrimonio Mundial de la UNESCO¹⁶. Por su parte, el artículo 1 del Decreto 1911 de 1995

nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa. // - Identidad de partes, lo que implica que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada”.

¹⁴ https://cvc.cervantes.es/artes/ciudades_patrimonio/cartagena_indias/paseo/baluarte_domingo.htm. Vista el 24 de octubre de 2022.

¹⁵

<https://www.smpcartagena.org/baluarte-santo-domingo>. Consultada el 24 de octubre de 2022.

¹⁶

https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/revista_cultural/article/download/4208/3563/7056. Vista el 22 de octubre de 2022.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

particularizó la calidad de monumento nacional del baluarte Santo Domingo y otras zonas más del centro histórico de Cartagena de Indias.

37. De acuerdo con la Ley 397 de 1997 y sus modificaciones, el patrimonio cultural está compuesto por bienes materiales e inmateriales. Los primeros, que son los que aquí interesan, están formados por bienes muebles e inmuebles a los que se les atribuye especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico (artículo 1 de la Ley 1185 de 2008, modificadorio del artículo 4 de la Ley 397 de 1997).

38. Los bienes materiales del patrimonio cultural, pueden ser propiedad de particulares o del Estado; sin embargo, pertenecen al Estado si tienen la condición de patrimonio arqueológico y/o son bienes culturales que conforman parte de la identidad nacional (artículo 72 Superior). Para que tengan la calidad de los últimos, esto es, de bienes de interés cultural, BIC, en adelante, se necesita de declaración a través de acto administrativo (inciso 2º del literal b) del artículo 1 de la Ley 1185 de 2008, modificadorio del artículo 4 de la Ley 397 de 1997). En caso de que estos bienes se encuentren en manos de particulares, el Estado buscará los mecanismos para readquirirlos (artículo 72 Superior).

39. Los BIC de propiedad de entidades públicas son inembargables, imprescriptibles e inalienables (artículo 10 de la Ley 1185 de 2008, modificadorio del artículo 10 de la Ley 397 de 1997).

40. Se denominan bienes de interés cultural a los bienes materiales declarados como monumento, como ocurre con el baluarte Santo Domingo (inciso 4 del literal b) del artículo 1 de la Ley 1185 de 2008, modificadorio del artículo 4 de la Ley 397 de 1997) y, por tanto, de propiedad del Estado (artículo 72 Superior), en este caso en particular, de la Nación (artículos 4 de la Ley 163 de 1959 y 1 del Decreto 1911 de 1995).

41. Además, el baluarte de Santo Domingo también es un bien público nacional¹⁷ y de uso público¹⁸. Vale recordar que esta última afectación puede darse de manera formal,

¹⁷ Entendida esta expresión, así: *“la doctrina y la jurisprudencia actuales emplean la expresión bienes públicos para referirse a la categoría que engloba todos los bienes detentados por las entidades públicas”*. En: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto n.º 1682 del 2 de noviembre de 2005, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁸ El artículo 674 del Código Civil denomina bienes de la Unión, a aquellos cuyo dominio pertenece a la República y si además su uso pertenece a todos los habitantes, son bienes de la Unión de uso público.



a través de un acto jurídico que así lo declare o, materialmente, por abrir el bien al uso del público en general¹⁹.

42. El artículo 5 de la Ley 9 de 1989, adicionado por el artículo 138 de la Ley 388 de 1997, dispone que son parte del espacio público de la ciudad las áreas requeridas, entre otras, *“para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos”* y, *“por consiguiente, zonas de uso y disfrute colectivo”*.

43. En claro la calidad de bien público de uso público y de interés cultural de propiedad de la Nación, corresponde definir cuál es la modalidad para entregar a los particulares este tipo de bienes.

44. El parágrafo 1º del artículo 6 de la Ley 1185 de 2008, modificatorio del artículo 10 de la Ley 397 de 1997, dispuso:

PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Cultura autorizará, en casos excepcionales, la enajenación o el préstamo de bienes de interés cultural del ámbito nacional entre entidades públicas. Las alcaldías, gobernaciones y autoridades de los territorios indígenas y de las comunidades negras de que trata la Ley 70 de 1993, serán las encargadas de dar aplicación a lo previsto en este parágrafo respecto de los bienes de interés cultural declarados por ellas.

