

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Concepto – Auxilios parlamentarios

Es posible desentrañar el sentido de lo que es la moralidad administrativa en normas positivas que desarrollen un precepto moral, cuya transgresión supone, generalmente, la vulneración de ese derecho colectivo, como ocurre en el inciso primero del artículo 355 constitucional, cuya consagración respondió a un propósito corrector de conductas contrarias al interés general, específicamente, de prácticas corruptas relacionadas con manejos abusivos de los denominados "auxilios parlamentarios".

DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO – Concepto – Finalidad – Bienes protegidos

El concepto de derecho colectivo a la defensa del patrimonio público ha sido abarcado por esta Corporación desde la finalidad que persigue y los bienes que protege. Así, se ha indicado que este derecho busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y la administración de los recursos públicos, sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado. En ese sentido, la Corporación ha señalado que, si se afecta el patrimonio público en razón de que la administración o el particular que administra recursos públicos los maneja indebidamente, ya sea porque lo haga en forma negligente o ineficiente o porque los destine a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, es posible buscar su protección por vía de la acción popular.

AUXILIOS PARLAMENTARIOS – Prohibición – Donaciones a particulares – Excepción – Contratos de asociación – Convenios de asociación

En el mismo artículo 355, el constituyente estableció una excepción a la mencionada prohibición, por medio de la cual autorizó a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y con los planes seccionales de desarrollo.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Entidades privadas sin ánimo de lucro – Régimen Constitucional – Características

Con base en el contenido del inciso segundo del artículo 355 constitucional, es posible destacar las características que definen a este tipo de contratos, así: i) en relación con los sujetos autorizados para celebrarlos: "el gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal", ii) en relación con quiénes pueden celebrarse: un sujeto calificado; esto es, las "entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad", iii) en relación con el objeto que pueden tener: deben corresponder al objeto social de la entidad privada sin ánimo de lucro y estar relacionados con el impulso de "programas y actividades de interés público", las cuales, iv) deben "ser acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo".

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Entidades privadas sin ánimo de lucro – Certificado de disponibilidad presupuestal – Registro presupuestal

Las disposiciones contenidas en el decreto 777 de 1992 sobre la obligación de expedir certificado de disponibilidad presupuestal antes de la celebración del contrato, en el que conste que los compromisos por asumir están amparados con apropiación presupuestal disponible –art. 7- y sujetos al respectivo registro presupuestal –art.14-, se conforman en un todo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 355 que tal decreto desarrolla.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Entidades privadas sin ánimo de lucro – Objeto – No son conmutativos – Contratos excluidos

En atención a que por disposición constitucional este tipo de convenios tiene por objeto el impulso y desarrollo de programas y actividades de interés público, en el artículo 2 del decreto 777 de 1992 se excluyeron de su ámbito de aplicación algunos contratos, bien porque en ellos se identifica el ánimo de lucro, por tratarse de la transferencia de recursos

a particulares o por existir propiamente contraprestación, de manera que riñen con el esquema de colaboración entre el Estado y los particulares, que sustenta la posibilidad de su celebración. En efecto, en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1992 se dispuso expresamente que están excluidos del ámbito de aplicación de la norma “los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”. De esa disposición es posible extraer que: x) los convenios a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional no son conmutativos, en tanto que, por la finalidad que persiguen, no puede darse un intercambio o venta de bienes o servicios, sino que se trata de un convenio en el que los contratantes se dedican a colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite si coinciden el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro y la actividad que el Estado quiere impulsar.

CONTRATO DE DONACIÓN – Características – Partes

La Subsección ha tenido la oportunidad de referirse a la donación y ha señalado que, a pesar de que esta última no goza de una regulación normativa prolija que ofrezca claridad palmaria en cuanto a su concepto, contenido y alcance, en términos generales y por regla general se debe entender como un contrato unilateral, gratuito, irrevocable, de naturaleza recepticia, en el que participan el donante como único obligado en la relación, quien se desprende de parte de su patrimonio, por un lado y, por otro, el donatario quien, por lo general, no asume ningún tipo de obligación y percibe un incremento patrimonial correspondiente a la prestación a la que el donante se ha obligado.

CONTRATO DE DONACIÓN – Contrato unilateral – Obligación condicional – Gratuidad – Irrevocabilidad

El contrato de donación es *unilateral*, por regla general, en tanto solo el donante se obliga para con el donatario, que no contrae obligación alguna; no obstante, excepcionalmente, el donatario puede quedar obligado cuandoquiera que la liberalidad del donante vaya acompañada por *cargas* o *gravámenes*. Explicó la Sala que la *gratuidad* está determinada porque el contrato de donación sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, mientras que la otra sufre el gravamen; asimismo, señaló que es *irrevocable*, característica que deriva de su naturaleza contractual y se opone a la revocabilidad propia de las asignaciones testamentarias y expresó que el carácter *recepticio* deviene también de su naturaleza contractual, pues su perfeccionamiento surge a partir de la confluencia de la voluntad de donante y donatario.

CONTRATO DE DONACIÓN – Traslaticio del derecho dominio – Acto de enajenación – Enriquecimiento – Empobrecimiento

Dado el carácter traslaticio de la donación, ésta constituye siempre un acto de enajenación que ha de producir un enriquecimiento, aserto que ha sido también afirmado por la doctrina en los siguientes términos: Una persona puede enriquecer otro patrimonio, pero no habrá donación si no se produce un empobrecimiento en el patrimonio del donante y viceversa: alguien puede empobrecerse, pero si ese empobrecimiento o enajenación no causa un correlativo enriquecimiento en el patrimonio del donatario, tampoco hay donación. Igualmente, destacó que el empobrecimiento y enriquecimiento correlativos en el contrato de donación explica también su causa y carácter gratuito, pues el traslado patrimonial solo puede explicarse bajo esa tipología contractual si el donatario recibe un incremento en su patrimonio; así, por ejemplo, si la carga o el gravamen impuesto por la liberalidad del donante es igual o superior, desde el punto de vista cuantitativo, al monto de la prestación objeto de donación, no se estará ante tal figura jurídica. Podría afirmarse, entonces, que es de la esencia del contrato de donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos de las partes, pues, ante la ausencia de tal característica y a pesar de la voluntad de las partes, el negocio no produciría efecto alguno o devendría en otra figura contractual (Código Civil, artículo 1501).

CONTRATO DE DONACIÓN – Clases – Título universal – Título singular

En cuanto a las clases de donación, baste decir que pueden ser a título universal o a título singular y, estas últimas, pueden serlo de bienes muebles, de inmuebles, sujetas a plazo o condición, con gravamen, onerosas o remuneratorias.

CONTRATO DE DONACIÓN – Clases – Título singular – Con gravamen – Onerosas – Remuneratorias – Régimen jurídico

Sobre esta última clase de donaciones –con gravamen, onerosas o remuneratorias-, la Subsección destacó que encuentra regulación específica en el estatuto civil colombiano (artículos 1461, 1462, 1463, 1490) y, en general, se refiere a la posibilidad de imponer al donatario una carga específica a favor de él mismo, del donante o de un tercero, sin que por ello pueda afirmarse la inexistencia real de la donación.

CONTRATO DE DONACIÓN – Elementos esenciales – Empobrecimiento – Enriquecimiento

Constituyen elementos esenciales de la donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos, por lo cual, si la carga o el gravamen impuesto por el donante no contraría tal postulado, es decir, no es cuantitativamente igual o superior al monto de la prestación objeto de la donación, la gratuidad de la relación contractual se mantiene, pues, en esas condiciones, la utilidad del negocio se reporta sólo a favor de una de sus partes (el donatario); además, aunque la imposición de la carga haría devenir en bilateral la relación, en cuanto se presentan obligaciones en cabeza de cada una de las partes (Código Civil, artículo 1496), no por ello el negocio resulta conmutativo, pues las prestaciones no pueden verse como equivalentes (artículo 1498, ejusdem), en suma, si el donatario da menos de los que recibe, entonces se estará frente a una donación, en caso contrario, no.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Objeto – Interés público – Contrato de donación – Diferencias

Las partes: los convenios del inciso segundo del artículo 355 pueden ser celebrados por los sujetos públicos a los que se refiere dicho inciso y el decreto 777 de 1992 con un sujeto privado que es calificado, esto es, con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. En la donación, los sujetos públicos no pueden actuar como donantes, por expresa prohibición del artículo 355 constitucional, pero sí pueden hacerlo como donatarios. El objeto: en los convenios del inciso segundo del artículo 355, el objeto únicamente puede recaer sobre recursos del presupuesto y debe estar dirigido al impulso de programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional y con los planes seccionales de desarrollo y corresponder al objeto de la entidad sin ánimo de lucro. En la donación, el objeto puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles. Las obligaciones: ninguno de ellos es un contrato conmutativo y la razón que justifica su condición de unilaterales en los contratos del inciso segundo del artículo 355 es que la causa por la que se celebran está dada por el apoyo a programas y actividades de las entidades privadas sin ánimo de lucro, pero de interés público, en los que, por tanto, el beneficiario es la colectividad en general, mientras que en la donación la causa es la mera liberalidad del donante, por lo cual, en principio, no generan obligaciones a cargo del donatario, al menos no equivalentes a las que asume el donador.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00478-01(AP)

Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - PROCURADURÍA DOCE JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

Demandado: MUNICIPIO DE VALLEDUPAR Y OTROS

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata contra la sentencia proferida el 1 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual se hicieron las siguientes declaraciones (se transcribe tal como obra en la providencia):

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Cultura, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

“SEGUNDO: EXCLUIR de toda responsabilidad al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, por no encontrarse que vulneró en este caso, los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, la protección del patrimonio público, el goce al espacio público, la buena fe administrativa, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

“TERCERO: DECLARAR improcedentes las pretensiones principales de la demanda, por las razones expuestas en los considerandos de esta providencia.

“CUARTO: AMPARAR los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, la protección del patrimonio público, el goce al espacio público, la buena fe administrativa, vulnerados con ocasión de la expedición de los Acuerdos No. 042 del 10 de agosto de 1998, No. 007 del 3 de abril de 2000 y No. 010 del 15 de abril de 2000, proferidos por el Concejo Municipal de Valledupar y del convenio de aporte de un lote de terreno suscrito el 18 de mayo de 2000, entre el Municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

“QUINTO: ORDENAR la suspensión de los efectos de los Acuerdos No. 042 del 10 de agosto de 1998, No. 007 del 3 de abril de 2000 y No. 010 del 15 de abril de 2000, proferidos por el Concejo Municipal de Valledupar y del convenio de aporte de un lote de terreno suscrito el 18 de mayo de

2000, entre el Municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, por las consideraciones ya expuestas en esta sentencia”.

“**SEXTO:** Como consecuencia de lo anterior, se **ordena:**

1. A la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, inscribir la partes resolutive de esta sentencia en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 190-814 y 190-95754, pertenecientes al lote de terreno denominado Parque de la Leyenda Vallenata.
2. A la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, que en el término de quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, haga entrega formal y material al Municipio de Valledupar del inmueble aportado por éste, mediante el convenio de fecha 18 de mayo de 2000 y cuyo dominio se transfirió a la Fundación mediante escritura pública No. 1134 de 2000.
3. Al Municipio de Valledupar, que dentro del término de quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, inicie los trámites tendientes a recuperar los dineros que transfirió a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, y que, recibió de la Comisión Nacional de Regalías, para desarrollar el proyecto denominado Parque de la Leyenda Vallenata, o en su defecto, que se proceda a obtener la entrega real y material de las obras construidas en dicho parque.

“**SEPTIMO: COMPULSAR** copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que estas entidades determinen la posible responsabilidad de los funcionarios que autorizaron y celebraron los acuerdos y convenios cuyos efectos se suspenden en esta providencia”¹.

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El 4 de noviembre de 2010, la Procuradora Doce Judicial II Administrativa interpuso demanda de acción popular contra el municipio de Valledupar, la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que se protejan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al

¹ Folios 2366 y 2367 del cuaderno principal.

patrimonio público y los demás cuya vulneración resultara probada en el proceso, para lo cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones principales (se transcribe tal como obra en la demanda):

“Que se declare en el presente caso la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y los demás derechos colectivos que resulte probada su vulneración, en aplicación del principio IURA NOVIT CURIA.

“Que como consecuencia de la anterior declaración, se resuelva:

“A) Se declare la NULIDAD de los Acuerdos Nos. 042 (10 de agosto de 1998), 007 (03 de abril de 2000) y 010 (15 de abril de 2000). Expedidos por el Concejo Municipal de Valledupar.

“B) Se declare la NULIDAD del CONVENIO DE APORTE DE UN LOTE DE TERRENO, suscrito el dieciocho (18) de mayo del 2000, entre el Municipio de Valledupar y La Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

“C) Que se ordene a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar – Superintendencia de Notariado y Registro, que se cancele la inscripción de la Escritura Pública No. 1134 del 15 de agosto de 2000. En consecuencia, quede el inmueble contenido de dicha escritura, nuevamente en cabeza del Municipio de Valledupar.

“D) Que se ordene a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, le haga entrega formal y material al Municipio de Valledupar del Inmueble aportado por éste, mediante convenio de fecha 18 de mayo de 2000 y cuyo dominio se transfirió a la Fundación mediante Escritura Pública No. 1134 de 2000.

“E) Se ordene a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, restituir los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público giró directamente o a través de la Alcaldía Municipal de Valledupar, desde el año 2000 a la fecha, con destino a esa Fundación o para ser invertidos en el Parque de la Leyenda Vallenata. Que en caso tal ya se encuentren invertidos tales recursos en este Parque, dichas obras pasarán al patrimonio del Estado”².

Subsidiariamente, pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

“Que se declare en el presente caso la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y los demás derechos colectivos que resulta probada su vulneración, en aplicación del principio IURA NOVIT CURIA.

² Folios 50 y 51 del cuaderno 1.

“Que como consecuencia de la anterior declaración, se resuelva:

“A) Que se ORDENE suspender los efectos de los Acuerdos Nos. 042 (10 de agosto de 1998), 007 (03 de abril de 2000) y 010 (15 de abril de 2000). Expedidos por el Concejo Municipal de Valledupar.

“B) Que se ordene suspender los efectos del CONVENIO DE APOORTE DE UN LOTE DE TERRENO, suscrito el dieciocho (18) de mayo del 2000, entre el Municipio de Valledupar y La Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

“C) Que se ordene a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar – Superintendencia de Notariado y Registro, inscribir la parte resolutive de la sentencia que en este proceso se profiera, en el folio de matrícula inmobiliaria No. 95742, perteneciente al Lote de terreno PARQUE DE LA LEYENDA VALLENATA.

“D) Que se ordene a la Fundación de la Leyenda Vallenata, que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, le haga entrega formal y material al Municipio de Valledupar del inmueble aportado por éste, mediante el convenio de fecha 18 de mayo de 2000 y cuyo dominio se transfirió a la Fundación mediante escritura pública No. 1134 de 2000.

“E) Se ordene a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, restituir los recursos que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público giró directamente o a través de la Alcaldía Municipal de Valledupar, desde el año 2000 a la fecha, con destino a esa Fundación o para ser invertidos en el Parque de la Leyenda Vallenata. Que en caso tal que ya se encuentren invertidos tales recursos en este Parque, dichas obras pasarán al patrimonio de Estado”³.

1.2. Hechos

Como sustento fáctico de las pretensiones se narró que, mediante acuerdo 025 del 31 de mayo de 1993, el Concejo Municipal de Valledupar declaró como de utilidad pública un lote de terreno de aproximadamente 28 hectáreas, identificado con folio de matrícula inmobiliaria 190-0000814.

Narró que el 24 de octubre de 1994, el Juzgado Primero Civil del Circuito ordenó la expropiación del referido lote a Construcciones e Inversiones Santa Rosalía Ltda. en favor del municipio de Valledupar, decisión que fue confirmada el 16 de marzo de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Cuenta el libelo que, el 10 de agosto de 1998, el Concejo Municipal de Valledupar expidió el acuerdo 042, por medio del cual autorizó al alcalde a suscribir un convenio

³ Folios 51 y 52 del cuaderno 1.

de aporte con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, convenio que se celebró el 6 de noviembre de esa misma anualidad y en el que se estipuló la “ENTREGA A TÍTULO DE APORTE de un lote de terreno de 16 HECTAREAS, ubicado en el parque Lineal Hurtado de la ciudad de Valledupar y que corresponde a una segregación del área de sesión que recibió el Municipio de Valledupar, en el proceso de expropiación seguido por el Municipio de Valledupar en contra de Inversiones Santa Rosalía”⁴.

Adicionalmente, se pactó la obligación de la Fundación de recibir el predio y desarrollar en él el Parque de la Leyenda Vallenata, “previa aprobación del proyecto y diseño so pena de revertir dicho terreno al Municipio”⁵.

Se relató que, posteriormente, mediante escritura pública 18 del 6 de enero de 2000, que no fue registrada, el alcalde de Valledupar entregó a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, a título de “dación en pago compensatoria”⁶, el derecho de dominio y posesión del predio denominado “La Esperanza”, situado en el sector de Hurtado con una extensión superficiaria de aproximadamente 28 hectáreas, del que hacían parte las 16 hectáreas comprendidas en el negocio jurídico del 6 de noviembre de 1998.

Se indicó que el 13 de enero de 2000, el Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Valledupar emitió un concepto en relación con el contrato contenido en la escritura pública 18 del 6 de esos mismos mes y año, documento en el que el funcionario habría señalado que se desconoció la competencia de esa oficina por no haber sido consultada en relación con ese negocio jurídico y habría recomendado su anulación, pues en la escritura pública se hizo referencia a 28 hectáreas y no a 16 como lo dispuso el acuerdo 042 y habría dicho que el negocio no se hizo en desarrollo del convenio suscrito el 6 de noviembre de 1998, sino a título de una figura contractual no contemplada en el ordenamiento civil y, además, que el predio “La Esperanza” era un bien de uso público y, por tanto, intransferible e imprescriptible.

Según la demanda, para subsanar las irregularidades expuestas por el Jefe de la Oficina Jurídica, el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, mediante escritura pública 632 del 28 de marzo de 2000, cancelaron los

⁴ Folio 52 del cuaderno 1.

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

efectos de la escritura pública 18 del 6 de enero de ese año y, a través de ese mismo documento, protocolizaron el convenio de aporte de un lote de terreno a favor de la Fundación, supuestamente suscrito el 5 de noviembre de 1998, cuando en realidad se suscribió el 6 de esos mismos mes y año; además, se transfirió a la Fundación, a título de aporte, un lote urbano de 16 hectáreas.

El 3 de abril de 2000, el Concejo Municipal de Valledupar expidió el acuerdo 07, por medio del cual cambió la destinación del predio “La Esperanza” de bien de uso público a bien fiscal, según el libelo, con el propósito de permitir que la Fundación construyera el Parque de la Leyenda Vallenata.

El 16 de abril de ese mismo año, el Concejo Municipal expidió el acuerdo 10, a través del cual modificó el acuerdo 042 de 1998, en el sentido de prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2000 las facultades del alcalde para celebrar el convenio de aporte, las cuales, para esa fecha, ya habían vencido.

De conformidad con la demanda, el acuerdo 042 se modificó en el sentido de indicar que se concedían facultades al alcalde para suscribir un contrato o convenio con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata para transferirle la propiedad de 23 hectáreas, delimitadas según los lineros descritos en el acuerdo.

Se manifestó que el 18 de mayo de 2000 entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se celebró el convenio de aporte sobre un lote de terreno de 23 hectáreas, que hacían parte de un área de mayor extensión de 28 hectáreas, correspondientes a la totalidad del predio denominado “La Esperanza”. Se expresó que la Fundación se obligó a desarrollar en el inmueble el Parque de la Leyenda Vallenata, con los espacios que quedaron descritos en el texto del negocio jurídico.

El 15 de agosto de 2000, el convenio se elevó a escritura pública 1134, en la que se adicionó el acuerdo en el sentido de señalar que si en el lapso de 10 años la Fundación no le daba al bien la destinación establecida en el convenio, se comprometía a devolverlo al municipio; además, se revocó la escritura pública 632 del 28 de marzo de 2000.

Aseveró la parte actora que con el convenio del 18 de mayo del 2000 se violó lo dispuesto en los acuerdos 042 de 1998 y 10 de 2000, toda vez que el alcalde

municipal excedió las facultades y condicionamientos contemplados en esos actos, por dos razones: i) porque en el negocio jurídico se señaló que la reversión operaba solamente si la Fundación expresaba desinterés en la construcción de las obras pactadas, mientras que en el acuerdo se dispuso que la reversión se daría si al bien se le daba un uso diferente al estipulado y ii) porque en los acuerdos se previó que la totalidad de los espacios del parque podrían ser utilizados por el municipio para eventos culturales, cívicos y recreativos de manera gratuita; sin embargo, en el convenio se estipuló que la entidad territorial únicamente podía usar sin ningún costo los espacios recreativos y que los espacios culturales los podía usar a menor costo.

Agregó la demandante que en el convenio no se pactó que el seguimiento por parte del municipio se hiciera a través de una interventoría.

Dijo también la parte actora que, según informe de la Contraloría Municipal de Valledupar del 8 de enero de 2010, a esa fecha la Fundación no había cumplido las obligaciones a su cargo, especialmente las relativas a la construcción de las obras que se comprometió a ejecutar, pese a lo cual el municipio no le había exigido la entrega del inmueble.

Se expresó que, por intermedio de la alcaldía de Valledupar y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Fundación de la Leyenda Vallenata recibió cuantiosos recursos públicos para invertirlos en la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata.

Relatados los hechos anteriores y después de hacer referencia a unas providencias de esta Corporación en las que se trató el alcance y contenido de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, la parte actora se refirió a las razones por las que consideró que con la expedición de los acuerdos demandados y con la celebración del convenio de aporte del 18 de mayo de 2000 se violaron los señalados derechos colectivos.

Adujo que con la celebración del convenio de aporte no sólo se vulneró el artículo 355 constitucional, que prohíbe a todos los poderes públicos efectuar donaciones a favor de personas naturales, sino que también se desconocieron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, en tanto que, según

dijo, en realidad lo que se perfeccionó a favor de dicha Fundación fue la donación de un bien inmueble, motivada, eminentemente, por un interés particular.

Para sustentar su afirmación en relación con la vulneración del artículo 355 constitucional se refirió a un concepto emitido el 3 de septiembre de 2009 por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el que se indicó que, en virtud de las competencias del ejecutivo en materia de celebración de contratos entre el Estado y entidades sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, previstas en el referido artículo, no es posible regular la transferencia de propiedad de bienes inmuebles fiscales a entidades sin ánimo de lucro, porque la norma solamente se refiere a recursos del presupuesto.

Consideró que el convenio del 18 de mayo de 2000 no se adecúa a lo previsto en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1991, por medio del cual se reglamentó la celebración de los negocios jurídicos a que se refiere el artículo 355 constitucional y dispone que no están cobijados por esa norma los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, pues, según dijo, el municipio podía utilizar sin costo alguno los espacios recreativos y, a menor costo, los culturales que construyera la Fundación, lo que constituye un beneficio a su favor y hace improcedente la aplicación de la norma en mención.

Aseveró que al convenio tampoco le aplica lo previsto en el artículo 96 de la ley 489 de 1998, porque esa norma prevé la interacción entre particulares y entidades de derecho público para el logro de actividades propias del ente estatal y además sólo se refiere a personas jurídicas, pero sin determinar si se trata de las que por naturaleza tienen ánimo de lucro o no.

En consecuencia, dijo que la norma que debió tener en cuenta el municipio para entregar la propiedad del inmueble a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata no era el artículo 355 constitucional, por no tratarse de la transferencia de recursos presupuestales, sino la ley 80 de 1993, porque el objeto del contrato recayó sobre un bien inmueble, de donde concluyó que se vulneraron también los procesos de selección previstos en dicha ley y, a su vez, el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Adicionalmente, manifestó que, en verdad, “el aporte” efectuado por el municipio a favor de la Fundación no consistió en algo diferente a un “camuflaje o disfraz” de lo

que, en realidad, fue una donación, puesto que la entidad estatal transfirió su derecho de dominio sobre un predio para construir un parque de naturaleza privada, negocio que habría sido encubierto bajo una “supuesta reciprocidad difusa, poco clara e indeterminada” consistente en una “posible contraprestación” a favor del municipio de carácter no permanente⁷.

Aseguró que se contravino el derecho a la moralidad administrativa porque la donación efectuada a favor de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata no respondió al interés de la colectividad, sino a un interés particular, toda vez que la construcción del parque reporta un beneficio exclusivo a favor de la Fundación.

Dijo que todo lo anterior demuestra también la violación del derecho colectivo al patrimonio público, ya que el municipio de Valledupar, de manera arbitraria, sin autorización, en contravención de un mandato constitucional y en detrimento del patrimonio estatal donó a un particular un inmueble de 23 hectáreas que habría podido servir para atender necesidades de la comunidad.

Agregó que el beneficio económico por el uso y goce del bien (venta de boletería) sólo se reporta a favor de la Fundación donataria, en tanto que en el convenio no se pactó remuneración económica alguna a favor del municipio, por lo cual, a su juicio, “se vislumbra que el acuerdo de voluntades era donarle un bien inmueble a una fundación para que esta lo usara y explotara económicamente a su arbitrio señalando tan sólo una pírrica contraprestación esporádica a favor de la donante de simple uso y utilización de los espacios del parque, que no conlleva a ninguna prestación de orden económico que le permita al Municipio de cierta manera recuperar la mengua sufrida en el erario público al entregar un bien de tan preciado valor económico, todo ello en detrimento del patrimonio público”⁸.

Añadió que con la expedición del acuerdo 010 de 15 de abril de 2000 el Concejo Municipal de Valledupar violó el principio de irretroactividad de los actos administrativos, en tanto que modificó el artículo 4 del acuerdo 042 del 10 de agosto de 1998, en el sentido de prorrogar la vigencia de las facultades concedidas al alcalde para celebrar un convenio de aporte con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenta, cuando éstas ya habían fenecido, pues se concedieron por el término de 3 meses contados a partir

⁷ Folio 67 del cuaderno 1.