*Las autoridades señaladas en este parágrafo podrán autorizar a las entidades públicas propietarias de bienes de interés cultural para darlos en comodato a entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, hasta por el término de cinco (5) años prorrogables con sujeción a lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política, celebrar convenios interadministrativos y de asociación en la forma prevista en los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998 o en las normas que los modifiquen o sustituyan, y en general, **celebrar cualquier tipo de contrato**, incluido el de concesión, que implique la entrega de dichos bienes a particulares, siempre que cualquiera de las modalidades que se utilice se dirija a proveer y garantizar lo necesario para la protección, recuperación, conservación, sostenibilidad y divulgación de los mismos, **sin afectar su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad** (se destaca).*

¹⁹ En un caso en el que se discutía la calidad de bienes de uso público de unas plazas de mercado que estaban asignadas a la empresa de servicios públicos de Villavicencio, como ocurre en este asunto, esta Corporación, después de corroborar la calidad de entidad pública de dicha entidad y la destinación de la plaza al uso público, concluyó que se trataba de un bien de uso público. En: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2010, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno. En esta oportunidad, se precisó: *“En este evento, esto es, en el caso de bienes artificiales, que es el que interesa en el sub lite, se tiene que para que adquiera la categoría de bien de uso público, se requiere su afectación al uso público, la cual consiste en la manifestación de voluntad del Estado, a través de la autoridad competente, por medio de la cual incorpora al uso o goce de la comunidad. // Esa declaración de voluntad puede presentarse de manera formal, es decir, a través de un acto jurídico, o de hechos o comportamientos que indiquen de manera inequívoca la decisión de consagrar el bien de uso público, verbigracia la inauguración de una obra y darla como abierta al público”*. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2021, M.P. María Adriana Marín.



45. Si bien es cierto de la redacción de la anterior norma se permite la celebración de cualquier contrato para la entrega de este tipo de bienes a los particulares, lo cierto es que también se condiciona a que no se afecte su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. En tal sentido, el Pleno de esta Corporación unificó su posición para concluir que el contrato de arrendamiento está proscrito para la entrega de bienes de uso público²⁰, toda vez que dicha modalidad tiene una finalidad de uso exclusivo para su arrendatario que riñe con la naturaleza de dichos bienes. En efecto, así se dejó expuesto:

La naturaleza de los bienes de uso público así como la esencia del contrato de arrendamiento impiden concebir que uno y otro encuentren una confluencia válida en el plano jurídico ya delineado desde la perspectiva de las normas que gobiernan cada materia. (...)

Vistas así las cosas, la Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento²¹, quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto.

No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 Superiores). Por ende deberá asumirse que además de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, se trata de bienes afectados a una destinación de interés general, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad.

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, sentencia del 14 de agosto de 2018, exp. 0500133100320090015701, M.P. Oswaldo Giraldo López.

²¹ Sobre el punto es preciso traer a colación el análisis del doctor José Alejandro Bonivento Hernández: “c) Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada. El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar. Las excepciones surgen de las prohibiciones de ley. Casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse; por ejemplo: un bien embargado o secuestrado puede ser arrendado, sin autorización del juez o del acreedor, pero no puede ser vendido por tener objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto es el artículo 1521 del Código Civil. La Razón emana de la misma naturaleza del contrato de arrendamiento que excluye cualquier posibilidad de disposición de la cosa. // No se pueden arrendar: // e) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido. // f) El derecho alimentario. // g) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación. // h) Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc.” (Subrayas de la Sala). (Bonivento Fernández, José Alejandro. “Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales”. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 406).



46. Ahora, si bien desde la doctrina se ha criticado la posición del Pleno, también se ha concluido que el contrato de arrendamiento no es el mecanismo más adecuado para la administración de los bienes de uso público, así²²:

2.2.2. Un verdadero análisis de compatibilidad del contrato de arrendamiento y los bienes de uso público

La primera pregunta que habría que resolver es, entonces, el análisis de las reglas aplicables a la ocupación privativa de bienes de uso público. Habría que afirmar, en cualquier caso, de manera previa y sin reservas, que la mejor protección de los bienes de uso público es una buena gestión y que para ello se requieren unas reglas procedimentales y sustanciales claras. En este orden de ideas, se impone establecer bajo qué condiciones se puede admitir la ocupación privativa, asunto sobre el cual ya me he pronunciado en varias oportunidades, y frente a lo cual cabe afirmar algunas cuestiones de manera muy breve.

En segundo lugar, se impone realizar un análisis del contrato de arrendamiento y la exclusividad que lo caracteriza. Desde el punto de vista normativo, el contrato de arrendamiento se encuentra definido en el artículo 1973 del Código Civil, por cuya virtud se establece que es un “contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”; en ese orden de ideas, el arrendador se obliga a “librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”²³, durante la vigencia de la relación negocial. Por otra parte, según el ordenamiento jurídico, este contrato en principio no genera derechos reales sobre la cosa arrendada y tampoco confiere al arrendatario el denominado derecho de retención -derecho real-, en caso en que el arrendador no haya pagado las deudas que surgen con ocasión de las reparaciones locativas del bien, cubiertas por el arrendatario²⁴.

Queda claro, entonces, que el contrato de arrendamiento no atenta, como lo pudo afirmar alguna línea jurisprudencia, contra la inalienabilidad característica de los bienes de uso público²⁵, pues, por una parte, es evidente que aquel y la compraventa son contratos sustancial y formalmente distintos, tanto en su objeto como en el fin que se persigue -conceder el uso y el goce de una cosa por una duración determinada, en el caso del arrendamiento, y transferir la propiedad, en el caso de la compraventa²⁶- y, por la otra, en el derecho colombiano, el contrato de arrendamiento no es un título apto para crear la obligación de transferir la propiedad.