⁸ Folio 70 del cuaderno 1.

de la publicación del acuerdo 042; sin embargo, transcurrido aproximadamente un año y medio después, se profirió el acuerdo 010, por medio del cual se ampliaron esas facultades hasta el 31 de diciembre de 2000, por lo cual, dijo, los acuerdos y el convenio están viciados de nulidad y aseveró que, por este aspecto, también se vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, en tanto que la administración no obró con fundamento en las normas que se podían aplicar al caso, tesis que sustentó en un pronunciamiento de la Sección Primera de esta Corporación.

De otra parte, indicó que con la celebración del convenio del 18 de mayo de 2000 se transgredió también el artículo 33 de la ley 9 de 1989, por cuanto el predio que fue entregado a la Fundación lo adquirió el municipio a través de un proceso de expropiación y, por tanto, según esa ley, la entidad debió darle la destinación para la cual lo adquirió (la ampliación del Parque Lineal de Hurtado) dentro de los 5 años siguientes a su adquisición; sin embargo, al entregar el predio a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata para que construyera un parque privado, le cambió su destinación y luego, al percatarse de que se trataba de un bien que por su naturaleza no podía enajenarse, el Concejo Municipal, mediante acuerdo 007 del 3 de abril de 2000, le cambió la destinación a bien fiscal, con el fin de cederlo a la Fundación, con lo que se incumplió la finalidad de la expropiación, puesto que el predio ya no iba a ser destinado al uso público, sino que sería de uso exclusivo de un particular que, por tanto, es quien recibe el lucro proveniente de su explotación.

A juicio de la parte demandante, la anterior circunstancia dio lugar a la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, ya que la finalidad que motivó la expropiación (que fue el interés general) fue una diferente a aquella que motivó la expedición de los acuerdos 007, 042 y 010, que fue un interés particular, lo cual la conduce a señalar que los mencionados actos están viciados de nulidad por desviación de poder y, consecuentemente, el convenio de aporte también.

Además de lo anterior, la parte demandante manifestó que, si se llegara a considerar legal y constitucional el convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, sería necesario destacar las irregularidades contenidas en él en relación con lo dispuesto en los acuerdos 042 y 010, en lo concerniente a la restitución del inmueble al municipio y a la contraprestación que éste recibiría por su aporte a la Fundación.

En cuanto a lo primero, dijo que en el artículo 3 del acuerdo 042 se indicó que en el convenio debía pactarse que en caso de dársele al bien un uso diferente al estipulado, éste debía revertirse al municipio; sin embargo, en el convenio se convino otra obligación, pues lo que estipularon las partes fue que el municipio solicitaría la devolución del inmueble en caso de que la Fundación desistiera del interés de desarrollar la obra, con lo cual se condicionó el reintegro del bien a la subjetividad del particular.

En relación con lo segundo, se expresó en la demanda que, según lo indicado en el inciso sexto de la parte considerativa del acuerdo 042, el escenario sería utilizado por la administración municipal para la realización de eventos de tipo cívico, cultural y social sin costo alguno y en fechas que no interfirieran con la agenda de la Fundación. Asimismo, en el parágrafo del artículo 1 del acuerdo 010 se dispuso que, como contraprestación, el municipio tendría derecho al uso y goce de todas las instalaciones para eventos culturales y sociales, por término indefinido; sin embargo, en la cláusula tercera del convenio se pactó que lo que podía utilizar el municipio sin costo serían los espacios recreativos, pero los espacios culturales los podía utilizar a menor costo y se dejaron por fuera del convenio otros espacios, con lo que se contrarió lo señalado en los acuerdos respecto de la gratuidad en la utilización de las instalaciones por parte del ente territorial.

A partir de lo anterior dedujo que el convenio es nulo por haberse excedido las facultades otorgadas por el Concejo Municipal para su celebración y, además, que también por este aspecto se vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, ya que se dio prioridad al desarrollo de las actividades particulares por encima de las actividades del programa de la administración y, por consiguiente, de su gratuidad para los habitantes y para el municipio.

Agregó que con la expedición de los actos demandados y con la celebración del convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, se violó el principio de planeación, toda vez que el municipio no realizó estudios de conveniencia y utilidad para entregar el bien a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y ésta tampoco presentó propuesta con tal propósito.

Asimismo, alegó que en el convenio no se pactó interventoría ni ningún otro mecanismo de revisión y control sobre las obligaciones que asumió la Fundación de

la Leyenda Vallenata o de sanción frente a un posible incumplimiento. Igualmente, expresó que aunque se pactó que el inmueble debía ser restituido al municipio si en el término de 10 años no se desarrollaba el proyecto, el municipio no había exigido la devolución del predio, a pesar de que a la fecha de la presentación de la demanda el proyecto no estaba culminado.

Finalmente, en la demanda se aseveró que tanto el municipio como el Ministerio de Hacienda “han generado recursos para la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, con la finalidad de la construcción del parque de la leyenda vallenata; por lo tanto es de conocimiento que el Ministerio de Hacienda ha girado dichas sumas desde el año 2000 a la fecha, con destino a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y/o parque Leyenda Vallenata, con el propósito de que fuesen invertidos en dicho bien, que se precisa es de carácter eminentemente privado y que fue producto del convenio ampliamente controvertido, inconstitucional e ilegal”⁹.

Con base en lo anterior, coligió que los dineros públicos no debieron ser girados con esa finalidad y destino, por lo cual pidió que se ordene su devolución, precisando que si los recursos ya se invirtieron en las obras, éstas deben pasar a cabeza del Estado¹⁰.

2. Coadyuvancia

Mediante memorial presentado el 30 de noviembre de 2010, el señor Evelio José Daza Daza manifestó que coadyuvaba las pretensiones de la demanda¹¹, manifestación que también hizo el señor Luis Fabián Fernández Maestre, entonces alcalde del municipio de Valledupar, el 6 de diciembre de 2010¹².

Después de referirse a algunos hechos que fueron igualmente mencionados en la demanda y, por tanto, ya resumidos en esta providencia, el segundo de los mencionados indicó que con sustento en los actos administrativos demandados y a través del convenio de aporte celebrado entre el municipio de Valledupar y la Fundación de la Leyenda Vallenata, se cedió de manera gratuita el predio “La Esperanza” con el fin de que en él se construyera el Parque de la Leyenda Vallenata.

⁹ Folio 88 del cuaderno 1.

¹⁰ Folios 50 a 96 del cuaderno 1.

¹¹ Folio 206 del cuaderno 2.

¹² Folios 2010 a 216 del cuaderno 2.

Señaló que, si bien en los actos administrativos demandados se expresó que el Concejo Municipal actuaba en virtud de las facultades contempladas en los artículos 70 y 355 constitucionales, lo cierto es que el artículo 70 no contempla facultad habilitante para transferir bienes inmuebles a favor de particulares, mientras que los contratos a los que se refiere el artículo 355 únicamente pueden versar sobre recursos del presupuesto y no sobre bienes inmuebles, según lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

Indicó que, a pesar de que comparte las razones de hecho y derecho esgrimidas en la demanda, se aparta de las pretensiones principales, porque, por tratarse de una acción popular, lo que debe perseguirse es la suspensión de los efectos de los actos administrativos y del convenio de aporte, mas no su nulidad, puesto que no se está frente a un juicio de legalidad.

A través de memorial del 25 de febrero de 2011, el señor Hugo Mendoza Guerra manifestó que coadyuvaba a la parte demandada, Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹³.

3. Actuación procesal

La demanda fue admitida por auto del 10 de noviembre de 2010¹⁴, en el que se ordenó su notificación al municipio de Valledupar (acto que se surtió el 14 de diciembre de 2010¹⁵), a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público (lo que se hizo el 11 de enero de 2011¹⁶), a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata (que fue notificada el 12 de esos mismos mes y año¹⁷), a la Defensoría del Pueblo (acto que se realizó el 6 de diciembre de 2010¹⁸) y al Procurador 47 Judicial para Asuntos Administrativos (orden que se cumplió el 16 de noviembre de 2010¹⁹).

¹³ Folio 756 del cuaderno 4.

¹⁴ Folio 99 del cuaderno 1.

¹⁵ Folios 225 y 234 del cuaderno 2.

¹⁶ La notificación se surtió de acuerdo con lo previsto en el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo (folios 226 a 231 y 236 del cuaderno 2).

¹⁷ Folio 237 del cuaderno 2.

¹⁸ Folio 221 del cuaderno 2.

¹⁹ Reverso folio 100 del cuaderno 1.

Así mismo, se ordenó informar de la demanda a los miembros de la comunidad, por lo cual, mediante oficios 006A y 006B, se ordenó a RCN Radio²⁰ y a Radio Guatapurí²¹ que informaran que en el Tribunal Administrativo del Cesar cursaba la acción popular de la referencia.

A través de proveído del 3 de febrero de 2011, se tuvo como coadyuvantes de la parte actora a los señores Luis Evelio Daza Daza y Luis Fabián Fernández Maestre²² y mediante proveído del 28 de esos mismos mes y año, se reconoció como coadyuvante de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al señor Hugo Mendoza Guerra²³.

El 22 de septiembre de 2011, el Tribunal ordenó vincular al proceso a la Nación – Ministerio de Cultura y al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, con fundamento en que entre éstos se suscribió el convenio interadministrativo 194073, cuyo objeto consistió en aunar esfuerzos y recursos para la construcción, dotación e implementación de centros culturales a nivel territorial, entre los cuales estaba el Parque de la Leyenda Vallenata, para el que se destinaron recursos²⁴.

Ordenó también la vinculación de la Nación – Dirección de Regalías del Departamento Nacional de Planeación, con fundamento en que ese organismo, a través de las resoluciones 1-008 y 1-048 de 2001, aprobó recursos para el proyecto Parque de la Leyenda Vallenata por valor de \$9.861'270.919.

Las notificaciones a la Nación – Ministerio de Cultura, Nación - Dirección de Regalías del Departamento Nacional de Planeación y a FONADE, se surtieron el 19 de octubre de 2011²⁵.

4. Las contestaciones a la demanda

4.1. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda y manifestó que se opone a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a la mayoría de los hechos narrados dijo que no le constan, porque no participó en ellos; sin embargo, al referirse a la afirmación de que ese organismo habría girado

²⁰ Folio 222 del cuaderno 2.

²¹ Folio 223 del cuaderno 2.

²² Folio 724 del cuaderno 4.

²³ Folio 758 del cuaderno 4.

²⁴ Folio 2021 del cuaderno 9.

²⁵ Las notificaciones se realizaron según lo dispuesto en el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo (folios 2022 a 2027 del cuaderno 9).

recursos a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, la negó.

Con base en la información suministrada por la Subdirección Financiera del Ministerio, respaldada por la Dirección General del Tesoro Público Nacional, afirmó que no existe acto administrativo que apropie o asigne recursos con destino a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y, por tanto, dijo que no se ha realizado giro alguno a su favor.

Precisó que no es función del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ejecutar los recursos aprobados y girados a los entes territoriales y que tampoco es el encargado de la función cultural.

Propuso las siguientes excepciones:

“IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR”, con fundamento en que no existe violación o amenaza a derecho colectivo alguno atribuible a ese Ministerio, tanto que en la demanda no se cumplió con la carga de narrar las circunstancias en que se funda la acción en su contra, con lo que se vulneró lo preceptuado en los artículos 14 y 18, literal b), de la ley 472 de 1998.

“AUSENCIA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS EN LA DEMANDA”, por considerar que no existe evidencia de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público hubiere incurrido en una vulneración o hubiere generado amenaza en contra de los derechos colectivos invocados en la demanda.

“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, porque el Ministerio no hizo parte de la relación jurídica concretada entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y, además, no tiene facultades para disponer acerca de la destinación de los recursos propios de cada ente territorial.

“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD”, con base en todo lo expuesto en la contestación²⁶.

²⁶ Folios 248 a 252 del cuaderno 3.

4.2. La Fundación Festival de la Leyenda Vallenata solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Al pronunciarse respecto de los hechos, dijo que los relacionados con los convenios suscritos con anterioridad al celebrado el 18 de mayo de 2010 son intrascendentes, toda vez que los efectos de esos negocios jurídicos fueron cancelados por las partes y fue a través de ese último convenio que se trasladó el dominio del predio que se cuestiona en la demanda y, por tanto, es ese el que interesa en el proceso.

Precisó que, si bien en el convenio se pactaron unas obras a ejecutar por parte de la Fundación, la única hipótesis que da lugar a la devolución del predio es el desistimiento del interés de desarrollarlas, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta del negocio jurídico.

Indicó que el concepto que, según la demanda, habría sido expedido por la Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Valledupar, en el que esa funcionaria habría realizado varias observaciones al convenio celebrado el 18 de mayo de 2000, no está firmado por quien supuestamente lo emitió, no tiene radicación, constancia de presentación formal ni número de serie de esa oficina y, además, se aportó en copia simple, razón por la cual no puede ser valorado en el proceso.

Dijo que era cierto que, mediante acuerdo 07 del 3 de abril de 2000, el Concejo Municipal cambió la destinación del predio de bien de uso público a bien fiscal, pero que la aseveración hecha en la demanda en el sentido de señalar que tal cambio se hizo “con el fin de permitir que la Fundación construya el parque de la leyenda vallenata” es una apreciación y, por tanto, no puede ser valorada como un hecho, cosa que también sostuvo en relación con la afirmación hecha acerca de la ilegalidad del negocio jurídico por violación de los acuerdos municipales en los que se sustentó, a pesar de lo cual consideró necesario hacer las siguientes precisiones:

- Indicó que únicamente en el acuerdo 042 de 1998 se dispuso que, en caso de darle al bien un uso diferente al pactado en el convenio, la propiedad del predio se debía revertir al municipio, lo cual, a juicio de la Fundación, no fue desconocido por las partes del contrato, sino que, inclusive, éstas fueron más allá, toda vez que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactaron que el desistimiento del interés de desarrollar las obras daría lugar a la devolución del inmueble, lo que, según dijo, implica realizar una interpretación sistemática e integradora del convenio y del acuerdo que deriva en que la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se obligó

a devolver el predio en caso de que se presentara cualquiera de las dos circunstancias.

- Agregó que en el párrafo del artículo 1 del acuerdo 010 del 15 de abril de 2010, se dijo que el municipio tendría derecho al uso y goce de todas las instalaciones, pero no se contempló que dicho uso y goce fuera gratuito. Señaló que para garantizar el cumplimiento de esa disposición, las partes acordaron que el municipio tendría derecho al uso gratuito de los espacios recreativos y, a un menor costo, de los espacios culturales. Expuso que el uso y goce de las instalaciones del Parque de la Leyenda Vallenata por parte del municipio constituyó una contraprestación a favor del ente territorial y que, por ese motivo, se convino que la mayoría de las veces fuera gratuito (los espacios recreativos) y con un costo inferior al normal en casos reducidos (espacios culturales).

- Explicó que la discriminación entre espacios recreativos y culturales y la gratuidad de unos y bajos costos de los otros, se sustentó en aspectos elementales de costos de mantenimiento que fueron reconocidos por las partes y que se plasmaron en el convenio, lo que, según dijo, no es más que un desarrollo coherente y racional de la contraprestación que se estableció en el párrafo del artículo 1 del acuerdo municipal 10 de 2000.

Posteriormente, manifestó que no es cierto que en la escritura pública 1134 de 2000 se hubiera establecido de manera adicional a lo pactado en el convenio del 18 de mayo de ese mismo año que si en el lapso de 10 años la Fundación no le había dado al bien la destinación establecida, se comprometía a devolverlo, lo cual puede constatarse con la comparación de las cláusulas 4 del acuerdo y 7 del convenio.

Aseveró que la declaración de cumplimiento de las obligaciones de un contrato le corresponde a un juez, pero que, si en gracia de discusión, se resolviera que la Fundación incumplió con las que asumió con el municipio, la devolución del inmueble sólo se daría en dos eventos, según lo dispuesto en el acuerdo 042 de 1998 y lo estipulado en el convenio del 18 de mayo de 2000.

Al referirse al último de los hechos relatados en la demanda, dijo que es propio de una entidad sin ánimo de lucro buscar y percibir recursos públicos y privados para poder desarrollar su objeto, actividad que no está prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano; por ello, señaló que la aseveración de la Procuraduría respecto

de los recursos públicos es ambigua y que no entendía el cuestionamiento que se pretende realizar con esa afirmación, ni la relación que guarda con el objeto de la demanda.

De otra parte, manifestó que resultan infundadas las pretensiones principales de la demanda, porque persiguen una determinación judicial que no es acorde con la interpretación que el Consejo de Estado le ha dado a los alcances del juez de la acción popular, en tanto que, según consideró, esta Corporación ha entendido, mayoritariamente, que la declaración de nulidad en desarrollo de la referida acción solo procede cuando se trata de actos administrativos de carácter general no relacionados con asuntos contractuales; además, señaló que esa tesis tiene actualmente un referente inequívoco en la ley 1437 de 2011.

A continuación, adujo que no considera que con la expedición de los acuerdos demandados y con la celebración del convenio del 18 de mayo de 2000 se hayan lesionado los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, afirmación que sustenta en los argumentos que se resumen enseguida:

- Expresó que, desde una perspectiva formal, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, toda vez que no se presentó siquiera una argumentación sumaria sobre la efectiva vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección dijo pretenderse, sino que la estructura de la demanda se parece más a una acción ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho o a una de controversias contractuales, por cuanto la Procuraduría se limitó a presentar argumentos de inconstitucionalidad e ilegalidad.

En ese sentido, indicó que, si bien la legalidad tiene relación con los derechos e intereses colectivos invocados, una demanda de acción popular debe caracterizarse por la identificación de unas conductas (legales o ilegales) de las que se evidencie una vulneración a tales derechos, para lo cual es necesario analizar la esencia de los mismos.

Dijo que a partir de una simple lectura de la demanda se puede constatar que la parte actora centró su atención “casi exclusivamente” en advertir unas supuestas inconstitucionalidades e irregularidades, “como si éstas de manera automática y sin

ningún tipo de relación y correspondiente argumentación, supusieran una vulneración a los derechos e intereses colectivos que se estudian”²⁷.

Señaló que, si bien es cierto en el escenario de acciones populares para determinar la vulneración de los derechos e intereses colectivos que se alegan como vulnerados el juez debe tener una “proactividad” que trascienda la justicia rogada, en desarrollo del principio *iura novit curia* no es posible que el juez construya una argumentación acerca de la vulneración que se alega sin que haya sido expuesta por la demandante, toda vez que ello supondría una vulneración del debido proceso y, específicamente, del derecho a la defensa.

- Manifestó que, desde la perspectiva material, la demanda tampoco está llamada a prosperar.

Al desarrollar esa idea y refiriéndose al derecho colectivo a la moralidad administrativa, expresó que su afectación no puede dilucidarse simplemente de la ilegalidad del actuar de la administración, sino que se debe probar el descuido del interés general y la prevalencia de un interés particular, no obstante lo cual, la actora se limitó a señalar la ilegalidad de los actos y del contrato demandados.

Dijo también que, de acuerdo con la actual tendencia del Consejo de Estado, aunque la moralidad y la legalidad pueden coincidir, esto no acontece necesariamente, porque es posible constatar una vulneración a ese derecho colectivo, sin que suponga una infracción específica a un deber legal.

Agregó que el análisis de la infracción del derecho colectivo a la moralidad administrativa debe hacerse a partir del núcleo duro de ese derecho que, según interpretación de esta Corporación, se aproxima a “lo ético, lo correcto, lo no torcido” y concluyó que para verificar su vulneración se debe constatar, al menos, “(1) una conducta activa o pasiva que contravenga una norma o guarde relación directa con el principio – derecho a la moralidad administrativa; (sic) o al menos que comprometa un precepto ético que en cada caso será analizado por el juez de conocimiento; (sic) (2) desplegada por una entidad administrativa o un particular en ejercicio de una función administrativa²⁸ (sic) que (3) en todo caso afecte la

²⁷ Folio 659 del cuaderno 4.

²⁸ Este requisito, tal y como se indicará más adelante, no obsta para la coparticipación que puede constatarse de sujetos privados.

expectativa ciudadana de que la función administrativa se desarrolle con plena observancia del principio de la moralidad administrativa”²⁹.

Asimismo, al referirse al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, expresó que el Concejo Municipal de Valledupar autorizó al alcalde a celebrar un convenio a través del cual la entidad territorial aportaría a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata un predio, no a título gratuito, sino a cambio de una contraprestación, consistente en el uso y goce del Parque de la Leyenda Vallenata, algunas veces a título gratuito y, otras, a menores costos que los del mercado.

Precisó que el Parque de la Leyenda Vallenata no es solamente un predio, sino que es un conjunto de infraestructuras construidas por la Fundación con recursos propios y también con aportes girados por sujetos públicos y privados.

Dijo que con la contraprestación pactada y, en general, con la posibilidad de uso de la comunidad vallenata nacional e internacional del Parque de la Leyenda Vallenata, se contribuye al enriquecimiento cultural de la nación, que también hace parte del patrimonio público, por lo cual, antes que atentar contra él, lo alimenta, puesto que lo conforman tanto los bienes materiales como los inmateriales.

Indicó 1) que, de acuerdo con los artículos 70, 71 y 72 constitucionales, la cultura, que hace parte del patrimonio inmaterial de la Nación integra, a su vez, el patrimonio público, 2) que las leyes 379 de 1997 y 1185 de 2008 desarrollan lo relativo al patrimonio inmaterial, que comprende manifestaciones musicales, literarias y culturales, en general, conocidas como vallenato y 3) que dichas normas hacen énfasis en la obligación de fomentarlo, promoverlo y preservarlo.

Expresó que el objetivo del festival de la leyenda vallenata es promover y preservar la cultura caribe, en particular, la musical que se ve reflejada en el vallenato como género más representativo de la región y, así, cualquier acto que esté dirigido o tenga como propósito la promoción y preservación de la cultura caribe y vallenata no debe mirarse como algo que ponga en peligro el patrimonio público, sino que debe observarse como algo que busca nutrir el patrimonio público de la Nación y del Estado. Finalizó este argumento señalando que resulta incomprensible la afirmación de la Procuraduría en cuanto a que con los actos y el contrato

demandados se vulneró el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, porque su núcleo duro se mantuvo intacto e, inclusive, se ha visto enriquecido como consecuencia de una apreciación de la más pura esencia suya.

Después la Fundación se pronunció respecto de las ilegalidades alegadas en la demanda en relación con los acuerdos y el convenio cuya nulidad se pretende, advirtiendo que, a su juicio, las argumentaciones que a este respecto se presentan son inocuas, por cuanto, en el marco de la acción popular, el problema jurídico a resolver no versa sobre asuntos de constitucionalidad o legalidad, sino que se contrae a determinar si con los actos que fueron demandados se vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

Al pronunciarse acerca de la alegada donación del inmueble por parte del municipio a favor de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en contravención de lo dispuesto en el artículo 355 constitucional, expuso las siguientes consideraciones:

- Manifestó que el artículo 355 constitucional contempla una expresa prohibición para las ramas u órganos del poder público de efectuar donaciones o decretar auxilios a favor de particulares, sean éstos personas jurídicas o naturales; sin embargo, según dijo, la parte actora construyó una argumentación de inconstitucionalidad desde un punto de partida equivocado, por cuanto, si bien la Fundación es una persona jurídica de derecho privado, el municipio no es ni una rama ni un órgano del poder público en sentido estricto.

Al respecto, expresó que la teoría de la división del poder público reconoce la existencia de tres “órganos” o “ramas”: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, y que dicha teoría se encuentra contemplada en el título V de la Constitución Política de 1991, mientras que en el título IX se desarrolla lo relativo a las entidades territoriales, dentro de las que se clasifica a los municipios y, por tanto, según dijo, éstos no pueden comprenderse como una rama u órgano del poder público, raciocinio a partir del cual concluyó que la prohibición constitucional consagrada en el artículo 355 no puede extenderse a este tipo de entidades, aunque, advirtió, esa lectura de la norma tampoco significa una permisión para que las entidades públicas, diferentes a los órganos y ramas del poder público, puedan regalar sus bienes a través de donaciones y auxilios irresponsables que se traduzcan en un detrimento patrimonial.

- Señaló que en el presente caso se cumplieron los requisitos previstos en el inciso segundo de artículo 355 constitucional para que una entidad, que no sea parte de una rama u órgano del poder público, pueda comprometer recursos de su presupuesto a favor de sujetos privados, en tanto que: i) la entidad que comprometió sus recursos fue el gobierno municipal de Valledupar con autorización del Concejo Municipal, ii) los recursos no se comprometieron a través de un regalo del municipio a la Fundación, sino a través del perfeccionamiento de un convenio en el que expresamente se contemplaron contraprestaciones a favor del ente territorial, iii) la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata es una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, lo cual, según dijo, es un hecho notorio que se constata con el número de festivales de la leyenda vallenata que ha organizado (24), iv) la cultura en general y la caribe, en particular, es un valor constitucional que hace parte del patrimonio público y, por ende, hay un evidente interés público comprometido que se traduce en el interés colectivo de la defensa del patrimonio público y v) el convenio del 18 de mayo de 2000 se celebró de manera acorde y en desarrollo de planes nacionales y seccionales de desarrollo, aspecto que se puede constatar con la consulta de las normas pertinentes para el momento de los hechos.

Con base en lo anterior, concluyó que existe concordancia entre lo dispuesto en el artículo 355 constitucional y el convenio del 18 de mayo de 2000, así como con los acuerdos proferidos por el Concejo Municipal de Valledupar que le sirvieron de fundamento.