²² En: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6034/7835>. Visto el 25 de octubre de 2022.

²³ Cita original: Artículo 1982 del Código Civil.

²⁴

Cita original: Artículo 1985 del Código Civil.

²⁵ Cita original: En efecto, en jurisprudencia constante el Consejo de Estado ha afirmado que “algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento “no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien””. Para citar solamente un ejemplo, en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2001, Exp. 16596, se hace referencia a César Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles*, Bogotá: Temis, 1996, p. 183.

²⁶ Cita original: Para Sánchez Medal, las diferencias son teóricamente muy claras, “en el primer contrato hay transmisión del derecho real de propiedad, inmediata o diferida, y pago de precio cierto precisamente en dinero, y en el segundo contrato hay solo nacimiento de obligaciones o derechos de crédito y el precio cierto puede consistir en otros bienes que no sean precisamente dinero”. Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 12.^a ed., México: Ed. Porrúa, 1993, p. 224. Roque Fortunato Garrido comparte esta distinción en *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires: Universidad, 1985, pp. 207 y ss. Según José Alejandro Bonivento Fernández, el contrato de arrendamiento otorga “la facultad de usar la cosa, que tiene el arrendatario, es personal, esto es de darle un goce para sí, para las personas señaladas en el



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

Se debe analizar también lo relativo a la exclusividad o a la forma en que debe realizarse el uso del bien. Sin ánimo de entrar en las minucias propias del contrato de arrendamiento, vale la pena resaltar que este es particularmente dúctil frente a las necesidades del tráfico jurídico: por ejemplo, el arrendatario solo puede utilizar la cosa “a aquellos [objetos] a que la cosa es naturalmente destinada” (artículo 1996 del Código Civil). Así mismo, la obligación de mantener libre de perturbación debe entenderse no como una garantía en abstracto, sino ligada al uso previsto en las estipulaciones del contrato; en efecto, “se desprende, esta obligación, del interés que persigue el arrendatario de usar y gozar normal y eficazmente de la cosa arrendada. Por lo tanto, el arrendador debe librar al arrendatario de todo hecho o pretensión que distraiga o merme ese goce o uso”²⁷, pero siempre ligado a la naturaleza del bien.

Ahora bien, es esencial reiterar que el contrato de arrendamiento solo sería procedente si sus reglas se modifican y adecuan, particularmente en lo que respecta a la inclusión de las cláusulas que permiten la precariedad de la ocupación y la limitación de los derechos del arrendatario con el respeto de las reglas del uso público, como se verá a continuación.

En tercer lugar, finalmente, se debe establecer si existen condiciones de compatibilidad entre el contrato de arrendamiento y los bienes de uso público. De lo dicho hasta ahora, queda claro que no se puede predicar una oposición absoluta y total del contrato de arrendamiento a la gestión adecuada de este tipo de bienes, por cuanto la exclusividad no se refiere al uso del bien, sino a la imposibilidad de otorgar el mismo bien a dos arrendatarios distintos. Es evidente que, ante los bienes de uso público, el clausulado del contrato de arrendamiento debe adecuarse a las necesidades del uso por parte de la comunidad.

Sin embargo, existe una razón de peso que pone en duda su utilización: la imposibilidad de pactar cláusulas exorbitantes. En efecto, se ha dicho que la precariedad es un principio de la ocupación privativa, razón por la cual el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que la terminación unilateral, junto con las demás cláusulas exorbitantes, se deberá pactar en los contratos que impliquen explotación de bienes del Estado, pero el uso de estos mecanismos contractuales se encuentra proscrito en los contratos de arrendamiento, según la misma disposición normativa²⁸. Independientemente de la evidente antinomia que surge allí -¿qué

contrato y no para terceras personas ajenas a la convención. De esta manera, quien celebra un contrato de arrendamiento, se entiende que es para usarlo directamente él, salvo, obviamente, estipulación en contrario”. José Alejandro Bonivento Fernández, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Bogotá: Librería del Profesional, 1987, p. 322. Cabe señalar, entonces, que la doctrina encuentra diferencias fundamentales entre los dos contratos, siendo justamente la más importante que el contrato de arrendamiento no concede un derecho de propiedad -ni siquiera temporal- al arrendatario; pero el Consejo de Estado, para dar un soporte doctrinal a su afirmación, utiliza fuera de contexto la cita de Gómez Estrada, puesto que ese mismo autor afirma líneas más adelante que existen diferencias fundamentales entre los dos contratos. César Gómez Estrada, óp. cit., p. 197.

²⁷ Cita original: José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 18.ª ed., Bogotá: Librería El Profesional, 2012, p. 429.