- Adujo que el convenio de aporte del 18 de mayo de 2000 no puede entenderse comprendido dentro de la tipología contractual de la donación, puesto que, según los artículos 1443, 1496 y 1498 del Código Civil, se trata de un contrato unilateral y gratuito que solo genera utilidad o beneficio y obligaciones para una de las partes y, además, en esta clase de negocios la transferencia es irrevocable, elementos que no se presentan en el convenio que cuestiona la parte actora.

En ese sentido, manifestó que es indiscutible la existencia de una contraprestación a favor del municipio, representada en la construcción, por parte de la Fundación, de una infraestructura dentro del terreno aportado, para abrir al público el Parque de la Leyenda Vallenata, cuyo uso y disfrute está permitido al ente territorial para cumplir funciones culturales y recreativas, de manera gratuita cuando se trate de instalaciones recreativas y, a menor costo que el del mercado, cuando se trate de locaciones culturales, lo que también otorga un inmenso beneficio para el municipio,

al poder tener en su territorio un parque que sirve para el esparcimiento, el fomento y el desarrollo cultural de su población, en donde, además, se celebra la manifestación cultural más importante de la región caribe en general.

Agregó que, si bien la contraprestación a la que se alude no es dineraria, no por ello deja de ser una contraprestación, la cual, incluso, es susceptible de ser cuantificada en dinero con solo constatar lo que un sujeto privado debe pagar por el uso y disfrute del parque.

Alegó que es “del todo absurda la argumentación que se esgrime en la demanda, en el sentido de afirmar que el compromiso presupuestal, en este caso del municipio, a que hace referencia el segundo inciso del artículo 355 constitucional, supone necesariamente obligaciones de tipo dinerario, y no utilización de bienes inmuebles”, interpretación que, a su juicio, es restrictiva ya que identifica las expresiones “presupuesto” y “dinero” y lleva “al absurdo” de comprender a los inmuebles de propiedad de las entidades públicas por fuera de su presupuesto³⁰.

Señaló que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al que se hizo alusión en la demanda, se extrapoló de manera descontextualizada, además de que se lo calificó como providencia, con el riesgo de atribuirle connotaciones vinculantes.

Dijo que el convenio tampoco fue de carácter irrevocable, puesto que se pactó expresamente la devolución del inmueble en caso de que se le diera un uso distinto al estipulado o que la Fundación desistiera del interés de construir y mantener la infraestructura que permita la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata.

- Al pronunciarse en relación con la afirmación de la Procuraduría según la cual al convenio no le era aplicable el artículo 355 constitucional, por encajar en la excepción prevista en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1992 que lo reglamentó y que señala que están por fuera del ámbito de la norma los contratos que celebren las entidades públicas con personas privadas sin ánimo de lucro cuando impliquen una contraprestación directa a su favor y que, por tanto, pudieran ser celebrados con personas con ánimo de lucro de acuerdo con las normas de contratación vigente, dijo que la aseveración en sí misma es contradictoria, porque

³⁰ Folio 676 del cuaderno 4.

la parte actora consideró que lo que se realizó fue una donación, lo cual excluiría una contraprestación como aquélla a la que se refiere el mencionado decreto.

Añadió que el presupuesto al que hace referencia la norma en cuestión no cobija al convenio celebrado entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, en atención a la naturaleza de la contratista, que es una entidad sin ánimo de lucro, en consideración al objeto del convenio y, además, a los propósitos que se tuvieron para su celebración, elementos que, según dijo, descartan cualquier posibilidad de celebrar un negocio jurídico como el cuestionado con una persona de derecho privado con ánimo mercantil.

- Concluyó que el convenio del 18 de mayo de 2000 no fue una donación o auxilio, porque trajo implícita una contraprestación a favor del municipio y de la comunidad en general, consistente en la permisión del uso y goce, no solo de unos predios, sino de toda la infraestructura construida, desarrollada y mantenida por la Fundación, con lo cual se obtiene una promoción y crecimiento de la cultura caribe, con inmensas repercusiones para la entidad territorial que hizo el aporte.

- Asimismo, coligió que el convenio tiene pleno respaldo constitucional, porque la Carta Política de 1991 no proscribía la colaboración presupuestal a entidades sin ánimo de lucro, siempre que sean de reconocida idoneidad y se celebre un contrato que garantice la promoción de los fines del Estado, al tiempo que se garantice el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público.

De otra parte, al pronunciarse sobre la alegada vulneración del artículo 33 de la ley 9 de 1989, que prevé el deber de las entidades públicas de aplicar los bienes que hayan adquirido a cualquier título al fin para el cual hubieren sido obtenidos, en un término de 5 años contados a partir de la adquisición, dijo que tampoco en relación con este argumento se sustentó la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

En todo caso, arguyó que la alegada vulneración debe desestimarse, porque la finalidad con la que el municipio adquirió el predio fue siempre la misma, esto es, continuar el Parque Lineal del Río Hurtado, hoy denominado de la Leyenda Vallenata. Expresó que la intención inequívoca de la entidad territorial siempre fue lograr la utilización de un predio para construir en él un parque para el desarrollo y

fomento de la cultura vallenata y para la celebración del festival de la leyenda vallenata.

En cuanto al plazo para aplicar el predio a los fines para los cuales fue adquirido, indicó que ese propósito se hizo manifiesto desde el momento mismo en que se autorizó al alcalde a celebrar el convenio de aporte y se concretó el 18 de mayo de 2000, pero que, si se considerara que el plazo se venció, ello, per se, no supondría la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda. Agregó que no puede confundirse la aplicación del inmueble al fin para el cual fue adquirido, con la terminación de las obras, porque el interés del legislador es que no se utilicen esos bienes para propósitos diferentes.

En lo concerniente al cambio de destinación del bien aportado por el municipio de Valledupar, señaló que la parte actora no tuvo en cuenta que los bienes de uso público pueden desafectarse y convertirse en bienes fiscales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 9 de 1989, desafectación que, salvo algunos casos específicos, no está proscrita por el ordenamiento jurídico colombiano, siempre que se cumpla con las reglas del caso.

Respecto de lo dicho en la demanda acerca de que con la expedición del acuerdo 010 de 2000 se habría vulnerado el principio de irretroactividad de los actos administrativos, al ampliar las facultades que fueron concedidas al alcalde de Valledupar a través del acuerdo 042 de 1998 para celebrar el convenio de aporte cuando éstas ya habían fenecido, expresó la Fundación que, “en términos sustanciales y de identidad de materia, deben atenderse los efectos materiales y temporales de los Acuerdos Municipales (sic) 42 de 1998 y 10 de 2000”³¹.

Explicó que como en el término dispuesto por el Concejo Municipal en el acuerdo 042 de 1998 para que el alcalde celebrara el convenio de aporte éste no se materializó, el acto administrativo, aunque mantuvo la presunción de legalidad, perdió fuerza ejecutoria, por lo cual se hizo necesario expedir un nuevo acuerdo – el 010 de 2000 -, que lo que hizo fue retomar los presupuestos materiales del primero y agregarle un nuevo plazo, es decir, “revivió el Acuerdo (sic) 042 de 1998, de manera que para entender el contenido material del primero, se hace necesaria la revisión del segundo (primero en el tiempo)”³².

³¹ Folio 681 del cuaderno 4.

³² Ídem.

De conformidad con lo anterior, indicó que el acuerdo 042 no se hubiera podido ejecutar si no se hubiera producido el acuerdo 010 y concluyó que lo que aconteció no lleva al terreno conceptual de la irretroactividad de los actos administrativos, sino al de la pérdida de ejecutoria.

Después, al manifestarse en relación con la alegada vulneración al principio de planeación, expresó que tampoco respecto de esta afirmación se sustentó la violación de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Escribió que, como si se tratara de la misma institución, la parte actora se refirió a la planeación que se materializa a través de los planes nacionales y seccionales de desarrollo, los cuales se atendieron en el desarrollo del convenio, y a la planeación que debe preceder a los contratos estatales, frente a lo cual dijo no manifestarse, porque en la demanda no se expresó argumento alguno al respecto.

En relación con la alegada falta de control sobre las obligaciones del contratista, expresó la Fundación que debe probarse, pero que, en todo caso, no se hicieron planteamientos expresos frente a la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público por este aspecto.

Por último, respecto de los dineros públicos que se habrían girado a la Fundación por parte del municipio de Valledupar y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reiteró que las entidades públicas pueden comprometer recursos de sus presupuestos a favor de entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad³³.

4.3. La Nación - Departamento Nacional de Planeación contestó para señalar que no es procedente que ese organismo se pronuncie respecto de las pretensiones de la demanda, en tanto que ninguna de ellas está dirigida en su contra y tampoco están comprendidas dentro de las atribuciones y competencias legales que le corresponden a través de la Dirección de Regalías.

Explicó que la ley 141 de 1991 creó la Comisión Nacional de Regalías como una unidad administrativa especial, sin personería jurídica, adscrita inicialmente al Ministerio de Minas y Energía y, posteriormente, al Departamento Nacional de Planeación, con autonomía administrativa y financiera, con el propósito de

³³ Folios 650 a 685 del cuaderno 4.

administrar, distribuir y asignar recursos del Fondo Nacional de Regalías y de vigilar y controlar eficazmente su utilización.

Después de reseñar el procedimiento que debían seguir las entidades para acceder a los recursos del Fondo Nacional de Regalías y de señalar que para la transferencia de los recursos asignados se debían suscribir convenios interadministrativos regidos por la ley 80 de 1993, contó que el decreto 149 de 2004 suprimió la unidad administrativa especial Comisión Nacional de Regalías y dispuso que todas las referencias que se hicieran a ella en disposiciones legales vigentes se entendieran referidas al organismo o entidad que el Gobierno Nacional designara para que asumiera sus funciones, que fue, según el decreto 195 de 2004, el Departamento Nacional de Planeación.

Indicó que, de acuerdo con lo dispuesto en los decretos 416 de 2007 y 3517 de 2009, el Departamento Nacional de Planeación, a través de la Dirección de Regalías, ejerce funciones de control y de vigilancia sobre la ejecución de los recursos de regalías directas y compensaciones, a efectos de verificar que su destinación se enmarque en los parámetros establecidos en las normas vigentes, para lo cual designa o contrata labores de interventoría administrativa y financiera de los recursos y compensaciones, distinta a la interventoría que debe ser designada o contratada por las entidades territoriales beneficiarias de tales recursos.

En cuanto a los hechos, dijo que no le constan; sin embargo, señaló que la Comisión Nacional de Regalías, en sesión del 29 de julio de 2001, asignó \$6.822'033.600 del Fondo Nacional de Regalías al proyecto FNR 20241, denominado "Construcción del Parque de la Leyenda Vallenata en la Ciudad de Valledupar", y que designó al municipio de Valledupar como entidad ejecutora.

Advirtió que el proyecto fue aprobado previo concepto de elegibilidad y viabilidad técnica y financiera favorable del Ministerio de Cultura, pero que la adquisición del lote destinado por la entidad ejecutora para la construcción del parque no estaba dentro de los componentes del proyecto y, por ello, no se financió con recursos del Fondo Nacional de Regalías.

Expresó que, para la ejecución del proyecto, la Comisión Nacional de Regalías suscribió dos convenios interadministrativos con la entidad ejecutora: uno, el 720

del 14 de diciembre de 2001, con una duración de 18 meses, cuyo objeto consistió en “hacer entrega del saldo (o la totalidad) de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías asignados para la ejecución de proyecto FNR 20241, por valor de \$4.560.000.000”, primera etapa del proyecto aprobado, para lo cual la entidad ejecutora suscribió un contrato de aportes con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata que, a su vez, ejecutó el convenio a través de diez subcontratistas; y el otro, el 364, lo suscribió el 10 de abril de 2002 y su objeto consistió en “hacer entrega de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías asignados para la ejecución del proyecto FNR por valor de \$2.262.033.600”, con lo cual se financió la segunda etapa del proyecto, para lo cual se celebró un nuevo contrato de aportes entre la entidad ejecutora y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, dos contratos de interventoría técnica y siete contratos de obra.

Manifestó que para la labor de control y vigilancia del proyecto se contrató al Consorcio Interventoría de la Costa Norte, a través de un convenio de cooperación internacional con el Programa de Naciones Unidas PNUD, consorcio que en el informe final del 11 de octubre de 2005 señaló, entre otras cosas, que de los \$6.822'033.000 girados se comprometió la suma de \$6.770'361.120, que la entidad ejecutora no entregó las actas de finalización de la obra y liquidación de subcontratos de las dos etapas del proyecto, por lo que debía justificar el valor de \$1.314'485.247 y, finalmente, que no era posible conceptuar sobre la ejecución del proyecto, porque la entidad no suministró la información soporte de avance físico y financiero.

Indicó que, con fundamento en el informe final presentado por la firma de interventoría, el Departamento Nacional de Planeación liquidó unilateralmente los convenios administrativos mediante resolución 1505 del 11 de septiembre de 2006 y dispuso el reintegro de \$1.366'157.727,70, más los rendimientos financieros. Dijo que el proceso de recuperación del saldo se estaba adelantando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 de la ley 1420 de 2010.

Advirtió que, en el marco de lo establecido en el artículo 287 constitucional, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la ley.

Explicó que el correcto uso y ejecución de los recursos provenientes de asignaciones del Fondo de Regalías o en depósito del mismo, incluidos los

mecanismos de contratación, son responsabilidad exclusiva de la entidad territorial ejecutora, que está obligada a cumplir las disposiciones legales que regulan la materia, al margen del control y vigilancia que ejerce el Departamento Nacional de Planeación. En ese contexto, concluyó que actuó en uso de sus facultades y competencias legales, no omitió ninguno de sus deberes y no dio lugar a la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Finalmente, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que la donación de un predio de propiedad del municipio a un tercero antes de la formulación y aprobación del proyecto FNR 20241 no es de su resorte, toda vez que las funciones de la Comisión Nacional de Regalías se circunscribían a: i) la administración del Fondo Nacional de Regalías, ii) la aprobación de proyectos de inversión, a través de la instancia colegiada y iii) “el control y vigilancia durante su existencia a la verificación de la ejecución del proyecto conforme a la normatividad vigente”³⁴.

Agregó que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6, 121 y 122 constitucionales, en el marco de una acción judicial no es legalmente factible exigir a una entidad pública el ejercicio de funciones que se encuentren por fuera de las que expresamente le señala la Constitución Política, de tal manera que al juzgador le está vedado impartir órdenes que no correspondan a las competencias que le atañan³⁵.

4.4. El Ministerio de Cultura contestó la demanda y solicitó que se nieguen sus pretensiones, con fundamento en que ninguna de ellas está dirigida en su contra y tampoco corresponden a funciones, obligaciones o competencias de ese organismo.

Expresó que la demanda no persigue la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio cultural de la Nación, del que es tutelante el Ministerio de Cultura, puesto que no hay discusión alguna sobre bienes que lo integren. Agregó que, en todo caso, ese derecho colectivo no ha sido vulnerado por ese organismo y que tampoco ha violado el derecho colectivo al patrimonio público, en general, ni el derecho a la moralidad administrativa.

³⁴ Folio 2067 de cuaderno 9.

³⁵ Folios 2029 a 2037 y 2061 a 2069 del cuaderno 9.

Manifestó que el Ministerio no tuvo participación en los hechos relatados en la demanda y, además, que no tiene obligación con el municipio de Valledupar en relación con tales hechos, así como tampoco respecto de los actos y compromisos celebrados por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Indicó que los entes territoriales cuentan con diversos mecanismos para inversión en cultura, pero que no corresponde al Ministerio de Cultura la función de vigilar y controlar la ejecución de tales recursos.

Precisó que al Ministerio de Cultura únicamente le corresponde la declaratoria y manejo de los monumentos nacionales y los bienes de interés cultural del ámbito nacional, “entendido el manejo como la orientación técnica para efectos del mantenimiento del Patrimonio Cultural de la Nación, Ley 397 de 1997 modificada por la ley 1185 de 2008 y la competencia para autorizar o denegar cualquier intervención que se pretenda hacer en estos bienes o en sus áreas de influencia”³⁶.

Después de referirse a las normas aplicables en materia de patrimonio cultural de la Nación, señaló que los recursos asignados para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata corresponden al presupuesto de inversión, para lo cual se cumplió el trámite legal pertinente.

Aclaró que el Ministerio de Cultura no entregó recursos a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, sino al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, a través del convenio interadministrativo 194073-2004, entidad que, a su vez, celebró 9 contratos para la ejecución de tales recursos.

Adicionalmente, precisó que el Parque de la Leyenda Vallenata no ha sido declarado como bien de interés cultural del ámbito nacional y que se encuentra fuera del sector fundacional de la ciudad de Valledupar, por lo cual no integra la zona de influencia de ésta. Explicó que la declaratoria de patrimonio cultural del festival de la leyenda vallenata, que se efectuó a través de la ley de honores 739 de 2002, cobija al festival, pero no se hace extensiva al lugar donde éste se celebra.

³⁶ Folio 2256 del cuaderno 10.

Por último y con base en todo lo expuesto en la contestación, propuso las excepciones de: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) indebida citación del Ministerio de Cultura a la acción popular e iii) inexistencia del daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio sobre el derecho colectivo al patrimonio cultural de la Nación y solicitó que se nieguen las pretensiones en contra de ese Ministerio y se declare que los hechos de la demanda no se derivan de obligaciones a su cargo³⁷.

4.5. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no incurrió en vulneración de los derechos colectivos invocados.

Al pronunciarse sobre los hechos dijo que no le constan y advirtió que ninguna de las pretensiones de la demanda se dirigió en su contra.

Expresó que el 17 de octubre de 2004 suscribió el convenio interadministrativo de gerencia integral de proyectos 194073 con el Ministerio de Cultura, con el objeto de “AUNAR ESFUERZOS Y RECURSOS PARA REALIZAR LA CONSTRUCCIÓN, DOTACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE CENTROS CULTURALES A NIVEL TERRITORIAL”, negocio jurídico que se celebró con fundamento en el artículo 22 de la ley 397 de 1997, que dispone: “El Estado, a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, definirá y aplicará medidas concretas conducentes a estimular la creación, funcionamiento y mejoramiento de espacios públicos, aptos para la realización de actividades culturales y en general propiciará la infraestructura que las expresiones culturales requieren”.

Indicó que en desarrollo de las obligaciones que contrajo, FONADE adelantó los siguientes procesos de contratación: i) 2051747, para brindar apoyo en la gestión y seguimiento técnico para la construcción de la segunda fase del proyecto Parque de la Leyenda Vallenata; ii) 2050333, sobre interventoría técnica, administrativa y contable para la terminación de los acabados de camerinos y locales comerciales en el Parque de la Leyenda Vallenata; iii) 2050501, para realizar la terminación de los acabados de camerinos y locales comerciales en el Parque de la Leyenda Vallenata; iv) 2051299, para desarrollar el proyecto arquitectónico de los sitios definidos por el Ministerio de Cultura del plan maestro del Parque de la Leyenda

³⁷ Folios 2039 a 2059 del cuaderno 9 y 2253 a 2273 del cuaderno 10.

Vallenata; v) 2060765, para la construcción de las oficinas de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y salas de prensa en el coliseo Cacique Upar, del Parque de la Leyenda Vallenata; vi) 2060769, para realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera y contable a la construcción de las oficinas de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y salas de prensa en el coliseo Cacique Upar, del Parque de la Leyenda Vallenata; vii) 2061152, para brindar apoyo en la gestión de seguimiento técnico para la construcción de la segunda y última fase del proyecto Parque de la Leyenda Vallenata; viii) 2070083, para la interventoría técnica, administrativa y contable de la ejecución de las obras complementarias de las oficinas y salas de prensa para la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y ix) 2070100, para las obras complementarias, oficinas y salas de prensa Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Expresó que no existe vínculo contractual vigente entre FONADE y los contratistas, por cuanto todos los contratos celebrados en vigencia del convenio 194073 fueron liquidados a la finalización de las obras.

Agregó que a partir del objeto de los contratos referenciados se puede deducir que en ninguno de ellos se establecieron obligaciones a cargo de FONADE que tuvieran relación con las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, ni con los hechos que la sustentan.

Enfatizó que no vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, ni el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y señaló que ninguna de las pruebas allegadas al proceso determinan la vinculación de esa entidad con el proyecto realizado en el Parque de la Leyenda Vallenata, toda vez que, para la época de los hechos narrados en la demanda, que se estiman entre 1994 y 2000, aún no se había celebrado el convenio 194073 y, por ello, afirmó, no existen razones de orden fáctico ni jurídico para considerar que las actuaciones adelantadas por otras entidades tengan nexo con dicho negocio jurídico.

Con fundamento en todo lo anterior, FONADE solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, en lo que a esa entidad concierne³⁸.

³⁸ Folios 2198 a 2205 del cuaderno 10.

5. Audiencia de pacto de cumplimiento

El 24 de febrero de 2011 se llevó a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, que se declaró fallida por la inasistencia del representante o apoderado de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

6. Sentencia impugnada

Mediante providencia del 1 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo del Cesar: 1) declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Cultura, 2) exoneró de responsabilidad al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, 3) declaró improcedentes las pretensiones principales de la demanda, pero accedió a las subsidiarias y, por tanto, 4) amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al goce del espacio público y a la “buena fe administrativa”.

En consecuencia: 1) ordenó la suspensión de los efectos de los acuerdos 042 del 10 de agosto de 1998, 007 del 3 de abril de 2000 y 010 de 15 de abril de 2000, así como la suspensión de los efectos del convenio suscrito el 18 de mayo de 2000 entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, 2) dispuso que se oficiara a la Oficina de Instrumentos Públicos de Valledupar para que inscribiera la parte resolutive de la sentencia en los folios de matrícula inmobiliaria 190-814 y 190-95742, correspondientes al lote donde se ubica el Parque de la Leyenda Vallenata, 3) ordenó a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata que, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, hiciera la entrega formal y material del predio al municipio de Valledupar y, a la vez, a éste le ordenó que, dentro del mismo término, iniciara los trámites tendientes a recuperar los dineros que le transfirió a la Fundación y que recibió de la Comisión Nacional de Regalías para desarrollar el Parque de la Leyenda Vallenata o, si ya fueron invertidos, que procediera a obtener la entrega real y material de las obras construidas en el parque, y 4) compulsó copia de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que determinen la posible responsabilidad de los funcionarios

que “autorizaron y celebraron los acuerdos y convenios cuyos efectos se suspenden en esta providencia”³⁹.

El Tribunal abordó el tema de la procedencia de la acción popular para anular actos administrativos y, con base en algunas providencias de esta Corporación, definió que, cuando se pretenda proteger derechos e intereses colectivos que resulten amenazados o violados por la expedición, ejecución o cumplimiento de actos administrativos, la acción popular es procedente, pero sólo para obtener la cesación de los efectos jurídicos de esos actos, mas no para anularlos, puesto que el estudio de legalidad corresponde a los jueces ordinarios, mediante las acciones respectivas, tesis que soportó, además, en un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad del artículo 144 de la ley 1437 de 2011, norma que dispone expresamente que no es procedente anular actos o contratos a través de la acción popular.

Con base en lo anterior, declaró la improcedencia de las pretensiones principales de la demanda.

Después de referirse al alcance del artículo 355 constitucional, de acuerdo con lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 1957 por medio del cual señaló que en desarrollo del mencionado artículo no le está dado al ejecutivo regular la transferencia de inmuebles fiscales a entidades sin ánimo de lucro, porque dicha disposición solamente se refiere a recursos del presupuesto, así como a lo que debe entenderse por bienes fiscales y bienes de uso público, el Tribunal hizo un recuento de los hechos que antecedieron el convenio de aporte celebrado el 18 de mayo de 2000 entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Posteriormente, se refirió al derecho colectivo al goce del espacio público y a lo que debe entenderse por espacio público, según lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 9 de 1989 y en el artículo 3 del decreto 1504 de 1998, y concluyó que el inmueble que fue aportado por el municipio de Valledupar a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata es de uso público y, por ende, dijo, constituye espacio público y “de cualquier modo se estima conculcado el derecho colectivo previsto en el literal d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998”⁴⁰.

³⁹ Folio 2367 del cuaderno principal.

⁴⁰ Folio 49 del cuaderno principal.

Sobre el tema, explicó que el bien se expropió a un particular con la anuencia del Concejo Municipal, puesto que éste expidió un acuerdo a través del cual lo declaró como de utilidad pública, con el único propósito ampliar el Parque Lineal Hurtado, es decir, que su destino era exclusivamente para el uso y goce de la comunidad en general; sin embargo, el municipio le entregó el bien a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, para que construyera en él el Parque de la Leyenda Vallenata, sin advertir que el predio era de uso público, razón por la cual el Concejo Municipal cambió su destinación a bien fiscal para poder entregarlo a esa Fundación, con lo cual se permitió que una entidad privada restringiera el acceso al predio y se lucrara con su explotación, sin que el municipio recibiera dinero alguno por ello.

Se consignó en la providencia apelada que la finalidad pretendida con la expropiación no se cumplió, toda vez que en la actualidad se alza alrededor del predio una malla de cerramiento que impide el acceso y únicamente pueden ingresar al inmueble las personas que están en capacidad de sufragar los costos que establece de manera unilateral la Fundación, para el desarrollo de las actividades que programa en ese lugar.

En la sentencia se expresó que “en criterio de la Sala el Concejo Municipal de Valledupar cambió la destinación del bien de uso público a bien fiscal para disfrazar la donación de un inmueble a una entidad de carácter privado, como lo es la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, contrariando lo señalado en el artículo 355 de la Constitución Política”⁴¹ y señaló que el cambio de destinación del predio conllevó la transgresión de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Agregó el Tribunal que en el plan de desarrollo del año 2000 no se previó la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, con lo cual se incumplió el artículo 355 constitucional y, además, que no se observa contraprestación alguna a favor del municipio, de modo que lo pactado en el convenio contraría lo dispuesto por el Concejo Municipal en los acuerdos 042 de 1998 y 010 de 2000, pues se limitó el uso del parque a los espacios recreativos y culturales y se dejaron por fuera del pacto otros espacios, mientras que en tales acuerdos se dispuso que el municipio tendría derecho al uso y goce de todas las instalaciones del parque para la

⁴¹ Folio 2342 del cuaderno principal.

realización de eventos cívicos, culturales y sociales sin costo alguno y en fechas que no interfirieran con la agenda de la Fundación.

Dijo que, según se pactó en convenio del 24 de agosto de 2001 y en convenio del 20 de junio de 2002, el municipio, además del terreno, aportó la suma de \$6.594'033.000, provenientes de regalías, para la construcción de la primera etapa del parque, a pesar de lo cual no designó un interventor que vigilara la correcta inversión del dinero público, lo que, aseveró, se encontraba probado con lo manifestado por el Jefe de la Oficina Jurídica de Valledupar en oficio del 17 de agosto de 2011.

Indicó el Tribunal que era claro que la continuación de las obras del parque, que estaban paralizadas según informe del Jefe de la Oficina Jurídica de municipio, dependía de los aportes que realizara la Nación y que en el expediente no obraban pruebas que permitieran establecer que la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata invirtió dinero alguno de su propio patrimonio para ejecutar las obras a las que se comprometió, sino que el parque se construyó con dineros públicos.

Mas adelante, se refirió al principio de la moralidad administrativa y consideró que éste, como el de defensa al patrimonio público, fueron vulnerados, porque la administración municipal omitió, en el ejercicio de sus funciones, el deber de administrar y aplicar debidamente los recursos públicos.

Al respecto, indicó que, según lo certificado por el Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Valledupar, ésta transfirió directamente a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata dineros que recibió del Departamento Nacional de Planeación para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, a pesar de que los dineros se le entregaron en calidad de unidad ejecutora del proyecto, además de que no existió labor de interventoría sobre la destinación de esos recursos.

Señaló que en el proceso existe suficiente acervo probatorio para establecer que no se administró en debida forma el patrimonio público, porque se desatendieron los criterios de manejo presupuestal, en tanto que el municipio de Valledupar era el ejecutor del proyecto del Parque de la Leyenda Vallenata y no la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, a quien se le entregaron los recursos, lo cual, a juicio del Tribunal, se corrobora con la resolución 1505 del 11 de septiembre de 2006, por medio de la cual el Departamento Nacional de Planeación liquidó unilateralmente

los convenios celebrados con el municipio y ordenó que le fueran reintegrados unos recursos por no haber sido ejecutados.

En la providencia se destacó que el principio de la buena fe está unido al derecho colectivo a la moralidad administrativa y se indicó que ambos resultaron vulnerados por el municipio de Valledupar, porque conocía que los dineros que le fueron asignados y transferidos por parte del Departamento Nacional de Planeación (Comisión Nacional de Regalías)debían ser ejecutados por él para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, y no debieron ser aportados a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Por considerar que el municipio vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, al haber dado un manejo impropio a los recursos que tenían como fin ejecutar el proyecto Parque de la Leyenda Vallenata, pues los giró a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, el Tribunal resolvió que lo procedente era ordenar la devolución de tales recursos o, en su defecto, la devolución de las obras que se hubieren ejecutado con ese dinero, previa verificación de su inversión por parte del municipio de Valledupar.

De otra parte, al pronunciarse acerca de la vinculación del Ministerio de Cultura al proceso, razonó que éste no vulneró los derechos colectivos invocados en la demanda, toda vez que no entregó dineros públicos a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, sino que los recursos que asignó al proyecto del parque se autorizaron previo cumplimiento de los requisitos legales y, a través de convenio interadministrativo 194073-2004, se entregaron a FONADE, entidad que, a su vez, subcontrató para su ejecución.

En cuanto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señaló que no vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, porque no tenía competencia para celebrar los contratos cuestionados, ni capacidad para disponer acerca de la destinación de los recursos propios de cada ente territorial y tampoco tenía la función de ejercer control fiscal sobre ellos.

En lo que concierne al Departamento Nacional de Planeación, dijo que a ese organismo, a través de la Comisión Nacional de Regalías, le correspondía el control y la vigilancia de los recursos de regalías directas y compensaciones a que tienen derecho las entidades territoriales y que asignó recursos para el proyecto en

mención, pero que designó como entidad ejecutora del proyecto al municipio de Valledupar y no a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Agregó que el objetivo del proyecto para el cual asignó recursos ese departamento administrativo era la construcción de unas obras y no la adquisición del lote de terreno en el que el parque iba a funcionar y, por tanto, ese aspecto no se financió con recursos del Fondo Nacional de Regalías.

Concluyó que el Departamento Nacional de Planeación tampoco vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, por cuanto, además de todo lo anterior, dicho organismo conceptuó que no era posible transferir la propiedad de un inmueble público a título gratuito o sin contraprestación económica a favor de una entidad privada, como es la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, y agregó que no se violaba el artículo 355 si las actividades culturales se encontraran dentro de programas acordes con el plan de desarrollo.

Respecto del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, expresó que en el convenio 194073 que celebró con el Ministerio de Cultura para aunar esfuerzos y recursos para la construcción, dotación e implementación de centros culturales a nivel territorial no se establecieron obligaciones a cargo del Fondo que tengan relación con las pretensiones de la demanda.

Agregó que los contratos celebrados en vigencia del mencionado convenio fueron liquidados a la finalización de las obras respectivas y que, en todo caso, del material probatorio obrante en el proceso no se podía inferir que FONADE estuviera relacionado con la construcción del parque, puesto que, para la época a la que se refieren los hechos de la demanda, el convenio 194073 aún no se había suscrito y, por ello, descartó que esa entidad hubiera vulnerado los derechos colectivos a los que se refirió la parte actora⁴².

7. El recurso de apelación

⁴² Folios 2293 a 2367 del cuaderno principal.

Inconforme con lo decidido por el Tribunal Administrativo del Cesar, la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata interpuso recurso de apelación en su contra, el cual sustentó en los siguientes aspectos:

7.1. Estimó la parte impugnante que se configuró una flagrante violación al debido proceso, específicamente, al derecho de defensa, toda vez que, según dijo, en la demanda se hizo el recuento de unos hechos, se indicaron los derechos e intereses colectivos que se consideraron vulnerados, pero no se presentaron las razones de la vulneración y “lo único que se hizo fue argüir supuestos quebrantamientos al ordenamiento jurídico de unos actos administrativos y un contrato”⁴³, lo cual, aseveró, impedía al juez encontrar los fundamentos de la vulneración alegada.

Señaló que, a pesar de lo anterior, el Tribunal Administrativo del Cesar profirió una sentencia en la que accedió a proteger, no solo los derechos colectivos invocados por la Procuraduría, sino también el derecho colectivo al goce del espacio público y “un nuevo derecho o interés colectivo”, esto es, la buena fe.

Mencionó que desde la contestación de la demanda se puso de presente la ausencia de razones que sirvieran de fundamento a la alegada vulneración de derechos colectivos; asimismo, manifestó que en la sentencia recurrida se indicó que se violaron esos derechos, pero no se indicó la razón de tal afirmación, lo que hace imposible el ejercicio del derecho de defensa de la Fundación.

7.2. Agregó que el debido proceso se vulneró también porque, para fundamentar la declaración de violación de los derechos colectivos, se valoró una “prueba inexistente”: un supuesto concepto emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Valledupar, cuando éste, como se alertó en la contestación de la demanda, se aportó en copia simple, no tenía la firma del funcionario, ni una radicación que diera noticia de su carácter oficial.

Alegó la parte actora que el Tribunal utilizó el referido documento para adoptar una decisión adversa a los intereses de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, consistente en la restitución del inmueble al municipio de Valledupar, sin que realizara ninguna consideración frente a las irregularidades del documento que fueron puestas de presente en la contestación de la demanda.

⁴³ Folio 2371 del cuaderno principal.

Señaló también que el documento fue tenido en cuenta por el Tribunal para dar por cierta una supuesta irregularidad consistente en el recibo de unas sumas de dinero por parte de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Concluyó que las irregularidades encontradas por el Tribunal, en relación con la transmisión del dominio del predio y con la entrega de unos dineros, se sustentaron en un documento que no podía ser valorado, lo que evidencia una ausencia probatoria.

7.3. Consideró también vulnerado el debido proceso por ausencia de valoración probatoria, puesto que, en la providencia apelada, no se realizó valoración probatoria alguna, tanto que en la estructura de la sentencia no existe ningún acápite que aluda a las pruebas valoradas y en los problemas jurídicos analizados se hizo alusión a distintas actuaciones públicas sin el sustento probatorio correspondiente.

7.4. Asimismo, alegó que el derecho de defensa se vulneró por la desatención del Tribunal frente a los argumentos presentados por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, en tanto que en la parte considerativa de la providencia no se hizo referencia alguna a sus consideraciones, sólo se mencionaron los argumentos de la parte actora y se analizaron las posiciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Departamento Nacional de Planeación y de FONADE, pero ni siquiera se mencionaron las excepciones de la Fundación ni las del municipio.

7.5. Estimó la parte recurrente que no existió la vulneración a los derechos e intereses colectivos mencionados en la demanda, pues, además de que, insiste, el libelo carece de sustentación al respecto, los argumentos esgrimidos sobre el particular en la sentencia no guardan relación con conductas irregulares de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, o carecen de apoyo jurídico.

Se refirió a lo indicado por el Tribunal en relación con el derecho colectivo al goce del espacio público y señaló que era difícil controvertir una afirmación de la que se desconocen sus causas argumentativas, puesto que, de la simple lectura de los artículos 82 constitucional y 2 del decreto 1504 de 1998, el a quo coligió que el bien inmueble aportado por el municipio a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata era un bien de uso público y, además, que por ese hecho se entendía vulnerado el señalado derecho colectivo.

Agregó que el inmueble objeto de la controversia no era un bien de uso público y que de ello daban cuenta los distintos medios probatorios que obran en el expediente, entre ellos, el certificado de libertad y tradición del predio.

Además, se refirió a los artículos 82 constitucional y 2 del decreto 1504 de 1998, para señalar que el primero únicamente hace referencia a la protección del espacio público, mientras que del segundo, que coincide con el contenido del artículo 5 de la ley 9 de 1989, se deriva que el espacio público se puede constatar, incluso, en inmuebles privados, tanto en lo que respecta a elementos arquitectónicos como a elementos naturales, razonamiento de donde coligió la existencia de espacio público en el Parque de la Leyenda Vallenata, pues, a pesar de ser un bien privado, sus usos, según el convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, están destinados a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden el interés individual.

Con base en lo anterior, dijo que las normas a las que acaba de hacerse alusión antes que dar noticia de una vulneración al derecho colectivo del espacio público, dan cuenta de la existencia de un espacio público dentro del predio donde está el Parque de la Leyenda Vallenata, pese a la naturaleza privada que de éste se predica desde la perspectiva del derecho de propiedad.

En lo que concierne a lo señalado en la sentencia de primera instancia acerca del cambio de destinación del bien, solicitó la parte recurrente que se revisen los argumentos presentados en la contestación de la demanda, en donde se destacó la existencia de contraprestaciones a cargo de la Fundación y a favor del municipio de Valledupar y, por ello, la inexistencia de una donación.

Adujo que, en lo que a la supuesta donación del bien respecta, la única alusión probatoria que se hizo en la sentencia es aquella que señala que en el plan de desarrollo no estaba prevista la construcción del parque, frente a lo cual señaló que el juzgador de primera instancia desconoció que el plan de desarrollo sí se refirió a la propulsión, impulso y fomento de la cultura vallenata.

Manifestó que el Tribunal no se refirió a un aspecto directamente relacionado con el goce del espacio público que existe en ese parque, consistente en que el municipio, en virtud de lo establecido en los acuerdos municipales demandados y en el convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, puede acceder gratuitamente a los

espacios recreativos y, a un costo inferior que el del mercado, a los espacios culturales, por lo cual consideró que, antes que una vulneración al espacio público, lo que se presentó fue una garantía del mismo, con la construcción de un parque al que puede acceder la comunidad con las iniciativas recreativas y culturales que promueva el municipio de Valledupar y de las condiciones de gratuidad y/o de bajos costos con los que éste puede acceder a sus instalaciones.

7.6. Se pronunció frente a la declaración de vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, para señalar que es materialmente imposible determinar las razones que le sirvieron de fundamento al Tribunal para llegar a esa conclusión, toda vez que, según dijo, de la supuesta transferencia de unos dineros a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se infirió automáticamente la violación de ese derecho.

Indicó que dicha transferencia de recursos no está probada en el proceso, porque la prueba en la que el Tribunal sustentó su afirmación, que fue el documento contentivo de un concepto que habría emitido el Jefe de la Oficina Jurídica del municipio, no podía valorarse por las razones expresadas al inicio del recurso.

Argumentó que, en ese escenario, no era posible recurrir la decisión de la supuesta vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, defecto de la sentencia que se produjo, a su juicio, porque desde la demanda no se indicaron las razones que habrían llevado a tal vulneración.

7.7. En cuanto a la declaración de vulneración del derecho a la defensa del patrimonio público, insistió en que no existe prueba en el proceso que acredite la transferencia de recursos públicos a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y agregó que resulta difícil entender por qué una resolución que expidió el Departamento Nacional de Planeación ordenando la devolución de unos dineros sustenta tal aseveración.

7.8. Respecto de la violación del principio de la buena fe, arguyó que de lo expuesto por el Tribunal sobre este particular era difícil inferir la aludida vulneración y agregó que no entiende qué se quiere decir con “este supuesto derecho e interés colectivo

vulnerado, ni la relación de la confianza legítima con un caso como el que ocupará ahora al juzgador de segunda instancia”⁴⁴.

Expresó que el Tribunal comenzó por señalar las relaciones existentes entre moralidad administrativa y buena fe, hizo alusiones doctrinarias y jurisprudenciales en relación con ese principio y, con base en ello, determinó su vulneración por un supuesto incumplimiento del municipio que, a su juicio, ni siquiera existió o respecto del cual, por lo menos, resulta difícil acreditar su ocurrencia debido a la omisión del soporte probatorio de las afirmaciones de la sentencia.

Consideró que la sentencia apelada también debe revocarse por este aspecto, porque el derecho colectivo invocado ni siquiera existe, por carecer de entidad propia.

7.9. Señaló que en la sentencia se realizó una equivocada argumentación jurídica de aspectos que “aparentemente” guardan relación con la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, por cuanto el Tribunal no se refirió a legalidades o ilegalidades derivadas de la eventual vulneración de derechos colectivos, sino que revisó esos aspectos de manera autónoma.

Indicó que, por lo anterior, la providencia es antitécnica y vulnera el debido proceso, como consecuencia de la ausencia de discusión sobre los motivos de violación de los derechos e intereses colectivos.

Manifestó que, en todo caso, en virtud del principio de lealtad procesal se pronunciaba acerca de los argumentos de legalidad consignados en la sentencia, así:

7.9.1. En cuanto a lo dicho sobre el análisis del artículo 355 constitucional, en la providencia se atendieron las razones de la parte actora sin plantear un problema jurídico y sin considerar los argumentos de la parte demandada, la cual, en la contestación del libelo, se apartó de lo señalado en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por las razones que en ese momento quedaron expresadas y a las cuales se remite también en esta instancia.

⁴⁴ Folio 2389 del cuaderno principal.

7.9.2. En lo concerniente a las consideraciones esbozadas en la sentencia acerca de los bienes fiscales y los de uso público, el Tribunal no presentó ni solucionó problema jurídico alguno. Sobre el particular, el recurrente se remitió a lo que expresó en la contestación de la demanda en torno a la desafectación de los bienes de uso público.

7.10. Estimó que la decisión adoptada en primera instancia es incongruente e incoherente para salvaguardar la supuesta vulneración de los derechos colectivos que se consideraron vulnerados, toda vez que, a pesar de que en la parte considerativa de la providencia se señaló que la acción popular no era el medio idóneo para anular actos o contratos, en la parte resolutive, al declarar su suspensión y dar las demás órdenes consecuenciales, lo que en realidad se produjo fue una nulidad con otro nombre.

Con base en todo lo anterior, la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se desestimen todas las pretensiones de la demanda⁴⁵.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante auto del 13 de junio de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en contra de la sentencia proferida el 1 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo del Cesar⁴⁶.

8.2. A través de proveído del 3 de julio de 2013 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo⁴⁷.

8.2.1. La Fundación Festival de la Leyenda Vallenata presentó alegatos de conclusión para ratificarse en sus argumentos de defensa, así como para presentar un resumen de lo acontecido en el curso del proceso⁴⁸.

8.2.2. El Ministerio de Cultura alegó para insistir en los argumentos que presentó en la contestación a la demanda⁴⁹.

⁴⁵ Folios 2365 a 2394 del cuaderno principal.

⁴⁶ Folio 2416 del cuaderno principal.

⁴⁷ Folio 2417 del cuaderno principal.

⁴⁸ Folios 2418 a 2423 del cuaderno principal.

⁴⁹ Folios 2424 a 2427 del cuaderno principal.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de este proceso, en segunda instancia, en virtud del recurso de apelación presentado por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, porque el artículo 132.14 del CCA -adicionado por el art. 57 de la Ley 1395 de 2010-, estableció que los tribunales administrativos conocen en primera instancia “14. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional” y en el caso concreto actúan como parte demandada la Nación (representada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Cultura y el Departamento Nacional de Planeación) y el Fondo Financiero de Desarrollo de Proyectos –FONADE-; además, el artículo 129 del C.C.A. dispone que “... el Consejo de Estado conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos...”, condición que cumple el proceso de la referencia.

Además, de conformidad con el artículo 13.13 del acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado -modificado por el acuerdo 55 de 2003⁵⁰-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en esta clase de controversias.

2. Cuestión previa

Antes de abordar de fondo el estudio del caso resulta oportuno advertir que, de acuerdo con la información que obra en el expediente, el Tribunal Administrativo del Cesar cumplió con la obligación establecida en el artículo 21 de la ley 472 de 1998, en el sentido de informar a la comunidad acerca de la admisión de la demanda de acción popular de la referencia, toda vez que, para tales efectos, envió oportunamente los oficios respectivos a dos emisoras de la región.

⁵⁰ “Art. 13. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

“Sección tercera (...)

“13. Las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa”.

Ahora bien, aunque en el expediente no obra constancia de la publicación de la información correspondiente, no por esta razón es posible afirmar que no se comunicó a la comunidad acerca de la admisión de la demanda, por cuanto, además de que ninguna de las partes vinculadas al proceso así lo manifestó, después de emitida la orden judicial se presentó al proceso una coadyuvancia, lo que permite inferir razonadamente que la información sí se publicó.

En todo caso, es oportuno precisar que la señalada circunstancia no afecta la validez del proceso, en tanto que no encuadra en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable al presente asunto en esa materia de acuerdo con lo previsto en el artículo 45 de la ley 472 de 1998⁵¹.

En efecto, aunque el numeral 9 del referido artículo 140 señala que la nulidad se genera, entre otros eventos, “cuando no se practica en legal forma (...) el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes”, no es esa la circunstancia que en este caso se presenta, porque el artículo 21 de la ley 472 no se refiere al emplazamiento de sujetos indeterminados que deban ser citados como partes, sino a una comunicación a la comunidad en general, “habida cuenta de los eventuales beneficiarios” y, además, se notificaron debidamente las personas determinadas y no se observa la existencia de sujetos indeterminados que deban ser vinculados al proceso.

Asimismo, considera la Sala que, en este caso, se cumplió el cometido de la comunicación a que se refiere el artículo 21 de la ley 472 de 1998, pues existe suficiente representación de la comunidad en el proceso, toda vez que: 1) la acción fue interpuesta por la Procuraduría General de la Nación, órgano al que, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 277 constitucional, le corresponde defender los intereses de la sociedad, 2) se vinculó a la Defensoría del Pueblo y 3) se presentaron tres coadyuvancias, dos que acompañan la posición de la parte actora y una la de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, esta última presentada el 15 de febrero de 2011, es decir, con posterioridad a la orden de informar a la comunidad acerca de la admisión de la demanda (10 de noviembre de 2010).

⁵¹ Ley 472 de 1998. “Artículo 44°.- Aspectos no Regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente Ley, mientras no se oponga a la naturaleza y a la finalidad de tales acciones”.

3. Los motivos de la apelación

Según el recuento de los argumentos presentados por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en contra de la sentencia impugnada, los motivos de la apelación se pueden concentrar en tres grupos, así: i) la vulneración del derecho al debido proceso, ii) la transgresión de los derechos colectivos que fueron invocados por la parte actora y, adicionalmente, de los que declaró vulnerados el Tribunal del Cesar en la sentencia del 1 de marzo de 2012 y iii) la incongruencia de la sentencia por haber señalado en la parte considerativa que la acción popular no es el medio idóneo para anular actos administrativos o contratos y, sin embargo, haber emitido órdenes en la parte resolutive que, a su juicio, corresponden a una nulidad.

3.1. Violación del debido proceso de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata

Consideró la parte impugnante que con la sentencia de primera instancia se desconoció su derecho al debido proceso, específicamente, el derecho de defensa, porque: i) a pesar de que en la demanda no se expusieron las razones por las que se habrían violado los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, el Tribunal declaró probada su vulneración, ii) el Tribunal fundamentó la vulneración de los derechos colectivos en una prueba documental inexistente, iii) a pesar de declarar la vulneración de los derechos colectivos enunciados en la demanda y del derecho colectivo al goce del espacio público y al principio de buena fe administrativa, el Tribunal no indicó la razón de esa afirmación, iv) la sentencia carece de valoración probatoria y v) se desatendieron los argumentos de defensa de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Dijo que, como las irregularidades relacionadas con la violación al debido proceso pueden ser corregidas en virtud del principio de la doble instancia, una vez confirmada la vulneración del derecho de defensa de la Fundación se debe revocar la sentencia recurrida.

3.1.1. Ausencia de razones en la demanda en las que se sustente la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público

En relación con este punto lo que aduce la parte recurrente es la ausencia en la demanda de una causa que determine la vulneración de los derechos colectivos invocados, pues, según dijo, el libelo tiene la estructura de una demanda ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho o de una contractual, porque se limita a señalar una serie de presuntas inconstitucionalidades e ilegalidades, pero no se refiere, ni formal ni materialmente, a las razones por las cuales se habrían violado tales derechos, lo cual le habría impedido ejercer su derecho de defensa al desconocer el fundamento de las imputaciones realizadas y, a su vez, habría afectado la sentencia por desconocimiento del principio de congruencia, puesto que, en esas condiciones, el juez declaró probada, no solo la vulneración de los derechos colectivos invocados por la parte actora, sino también del derecho colectivo al goce del espacio público y al principio de buena fe.

Para resolver este punto de la apelación, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos:

a) Flexibilización del principio de congruencia en las acciones populares y armonización con el derecho de defensa

Según lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 472 de 1998, para promover una acción popular la demanda se debe presentar con los siguientes requisitos:

- “a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado;
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;
- c) La enunciación de las pretensiones;
- d) La indicación de la persona natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;
- f) Las direcciones para notificaciones;
- g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción”.

Los requisitos enunciados, que no difieren sustancialmente de aquellos que se requieren para la presentación de cualquier otra demanda, constituyen elementos que permiten delimitar el objeto alrededor del cual debe girar el debate del proceso y, por tanto, los aspectos sobre los cuales ha de recaer el pronunciamiento judicial final, es decir, constituyen pilares fundamentales que garantizan el ejercicio, entre

otros, del derecho de acción y, correlativamente, del de contradicción y, a su vez, imponen al juez el deber de fallar de manera congruente con lo pretendido en la demanda y su fundamento.

En efecto, el requisito de que habla el literal c) del artículo 18 de la ley 472 de 1998 se refiere al objeto que se persigue con la demanda, es decir, a la pretensión cuya declaración se busca, literal a), mientras que la exigencia del literal b) hace referencia al fundamento de esa pretensión, esto es, a “los hechos, actos, acciones u omisiones” que la motivan o, lo que es lo mismo, a la causa petendi, cuyo conocimiento es el que permite a la contraparte preparar su defensa en aras de enervar la prosperidad de la pretensión que en su contra se erige, aspectos éstos que delimitan la actividad probatoria y concentran el debate sobre el cual debe pronunciarse el juez.

Surge de todo lo anterior que el principio de congruencia también opera en las acciones populares, aunque, debe precisarse, como ya en otras ocasiones lo ha hecho la Corporación, no con la rigurosidad con la que se aplica en procesos ordinarios, porque, en el marco de las facultades que la ley le otorga al juez de la acción popular, éste puede proferir fallos extra o ultrapetita, así como también dar aplicación al principio *iura novit curia*⁵², para garantizar la protección de los derechos colectivos vulnerados o amenazados.

Sin embargo, la Corporación no ha sido indiferente frente a la colisión que se presenta entre el principio de congruencia y el derecho de defensa cuando, en ejercicio de sus facultades, el juez de la acción popular profiere decisiones con alcances mayores a los pedidos o por fuera de lo pretendido, por lo cual ha recurrido a la ponderación para establecer una postura intermedia que permita atemperar la confrontación que existe entre la idónea protección a los derechos colectivos amenazados y el derecho fundamental al debido proceso, especialmente, a la defensa. Con ese propósito, ha admitido la flexibilización del principio de congruencia frente a los siguientes aspectos:

- Los derechos colectivos invocados en la demanda (literal a del artículo 18 de la ley 472 de 1998), ya que es posible que el juez popular ampare derechos colectivos

⁵² Al respecto se pueden consultar las sentencias de: 16 de mayo de 2007 (exp. 2005-10005) y de 16 de octubre de 2007 (exp. 2002-27149), entre otras.

diferentes a los indicados en el libelo, “siempre y cuando, se itera, estén vinculados con los supuestos fácticos que fueron debatidos en el proceso”⁵³.