²⁸ Cita original: En efecto, el artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 obliga a las entidades públicas a incluir “las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”; más adelante en el párrafo se afirma que en los contratos de “arrendamiento [...] se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”. Según la disposición normativa en comentario el artículo 14.2 parece contener una antinomia, ya que de por lado obliga a la inclusión, que se considera pactada aún cuando no se ha consignado expresamente, una cláusula de terminación unilateral del contrato -se trata del principio de precariedad de la ocupación- al tratarse de contratos que tienen por objeto la explotación de un bien público; pero por otro lado, la norma excluye esta cláusula de los arrendamientos que la



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

pasaría si se arrienda un bien del Estado?-, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha hecho distinción en los distintos lugares que puede ocupar la entidad estatal, como arrendadora o arrendataria, y ha excluido las cláusulas exorbitantes de ese tipo contractual, razón por la cual sería riesgosa -no prohibida- su utilización en el ámbito de la gestión contractual de los bienes de uso público.

En este orden de ideas, si bien el contrato de arrendamiento no resulta adecuado para gestionar adecuadamente bienes de uso público, no lo es por las razones establecidas en la sentencia -exclusividad otorgada al arrendatario-, sino por las dificultades inherentes a la precariedad necesaria, se trata, sin embargo, de una incompatibilidad relativa, derivada de una inadecuada interpretación judicial del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Resulta importante señalar, en todo caso, que la prohibición del contrato de arrendamiento de bienes de uso público también puede tener una incidencia negativa en otro tipo de mecanismos, como el de financiación de infraestructuras a partir del leasing con opción de compra, cuyo fundamento es el contrato de arrendamiento²⁹.

Ahora bien, se impone determinar el tipo contractual adecuado para gestionar este tipo de bienes, pues el ordenamiento jurídico nacional no permite muchas opciones en cuanto a tipología contractual se refiere.

47. La Corte Constitucional, aunque ha considerado viable el arrendamiento de bienes de uso público destinados a la recreación y el deporte, también precisó³⁰:

Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, - atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos-, por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.

48. El anterior aparte ha sido interpretado por esta Corporación, así³¹:

En consecuencia, el denominado “contrato de arrendamiento” por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos

Administración podría contratar. Así, en presencia de una prohibición legal de incluir cláusulas exorbitantes en los arrendamientos, estos devienen incompatibles con los bienes de uso público.

²⁹ Cita original: Cf., Ignacio de la Riva, *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*, Buenos Aires: La Ley, 2018, pp. 148-149.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-360 del 19 de diciembre de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 16.596, M.P. Alier Hernández Enríquez.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento “no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien”³²

49. En esta línea de pensamiento, que además es concordante con la del Pleno, se reitera aquí la argumentación que descansa sobre el término “uso”, pero no sobre la venta, como se sugiere en el aparte citado. Efectivamente, el arrendamiento persigue que este uso sea exclusivo y temporal, que no definitivo, como ocurre en la compraventa, mientras que el concepto de “bien de uso público” tiene una vocación de uso para todos, cuestión que es esencial en dicha figura y que de modificarse la desnaturaliza, como ocurre cuando se entrega su “uso exclusivo” a un particular, que es lo que sucede con el contrato de arrendamiento. Esto sin perjuicio del aprovechamiento económico de este tipo de bienes, a través, claro está, de figuras que permitan usos compatibles, que no exclusivos.

50. De otro lado, es claro que aquí se celebró un contrato de arrendamiento. Ninguna de las partes lo pone en discusión. Efectivamente, la Escuela Taller Cartagena de Indias le entregó el uso y goce de un área del baluarte Santo Domingo a la sociedad Café del Mar Ltda., a cambio de un precio y a través de un acuerdo que fue elevado a escrito. Inclusive, en las consideraciones del contrato se consignó que es ya habitual utilizar esta tipología contractual, la cual se desprende del contenido del siguiente clausulado que destaca a continuación (fls. 12 a 28, c. ppal, 1ª instancia)³³:

*(...) previas las siguientes consideraciones: 1. Que en virtud de la suscripción del contrato de comodato n.º 2199 del 16 de octubre de 2012 entre el Ministerio de Cultura y la Escuela Taller de Cartagena sobre todos los bienes de interés cultural señalados en la cláusula segunda del mismo, la Escuela Taller se obligó a administrar, inventariar, registrar, los bienes de propiedad de la Nación de interés cultural BIC, con la finalidad de su protección, conservación, mantenimiento, restauración, puesta en valor y divulgación, de tal manera que resalten los valores históricos, científicos artísticos y estéticos y se genera apropiación social. (...) Que dentro de la política de desarrollo turístico ha sido coherente con la política de administración, protección, conservación, restauración, puesta en valor y divulgación del patrimonio edificado en Cartagena de Indias, **que históricamente ha permitido el arrendamiento de bienes de interés cultural** para usos permanentes determinados sin perjuicio del mismo ni del entorno. (...) PRIMERA: OBJETO: Entregar por el ARRENDADOR a título de arrendamiento al ARRENDATARIO que lo recibe en la misma forma, **el goce** de dos mil diez metros cuadrados (2.010 M2) del bien de interés cultural propiedad de la Nación denominado “Baluarte Santo Domingo”, el Tendal que sobre este se levanta y la*

³² Cita original: CÉSAR GÓMEZ ESTRADA. De los principales contratos civiles. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 183.