- La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan la petición (literal b ibídem), pues se admite que el juez de la acción popular estudie hechos que no se plantearon expresamente en la demanda, porque no fueron especificados por la parte actora, pero que aparecen probados en el proceso⁵⁴, o porque se presentaron a lo largo del proceso⁵⁵, en uno y otro caso, “siempre y cuando los mismos tengan una relación con la causa petendi fijada en aquella”.

- La enunciación de las pretensiones (literal c ibídem), porque el juez puede adoptar medidas diferentes a las deprecadas en la demanda para proteger los derechos colectivos que encuentre amenazados o vulnerados, por cuanto, “de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez adoptará cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, el juez cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas que estime pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados”⁵⁶.

Sobre el tema, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de diciembre de 2013⁵⁷, indicó:

“Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, **el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998**”⁵⁸.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de septiembre de 2009, exp. 2004-02418-01 (AP).

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 2010-00217-01 (AP).

⁵⁵ Consejo de Estado, sentencias de: 16 de mayo de 2007 (exp. 2005-10005) y de 16 de octubre de 2007 (exp. 2002-27149, entre otras).

⁵⁶ Ibídem.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013 exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01 (AP).

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 76001-23-31-000-2005-02130-01 (AP).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el trámite de la acción popular se caracteriza por regirse por un sistema dispositivo especial, en el que el juez goza de la facultad de proferir fallos extra y ultra petita, con fundamento en las siguientes razones (se transcribe como obra en la providencia):

“a) La interpretación literal de las disposiciones citadas [se refiere al artículo 88 constitucional y a los artículos 5º y 34 de la ley 472 de 1998], según las cuales, ante la amenaza o vulneración de un derecho colectivo el juez puede adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la acción u omisión que dé origen a aquella circunstancia e, incluso, disponer lo necesario para volver las cosas al estado anterior a la transgresión del derecho. Así pues, **en caso de que el operador judicial considere que las medidas solicitadas por el demandante no son suficientes para proteger el derecho colectivo desconocido, podrá adoptar cualquier remedio que estime conducente para restablecer su ejercicio.**

“b) La interpretación teleológica de las normas mencionadas [se refiere al artículo 88 constitucional y a los artículos 5º y 34 de la ley 472 de 1998], porque de su finalidad se puede establecer que, **a pesar de que el actor popular no identifique con suficiencia las circunstancias que dan origen al desconocimiento del derecho colectivo, en caso de que el juez advierta que se probó un hecho transgresor que no había sido alegado específicamente por el demandante, deberá adoptar una determinación para hacerlo cesar.**

Lo anterior ocurre porque se trata de una acción pública, que tiene como fin la defensa de derechos e intereses colectivos, esto es, de los cuales no es titular un sujeto determinado. Así pues, mediante esta acción no se plantean pretensiones subjetivas, sino se pone en conocimiento del juez una situación que afecta a la comunidad, pues con ésta se pretende precaver o superar la afectación de bienes que comprometen la existencia y desarrollo de la colectividad misma, es decir, hacer valer el interés general⁵⁹.

“En ese sentido, en consideración a los fines que persigue la acción popular, es posible afirmar que **el juez tiene la obligación de analizar todos los hechos que se deriven de las pruebas aportadas al proceso. Entonces, en caso de que el material probatorio permita advertir la amenaza o vulneración del derecho colectivo invocado, el operador judicial deberá adoptar las medidas que considere pertinentes para protegerlo, incluso si la circunstancia que se probó en el proceso no fue expresamente alegada por el actor popular.**

“c) La función del juez constitucional en el Estado Social de Derecho, que implica la obligación a su cargo de adoptar todas las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho cuyo amparo se solicita.

⁵⁹ Ver sentencia C-622 de 2007.

“En términos generales, la función judicial en el Estado Social de Derecho se rige por el principio de prevalencia del derecho sustancial –artículo 228 Superior-, y en particular, la función del juez constitucional se rige también por el valor constitucional de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes -artículo 2° Superior-.

“En ese orden de ideas, el juez constitucional tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias, encaminadas a hacer realidad el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución. En consecuencia, las decisiones que adopte el juez en aras de proteger tales derechos (que corresponden a los colectivos en el caso de las acciones populares), deben conducir a que cese la situación que motivó la solicitud de amparo

“Lo anterior implica que **el juez de la acción popular tiene el deber de analizar todos los hechos que resulten probados en el proceso y en caso de encontrar probada la amenaza o vulneración de un derecho o interés colectivo, adoptar las medidas que considere pertinentes para restituir las cosas a su estado anterior o hacer cesar la amenaza, y de ese modo hacer realidad su uso y goce**”⁶⁰ (destaca la Sala).

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 demanda⁶¹”⁶².

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-176 del 11 de abril de 2016.

61

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.

⁶² Ibídem.

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 deber de velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes⁶³; 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 acción⁶⁴.

Precisado lo anterior, procede la Sala a analizar si en este caso se vulneró el derecho de defensa de la Fundación de Festival de la Leyenda Vallenata por no haberse indicado en la demanda una causa petendi que sustentara la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y si, por esa razón, se desconoció el principio de congruencia, al haberse declarado en la sentencia recurrida la vulneración de esos derechos y, además, la transgresión del derecho colectivo al goce del espacio público y al principio de buena fe.

Con ese propósito, se estudiará si el libelo introductorio cumplió con los requisitos del artículo 18 de la ley 472 de 1998, específicamente, con lo exigido en el literal b),

⁶³ Ley 472 de 1998, artículo 5.

⁶⁴ 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).

es decir, si se realizaron imputaciones frente a los derechos colectivos que la Procuraduría invocó como vulnerados, para lo cual se deberá establecer lo que debe entenderse por derecho a la moralidad administrativa y por derecho a la defensa del patrimonio público, para luego confrontar ese concepto con lo narrado en la demanda.

Posteriormente, la Sala analizará si al declarar la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público, que no fue invocado expresamente en la demanda, el Tribunal de primera instancia actuó dentro de los límites que impone el derecho de defensa a la facultad del juez de aplicar con menor rigor el principio de congruencia en las acciones populares y, después, se pronunciará frente a la declaración de vulneración del principio de buena fe.

b) Derecho colectivo a la moralidad administrativa

A la moralidad administrativa se refiere la Constitución Política de 1991 como derecho colectivo –artículo 88- (carácter reiterado por el legislador en el literal b) del artículo 4 de la ley 472 de 1998) y, a la vez, como principio de la función pública – artículo 209-; sin embargo, ni el constituyente primario ni el secundario definieron lo que debe entenderse por ese derecho, razón por la cual, al encontrarse frente a un tipo normativo de textura abierta, la Corporación ha realizado esfuerzos serios, razonados y fundamentados para aproximarse, sin limitarlo, a un concepto amplio que abarque el sentido jurídico de ese derecho y que permita su efectiva protección.

El 1 de diciembre de 2015⁶⁵, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, después de realizar un recuento jurisprudencial de las sentencias más importantes que hasta ese momento se habían proferido sobre el derecho colectivo a la moralidad administrativa, destacó tres presupuestos que permiten identificar la amenaza o vulneración de ese derecho desde una concepción más uniforme según su alcance y contenido, lo que, a su vez, brinda seguridad jurídica a las decisiones que en relación con aquél se deban adoptar.

En consecuencia, dado que se trata de una sentencia mediante la cual la Corporación unificó su postura frente a lo que debe entenderse por derecho

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de diciembre de 2015, exp. 2007-00033-01 (AP).

colectivo a la moralidad administrativa⁶⁶, la Sala debe acogerla para resolver el presente asunto en lo que a ese derecho colectivo corresponde y, por tanto, dada su claridad y pertinencia sobre el tema, se permite transcribir el aparte pertinente de ella (se transcribe como obra en la sentencia):

“En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, es importante que la determinación de su vulneración, o no, no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. **En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del funcionario, sirven como parámetros la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal; la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función.** Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado.

“Tales temas son:

“2.1. La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad

⁶⁶ La sentencia se profirió en desarrollo del mecanismo de revisión eventual, con el propósito de unificar el concepto y definición del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones.

“2.2. Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:

“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.

“Esta conexión ‘moralidad – legalidad’ no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento *per se* no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación ‘no se puede colectivizar toda transgresión a la ley’. Esto quiere decir, que **si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión.** Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

“(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.

“Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

“Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

“2.2.3. Imputación y carga probatoria

“Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

“En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora

del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa.

“La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer efectivo el principio constitucional con el que debe cumplirse la función pública.

“En efecto, el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente.

“Por ello, la concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre los cuales calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes.

“Lo anterior significa la concreción de la institución jurídica del debido proceso. De no ser así se estaría juzgando a la administración por violación a la moralidad administrativa sin las formas propias del juicio de acción popular, en el que para su prosperidad se requiere la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo y el tercer presupuesto, no menos importante, consistente en la acusación y prueba tanto del primero como del segundo” (destaca la Sala).

Aproximados en los anteriores términos a lo que debe entenderse por derecho colectivo a la moralidad administrativa, la Sala procede a estudiar la demanda para establecer si contiene una causa petendi que lo comprometa, es decir, si en ella concurren los tres elementos a que se refirió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para identificar la amenaza o vulneración de ese derecho o, en caso contrario, si se trata, como lo afirmó la parte recurrente, de una demanda que solo contiene imputaciones de ilegalidad o de inconstitucionalidad que no pueden ser resueltas por este medio según lo explicado por la Sala Plena en la referida providencia.

b) 1. Violación del artículo 355 constitucional

Señaló la parte actora que las conductas desplegadas por el municipio de Valledupar, expresadas, entre otras actuaciones, a través de la expedición de los actos administrativos y de la suscripción del convenio de aporte demandados, transgredieron la referida norma, que prohíbe a todos los poderes públicos efectuar donaciones a favor de personas naturales, puesto que, según aseveró, lo que materialmente ocurrió fue una donación de un bien inmueble público a favor de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Como fundamento de la señalada acusación, la Procuraduría señaló, principalmente, dos razones: i) a través de los contratos autorizados por el inciso segundo del artículo 355 constitucional sólo se pueden comprometer recursos del presupuesto, no bienes inmuebles y ii) la contraprestación pactada a cargo de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata no resulta equitativa frente al aporte efectuado por el municipio de Valledupar, aspectos referentes al elemento objetivo de la moralidad administrativa, pues apuntan a destacar la presunta vulneración del principio de legalidad.

La acusación de la demanda no se limitó a describir la presunta inconstitucionalidad y sus fundamentos, pues se acompañó de argumentos que pretenden poner en evidencia que lo ocurrido no se ubicó meramente en el plano de una contravención constitucional, sino que los verdaderos motivos que habrían dado lugar a la conducta desplegada tanto por el ente territorial como por la Fundación demandada habrían estado precedidos por la intención de favorecer el interés particular, por encima del interés general.

En ese sentido, además de relatar los hechos que antecedieron a la celebración del convenio de aporte y los intentos fallidos de concretar la transferencia del bien para dejarlo en cabeza de la Fundación, la parte actora señaló que, en verdad, “el aporte” efectuado por el municipio a favor de la Fundación no consistió en algo diferente a un “camuflaje o disfraz” de lo que, en realidad, fue una donación, puesto que la entidad transfirió su derecho de dominio sobre un predio para construir un parque de naturaleza privada, negocio que habría sido encubierto bajo una “supuesta reciprocidad difusa, poco clara e indeterminada” consistente en una “posible contraprestación”, a favor del municipio, de carácter no permanente.

Aseguró que se contravino el derecho a la moralidad administrativa, porque la “donación” efectuada a favor de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata no respondió al interés de la colectividad, sino a un interés particular, toda vez que la construcción del parque reporta un beneficio exclusivo a favor de la Fundación.

En todo caso, debe decirse que, como en otras ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación⁶⁷, es posible desentrañar el sentido de lo que es la moralidad administrativa en normas positivas que desarrollen un precepto moral, cuya transgresión supone, generalmente, la vulneración de ese derecho colectivo, como ocurre en el inciso primero del artículo 355 constitucional, cuya consagración respondió a un propósito corrector de conductas contrarias al interés general, específicamente, de prácticas corruptas relacionadas con manejos abusivos de los denominados "auxilios parlamentarios"⁶⁸.

Por ello, válido es señalar que, cuando existe una acusación debidamente sustentada respecto de la vulneración del inciso primero del artículo 355 constitucional, es posible establecer una causa petendi que encuadra perfectamente en el marco de la acción popular, pues tal imputación compromete no solo el derecho colectivo a la moralidad administrativa sino también el de la defensa al patrimonio público.

Advierte la Sala que lo anterior no significa, de ninguna manera, que en estos casos pueda presumirse la conducta amañada, corrupta o deshonesta del funcionario con miras a defraudar el interés general en provecho del particular, pues, según la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, no puede considerarse vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa si no se encuentra acreditado tal supuesto, imputación y carga probatoria que corren a cargo de quien pretende la protección del derecho colectivo.

b) 2. Violación del artículo 33 de la ley 9 de 1989

Expresó la parte actora que se transgredió la norma en mención, porque el predio que fue transferido a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata lo adquirió el

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2007, exp. 2004-00009, retomada en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 1 de diciembre de 2015, exp. 2007-00033-01 (AP).

⁶⁸ Sobre los fundamentos de la prohibición constitucional consagrada en el inciso primero del artículo 355 constitucional consultar sentencia C-372 de 1994.

municipio a través de un proceso de expropiación para la ampliación del Parque Lineal Hurtado, lo que le imponía, según esa ley, destinarlo para ese fin; sin embargo, con la expedición de los acuerdos y del convenio de aporte demandados, se permitió entregar el bien a la Fundación, para que construyera un parque privado, con lo cual se cambió la destinación del inmueble.

En este aspecto, la demanda tampoco se limitó a señalar la presunta ilegalidad, sino que agregó que se vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, porque la finalidad que motivó la expropiación, que fue el interés general, fue una diferente a la que motivó la transferencia del bien: el favorecimiento de los intereses de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, que sería la única que se lucraría con su explotación.

b) 3. Vulneración del contenido de los acuerdos 042 de 1998 y 010 de 2000 en razón de lo pactado sobre la restitución del inmueble al municipio y la contraprestación que éste debía recibir por su aporte a la Fundación

Se expresó en la demanda que con la celebración del convenio del 18 de mayo de 2000 se desconoció lo dispuesto por el Concejo Municipal de Valledupar en el artículo 3 del acuerdo 042, en el que se estableció que en el convenio debía estipularse que, en caso de darle al bien un uso diferente al pactado, éste debía revertirse al municipio, pero que lo que se acordó fue que el ente territorial solicitaría la devolución del predio en caso de que la Fundación desistiera del interés de desarrollar la obra.

Asimismo, se dijo en el libelo que, en el inciso sexto de la parte considerativa del acuerdo 042, el Concejo Municipal señaló que el parque sería utilizado por la administración municipal para la realización de eventos cívicos, culturales y sociales sin costo alguno y en fechas que no interfieran con la agenda de la Fundación y que, en el párrafo del artículo 1, se previó, como contraprestación, que el municipio tendría derecho al uso y goce de todas las instalaciones para eventos culturales y sociales por término indefinido, no obstante lo cual en el convenio se pactó que solo los espacios recreativos se utilizarían por el ente territorial de manera gratuita y a menor costo los espacios culturales.

En lo que a estos aspectos concierne, la demandante también presentó argumentos que van más allá de la mera acusación de ilegalidad, puesto que, como en los

anteriores casos, señaló que, por esta causa, se vulneró igualmente el derecho colectivo a la moralidad administrativa, al entender que la finalidad de lo pactado presuntamente en contra de lo previsto en los acuerdos municipales era favorecer el interés particular de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, por encima del interés general.

En ese sentido, manifestó que, además de que las referidas ilegalidades viciaron la validez del convenio de aporte, violaron el derecho colectivo a la moralidad administrativa, ya que, de una parte, se condicionó el reintegro del bien a la voluntad de la Fundación en favorecimiento de sus intereses y no del interés general y, de otra, se le dio prioridad al desarrollo de las actividades particulares por encima del programa de la administración y, por consiguiente, de su gratuidad para los habitantes y para el municipio.

Pues bien, analizado el contenido de la demanda, la Sala observa, sin mayor dificultad, que en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa la parte actora cumplió con el requisito previsto en el literal b) del artículo 18 de la ley 472 de 1998, ya que son claramente identificables el elemento objetivo, el subjetivo y la imputación.

De hecho, como se observa, la demanda se fundó en la identificación de unas presuntas ilegalidades e inconstitucionalidades (elemento objetivo) que, según se argumentó, se habrían cometido en pro del favorecimiento de un interés particular, en este caso, a juicio de la demandante, contrapuesto al interés general (elemento subjetivo e imputación).

En lo que a la carga probatoria concierne, la Procuraduría desplegó una actividad tendiente a acreditar sus acusaciones; sin embargo, el análisis del material probatorio no será abordado en este punto de la providencia, puesto que el motivo de la apelación que se desarrolla en este acápite se limita a verificar si la demanda cumple los presupuestos de una acción popular, específicamente, en lo que atañe a una causa petendi que comprometa la amenaza o vulneración de los derechos colectivos que la Procuraduría invocó como vulnerados y si, en ese marco, se respetaron el debido proceso de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y el principio de congruencia, mas no si las pretensiones deben o no prosperar, punto éste que sí comporta el estudio del material probatorio obrante en el plenario, pues la decisión dependerá de lo que se encuentre acreditado en el proceso.

c) Derecho colectivo a la defensa del patrimonio público

El concepto de derecho colectivo a la defensa del patrimonio público ha sido abarcado por esta Corporación desde la finalidad que persigue y los bienes que protege. Así, se ha indicado que este derecho busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y la administración de los recursos públicos, sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado.

En ese sentido, la Corporación ha señalado que, si se afecta el patrimonio público en razón de que la administración o el particular que administra recursos públicos los maneja indebidamente, ya sea porque lo haga en forma negligente o ineficiente o porque los destine a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, es posible buscar su protección por vía de la acción popular⁶⁹.

Respecto del objeto sobre el cual recae el derecho colectivo en cuestión, esto es, el patrimonio público, la Corporación ha señalado que ese concepto comprende, a los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables, a aquellos que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 Constitución Política.) y también a la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva⁷⁰.

En consecuencia, debe concluirse que, si los bienes que componen el patrimonio público se ven afectados negativamente por su manejo indebido, el derecho colectivo a su defensa se entiende conculcado y, por ello, su protección puede proceder por medio de la acción popular.

La Corporación ha reconocido también que la moralidad administrativa y el patrimonio público se encuentran íntimamente relacionados⁷¹, en tanto que el correcto y adecuado manejo de los bienes y dineros públicos, que comporta la eficiencia y transparencia en su manejo y administración, constituye una expresión

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del AP – 163 de 2001.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 20 de abril de 2001, exp. 2000-0121 (AP).

de la moral administrativa y, a la vez, una de las finalidades que se buscan asegurar a través del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha expresado que la afectación del patrimonio público puede implicar la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, ya que, generalmente, supone la falta de honestidad y pulcritud en el manejo de los recursos públicos⁷²; sin embargo, ha advertido también que no siempre la vulneración del derecho a la defensa del patrimonio público comporta la vulneración de la moralidad administrativa⁷³.

Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: "la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva"⁷⁴.

Ahora bien, en lo que a este derecho colectivo concierne, la Sala encuentra que la demanda también comporta una causa petendi que lo compromete, toda vez que la Procuraduría entendió y, así lo plasmó en el libelo, que las alegadas ilegalidades e inconstitucionalidades a las que se aludió en el acápite anterior, así como las razones que la habrían motivado, no solo vulneraron la moralidad administrativa, sino también el patrimonio público.

En efecto, en la demanda se señaló, entre otras cosas, que con la expedición de los actos administrativos y del convenio de aporte demandados el municipio, de manera arbitraria, sin autorización, en contravención de un mandato constitucional y en detrimento del patrimonio estatal, donó a un particular un inmueble de 23 hectáreas que habría podido servir para atender necesidades de la comunidad.

Agregó que el beneficio económico por el uso y goce del bien (venta de boletería) sólo se reporta a favor de la Fundación donataria, en tanto que en el convenio no

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2006, exp. AP 857 -01.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de febrero de 2006, exp. 2004-00026-01 (AP).

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2008, exp. 2005-01423-01 (AP).

se pactó remuneración económica alguna a favor del municipio, por lo cual, a su juicio, “se vislumbra que el acuerdo de voluntades era donarle un bien inmueble a una fundación para que esta lo usara y explotara económicamente a su arbitrio (sic) señalando tan sólo una pírrica contraprestación esporádica a favor de la donante de simple uso y utilización de los espacios del parque, que no conlleva a ninguna prestación de orden económico que le permita al Municipio (sic) de cierta manera recuperar la mengua sufrida en el erario público al entregar un bien de tanpreciado valor económico, todo ello en detrimento del patrimonio público”⁷⁵.

Con base en los argumentos expuestos en la demanda respecto de la transferencia del bien, consideró el actor que los recursos públicos que fueron destinados para la construcción de la obra también debían ser revertidos al municipio.

Así las cosas, concluye la Sala que, por consiguiente, no se vulneró el derecho de defensa de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, puesto que, como acaba de verse, el libelo no tiene la estructura de una demanda ordinaria de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho o contractual, ya que, además de identificar unas presuntas inconstitucionalidades e ilegalidades, indicó de manera expresa las razones por las que se considera vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa y su conexión con tales reproches de legalidad, así como la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, lo que, además de permitir que el asunto se resuelva a través de la acción popular, pone de presente que frente a tales imputaciones la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y, a la vez, permite concluir que tampoco por estos aspectos en la sentencia de primera instancia se conculcó el principio de congruencia.

d) Derecho colectivo al goce del espacio público

El Consejo de Estado ha señalado que el derecho al goce del espacio público reviste carácter colectivo, no sólo por su enunciación como tal en el artículo 4 de la ley 472 de 1998, en tanto derecho susceptible de protegerse por vía de acción popular, sino también por sus características esenciales, pues “cualquier persona perteneciente

a un grupo o una comunidad puede acudir ante los jueces para exigir su defensa, con lo cual logra simultáneamente proteger su propio interés”⁷⁶.

Para identificar el núcleo de este derecho colectivo, la Corporación ha acudido⁷⁷, principalmente, a la definición de espacio público que el legislador consignó en el artículo 5 de la ley 9 de 1989, al entenderlo como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, (sic) individuales de los habitantes”.

Sobre la base de la anterior definición, en el inciso segundo de la misma norma se señaló que: “constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general , por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo”.

Ahora bien, ya se dijo que, en el marco de las competencias otorgadas por la ley al juez de la acción popular, éste puede flexibilizar la aplicación del principio de congruencia, entre otros aspectos, respecto de los derechos colectivos vulnerados,

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de octubre de 2000 (exp. AP-082): “Esta Corporación ha considerado que los derechos colectivos pueden identificarse con base en las características mencionadas, pues su naturaleza difusa y la dificultad que implica enmarcarlos en un ámbito subjetivo o particular no implican que no pueda solicitarse su protección ante las autoridades judiciales, por una persona individualmente considerada.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2005, exp. 2003-01755-01 (AP).

en tanto que le está permitido amparar, incluso, aquellos que no hubieren sido expresamente invocados por la parte demandante, siempre que tengan relación con la causa petendi, pues, como también se expresó, se debe garantizar el respeto al debido proceso de la contraparte.

La parte recurrente arguyó que, a su juicio, la demanda carecía de una causa petendi que comprometiera la vulneración o amenaza de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público invocados por la parte actora y que, aún en esas condiciones, en la sentencia recurrida no sólo se declaró probada la vulneración de esos derechos, sino también la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público y del principio de la buena fe, lo que, a su juicio, habría vulnerado su derecho de defensa y el principio de congruencia.

Como quedó plasmado en el acápite que antecede, la demanda sí contiene una causa petendi que compromete los derechos colectivos invocados por la parte actora; de hecho, sobre la base de dicha causa el Tribunal encontró vulnerado el derecho colectivo al goce del espacio público, pues lo hizo con base en el cambio de destinación del bien de uso público a bien fiscal y su transferencia a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, al considerar que con tales actuaciones se permitió que una entidad privada restringiera el acceso al inmueble y se lucrara con su explotación, supuestos que fueron alegados en la demanda.

En esas condiciones, se concluye que, si bien el a quo aplicó con menor rigor el principio de congruencia al declarar la vulneración de un derecho colectivo que no había sido invocado en la demanda, respetó el derecho de defensa de la contraparte, puesto que -se itera- la causa en la que sustentó la vulneración fue presentada en la demanda.

e) El principio de buena fe

En relación con este principio, la parte actora señaló, entre otros aspectos, que el Tribunal declaró la vulneración de un derecho colectivo que no existe, por no tener entidad propia, por lo cual consideró que no era posible declarar su transgresión.

Es importante mencionar que si bien en la parte resolutive de la sentencia se resolvió “AMPARAR los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la protección del patrimonio público, el goce del espacio público, **la buena fe**

administrativa...⁷⁸, lo cierto es que, al revisar la parte considerativa pertinente de la providencia, se observa con toda claridad que el Tribunal no calificó como derecho colectivo al principio de la buena fe administrativa, sino que consideró que, al haberse vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, también se vulneró el principio de la buena fe y, por eso, así lo declaró.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el contenido de la ley 472 de 1998, especialmente de los artículos 1, 2, 4 y 9, las acciones populares son procedentes para procurar la protección de los derechos e intereses colectivos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia que estén amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares⁷⁹, lo que supone su improcedencia para realizar análisis que no comprometan tales derechos colectivos.

En el caso concreto, lo que se observa es que, a pesar de la imprecisión de la sentencia en la parte resolutive, la considerativa permite establecer, sin hesitación alguna, que el Tribunal no le otorgó la categoría de derecho colectivo al principio de buena fe, pues, como ya se anticipó, el análisis lo comprendió dentro del “alcance de la moralidad administrativa”, en el sentido de señalar, siguiendo la jurisprudencia de Consejo de Estado, que “la moralidad administrativa va unida al principio de la buena fe, que debe orientar la actuación de los servidores públicos de acuerdo con las consideraciones de la Carta Magna”⁸⁰, de donde surge también que el estudio no escapó de aquél que procede en el marco de la acción popular.

En ese contexto, a pesar de la imprecisión contenida en la parte resolutive de la sentencia, el contenido mismo de la providencia impone concluir que el análisis que sobre el principio de la buena fe se realizó debe entenderse comprendido dentro del examen del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

En esas condiciones, tampoco por esta razón la Sala encuentra vulnerado el derecho de defensa de la parte impugnante ni el principio de congruencia, puesto

⁷⁸ Folio 2366 del cuaderno principal.

⁷⁹ Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 12 de octubre de 2000 (exp. Ap-082) y del 24 de junio de 2011 (exp. 2010-00376-01 (AP)).

⁸⁰ Folio 2358 del cuaderno principal.

que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, en el que se enmarca el estudio del principio de la buena fe, fue invocado expresamente en la demanda.

3.1.2. Vulneración del debido proceso por valoración de una prueba documental inexistente

Alegó la parte recurrente que el Tribunal Administrativo del Cesar vulneró su derecho al debido proceso, porque para fundamentar la declaración de violación de los derechos colectivos valoró una “prueba inexistente”, consistente en un supuesto concepto emitido por el Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Valledupar, documento que, además de que se aportó en copia simple, no tiene la firma ni una radicación que dé cuenta de su carácter oficial.

Expresó que las irregularidades encontradas por el Tribunal en relación con la transmisión del dominio del predio y con la entrega de unos dineros se sustentaron en aquel documento, a pesar de que no podía ser valorado.

Revisada la sentencia, se encuentra que, efectivamente, el Tribunal valoró el documento obrante a folios 41 a 43 del cuaderno 1 que, según su referencia, contiene un “Concepto jurídico emitido sobre un contrato contenido en la Escritura Pública (sic) número 18 del seis (6) de enero del (sic) 2000, otorgada por (sic) la Notaría Primera de este Círculo, celebrado entre el Municipio (sic) de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata” y, con base en él, dio por probada la existencia del tal concepto⁸¹, así como la transferencia de unas sumas de dinero del municipio de Valledupar a la Fundación de la Leyenda Vallenata⁸².

Evidencia también la Sala que dicho documento, como lo señaló la parte recurrente, carece de firma y no tiene constancia acerca de su autoría, lo que impide tener certeza respecto de quién lo emitió, lo cual implica que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil, carece de valor probatorio y, por ello, no podía ser considerado por el *a quo* para resolver el proceso.

Se agrega a lo anterior que, según los dictados del artículo 269 del mismo código “Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes”,

⁸¹ Folio 46 de sentencia de la primera instancia.

⁸² Folios 58 y 59 de la sentencia de primera instancia.

supuestos que no se presentaron en el caso concreto, por lo cual el contenido de dicho documento no podía ser apreciado por el Tribunal Administrativo del Cesar.

En consecuencia, en este punto se halla la razón a la parte impugnante; sin embargo, dado que no es la única prueba que obra en el proceso, ello no implica *per se* que se deba revocar la sentencia de primera instancia, sino que, al realizar el análisis de la apelación, se excluya el referido documento del análisis probatorio y, en consecuencia, sin él se realice el estudio de la presunta vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público y al goce del espacio público.

3.1.3. Vulneración del debido proceso por falta de motivación de la sentencia, carencia de valoración probatoria y desatención de los argumentos de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata

Considera también la parte actora que se violó el debido proceso porque el Tribunal Administrativo del Cesar, a pesar de declarar la vulneración de unos derechos colectivos, no expresó la razón de su decisión. Igualmente, consideró que la sentencia carece de valoración probatoria, toda vez que en su texto no se hizo ninguna, tanto que en la estructura de la sentencia no existe acápite que se refiera a las pruebas valoradas y en el análisis de los problemas jurídicos analizados se hizo alusión a distintas actuaciones públicas, sin el sustento probatorio correspondiente. Asimismo, alegó que el derecho de defensa se vulneró por haber desatendido el Tribunal los argumentos presentados por la Fundación, en tanto que en la parte considerativa de la providencia no se hizo referencia a ellos.

Frente a estos tres argumentos, aunque la Sala observa que la sentencia no ofrece la claridad que debiera, lo cierto es que su lectura integral sí permite establecer el fundamento de las determinaciones que se adoptaron en primera instancia, a tal punto que en el recurso de apelación la parte actora los discute en su totalidad.

En efecto, en la sentencia es posible determinar que la razón por la que se consideraron vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público fue porque, a juicio del Tribunal, sí existió vulneración del artículo 355 constitucional, de una lado, por considerar que el negocio jurídico no podía realizarse al amparo de su inciso segundo y, de otro,

porque – dijo - no existió contraprestación a favor del municipio por el aporte del bien.

De hecho, en la sentencia se expresó que se incumplieron los requisitos del referido artículo, porque en el plan de desarrollo no se previó la construcción del parque y, además, porque el convenio contrarió las disposiciones de los acuerdos 042 y 010 sobre la contraprestación que recibiría el municipio por el aporte del bien, argumentos que fueron debatidos por la Fundación en el recurso de apelación, con fundamento, entre otras cosas, en que el plan de desarrollo contempló la propulsión y el fomento de la cultura vallenata y en que sí existió contraprestación dada en razón de la construcción de las obras y su uso a favor del municipio.

Además, según la providencia, la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público se configuró porque el municipio transfirió a la Fundación los dineros que recibió del Fondo Nacional de regalías para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, a pesar de que el municipio debía ser el ejecutor del proyecto.

En cuanto a este aspecto, la parte recurrente dijo que no era posible debatir las declaraciones del Tribunal porque se habían basado en una prueba inexistente, sin embargo, como ya se dijo, la exclusión de la prueba documental valorada no implica necesariamente que la sentencia deba ser revocada, sino que la decisión se revise con base en las demás pruebas que obran válidamente en el proceso.

En lo que atañe a la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público, de la sentencia es posible extraer que se consideró vulnerado por efecto del cambio de destinación del bien de uso público a bien fiscal y su transferencia a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, al considerar que con tales actuaciones se permitió que una entidad privada restringiera el acceso al inmueble y se lucrara con su explotación.

Los argumentos relacionados con este aspecto también fueron debatidos por la Fundación en el recurso de apelación. En relación con el cambio de destinación del bien, pidió que se retomaran los argumentos expresados en la contestación de la demanda y, además, reiteró que su uso, aunque privado, según el convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, está destinado a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden el interés individual.

Ahora, se reitera, la valoración de una prueba que no podía considerarse o la falta de evaluación de otros medios demostrativos obrantes en el proceso no implica, per se, que la sentencia deba revocarse, sino que se revisen las decisiones adoptadas en ella con base en los medios demostrativos que sí pueden ser apreciados, pues en eso consiste, justamente, la finalidad de la apelación, mecanismo ordinario para corregir los defectos en los que pudo haber incurrido la sentencia de primera instancia, para ajustarla a derecho y lo mismo se predica en relación con la aparente desatención del Tribunal frente a los argumentos presentados en su momento por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

Lo anterior es así, además, porque la existencia o no de la vulneración de los derechos colectivos amparados por la sentencia de primera instancia, aspecto central de la apelación, comporta necesariamente el examen del material probatorio que obra en el expediente de cara a los argumentos presentados por cada una de las partes, para determinar a cuál de ellas le asiste razón.

En consecuencia, las valoraciones probatorias que la parte recurrente echa de menos, así como el análisis de sus argumentos serán temas que se aborden en el estudio del siguiente cargo de la apelación, esto es, el que tiene que ver con la existencia o no de vulneración alguna de los derechos colectivos amparados en la sentencia de primera instancia.

3.2. El análisis sobre la vulneración o no de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y al goce del espacio público

La parte apelante consideró que no existió vulneración a los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretendió amparar a través de la sentencia de primera instancia y presentó las razones de su afirmación frente a cada uno de ellos.

Para efectos de resolver sobre este punto de la impugnación, la Sala procederá a realizar el recuento de los hechos que se probaron en el proceso y, a partir de lo que se encuentre acreditado, realizará el análisis en el caso concreto de cada uno de los derechos colectivos que el Tribunal consideró vulnerados con la expedición de los actos administrativos demandados y la celebración del convenio de aporte

celebrado entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

3.2.1. Lo probado en el proceso

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso y que pueden ser valoradas, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

a) En relación con la adquisición del bien denominado “La Esperanza” por parte del municipio de Valledupar

Consta que, mediante acuerdo 025 del 31 de mayo de 1993⁸³, el Concejo Municipal de Valledupar declaró “de utilidad pública y de interés social” la adquisición del predio “La Esperanza”, situado en el sector de Hurtado de ese municipio, con un área aproximada de 28 hectáreas, con el propósito de destinarlo a la ampliación del Parque Lineal Hurtado y se autorizó al alcalde municipal para que, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley 9 de 1989, adquiriera ese bien inmueble.

Según la exposición de motivos que antecedió al acuerdo⁸⁴, el objeto de la adquisición del bien en mención era continuar en él las obras del Parque Lineal Hurtado, para convertirlo en un “GRAN COMPLEJO RECREACIONAL, TURISTICO Y DEPORTIVO..., A MÁS DE EPICENTRO DE ACTIVIDADES RECREATIVAS, CULTURALES, FOLCLORICAS (sic) Y DEPORTIVAS, UN VERDADERO PULMON DE LA CIUDAD”.

El 25 de febrero de 1994, mediante resolución 000385⁸⁵, se ordenó la expropiación del predio “La Esperanza” y, según anotación 12 en el certificado de tradición⁸⁶, mediante sentencia del 24 de octubre de 1994, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Valledupar, se decretó la expropiación del bien a favor del municipio.

⁸³ Folios 852 y 853 del cuaderno 5.

⁸⁴ Folios 845 y 846 del cuaderno 5.

⁸⁵ Folios 1343 y 1344 del cuaderno 7.

⁸⁶ Folio 822 del cuaderno 5.

b) En relación con la transferencia de la propiedad del bien “La Esperanza” a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata

Obra en el expediente concepto emitido el 31 de julio de 1998 por el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento Nacional de Planeación, a solicitud de la Presidenta de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, que le indagó sobre la posibilidad de transferir un bien del municipio de Valledupar a esa Fundación para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, según el cual, a juicio de esa oficina, “a pesar de constituir una transferencia gratuita de la propiedad de un bien del municipio, esta operación no viola el artículo 355 de la Constitución Política (sic) pues con ello se busca garantizar el derecho al acceso a la cultura de los colombianos y la misma se enmarca dentro de los estímulos e incentivos a instituciones que fomenten y ejerzan actividades culturales dentro de programas acordes con el plan de desarrollo, objetivos que cuentan con un fundamento constitucional expreso ...”⁸⁷.

El 10 de agosto de 1998, el Concejo Municipal de Valledupar expidió el acuerdo 042⁸⁸, por medio del cual dispuso (se transcribe como obra en el documento):

“ARTICULO PRIMERO: Conceder al Alcalde Municipal de Valledupar facultades para suscribir un convenio de aporte con la FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA, para la construcción del **Parque de la Leyenda Vallenata**.

“ARTICULO SEGUNDO: Estas facultades tienen el alcance permitido por la Constitución y la Ley y otorgan la autonomía para la valoración de bienes intangibles que se consideren necesarios para su implementación.

“ARTICULO TERCERO: Establézcase en el convenio de aporte que en caso de darle al bien un uso diferente al pactado se revertirá la propiedad nuevamente al Municipio.

“ARTICULO CUARTO: La vigencia de estas facultades serán de tres (3) meses contados a partir de la fecha de sanción y publicación”.

⁸⁷ Folios 122 a 126 del cuaderno 2.

⁸⁸ Folios 12 a 18 del cuaderno 1, 105 a 110 del cuaderno 2, 706 a 710, 729 A 733 del cuaderno 4, 853 a 859 del cuaderno 5 y 1303 a 1305 del cuaderno 7.

En la exposición de motivos⁸⁹ que antecedió al acuerdo 042 del 10 de agosto de 1998, que se acaba de transcribir, se expresaron los fines que se perseguían con la celebración del convenio de aporte que el Concejo Municipal de Valledupar autorizó suscribir con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, determinadas por: i) la necesidad de trasladar el festival a “un escenario idóneo que correspondiera a sus características de espectáculo cultural movilizador de masas en la ciudad y turismo”⁹⁰, ii) la necesidad de recuperar la Plaza Alfonso López, donde se venía desarrollando el festival, que por “su connotación histórica y físico urbana es el espacio público que mayor repercusión ha tenido a través del tiempo en el desarrollo de la comunidad vallenata”⁹¹; además, se destacaron las ventajas del proyecto relacionadas con: i) la generación de empleo y ii) la consolidación de una zona de influencia con tendencia turística y recreativa.

Adicional a lo anterior, en la parte considerativa del acuerdo, el Concejo Municipal señaló que el parque se convertiría en el eje dinamizador de las actividades recreativas, ecológicas y educativas del entorno donde estaría ubicado y que mejoraría sustancialmente dicho entorno, a lo cual agregó que “Este escenario sería utilizado por la Administración Municipal para la realización de eventos de tipo cívico, cultural y social que sean de interés de la misma sin costo alguno y en las fechas que no interfieran con la agenda oficial de la Fundación”⁹².

El 6 de noviembre de 1998, el alcalde municipal de Valledupar, amparado por el acuerdo 042 de 1998, celebró con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata un “CONVENIO DE APORTE DE UN LOTE DE TERRENO” de 16 hectáreas “ubicadas en el Parque Lineal Hurtado de la ciudad de Valledupar y que corresponde a una segregación del área de sesión que recibió el Municipio de Valledupar, en el proceso de expropiación seguido por el Municipio de Valledupar en contra de Inversiones Santa Rosalía”, convenio en que la Fundación se obligó a construir el Parque de la Leyenda Vallenata en el término de 10 años, se pactó el uso gratuito de todos los espacios de éste por parte del municipio y se estipuló que, en caso de desistimiento del interés de desarrollar la obra, el convenio se resolvería⁹³.

⁸⁹ Folios 116 a 118 del cuaderno 2 y 860 a 866 del cuaderno 5.

⁹⁰ Folio 116 del cuaderno 2.

⁹¹ Ídem.

⁹² Folio 107 del cuaderno 2.

⁹³ Folios 2 a 4 del cuaderno 1, 726 a 728 del cuaderno 4, 782 a 790 del cuaderno 5 y 1288 a 1290 del cuaderno 7.

El 6 de enero de 2000, las partes elevaron a escritura pública 18 de la Notaría Primera del Círculo de Valledupar un contrato de “dación en pago”, por medio del cual el municipio de Valledupar pretendió transferir el predio “La Esperanza” a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, “para compensar lo recibido en terrenos urbanos”, según un contrato de transacción cuyo contenido, al parecer, se transcribió en el ordinal primero de esa misma escritura pública, pero que no obra en el expediente porque el documento se encuentra incompleto⁹⁴.

El convenio de aporte del 6 de noviembre de 1998 se elevó a escritura pública 632 del 28 de marzo de 2000⁹⁵, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Valledupar, en la que se agregó a lo pactado en ese convenio que la Fundación se obligaría a devolver el bien si en el término de 10 años le daba una destinación diferente a la pactada en dicho convenio; además, por medio de esta misma escritura pública se dejó sin efectos la escritura pública 18 del 6 de enero de 2000, pero ninguna de las dos fue registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Posteriormente, el 3 de abril de 2000, a través del acuerdo 007⁹⁶, el Concejo Municipal de Valledupar cambió “el destino de uso público a bien fiscal del predio ‘La Esperanza’”. Se señaló que el cambio se hacía en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 6 de la ley 9 de 1989.

En la parte considerativa del acuerdo 007 acabado de citar se relató que la adquisición del inmueble por parte del municipio se declaró de utilidad pública e interés social mediante acuerdo 025 del 31 de mayo de 1993, con la finalidad de destinarlo a la ampliación del Parque Lineal Hurtado; igualmente, se dijo que mediante sentencia del 24 de octubre de 1996 se decretó la expropiación del bien y que la administración municipal estaba interesada en que la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata construyera en él el Parque de la Leyenda Vallenata, para lo cual necesitaba cambiar la destinación del predio a fin de “conseguir créditos y recursos de financiación que serán asumidos por la Fundación ...”⁹⁷.

⁹⁴ Folios 27 a 31 del cuaderno 1.

⁹⁵ Folios 32 a 35 del cuaderno 1.

⁹⁶ Folios 19 a 22 del cuaderno 1, 148 a 151 del cuaderno 2, 712 a 714, 737 a 739 del cuaderno 4, 892 a 895 del cuaderno 5 y 1300 a 1302 del cuaderno 7.

⁹⁷ Folio 22 del cuaderno 1.

En la exposición de motivos del proyecto que antecedió a este acuerdo, además de lo que quedó expresado en su parte considerativa, se indicó que la Fundación requería contraer préstamos y garantizarlos con hipoteca, para lo cual el bien era apropiado y se señaló que ésta era la única razón que hacía necesario cambiar su destinación, pues, según se dijo allí mismo, el bien seguiría siendo de “uso público”, con acceso a todas las personas en los diferentes eventos públicos que se organicen⁹⁸.

La ponencia del proyecto se expresó en los mismos términos⁹⁹. En el primer debate¹⁰⁰, señalaron algunos concejales que la obra era conveniente para el municipio, porque incentivaría el turismo en la región y, en el segundo debate¹⁰¹, una concejala cuestionó la interpretación que debía dársele al artículo 6 de la ley 9 de 1989, respecto del canje de los bienes cuya destinación de uso público se pretenda cambiar a bien fiscal, a lo cual el asesor jurídico del municipio contestó lo siguiente (se transcribe como obra en el acta 027 del 3 de abril de 2000):

“... la ley 9 sí le da facultades al Concejo para cambiar la clase de bien de uso público a bien fiscal, la facultad es clara en la Ley 9 (...), hay dos clases de bienes: Uno fiscal y uno de uso público, los de uso público se pueden cambiar a bienes fiscales, para permitir lo que es la transferencia, se trasladan a ser bienes fiscales otra vez, para permitirle el acceso a esas tres acciones; el punto que usted resalta H. Concejala donde dice que sean canjeados por otros de las mismas características, esto es para los barrios o urbanizaciones que ya tienen su área de cesión o de espacio público, se le va a canjear ahí para dárselo en otro sitio, aquí no va a pasar lo mismo, no hay canje no hay cambio, hay va a permanecer el mismo parque lineal Hurtado, con mejores proyecciones y va a ser mantenido por una O.N.G, de tipo privado sin ánimo de lucro”¹⁰².

El 16 de abril de 2000, a través del acuerdo 010¹⁰³, el Concejo Municipal de Valledupar modificó el acuerdo 042 de 1998, en los siguientes términos (se transcribe como obra en el documento):

“ARTICULO PRIMERO: Modifíquese el artículo primero del Acuerdo No. 042 del 10 de agosto de 1998, en el sentido de concederle facultades al

⁹⁸ Folios 148 a 156 del cuaderno 2 y 57 a 60 del cuaderno 5.

⁹⁹ Folios 160 a 162 del cuaderno 2 y 904 a 906 del cuaderno 5.

¹⁰⁰ Folios 169 a 171 del cuaderno 2, 872 a 882 y 907 a 910 del cuaderno 5.

¹⁰¹ Folios 172 a 1802 del cuaderno 2.

¹⁰² Folio 175 del cuaderno 2.

¹⁰³ Folios 23 a 25 del cuaderno 1, 181 a 184 del cuaderno 2, 717, 734 a 736 del cuaderno 4, 921 a 924 del cuaderno 5 y 1306 a 1309 del cuaderno 7.

Señor Alcalde del Municipio de Valledupar para suscribir un contrato o convenio con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata donde el Municipio le transfiere la propiedad dominio del predio la 'Esperanza', ubicado en el sector de Hurtado, jurisdicción del Municipio de Valledupar con un área aproximada de 23 hectáreas (...), para que ésta construya el parque de la Leyenda Vallenata con sus propios recursos y preste sus servicios a la Administración Municipal en fomento de la cultura tales como la historia, las leyendas, los mitos, costumbres y protección del medio ambiente en el sector del parque de la Leyenda Vallenata.

“PARAGRAFO: El Municipio tendrá derecho como contraprestación a este convenio de aporte al uso y goce de todas las instalaciones de la Fundación para eventos culturales y sociales, siempre y cuando se encuadren dentro de su objeto social, por término indefinido.

“ARTICULO SEGUNDO: Modifíquese el artículo cuarto del Acuerdo 042 del 10 de agosto de 1998, en el sentido de prorrogar la vigencia de las facultades otorgadas hasta el 31 de diciembre de 2000”.

En la parte considerativa del acuerdo 10, acabado de citar, se expresa que las facultades que se habían otorgado al alcalde de Valledupar a través del acuerdo 042 de 1998 estaban vencidas, porque el convenio suscrito entre el municipio y la Fundación había presentado varias falencias que hicieron imposible la transferencia del dominio del predio, por lo que era necesario modificar y prorrogar tales facultades por nueve meses más.

En la exposición de motivos que antecedió a ese acuerdo se destacó la importancia del Festival de la Leyenda Vallenata para la región, se reiteró la necesidad de recuperar la Plaza Alfonso López y se habló del mejoramiento de la zona de ubicación del predio, así como de la generación de empleo; además, se indicó que “la actividad que ejerce la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se considera de interés público dado que genera externalidades positivas que beneficiarían a la colectividad en su conjunto, siendo la cultura una inversión social de conformidad con el artículo 70 de la Constitución Nacional (sic), estos proyectos podrían darse a través de transferencias a los particulares. Para evitar cualquier similitud con los auxilios, se establece que dicha transferencia se hará a título oneroso como contraprestación al ejercicio de funciones públicas a cargo del estado (sic), inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Nacional (sic) en concordancia con el Decreto 777 de 1992, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Folio 189 del cuaderno 2.

En el segundo debate al proyecto de acuerdo¹⁰⁵, los concejales discutieron acerca de la necesidad de la contraprestación a favor del municipio, representada en el uso y goce del bien que debía ser de carácter indefinido y, además, definieron que el parque debía ser construido con recursos propios de la Fundación.

Finalmente, el 18 de mayo de 2000, con sustento en el citado acuerdo 10 de ese mismo año el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata suscribieron un “CONVENIO DE APORTE”¹⁰⁶, por medio del cual “EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR a través de su Representante Legal (sic) quien obra según las autorizaciones dadas mediante Acuerdos (sic) 042 del 10 de Agosto (sic) de 1998, 007 del 3 de Abirl (sic), (sic) y 010 del 16 de Abril (sic) de 2000 expedidos por el Honorable Concejo Municipal, transfiere, a título de aporte, a la FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA la propiedad o dominio de un lote de terreno de veintitrés hectáreas (23Has) dentro del predio ‘La Esperanza’...”¹⁰⁷.

Se precisó que el lote hace parte de un área de mayor extensión – 28 hectáreas- que componen la totalidad del predio “La Esperanza” y se indicó que, “una vez transferidas las veintitrés hectáreas (23 Has) de que se habla en este convenio, el Municipio de Valledupar se reserva un área de 5 hectáreas, así como las áreas de cesiones comprendidas dentro de los siguientes linderos (...)”¹⁰⁸.

La Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se comprometió a “desarrollar en el predio transferido y recibido como aporte, el Parque de la Leyenda Vallenata, que constará de los siguientes espacios culturales, recreativos y administrativos: Avenida del Río, Camino de los Cañahuates, Puerta de la Tradición, Plaza de los Chimilas, Teatro Coroniano, Museo del Vallenato, Escuela de Música Talentos Vallenatos, Estudios Fonográficos y Sello Disquero Chipuco Producciones, Fábrica y Taller de Acordeones ‘Juglares’, tienda La India Francisca, Coliseo Cacique Upar, Tarima Rafael Escalona Martínez, Bosque del Amor Amor, Cuevas del Zatzare, Chozas de los Tupes, Laguna Sicarare, Isla del Milagro, Capilla de la Virgen, Puente Antoñuelo, parqueaderos vehiculares, la sede administrativa de la FUNDACIÓN FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA y otros escenarios más ...”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Folios 192 a 205 del cuaderno 2 y 942 a 955 del cuaderno 5.

¹⁰⁶ Folios 7 a 10 del cuaderno 1.

¹⁰⁷ Folios 7 y 8 del cuaderno 1.

¹⁰⁸ Folio 8 del cuaderno 1.

¹⁰⁹ Folios 8 y 9 del cuaderno 1.

Se pactó que “El Municipio de Valledupar, a su vez, y mediante solicitud previa formulada por el despacho del Alcalde a la Fundación, podrá utilizar sin costo alguno los espacios recreativos y a menor costo de lo que esté estipulado los espacios culturales que construya LA FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA en desarrollo del parque del mismo nombre, para la realización de eventos exclusivos del Municipio de tipo cívico, cultural y educativo que sean del interés del mismo y en las fechas que no interfieran con la agenda de la FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA”¹¹⁰.

Asimismo, las partes acordaron que, “En caso de que la FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA desista del interés de desarrollar la obra enunciada, el Municipio solicitará la inmediata devolución del aporte transferido y entregado, (sic) en consecuencia, se resolverá el Convenio (sic) aquí plasmado (sic) LA FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA tendrá un tiempo de diez (10) años contados a partir de la en que reciba física y materialmente el lote, para la construcción del Proyecto (sic) denominado PARQUE DE LA LEYENDA VALLENATA”¹¹¹; y, además, se dijo que “la FUNDACION DE LA LEYENDA VALLENATA se compromete a prestar sus servicios didácticos y pedagógicos al Municipio de Valledupar en el fomento de la cultura regional tales como la historia, la leyenda los mitos, costumbres y protección del medio ambiente en el Parque de la Leyenda Vallenata”¹¹².