³³ Este contrato tuvo su fundamento en el contrato interadministrativo de comodato n.º 2199 del 16 de octubre de 2016, suscrito entre el Ministerio de Cultura y la Escuela Taller Cartagena de Indias, a través del cual el primero le entregó a la segunda la administración, entre otros bienes de interés cultural de la Nación, al baluarte Santo Domingo (fls. 408 a 503, c. ppal 3, 1ª instancia).



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

Bóveda n.º 2 del mismo, ubicado en el cordón amurallado del Centro Histórico de Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (...). **PARÁGRAFO PRIMERO: ENTREGA Y RECIBO:** La entrega real y material del bien inmueble objeto del presente contrato se realiza a partir de la suscripción por las partes del acta de entrega que hace parte integral del mismo en el que conste su estado e inventarios a que haya lugar. **SEGUNDA.- DESTINACIÓN:** El inmueble dado en arrendamiento se destinará exclusivamente al funcionamiento de un bar restaurante, entendiendo por tal un establecimiento de comercio en el que se presten servicio de restaurantes, se ejecuten piezas musicales y se realicen eventos recreativos, acordes con las actividades de predominancia de uso del suelo en el sector y con las normas sobre protección sanitaria, ambientales y de policía expedidas por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, así como las de protección monumental, según las condiciones técnicas establecidas para su uso. (...) **TERCERA. VALOR Y FORMA DE PAGO DEL CANÓN:** El valor inicial del canon de arrendamiento mensual es la suma de CINCO MILLONES VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS más el IVA que el ARRENDATARIO pagará al ARRENDADOR mes anticipado (...). **PARÁGRAFO PRIMERO:** Las partes convienen que por particularidades del bien inmueble objeto del presente contrato de arriendo, este valor puede ser reajustado en cualquier tiempo de conformidad con los estudios técnicos, económicos y de mercado (...). **CUARTA: PLAZO DE DURACIÓN:** El término de duración del presente contrato es de un (1) año contado a partir de la fecha de entrega del bien (...) **PARÁGRAFO PRIMERO:** Las partes podrán con una antelación de tres (3) meses al vencimiento del período inicial o de una de sus prórrogas informar a la otra parte su decisión de terminar el contrato. Lo anterior sin perjuicio del derecho de renovación consagrado en el artículo 518 del Código de Comercio. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En todo caso el derecho de renovación del contrato una vez cumplidos los requisitos legales, no supone la prolongación de las condiciones pactadas inicialmente, puesto que este se limita de modo exclusivo a la opción de continuar con el uso del inmueble, por lo cual no implica la posibilidad de una prórroga y, por tanto, no es el primitivo contrato el que va a seguir rigiendo, sino uno nuevo (...). **QUINTA: ENTREGA:** el ARRENDATARIO declara que recibo del ARRENDADOR el inmueble objeto de este contrato en buen estado (...). **OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO:** a) Pagar el valor del canon (...) b) Destinar el bien inmueble únicamente al uso exclusivo previsto en la cláusula segunda (...) c) Velar por la conservación del inmueble (...) c) (sic) Abstenerse de realizar cualquier cambio, modificación, sustitución o reparación locativa alguna y en general cualquier intervención sobre el inmueble objeto del presente contrato que altere la estructura ni la superficie (...) sin la previa autorización escrita y la estricta supervisión del ARRENDADOR (...) d) Restituir el inmueble en el mismo estado de conservación en que fue recibido, salvo el deterioro natural (...) e) Abstenerse de dar en garantía los bienes objeto de este contrato (...) g) Asumir por su propia cuenta y riesgo las medidas de seguridad necesarias tendientes a evitar cualquier riesgo o peligro (...) h) Cancelar cumplidamente las cuentas y/o facturas (...) i) Cumplir con las normas urbanísticas, ambientales y de policía (...) j) Colaborar con el personal supervisor del ARRENDADOR (...) k) Cumplir con las recomendaciones y acciones de mejoramiento acordadas con el personal de seguimiento l) Abstenerse de ingresar al bien de interés cultural elementos o sustancias explosivas, tóxicas y/o similares (...) m) Responder por los daños que sufra el inmueble (...) n) Constituir las pólizas (...) **SÉPTIMA. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR:** a) Hacer entrega material del espacio determinado en la cláusula primera del presente contrato al ARRENDATARIO para el uso exclusivo previsto en la cláusula segunda (...) b) Entregar el manual de uso temporal y aprovechamiento económico del espacio público de las murallas del centro Histórico de Cartagena de Indias (...) c) Orientar de manera técnica y pedagógica al ARRENDATARIO, en relación con el uso adecuado de los espacios y muebles a que haya lugar (...) d) Ejercer control y seguimiento respecto del cumplimiento del presente contrato (...) e) Recepcionar y tramitar quejas y/o sugerencias que la ciudadanía formule (...) **OCTAVA: SUBARRIENDO Y CESIÓN:** El ARRENDATARIO no podrá ceder el presente contrato ni subarrendar el inmueble



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

objeto del mismo, sin previo consentimiento expreso y escrito del ARRENDADOR
(...)

51. El artículo 1973 del Código Civil dispone que el arrendamiento consiste en la obligación, de una parte, de conceder el goce de una cosa, o de ejecutar una obra o un servicio y, de la otra, de pagar, por este goce, obra o servicio, un precio determinado. Aquí vale precisar que el arrendamiento de servicios o de obra, ha adoptado, con el tiempo, unas modalidades propias e independientes de la tipología del arrendamiento, tales como el contrato de trabajo, el contrato de suministro (artículo 968 del Código de Comercio), el de prestación de servicios (numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993) y el contrato de obra mismo (numeral 1 del artículo 32 citado)³⁴. En esa medida, esta tipología corresponde, de manera más reciente y de forma más estricta, a la entrega del goce de una cosa o bien.

52. Bajo ese entendimiento esta Corporación ha señalado que los elementos esenciales del contrato de arrendamiento son (i) el otorgamiento del goce o uso de un bien, (ii) el precio que se paga por dicho otorgamiento y (iii) el consentimiento de las partes³⁵. Estas exigencias se encuentran satisfechas en el presente asunto, tal como se desprende de las cláusulas transcritas.

53. En suma, no se podía utilizar el contrato de arrendamiento para entregar el baluarte de Santo Domingo a un particular. Esto revela los problemas que se han tenido en la práctica, por el conflicto entre el uso y goce exclusivo del particular y el uso público del baluarte, hasta el punto que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, dentro del proceso aquí referido, ordenó al Distrito de Cartagena (fl. 136, c. ppal, 1ª instancia):

³⁴ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 6ª Edición, 2004, pp. 399 y 400. El autor precisa: *“Por fortuna, modernamente, se ha ido separando la presentación de la locatio conductio, hasta el extremo que la prestación de servicios forma parte de la legislación social de trabajo, con desarrollo y conceptos propios. Tan sólo rige un aspecto del arrendamiento de servicios, el reglamentado en el artículo 2063 del Código Civil, sobre obras inmateriales, o sea donde predomina la inteligencia sobre la mano de obra, sin carácter permanente de servicio y sin subordinación. Así mismo, la ejecución de la obra material está adquiriendo una modalidad, actualmente, que se aparta en su aplicación del contrato de arrendamiento, para imponerle casi una propia calificación: contrato de obra”*.

³⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 26.939, M.P. Hernán Andrade Rincón. Reiteración de las sentencias del 15 de marzo de 2001, exp. 13.352, M.P. Alier Hernández Enríquez; 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 29 de noviembre de 2006, exp. 16.855, M.P. Fredy Ibarra Martínez (E), y del 11 de agosto de 2010, exp. 18.636, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. También ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de abril de 1970.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

(...) disponer de todas las medidas administrativas y de policía suficientes para en el término máximo de veinticuatro (24) horas, la sociedad accionada CAFÉ DEL MAR LTDA., retire todos los cerramientos y obstáculos que ha colocado en el Baluarte Santo Domingo, y que impiden a toda la comunidad su libre uso y disfrute.

54. No se desconoce que el Instituto de Patrimonio y Cultura, en adelante IPCC, en documento del 18 de octubre de 2016, informó al *a quo* que, en desarrollo de sus funciones de control y vigilancia, *“ha podido establecer que en el caso que nos ocupa específicamente no se ha encontrado que el establecimiento de comercio CAFÉ DEL MAR haya intervenido el Baluarte de Santo Domingo, ocasionando afectación sobre el mismo”* (fl. 478, c. ppal 3, 1ª instancia).

55. Sin embargo, esto no significa que no estén afectados los derechos colectivos al uso y goce del espacio público y su defensa, así como del patrimonio cultural de la Nación, incluso si las acciones de la sociedad arrendataria han cesado, como se ordenó y lo refiere el IPCC, como quiera que la figura jurídica del contrato de arrendamiento, se insiste, riñe con la naturaleza de uso público del baluarte y jurídicamente permite un uso exclusivo de dicho bien, tal como lo unificó la Sala Plena de esta Corporación.

56. Lo anterior, sin perjuicio del aprovechamiento económico del espacio público, pero, se insiste, a través de instrumentos que impliquen un uso y goce compatible y no uno exclusivo.