El convenio se elevó a escritura pública 1134 del 18 de mayo de 2000¹¹³ y, por este mismo medio, se revocó la escritura pública 632 del 28 de marzo de 2000. En la primera de tales escrituras se agregó al convenio que “el predio lo transfiere y entrega el MUNICIPIO DE VALLEDUPAR como aporte y la FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA acepta la transferencia de la propiedad y lo recibe a título de Aporte (sic), y se compromete, además, a devolver el lote de terreno transferido en aporte, si en el lapso de diez (10) años no le ha dado la destinación establecida en el convenio”¹¹⁴.

¹¹⁰ Folio 9 del cuaderno 1.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Folio 10 del cuaderno 1.

¹¹³ Folios 36 a 40 del cuaderno 1, 695 a 697 del cuaderno 4, 793 a 819 del cuaderno 5 y 1338 a 1342 del cuaderno 7.

¹¹⁴ Reverso folio 38 del cuaderno 1.

De acuerdo con el certificado de tradición del bien, la escritura pública 1134 se registró en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar el 26 de septiembre de 2000¹¹⁵.

c) En relación con la transferencia de recursos públicos del municipio de Valledupar a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata

Consta en el proceso que, el 26 de junio de 2001, el municipio de Valledupar presentó ante la Comisión Nacional de Regalías una solicitud de recursos de inversión para el proyecto “Construcción del Parque de la Leyenda Vallenata (sic) para la realización de eventos culturales e impulso de las expresiones folclóricas de la región Caribe, en la ciudad de Valledupar”, “Primera Etapa construcción del Coliseo Cacique Upar”.

Señaló el municipio en la solicitud que el proyecto estaba incluido en el plan de desarrollo regional, que su costo total ascendía a \$7.874'000.000, de los cuales solicitó a la Comisión Nacional de Regalías \$7.500'000.000 e indicó que el valor restante (\$374'000.000) lo aportaría el municipio. Igualmente, manifestó que el ejecutor del proyecto sería este último¹¹⁶.

El 29 de junio de 2001, mediante acta 38¹¹⁷, la Comisión Nacional de Regalías aprobó, entre otros, el proyecto para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata y designó como ente ejecutor al municipio de Valledupar.

El 30 de julio de ese mismo año, la Comisión Nacional de Regalías expidió la resolución 1-008, por medio de la cual resolvió asignar y transferir recursos, entre otros, para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, por valor de \$4.560'000.000¹¹⁸.

El 24 de agosto de 2001, el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata celebraron un “CONVENIO DE APORTE”¹¹⁹, en cuya parte considerativa, se indicó, entre otras cosas: i) que el negocio jurídico se celebraba en desarrollo del inciso segundo del artículo 355 constitucional, ii) que la Comisión

¹¹⁵ Folios 691 y 692 del cuaderno 4 y 821 a 823 del cuaderno 5.

¹¹⁶ Folio 2077 del cuaderno 9.

¹¹⁷ Folios 2093 a 2105 del cuaderno 9.

¹¹⁸ Folios 2126 a 2128 del cuaderno 9.

¹¹⁹ Folios 1310 a 1316 del cuaderno 7.

Nacional de Regalías aprobó la asignación de recursos para financiar el proyecto Parque de la Leyenda Vallenata, en la ciudad de Valledupar, primera etapa: construcción del coliseo Cacique Upar, iii) que, de acuerdo con la resolución 1-0008 de la Comisión Nacional de Regalías, los recursos para el diseño, la construcción y la dotación del proyecto debían ser asignados a través de la entidad territorial, la cual debía incorporarlos a su presupuesto y desembolsarlos una vez adjudicados los contratos de ejecución y iv) que era la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata la que venía ejecutando el proyecto.

El objeto del convenio se pactó en los siguientes términos (se transcribe como obra en él):

“PRIMERA. OBJETO: Por el presente contrato **EL MUNICIPIO** aportará económicamente a la **FUNDACIÓN FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA** los recursos económicos indicados en la cláusula tercera del presente contrato para la realización del proyecto denominada **construcción Parque de la Leyenda Vallenata en la ciudad de Valledupar –Cesar primera etapa: construcción del Coliseo Cacique Upar** cuyos principales objetivos son: diseño, construcción y dotación del Parque de la Leyenda Vallenata”¹²⁰.

El municipio de Valledupar se obligó a (se transcribe tal como obra) “entregar a la **FUNDACION** previa aprobación de las garantías del contrato, el noventa y cinco por ciento (95%) de los recursos asignados por la **COMISION NACIONAL DE REGALIAS** de acuerdo a la asignación y transferencia de la suma mencionada en la resolución No. 1-008 de julio 30 de 2001”¹²¹; asimismo, se obligó a (también se transcribe como obra) “designar un interventor técnico o los que sean necesarios para la supervisión del objeto contractual el cual (los cuales) se cancelarán con el tres por ciento (3%) de los recursos asignados por la **COMISION NACIONAL DE REGALIAS**, es decir el valor total que desembolse la Comisión”¹²². A su vez, la Fundación se obligó, entre otras cosas, a celebrar los contratos necesarios para el desarrollo del proyecto.

En la cláusula décima de este último convenio (el de agosto de 2001) se indicó que el valor del aporte objeto del mismo se encontraba incorporado en el decreto 00083 del 6 de agosto de 2001 del presupuesto de rentas y gastos del municipio de

¹²⁰ Folio 1312 del cuaderno 7.

¹²¹ Folio 1312 del cuaderno 7.

¹²² Ídem.

Valledupar, vigencia fiscal año 2001, bajo el rubro presupuestal capítulo 11, código 030561010114.

El 14 de diciembre de 2001, el municipio de Valledupar y la Comisión Nacional de Regalías suscribieron el “CONVENIO INTERADMINISTRATIVO PARA EL CORRECTO MANEJO DE LOS RECURSOS PARA FINANCIAR PROYECTOS CON DINEROS DEL FONDO NACIONAL DE REGALIAS”¹²³, cuyo objeto se pactó en los siguientes términos:

“CLAUSULA PRIMERA, OBJETO: El presente convenio tiene por objeto hacer entrega del saldo (o la totalidad) de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías asignados para la ejecución del proyecto FNR No. 20241 denominado: CONSTRUCCION DEL PARQUE DE LA LEYENDA VALLENATA EN LA CIUDAD DE VALLEDUPAR por valor de 4.560.000.000 (sic), así como establecer los compromisos y obligaciones que asumen las partes para asegurar su correcto manejo e inversión, de conformidad con las condiciones técnicas y financieras establecidas en el acto aprobatorio”¹²⁴.

El municipio se obligó allí a incorporar en su presupuesto los recursos recibidos, así como (para invertirlos) a cumplir las normas de regalías, de presupuesto y de contratación estatal y lo dispuesto en el acto aprobatorio del proyecto y a no destinar los recursos para fines distintos a los aprobados en el proyecto.

El 21 de diciembre de 2001, mediante acta 44¹²⁵, la Comisión Nacional de Regalías aprobó el proyecto denominado construcción Parque de la Leyenda Vallenata en la ciudad de Valledupar y el 28 de diciembre de 2001, mediante resolución 1-048¹²⁶, asignó y dispuso transferir al proyecto en mención la suma de \$2.262'033.600.

El 10 de abril de 2002, entre la Comisión Nacional de Regalías y el municipio de Valledupar se suscribió un “CONVENIO INTERADMINISTRATIVO PARA EL CORRECTO MANEJO DE LOS RECURSOS PARA FINANCIAR PROYECTOS CON DINEROS DEL FONDO NACIONAL DE REGALIAS”¹²⁷, cuyo objeto se pactó en los mismos términos que en el celebrado el 14 de diciembre de 2001, pero por valor de \$2.262'033.600 y con las mismas obligaciones.

¹²³ Folios 1317 a 1320 del cuaderno 7 y 2146 a 2148 del cuaderno 9.

¹²⁴ Folio 1317 del cuaderno 7.

¹²⁵ Folios 2106 a 2124 del cuaderno 9.

¹²⁶ Folios 2129 a 2143 del cuaderno 9.

¹²⁷ Folios 2148 reverso a 2150 C.9.

El 20 de junio de 2002, entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se celebró un “CONVENIO DE APORTE”¹²⁸ (bajo las mismas consideraciones que el suscrito el 24 de agosto de 2001), cuyo objeto se redactó en los siguientes términos:

“PRIMERA. OBJETO: Por el presente contrato **EL MUNICIPIO** aportará económicamente a la **FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA**, los recursos económicos indicados en la cláusula tercera del presente contrato para la construcción del proyecto denominado **construcción del Parque de la Leyenda Vallenata en la ciudad de Valledupar- Cesar primera etapa: construcción del Coliseo Cacique Upar** cuyos principales objetivos son: diseño, construcción y dotación del Parque de la Leyenda Vallenata”¹²⁹.

La cláusula tercera -“VALOR Y FORMA DE PAGO”- señala que el aporte objeto del contrato corresponde a la suma de \$2.262'033.600.

El municipio se obligó a “entregar a la **FUNDACION** (sic) previa aprobación de las garantías del contrato, el noventa y cinco (95%) de los recursos asignados por la **COMISION NACIONAL DE REGALIAS** (sic) de acuerdo a (sic) la asignación y transferencia de la suma mencionada en la resolución No. 1-048 de diciembre 28 de 2001”¹³⁰; igualmente, se obligó a designar “un interventor Técnico (sic), o los que sean necesarios, para la supervisión del objeto contractual, el cual (los cuales) se cancelarán con el cinco por ciento (5%) de los recursos asignados por la **COMISION NACIONAL DE REGALIAS**, es decir el valor total que desembolse la Comisión, (sic) **EL MUCIPIO** (sic) descontará el cinco por cientos (sic) de dichos recursos para atender esta Interventoría Técnica (sic)”¹³¹.

La Fundación se obligó, entre otras cosas, a celebrar los contratos necesarios para el desarrollo del proyecto “**construcción del Parque de la Leyenda Vallenata en la ciudad de Valledupar –Cesar, segunda etapa**, Construcción (sic) de: Baterías (sic) sanitarias y locales comerciales (sic) gradería preferencial; (sic) Laguna Sicarare y pozos en tubería en acero; (sic) pisos y acabados zonas interiores ...”¹³².

¹²⁸ Folios 1323 a 1330 del cuaderno 7.

¹²⁹ Folio 1325 del cuaderno 7.

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ídem.

¹³² Folio 1326 de cuaderno 7.

El 11 de septiembre de 2006, mediante resolución 1505¹³³, el Departamento Nacional de Planeación liquidó unilateralmente los convenios interadministrativos celebrados entre la Comisión Nacional de Regalías y el municipio de Valledupar y ordenó a este último, como ente ejecutor, restituir \$1.366'157.727,70, más rendimientos financieros, por concepto de recursos no ejecutados.

Según lo certificación emitida el 17 de agosto de 2001¹³⁴ por el Jefe de la Oficina Jurídica del municipio de Valledupar, este último (el municipio) hizo dos aportes a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, con recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías, así: i) \$4.332'000.000, a través del contrato de aporte del 24 de agosto de 2001 y ii) \$2.262'033.600, a través del contrato de aporte del 20 de junio de 2002.

En lo que a estos recursos concierne, es importante destacar que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 332 y 360 constitucionales, en el Estado se radica de manera exclusiva la propiedad de los recursos naturales no renovables y de las contraprestaciones económicas que su explotación y transporte causen, mientras que los derechos que las entidades territoriales tienen sobre las regalías y compensaciones son derechos personales o créditos.

A partir de la naturaleza que se predica de los derechos que tienen las entidades territoriales respecto de las regalías y compensaciones y también respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías (regalías indirectas), la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló que “Como las regalías y compensaciones están reguladas o pactadas en dinero por regla general, la obligación del Estado con los departamentos y municipios productores y los puertos marítimos y fluviales, (sic) es de dar, es decir, ‘de entregar la cosa’¹³⁵, esto es, una suma de dinero, siendo dicha entrega el modo de transferir la propiedad al acreedor, siempre que se cumplan las condiciones acordadas o las ordenadas en la ley; (sic) de manera que entregado el dinero se extingue la obligación para el deudor, el

¹³³ Folios 2184 a 2188 del cuaderno 9.

¹³⁴ Folios 1286 y 1287 del cuaderno 7.

¹³⁵ Cita de original del concepto: Código Civil, Art. 1605. “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.”

Estado en este caso, y acrece el patrimonio del acreedor, las entidades territoriales señaladas, haciéndolo propietario del monto de que se trate”¹³⁶.

Ahora, el acceso a los recursos del Fondo Nacional de Regalías está condicionado a la presentación de proyectos por parte de las entidades territoriales, los cuales, una vez aprobados, deben inscribirse en el Banco de Proyectos de Inversión de que trata el artículo 9 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional¹³⁷ y se definen como proyectos elegibles. Bajo los criterios establecidos en el artículo 5 de la ley 141, se distribuyen los recursos del Fondo Nacional de Regalías entre los proyectos elegibles, entendiéndose que los recursos asignados están “comprometidos al momento de presentar un proyecto elegible a la Comisión”, con el fin de que no sean considerados como “excedentes” utilizables por ella para financiar otros proyectos¹³⁸. Finalmente, en el “acto aprobatorio del respectivo proyecto” deben precisarse sus condiciones financieras y técnicas, porque de su cumplimiento dependen los desembolsos, según el mandato expreso del artículo 6º de la ley 141 de 1994¹³⁹.

Por ello, dada la naturaleza de los derechos que los departamentos y municipios tienen respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, la Sala de Consulta y Servicio Civil concluyó que: “cada entidad territorial es titular del derecho personal o crédito respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, cuando acredita el cumplimiento de esas concretas y específicas condiciones respecto de un proyecto específico, naciendo la correlativa obligación del Estado de desembolsar los recursos que correspondan; entregados éstos, la entidad territorial adquiere la propiedad sobre los dineros”¹⁴⁰.

Así las cosas, comoquiera que el acceso a los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías por parte del municipio de Valledupar se dio en razón de la aprobación del proyecto que éste presentó y, por tanto, del cumplimiento de las condiciones técnicas y financieras necesarias para su desembolso, éstos se reputan de propiedad del municipio.

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2035 del 7 de octubre de 2010.

¹³⁷ Ley 141 de 1994, artículo 3, parágrafo primero y decreto 111 de 1996, artículo 9.

¹³⁸ Ley 141 de 1994, artículo 5 y artículo 3, parágrafo 5.

¹³⁹ Ley 141 de 94, artículo 6. “Condicionalidad de los desembolsos. Los desembolsos de recursos con cargo al Fondo estarán sometidos al cumplimiento de las condiciones financieras y técnicas establecidas en el acto aprobatorio del respectivo proyecto”.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2035 del 7 de octubre de 2010.

iv) En relación con otros recursos públicos invertidos en la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata

De acuerdo con la información que obra en el proceso, el 17 de diciembre de 2004 se celebró un “CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE GERENCIA (sic) INTERGAL DE PROYECTOS NO. (sic) ENTRE EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO –FONADE, (sic) EL MINISTERIO DE CULTURA (sic) PARA LA CONSTRUCCIÓN, DOTACIÓN O IMPLEMENTACIÓN DE CENTROS CULTURALES A NIVEL TERRITORIAL”¹⁴¹, número 194073.

El objeto del convenio interadministrativo se pactó en los siguientes términos:

“CLAUSULA PRIMERA.- OBJETO DEL CONVENIO: Mediante el presente convenio las partes se comprometen a aunar esfuerzos y recursos para realizar la construcción, dotación e implementación de centros culturales a nivel territorial”¹⁴².

En la cláusula segunda del convenio las partes acordaron que FONADE ejecutaría el proyecto mediante la gerencia integral para desarrollar, entre otros, el proyecto del Parque de la Leyenda Vallenata en la ciudad de Valledupar.

El Ministerio de Cultura se obligó, entre otras cosas, a aportar los recursos financieros necesarios para el desarrollo del referido proyecto.

A partir de las actas de liquidación y de algunas constancias emitidas por la coordinadora de liquidación de FONADE, respecto de los contratos celebrados por este Fondo para la ejecución del convenio interadministrativo 194073 en relación con el Parque de la Leyenda Vallenata, se constata que, en desarrollo de ese convenio y con recursos del Ministerio de Cultura se realizaron las siguientes inversiones en el citado proyecto (se mencionan inicialmente las fuentes que indican la realización de la inversiones):

- Acta de liquidación del 1 de agosto de 2001 del contrato 2060765, celebrado el 21 de marzo de 2006 entre FONADE y la Unión Temporal Unidad: construcción de las oficinas de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata y sala de prensa del coliseo Cacique Upar, por valor total de \$1.044'769.470, de los cuales no se

¹⁴¹ Folios 2192 a 2197 del cuaderno 1.

¹⁴² Folio 2193 del cuaderno 9.

ejecutaron \$3'544.348,18 que, los cuales, por tanto, se debían reintegrar al convenio interadministrativo 194073¹⁴³.

- Constancia del 6 de mayo de 2009, según la cual el 22 de marzo de 2006 el FONADE celebró con el Consorcio In el contrato 2060769, para “realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera y contable de la construcción de las oficinas de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, Valledupar-Cesar”, por valor total de \$58'855.900¹⁴⁴.

- Acta de liquidación del 21 de agosto de 2007 del contrato 20070100, celebrado entre FONADE y el Consorcio HS Construcciones del 25 de enero de 2007: “Ejecución de obras complementarias de las oficinas y salas de prensa para la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en Valledupar – Cesar”, por valor total de \$272'246.361,98¹⁴⁵.

- Acta de liquidación del 29 de agosto de 2009 del contrato 20070083, celebrado el 23 de enero de 2007 entre FONADE y Rafael Eduardo Zamora Melo: “Realizar la interventoría técnica, administrativa y financiera para la ejecución de las obras complementarias de las oficinas y salas de prensa para la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en Valledupar – Cesar”, por valor de \$16'990.723¹⁴⁶.

- Acta de liquidación del 21 de mayo de 2008 del contrato 2051299, celebrado el 10 de mayo de 2005 entre FONADE y Santander Beleño Pérez: “El contratista se compromete a prestar sus servicios profesionales para desarrollar el proyecto arquitectónico de los siguientes sitios definidos por el Ministerio de Cultura del Plan Maestro (sic) del Parque de la Leyenda Vallenata Consuelo Araujo Noguera, en la ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar, así: Portal de la tradición, sendero paseo de los cañahuates, plaza de los chimilas, zona de parqueaderos, oficinas de la Fundación y salas de prensa, senderos parqueaderos- coliseo y parqueaderos, así como unos estudios sobre cálculos y diseño de la propuesta y riesgo de y manejo de régimen de aguas, a base de pozos de alivio (existentes), del coliseo y parque de la Leyenda Vallenata y un levantamiento topográfico”, por valor total de \$55'993.239¹⁴⁷.

¹⁴³ Folios 2240 a 2242 del cuaderno 10.

¹⁴⁴ Folios 2233 a 2234 del cuaderno 10.

¹⁴⁵ Folios 2221 a 2223 del cuaderno 10.

¹⁴⁶ Folios 2218 a 2220 del cuaderno 10.

¹⁴⁷ Folios 2230 a 2234 del cuaderno 10.

- Acta de liquidación del 9 de julio de 2008 del contrato 2050333, celebrado el 23 de febrero de 2005 entre FONADE y Gerardo Orozco Daza: “Realizar la interventoría técnica, administrativa y contable para la terminación de los acabados de camerinos y locales comerciales en el parque de la leyenda vallenata Consuelo Araujo Noguera en la ciudad de Valledupar – Cesar”, por valor de \$16'000.000¹⁴⁸.

- Acta de liquidación del 9 de octubre de 2008 del contrato 2050501, celebrado el 9 de marzo de 2005 entre FONADE y el Consorcio Tegnocivil: “Realizar la terminación de los acabados de camerinos y locales comerciales en el parque de la leyenda vallenata Consuelo Araujo Noguera en la ciudad de Valledupar – Cesar”, por valor total de \$488'022.971,37¹⁴⁹.

- Constancia del 30 de julio de 2007, la cual informa que el 3 de febrero de 2005 FONADE celebró el contrato 2050147 con Héctor Alberto Cáliz Montero, para “brindar apoyo en la gestión y seguimiento técnico para la construcción de la segunda fase del proyecto Parque de la Leyenda Vallenata en Valledupar”, por valor total de \$27'500.000¹⁵⁰.

- Constancia del 30 de mayo de 2007, la cual informa que el 16 de junio de 2006 FONADE celebró el contrato 2061152 con Héctor Alberto Cáliz Montero, para “brindar apoyo en la gestión y seguimiento técnico para la construcción de la segunda fase del proyecto Parque de la Leyenda Vallenata en Valledupar”, por valor total de \$17'500.000¹⁵¹.

Mediante oficio 128426 del 26 de octubre de 2010, el Ministerio de Cultura, en respuesta a una petición presentada por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, informó que para la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata se habían destinado \$9.861'270.919, así: \$7.480'300.000 de la Dirección Nacional de Regalías y \$2.380'970.919 por convenio interadministrativo entre el Ministerio de Cultura y FONADE¹⁵².

148 Folios 227 a 2229 del cuaderno 10.

149 Folios 2237 a 2239 del cuaderno 10.

150 Folios 2224 a 2226 del cuaderno 10.

151 Folios 2235 a 2236 del cuaderno 10.

152 Folios 253 a 257 del cuaderno 3.

Relatados en los anteriores términos los hechos que se encuentran probados en el proceso, procede la Sala a estudiar ahora si se vulneraron o no los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público y al goce del espacio público, amparados por la sentencia de primera instancia, apelada por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

3.2.2.) Derecho colectivo a la moralidad administrativa

Ya se indicó que la parte actora consideró lesionado este derecho porque, a su juicio, con la expedición de los acuerdos demandados y con la celebración del convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, hechos que posibilitaron la transferencia del dominio de 23 hectáreas del bien “La Esperanza” a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, la intención real de las partes fue favorecer el interés particular por encima del interés general, en tanto que, según aseveró, en realidad lo que se configuró fue una donación, en contravía de la prohibición prevista en el inciso primero del artículo 355 constitucional, propósito que habría sido el móvil para cambiar la destinación del bien de uso público a bien fiscal, en oposición a lo previsto en el artículo 33 de la ley 9 de 1989, y para que se desatendieran las previsiones establecidas por el mismo Concejo Municipal en los actos administrativos -también demandados- que permitieron la negociación en cuanto a la contraprestación que debía obtener el municipio y a la condición de restitución del inmueble.

Estos argumentos, que fueron acogidos por el Tribunal, fueron debatidos por la parte apelante, con fundamento, entre otras razones, en que la sentencia carece de valoración probatoria y no tuvo en cuenta los argumentos de la demandada, lo que implica que, tanto las pruebas que pueden valorarse como las razones de defensa de la Fundación, sean consideradas en esta instancia.

En ese contexto, procede la Sala a estudiar si en este caso se configuraron los elementos a los que se refirió la Sala Plena de la Corporación en la sentencia de unificación del 1 de diciembre de 2015 a la que se aludió de manera previa en el literal b) del numeral 3.2.1 de la parte considerativa de esta providencia, para determinar si, por ende, se vulneró o no el derecho colectivo a la moralidad administrativa:

a) Elemento objetivo

Según la demanda, la configuración de este elemento se habría dado en razón del desconocimiento de, entre otras normas, el artículo 355 constitucional, porque: i) la contraprestación pactada a cargo de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata no resulta equitativa frente al aporte efectuado por el municipio de Valledupar y ii) a través de los contratos autorizados por el inciso segundo del artículo 355 constitucional sólo se pueden comprometer recursos del presupuesto, no bienes inmuebles.

El artículo 355 Constitucional prohibió enfáticamente los auxilios y donaciones a particulares en los siguientes términos perentorios:

“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

Como antes se indicó, la tajante prohibición contemplada en el inciso primero de esta norma buscó erradicar de manera definitiva la práctica abusiva de los denominados “auxilios parlamentarios”¹⁵³, cuya eliminación se justificó en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente con base en el siguiente razonamiento:

“Es ya un hecho político y notorio que las partidas decretadas para el fomento de empresas útiles y beneficios del desarrollo regional, conocidas por el nombre genérico de auxilios parlamentarios (...) se ha convertido en una de las más importantes razones de desprestigio del Congreso Nacional, por el mal uso que un número creciente de congresistas ha hecho de ellos”¹⁵⁴.

¹⁵³ Estos auxilios existían bajo otra denominación con anterioridad a la reforma constitucional de 1968, pues el texto original de la Constitución de 1886 los autorizaba en el artículo 78 (numeral 5), en consonancia con el 76.18 y el 76.20 eiusdem, y luego fueron objeto de regulación especial en la enmienda de 1945. (TRUJILLO ALFARO, Jorge Luis: “Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público”, Colección Textos de Jurisprudencia, Colegio Mayor del Rosario, Bogotá, 2007, p. 50 y ss. y PLAZAS VEGA, Mauricio: “Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario”, Tomo I, Derecho de la Hacienda Pública, Ed. Temis, segunda ed., Bogotá, 2006, p. 338 y ss.).

¹⁵⁴ GACETA DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 77, 20 de mayo de 1991, p. 11 y 12.

Según lo expresa enfáticamente la norma, la prohibición categórica de decretar auxilios o donaciones se predica de todas las ramas y órganos del poder público, luego incluye tanto el nivel nacional como el territorial y, por tanto, comprende también a los municipios; además, el precepto definió con claridad a quién no se le puede hacer donaciones o dar auxilios: personas, naturales o jurídicas, de derecho privado.