57. *Verbi gratia*, el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998 autoriza a los municipios y distritos para que las plazas, plazoletas, parques y espacios residuales puedan ser utilizados para un uso compatible con la condición del espacio, mediante la celebración de contratos. En desarrollo de la anterior norma, el artículo 8 del Acuerdo 10 de 2014³⁶, sobre la modalidad de aprovechamiento económico dichos espacios públicos, determinó:

MODALIDADES DE APROVECHAMIENTO ECONÓMICO. Son modalidades de aprovechamiento económico del espacio público distrital, las siguientes:

1. El uso compatible del espacio público por parte de establecimientos adyacentes al mismo.

³⁶ Página oficial del Concejo Distrital de Cartagena de Indias:
<https://secureservercdn.net/198.71.233.213/ac4.9db.myftpupload.com/wp-content/uploads/2021/06/ACUERDO-010-ESPACIO-PUBLICO.pdf>.



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)

Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

2. El uso y administración de franjas de amoblamiento para la sostenibilidad del espacio público
3. El uso y administración del mobiliario urbano instalado
4. El uso temporal para la realización de eventos o actividades de duración limitada.

58. En los artículos 11 y 12 del citado Acuerdo n.º 10 se determinaron las siguientes tarifas y usos compatibles:

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. TARIFAS O RETRIBUCIÓN POR USO DEL ESPACIO PÚBLICO. Salvo las excepciones que contiene el presente Acuerdo y sus reglamentos, toda licencia o permiso que se confiera para realizar actividades de uso temporal o aprovechamiento económico del espacio público generará una retribución o tarifa, entendida como el pago que se hace a la ciudad por las ventajas y beneficios económicos particulares derivados del uso del espacio público.

En aplicación a factores tales como: costo de mantenimiento del espacio público, restricción del derecho colectivo, impacto para el entorno por el uso y rentabilidad generada por las actividades del aprovechamiento económico, se establecen las siguientes tarifas mensuales, expresadas en salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), para cada una de las modalidades de aprovechamiento económico y tipo de espacio público regulado:

Modalidad de uso temporal y aprovechamiento económico	Tipo de espacio público reglamentado	Tarifa/mes Centro Histórico y Área de Influencia	Tarifa/mes Resto de la ciudad
Uso compatible por establecimientos de comercio adyacentes	Plazas, plazoletas, parques, espacios residuales	15% del SMLMV por cada m2 autorizado	8% del SMLMV por cada m2 autorizado
Uso y administración de franjas de amoblamiento	Parques, paseos peatonales y similares	Mínimo el 15% del SMLMV por cada m2 autorizado	Mínimo el 8% del SMLMV por cada m2 autorizado
Uso y administración del mobiliario urbano instalado	Mobiliario urbano instalado	1 SMLMV por cada mobiliario autorizado	1/2 SMLMV por cada mobiliario autorizado
Uso temporal para la realización de eventos	Espacio público habilitado para eventos	5% del SMLMV por cada m2 autorizado	3% del SMLMV por cada m2 autorizado

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO. USO COMPATIBLE DEL ESPACIO PÚBLICO. De conformidad con el artículo 19 del Decreto Nacional 1504 de 1998, las plazas, plazoletas, parques y espacios residuales, podrán ser autorizados por la Administración Distrital para su uso compatible con la condición del espacio mediante contratos. Dichos usos compatibles son actividades relacionadas como complemento del desarrollo de la actividad comercial permitida por el Plan de Ordenamiento Territorial y relacionada con restaurantes, cafés, refresquerías o heladerías, siempre y cuando sea desarrollado por establecimientos de comercios que se ubiquen en la primera planta o primer piso de los inmuebles, con frente y acceso directo al espacio público susceptible de aprovechamiento económico mediante el uso compatible y cuya área privada corresponda al menos al 150% (sic) del espacio público que pretendan aprovechar.

59. De lo expuesto es clara la posibilidad de usos compatibles, pero de ello no se sigue que pueda hablarse de los usos exclusivos que se derivan de un contrato de arrendamiento, además de las dificultades que advierte la doctrina nacional y que dan lugar a señalar por lo menos como una tipología inconveniente para la administración de este tipo de bienes.



*Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular*

60. Tampoco puede perderse de vista que de los 2539,20 metros cuadrados que conforman el baluarte (fl. 361, c. ppal 2, 1ª instancia, avalúo del predio realizada por el IGAC), le fue entregada a la sociedad demandada un total de 2.010 metros cuadrados (fl. 14, c. ppal, 1ª instancia, cláusula primera). Por su parte, el IGAC determinó el valor del baluarte en la suma de \$29.200.800.000 (fl. 387, c. ppal 2, 1ª instancia), es decir, un valor de \$11.500.000 por metro cuadrado. Con base en dicho avalúo, la Escuela Taller Cartagena de Indias, el 19 de marzo de 2015, le comunicó a la sociedad Café del Mar Ltda. que el valor de arrendamiento, en atención al valor del metro cuadrado y de los 2.010 metros cuadrados que ocupaba era de \$150.247.500 (fl. 400, c. c. ppal 2, 1ª instancia). Frente a lo anterior, la citada sociedad mostró su desacuerdo (fl. 401, c. ppal 3, 1ª instancia).

61. Esa disparidad dio lugar a que la referida Escuela presentara una demanda (fls. 604 a 628, c. ppal 4, 1ª instancia), para que, entre otros, se fijara el precio del arrendamiento; sin embargo, lo expuesto no solo muestra que el bien de uso público fue entregado casi en su totalidad al arrendatario, lo cual impacta de manera definitiva en el uso público del bien, sino que además la ausencia de respaldos técnicos y financieros que permitan determinar por qué el precio original se fijó en la suma de \$5.028.093, constituyen elementos suficientes para aceptar que el análisis del IGAC, que se hizo con base en una de la metodologías aceptadas para el efecto, muestra, tal como lo afirmó la primera instancia, un desfase, por demás preocupante, en el cálculo del precio. En esa medida, también se impone proteger el derecho colectivo al patrimonio público, así como la compulsa de copias correspondiente.

62. Precisado lo anterior, aunque no se puede anular el contrato, por prohibición expresa del artículo 144 del CPACA, se ordenará su terminación y liquidación en el estado en que se encuentre. Además, se ordenará a la Escuela Taller Cartagena de Indias o la autoridad competente que adopte todas las medidas necesarias para la restitución del baluarte. Igualmente, la autoridad competente deberá realizar los estudios para determinar la administración directa o la entrega a un particular del baluarte Santo Domingo, de conformidad con las normas legales y constitucionales, además de la restricción aquí consignada.

63. En caso de que ya se hubiera finalizado el contrato de arrendamiento o se hubiere celebrado uno similar, la autoridad competente deberá darlo por terminado, con base en la presente orden judicial y, en adelante, tendrá cuenta para la entrega a particulares



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

de este tipo de bienes, los condicionamientos aquí establecidas de orden constitucional, legal y jurisprudencial.

64. Finalmente, no se encuentra probada la violación al principio de moralidad administrativa, como quiera que si bien hay normas de derecho público desconocidas, de ello no se sigue que puedan considerarse como fruto de conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública³⁷, hasta el punto que fue necesario unificar la posibilidad jurídica de utilizar el arrendamiento para la entrega a particulares de los bienes de uso público, en este caso, además de interés cultural.

M. Condena en costas e incentivo

65. No se condenará en costas, toda vez aquí se ventila un interés público y, por lo tanto, resultan improcedentes en los términos del artículo 188 del CPACA.

66. Tampoco habrá lugar al reconocimiento del incentivo para el actor popular, como quiera que los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que lo autorizaban fueron derogados por el artículo 1 de la Ley 1425 de 2010, declarado exequible por medio de las sentencias C-902, C-630 y C-730 de 2011 de la Corte Constitucional.

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

³⁷ La Corporación ha señalado que para configuración de la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa se requiere dos elementos, a saber: "2.2.1. *Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho. (...) // (i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública. (...) // (ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa. (...) // 2.2.2. Elemento subjetivo // No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública". En: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 13 de febrero de 2018, exp. 25000231500020020270401, M.P. William Hernández Gómez. Igualmente, entre otras, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP), M.P. Stella Conto Díaz del Castillo*



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 13 de agosto de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión n.º 1, en los términos de la parte considerativa de esta sentencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las partes.

SEGUNDO: DECLARAR la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio público y la defensa del patrimonio cultural de la Nación, en los términos expuestos en esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la Escuela Taller Cartagena de Indias o la autoridad competente la terminación y liquidación en el estado en que se encuentre del contrato de arrendamiento sobre el baluarte Santo Domingo, así como otro cualquiera de la misma tipología que recaiga sobre dicho inmueble, dentro del término de seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la Escuela Taller Cartagena de Indias o la autoridad competente que realice los estudios para determinar la administración directa o la entrega a un particular del baluarte Santo Domingo, de conformidad con las normas legales y constitucionales, además de la restricción aquí consignada, así como las razones técnicas, financieras y económicas que sustenten dicha decisión.

QUINTO: ORDENAR a las autoridades demandadas, que en el ámbito de su competencia, intervengan en la realización del anterior estudio y, además, colaboren armónicamente en la protección del baluarte Santo Domingo y demás bienes de la misma naturaleza, en línea con la aquí decidido.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONFORMAR el comité de cumplimiento de la presente sentencia con el magistrado ponente de primera instancia, las partes, el Personero Distrital de Cartagena y el Ministerio Público, en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

OCTAVO: ENVIAR copia de la presente providencia a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

NOVENO: COMPULSAR copias a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

DÉCIMO: Sin costas.

SEGUNDO: Sin condena en costas, en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de



Radicación número:
13001233300020140040601(65.566)
Actor: David García Gómez
Demandada: Nación-Ministerio de Cultura y otros
Referencia: Apelación sentencia-Acción popular

manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Salvamento de voto

VF