Así, la posición de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en cuanto a que la referida prohibición constitucional no cobija a los municipios, por no ser “en estricto sentido” ni un órgano ni una rama del poder público, no es de recibo, primero, porque, según el artículo 313 constitucional, éstos constituyen una “entidad fundamental de la división político administrativa”, lo que, en la estructura del Estado, los ubica en la rama ejecutiva del poder público a nivel territorial y, segundo, porque, cuando el constituyente decidió eliminar los denominados auxilios parlamentarios, lo hizo no sólo respecto de los que hacía el Congreso, sino también las restantes corporaciones públicas de elección popular¹⁵⁵, incluidos los concejos municipales, que no constituyen una persona diferente a la respectiva entidad territorial a la cual pertenezcan¹⁵⁶.

En el mismo artículo 355, el constituyente estableció una excepción a la mencionada prohibición, por medio de la cual autorizó a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y con los planes seccionales de desarrollo.

Ahora, entre la Procuraduría y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata existe una divergencia frente a la naturaleza del contrato celebrado entre esta última y el municipio de Valledupar el 18 de mayo de 2000, en tanto que la primera considera que, en realidad, se trató de una donación, mientras que la segunda asevera que se trató de un convenio de los autorizados por el inciso segundo del artículo 355 constitucional, aspecto éste que tiene un claro compromiso con la alegada vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, en tanto que, de ser lo primero, se estaría en presencia de un egreso del patrimonio público sin

¹⁵⁵ Al respecto ver: Corte Constitucional, sentencia C-372 de 1994.

¹⁵⁶ Artículo 312 de la Constitución Política.

contraprestación, expresamente prohibido por la constitución; en cambio, en el segundo caso, la erogación, aunque sin contraprestación directa que se vea reflejada en el patrimonio estatal, estaría justificada por la misma norma superior.

En el recurso de apelación la parte recurrente se pronunció nuevamente para negar la existencia de una donación, en razón de la existencia de contraprestaciones que habría asumido frente a la transferencia del inmueble a su favor, circunstancia que, de existir, impediría encuadrar el convenio en el inciso segundo del artículo 355 constitucional.

En ese contexto, resulta imperioso estudiar las dos tipologías contractuales mencionadas y, con base en ello, determinar si el convenio del 18 de mayo de 2000 encajó en alguna de ellas.

a)1. Convenios celebrados en desarrollo del inciso segundo del artículo 355 constitucional

Con base en el contenido del inciso segundo del artículo 355 constitucional, es posible destacar las características que definen a este tipo de contratos, así: i) en relación con los sujetos autorizados para celebrarlos: “el gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal”¹⁵⁷, ii) en relación con quiénes pueden celebrarse: un sujeto calificado; esto es, las “entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, iii) en relación con el objeto que pueden tener: deben corresponder al objeto social de la entidad privada sin ánimo de lucro y estar relacionados con el impulso de “programas y actividades de interés público”, las cuales, iv) deben “ser acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo”.

Además, de conformidad con el decreto 777 de 1992, que reglamentó la celebración de los contratos de que trata el inciso segundo del artículo 355 constitucional, con las modificaciones introducidas por el decreto 1403 del mismo año: v) el contrato no puede tratarse de aquellos expresamente excluidos – art. 2-, vi) el gasto debe estar

¹⁵⁷ El decreto 777 de 1992, que desarrolla el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, entiende por entidades públicas destinatarias del mismo tanto a las previstas por la Constitución y la ley - entre las cuales se encuentran los **establecimientos públicos** (Art. 2º párrafo) -, como a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas. Sobre el tema consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1710 del 23 de febrero de 2006.

presupuestado –arts. 7 y 14-, vii) debe constar por escrito –art.1- y viii) debe celebrarse con observancia de los requisitos y formalidades exigidas por la ley para la contratación privada –art. 1-.

Para lo que interesa a este proceso, la Sala se detiene en dos puntos: uno, el relacionado con el manejo presupuestal y, otro, los contratos excluidos por el numeral 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1992, en razón de la existencia de contraprestación directa a favor de la entidad pública contratante.

Para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a partir del requisito relacionado con el presupuesto, es posible extraer otra característica de este tipo de contratos: ix) “el aporte sólo puede consistir en bienes del presupuesto, recursos públicos y no en bienes inmuebles”¹⁵⁸.

Al referido concepto recurrió la parte actora para fundamentar la aseveración de que el convenio del 18 de mayo de 2000 no se enmarcó en las previsiones del inciso segundo del artículo 355 constitucional, frente a lo cual la parte demandada consideró que era “del todo absurda la argumentación que se esgrime en la demanda, en el sentido de afirmar que el compromiso presupuestal, en este caso del municipio, a que hace referencia el segundo inciso del artículo 355 constitucional, supone necesariamente obligaciones de tipo dinerario, y no utilización de bienes inmuebles”¹⁵⁹, interpretación que, a su juicio, es restrictiva ya que identifica las expresiones “presupuesto” y “dinero” y lleva “al absurdo” de dejar a los inmuebles de propiedad de las entidades públicas por fuera de su presupuesto.

Pues bien, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado tuvo origen en una consulta por medio de la cual, entre otras cosas, se preguntó acerca de la posibilidad de celebrar con una fundación sin ánimo de lucro un convenio de los que trata el inciso segundo del artículo 355 constitucional, para la realización de un programa acorde con el plan nacional de desarrollo, contrato en el que el aporte de la entidad pública estaría representado en la entrega del dominio de un inmueble de su propiedad, a lo cual la respuesta fue negativa.

En esa ocasión, la Sala de Consulta y Servicio Civil concluyó que, “tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos,

¹⁵⁸ Concepto 1957 del 3 de septiembre de 2009.

¹⁵⁹ Folio 676 del cuaderno 4.

la expresión 'recursos de los respectivos presupuestos' no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que sólo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas ...”.

Explicó entonces aquella Sala que los bienes inmuebles forman parte del patrimonio público, pero como activos que se reflejan en la contabilidad pública, de acuerdo con el régimen correspondiente y señaló que “tanto los recursos monetarios como los bienes fiscales integran el patrimonio público, pero su naturaleza determina un régimen jurídico y económico diferente, de manera que la expresión 'recursos de los respectivos presupuestos' excluye los bienes inmuebles”.

Con base en lo anterior, dijo también que las disposiciones contenidas en el decreto 777 de 1992 sobre la obligación de expedir certificado de disponibilidad presupuestal antes de la celebración del contrato, en el que conste que los compromisos por asumir están amparados con apropiación presupuestal disponible –art. 7- y sujetos al respectivo registro presupuestal –art.14-, se conforman en un todo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 355 que tal decreto desarrolla.

La Sala comparte (por estimarlo acertado) el análisis que la Sala de Consulta y Servicio Civil hizo frente a los contratos autorizados por el inciso segundo del artículo 355 en cita, análisis que, además, se estima pertinente respecto del estudio de las características de este tipo de contratos y, por ello, aunque la Fundación no lo comparta por considerarlo “absurdo” y restrictivo, se adopta en esta oportunidad, pues, como acaba de verse, el análisis recogido en el concepto 1957 del 3 de septiembre de 2009 se fundamentó en el estudio serio y detallado tanto del artículo 355 constitucional, como del decreto 777 de 1992 que lo desarrolló.

Ahora, en atención a que por disposición constitucional este tipo de convenios tiene por objeto el impulso y desarrollo de programas y actividades de interés público, en el artículo 2 del decreto 777 de 1992 se excluyeron de su ámbito de aplicación algunos contratos, bien porque en ellos se identifica el ánimo de lucro, por tratarse

de la transferencia de recursos a particulares o por existir propiamente contraprestación, de manera que riñen con el esquema de colaboración entre el Estado y los particulares, que sustenta la posibilidad de su celebración¹⁶⁰.

En efecto, en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1992 se dispuso expresamente que están excluidos del ámbito de aplicación de la norma “los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”.

De esa disposición es posible extraer que: x) los convenios a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional no son conmutativos, en tanto que, por la finalidad que persiguen, no puede darse un intercambio o venta de bienes o servicios, sino que se trata de un convenio en el que los contratantes se dedican a colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite si coinciden el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro y la actividad que el Estado quiere impulsar.

a)2. Contrato de donación

La Subsección ha tenido la oportunidad de referirse a la donación¹⁶¹ y ha señalado que, a pesar de que esta última no goza de una regulación normativa prolija que ofrezca claridad palmaria en cuanto a su concepto, contenido y alcance, en términos generales y por regla general se debe entender como un contrato unilateral, gratuito, irrevocable, de naturaleza recepticia, en el que participan el donante como único obligado en la relación, quien se desprende de parte de su patrimonio, por un lado y, por otro, el donatario quien, por lo general, no asume ningún tipo de obligación y percibe un incremento patrimonial correspondiente a la prestación a la que el donante se ha obligado.

¹⁶⁰ Consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1710 del 23 de febrero de 2006.

¹⁶¹ Al respecto, ver: sentencia del 10 de febrero de 2016 (exp. 39538) y sentencia del 25 de mayo de 2016 (exp. 2011-00297-01(AP)).

Explicó la Subsección que el contrato de donación es *unilateral*, por regla general, en tanto solo el donante se obliga para con el donatario, que no contrae obligación alguna¹⁶²; no obstante, excepcionalmente, el donatario puede quedar obligado cuandoquiera que la liberalidad del donante vaya acompañada por *cargas* o *gravámenes*¹⁶³. Explicó la Sala que la *gratuidad* está determinada porque el contrato de donación sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, mientras que la otra sufre el gravamen¹⁶⁴; asimismo, señaló que es *irrevocable*, característica que deriva de su naturaleza contractual y se opone a la revocabilidad propia de las asignaciones testamentarias y expresó que el carácter *recepticio* deviene también de su naturaleza contractual, pues su perfeccionamiento surge a partir de la confluencia de la voluntad de donante y donatario.

Advirtió la Sala que, dado el carácter traslativo de la donación, ésta constituye siempre un acto de enajenación que ha de producir un enriquecimiento, aserto que ha sido también afirmado por la doctrina en los siguientes términos:

“Una persona puede enriquecer otro patrimonio, pero no habrá donación si no se produce un empobrecimiento en el patrimonio del donante y viceversa: alguien puede empobrecerse, pero si ese empobrecimiento o enajenación no causa un correlativo enriquecimiento en el patrimonio del donatario, tampoco hay donación”¹⁶⁵.

Igualmente, destacó que el empobrecimiento y enriquecimiento correlativos en el contrato de donación explica también su causa y carácter gratuito, pues el traslado patrimonial solo puede explicarse bajo esa tipología contractual si el donatario recibe un incremento en su patrimonio; **así, por ejemplo, si la carga o el gravamen impuesto por la liberalidad del donante es igual o superior, desde el punto de vista cuantitativo, al monto de la prestación objeto de donación, no se estará ante tal figura jurídica.** Podría afirmarse, entonces, que es de la esencia del contrato de donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos de las partes, pues, ante la ausencia de tal característica y a pesar de la voluntad de las

¹⁶² Código Civil, artículo 1496: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna...”.

¹⁶³ MAZEAUD, Henri, León y Jean: “Lecciones de Derecho Civil”, parte cuarta, Vol. III, “La transmisión del patrimonio familiar (continuación)”, (trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1964, Pp. 353), quienes afirman: “La carga es una obligación impuesta por el disponente al favorecido por una liberalidad –el gravado– que, de resultas de su aceptación, se encuentra sujeto a cumplir aquélla”.

¹⁶⁴ Artículo 1497, e*iusdem*.

¹⁶⁵ VALENCIA ZEA, Arturo: “Derecho civil - De los contratos”, Tomo IV, 5ª Edición, Temis, Bogotá, 1980. Pág. 161.

partes, el negocio no produciría efecto alguno o devendría en otra figura contractual (Código Civil, artículo 1501)¹⁶⁶.

En concordancia con lo expresado, el artículo 1455 *eiusdem* indica que “no hay donación si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que (sic) el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero”.

En cuanto a las clases de donación, baste decir que pueden ser a título universal o a título singular y, estas últimas, pueden serlo de bienes muebles, de inmuebles, sujetas a plazo o condición, con gravamen, onerosas o remuneratorias¹⁶⁷.

Sobre esta última clase de donaciones –con gravamen, onerosas o remuneratorias–¹⁶⁸, la Subsección destacó que encuentra regulación específica en el estatuto civil colombiano (artículos 1461, 1462, 1463, 1490) y, en general, se refiere a la posibilidad de imponer al donatario una carga específica a favor de él mismo, del donante o de un tercero, sin que por ello pueda afirmarse la inexistencia real de la donación.

Al respecto, reiteró la Subsección que constituyen elementos esenciales de la donación el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos, por lo cual, si la carga o el gravamen impuesto por el donante no contraría tal postulado, es decir, no es cuantitativamente igual o superior al monto de la prestación objeto de la donación, la gratuidad de la relación contractual se mantiene, pues, en esas condiciones, la utilidad del negocio se reporta sólo a favor de una de sus partes (el donatario); además, aunque la imposición de la carga haría devenir en bilateral la relación, en cuanto se presentan obligaciones en cabeza de cada una de las partes (Código Civil, artículo 1496), no por ello el negocio resulta conmutativo, pues las prestaciones no pueden verse como equivalentes (artículo 1498, *eiusdem*), en suma, si el donatario da menos de los que recibe, entonces se estará frente a una donación, en caso contrario, no.

¹⁶⁶ Ibídem, pág. 165: “Por consiguiente no hay donación cuando el adquirente, a cambio de enriquecimiento, hace sacrificio igual a la ganancia que recibe, o cuando lo donado se da en gratificación de servicios”.

¹⁶⁷ Ibídem, pág. 166 a 171.

¹⁶⁸ VID. ANDERSON, Miriam: “Las donaciones onerosas”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris. Madrid. 2005.

a)3. Diferencias entre los convenios autorizados por el inciso segundo del artículo 355 constitucional y los contratos de donación

A partir de las características de cada uno de los mencionados contratos, es posible diferenciar cada uno de ellos en razón de:

a)3.1 Las partes: los convenios del inciso segundo del artículo 355 pueden ser celebrados por los sujetos públicos a los que se refiere dicho inciso y el decreto 777 de 1992 con un sujeto privado que es calificado, esto es, con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. En la donación, los sujetos públicos no pueden actuar como donantes, por expresa prohibición del artículo 355 constitucional, pero sí pueden hacerlo como donatarios.

a)3.2. El objeto: en los convenios del inciso segundo del artículo 355, el objeto únicamente puede recaer sobre recursos del presupuesto y debe estar dirigido al impulso de programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional y con los planes seccionales de desarrollo y corresponder al objeto de la entidad sin ánimo de lucro. En la donación, el objeto puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

a)3.3. Las obligaciones: ninguno de ellos es un contrato conmutativo y la razón que justifica su condición de unilaterales en los contratos del inciso segundo del artículo 355 es que la causa por la que se celebran está dada por el apoyo a programas y actividades de las entidades privadas sin ánimo de lucro, pero de interés público, en los que, por tanto, el beneficiario es la colectividad en general, mientras que en la donación la causa es la mera liberalidad del donante, por lo cual, en principio, no generan obligaciones a cargo del donatario, al menos no equivalentes a las que asume el donador.

a)4. El convenio de aporte celebrado el 18 de mayo de 2000 entre el municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata

Ya se refirió la Sala a los hechos probados en el proceso y, en relación con este negocio jurídico, pudo establecer que, a través suyo, el municipio de Valledupar transfirió la propiedad de 23 hectáreas del predio “La Esperanza” a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, es decir, el objeto del contrato recayó sobre un bien inmueble y no sobre recursos del presupuesto municipal, lo que de entrada

impide que pueda clasificarse y estudiarse dentro de los negocios jurídicos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional, según lo que viene de exponerse en relación con este tipo de convenios.

Descartado, entonces, que el contrato pueda ser analizado a la luz del referido inciso constitucional, el tema de la existencia o no de una contraprestación adquiere relevancia frente a la aseveración de la Procuraduría en cuanto a que el contrato celebrado en realidad fue de donación, por no haberse pactado una verdadera contraprestación a cambio de la transferencia del bien a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, argumento respecto del cual ésta asevera que sí la hubo, que consistió en la construcción de las obras y en el uso y goce del bien por parte del municipio y que su existencia elimina la posibilidad de la donación.

Así, dado que la existencia o no de la contraprestación es un aspecto neurálgico del caso, para resolver la cuestión resulta imprescindible determinar la naturaleza verdadera de las obligaciones que asumió la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, es decir, si correspondieron a una contraprestación frente al valor del bien aportado o si, como lo aseveró la Procuraduría, la transferencia del bien generó el empobrecimiento del patrimonio público, frente al correlativo enriquecimiento del patrimonio de la Fundación, por considerar que la carga que ésta asumió no constituyó en realidad una contraprestación, elementos que permitirán determinar si lo que se configuró con la celebración del convenio del 18 de mayo de 2000 fue o no una donación.

Para establecer si el negocio jurídico celebrado entre las partes es conmutativo, es decir, si tiene prestaciones recíprocas y equitativas entre las partes, la Sala considera pertinente determinar las condiciones en las que el Concejo Municipal de Valledupar autorizó al alcalde para celebrar el convenio, pues desde esa etapa se previeron las obligaciones que debía asumir la Fundación frente a las que asumió el municipio y, bajo ese contexto, se analizará lo que finalmente quedó consignado en el convenio.

En la parte considerativa del acuerdo 042 de 1998, por medio del cual se autorizó al alcalde municipal a celebrar el convenio de aporte con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, el Concejo Municipal indicó expresamente que el “escenario sería utilizado por la Administración Municipal para la **realización de eventos de tipo cívico, cultural y social que sean del interés de la misma, sin costo alguno**

y en fechas que no interfieran con la agenda oficial de la FUNDACIÓN”¹⁶⁹ (se destaca).

Posteriormente, según se extrae del acta 040 del 16 de abril de 2000, en la que consta el segundo debate dado por el Concejo Municipal al proyecto 012, con base en el cual se expidió el acuerdo 010 del 16 de abril de 2000, que modificó el acuerdo 042 de 1998, los concejales discutieron, principalmente, en relación con la “contraprestación” que recibiría el municipio por la transferencia del bien inmueble a la Fundación.

Surgió preocupación en el cuerpo colegiado de elección popular en relación con el tiempo que el municipio tendría derecho al uso de las instalaciones del inmueble frente al valor del aporte y se planteó, al contrario de lo presentado en el proyecto que preveía un uso por espacio de 5 años, que dicho término debía ser **indefinido**.

En la discusión, uno de los concejales expresó que la preocupación debía superarse, porque solamente se modificarían los artículos 1 y 4 del acuerdo 042, pero que se mantenía el artículo 3, a través del cual se estableció que, en caso de dársele al bien un uso diferente al pactado, se debía revertir la propiedad al municipio y que, además, en el considerando 6 del acuerdo también se dijo que el escenario sería utilizado por la administración municipal para la realización de eventos de **tipo cívico, cultural y social sin costo alguno** y en fechas que no interfirieran con la agenda oficial de la Fundación.

En ese mismo sentido y refiriéndose al uso por parte del municipio de las instalaciones que se irían a construir en el predio, se señaló que existía la necesidad de buscar espacios con los que en ese momento no se contaba, necesidad que podía superarse en razón a que aquél tendría derecho a usar las construcciones que hiciera la Fundación, para la **realización de eventos de tipo cívico, cultural y social sin costo alguno**.

Además, sobre la base de que el uso de las instalaciones **no generaría costo alguno para el municipio**, se consideró pertinente señalar que éste tendría ese derecho “**como contraprestación**”¹⁷⁰ (se destaca).

¹⁶⁹ Folio 14 del cuaderno 1.

¹⁷⁰ Folio 200 del cuaderno 2.

Así, se consideró que la “contraprestación” debía quedar completamente clara en cuanto a que al municipio se le debía dar el derecho de uso al que se viene aludiendo y, más adelante, al considerar la redacción del texto pertinente, se pensó que, al complementar lo que ya decía el acuerdo 042 sobre el uso del bien y la causa de la restitución, se estaba dejando plasmada “la facultad que tiene el Municipio dentro de ese parque”¹⁷¹, esto es, según lo debatido por el Concejo, el derecho del municipio, como contraprestación por la transferencia del bien a la Fundación, al uso **sin costo** e indefinido de todas las instalaciones del parque, para la realización de eventos culturales y sociales, en fechas que no interfirieran con la agenda oficial de la Fundación.

Además, en el marco de la misma discusión y según el texto del proyecto presentado, el Concejo Municipal propuso que el artículo primero del acuerdo 042 de 1998 fuera modificado en el sentido de señalar que la Fundación debía construir el parque con **sus propios recursos** y prestar sus servicios a la administración municipal.

Con las anteriores apreciaciones se aprobó el proyecto 012 y se profirió el acuerdo 010 del 16 de abril de 2000 que, en lo pertinente, señaló (se transcribe como obra en el acuerdo):

“ARTICULO PRIMERO: Modifíquese el artículo primero del Acuerdo No. 042 del 10 de agosto de 1998, en el sentido de concederle facultades al Señor Alcalde del Municipio de Valledupar para suscribir un contrato o convenio con la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata donde el Municipio le transfiere la propiedad dominio del predio la ‘Esperanza’, ubicado en el sector de Hurtado, jurisdicción del Municipio de Valledupar con un área aproximada de 23 hectáreas (...), para que ésta construya el parque de la Leyenda Vallenata **con sus propios recursos** y preste sus servicios a la Administración Municipal en fomento de la cultura tales como la historia, las leyendas, los mitos, costumbres y protección del medio ambiente en el sector del parque de la Leyenda Vallenata.

“PARAGRAFO: El Municipio **tendrá derecho como contraprestación a este convenio de aporte al uso y goce de todas las instalaciones** de la Fundación para eventos culturales y sociales, siempre y cuando se encuadren dentro de su objeto social, **por término indefinido**”¹⁷².

¹⁷¹ Folio 202 del cuaderno 2.

¹⁷² Folios 181 y 182 del cuaderno 2.

Ahora, al margen de la legalidad o ilegalidad que por diferentes motivos se discute frente a los actos administrativos mencionados, la Sala los toma en cuenta, junto con sus antecedentes, para desentrañar la naturaleza de las obligaciones que se pactaron a cargo de la Fundación, de donde surge, con meridiana claridad, que al menos en el seno del Concejo Municipal existió la intención de que el convenio que autorizaba celebrar fuera conmutativo, conmutatividad que, según se extrae de los debates dados por ese órgano, se consideró dada por la equivalencia que existiría entre el valor del bien del que se iba a despojar el municipio frente a lo que recibiría a título de contraprestación, esto es, su uso y goce indefinido y gratuito, sin discriminación, de todas las instalaciones del parque. Este fue el esquema bajo el cual se autorizó la celebración del contrato.

En cuanto a la gratuidad del uso, es cierto que esta expresión no quedó explícitamente contenida en la parte resolutive de los acuerdos 042 de 1998 y 010 de 2000, pues el Concejo Municipal consideró suficiente con que quedara expresada en la parte considerativa del primero; sin embargo, al analizar los antecedentes del acuerdo 010 de 2000, a los que se debe acudir para develar el sentido y alcance de la palabra “contraprestación”, que sí quedó contenida en la parte resolutive de este último y sobre cuya existencia discuten las partes de este proceso, es claro para la Sala que, cuando el Concejo Municipal expresó en el párrafo del artículo primero del acuerdo 010 de 2000 que el municipio tendría derecho “como contraprestación” al uso y goce de todas las instalaciones, dicha contraprestación necesariamente implicaba gratuidad, lo cual se explica no solo porque así se desprende de forma contundente de lo debatido por ese órgano, sino, principalmente, porque sería contradictorio pensar que se pretendiera garantizar el uso como contraprestación, pero que el municipio, en todo caso, debiera pagar por él, así fuera un costo menor.

Entender, como lo hace la Fundación, que la expresión “contraprestación” que quedó escrita en el párrafo del artículo primero del acuerdo 010 de 2000, donde dice que el municipio “tendrá derecho como contraprestación a este convenio de aporte al uso y goce de todas las instalaciones”, no implica gratuidad, es desconocer su contenido mismo, pues el hecho de tener que pagar por lo que recibiría a cambio de la transferencia del bien, aunque fuera –se insiste- un valor menor (descuento que, como se verá enseguida, ni siquiera quedó definido en el convenio) anula la posibilidad de la contraprestación, representada, según lo indicado por el Concejo Municipal, en el uso del predio, uso que, por tanto, era la carga que debía asumir la

Fundación por su adquisición, lo que explica, a su vez, la razón por la cual ésta no podía cobrar al municipio por el uso de algunos espacios del parque.

No obstante, en la cláusula tercera del convenio (sexta de la escritura pública 1134 de 15 de agosto de 2000), el municipio de Valledupar -representado por el alcalde municipal- y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, pactaron lo siguiente (se transcribe como obra en el convenio):

“El Municipio de Valledupar, a su vez, y mediante solicitud previa formulada por el alcalde a la Fundación, **podrá utilizar sin costo alguno los espacios recreativos y a menor costo de lo que esté estipulado los espacios culturales** que construya la FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA en desarrollo de parque del mismo nombre, para la realización de eventos exclusivos del Municipio de tipo cívico, cultural y educativo que sean del interés del mismo, y en las fechas que no interfieran con la agenda oficial de la FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA”¹⁷³ (destaca la Sala).

Como se observa, las partes acordaron la gratuidad del uso del bien por parte del municipio únicamente en lo que a los espacios recreativos concierne, pues el uso de los espacios culturales, aunque a un costo menor, debe ser sufragado por la administración municipal cada vez que quiera acceder a ellos, sin que siquiera se hubiera determinado en el contrato ese menor valor con el que sería beneficiado el municipio.

De lo anterior surge que el municipio, a cambio de la entrega del predio, únicamente tiene derecho a usar sin costo los espacios recreativos, siempre que no interfieran con la agenda oficial de la Fundación y a recibir un descuento, cuya monto no se definió, respecto del valor establecido por ella para el uso de los espacios culturales, a los cuales puede acceder, igualmente, en fechas que no interfieran con la agenda oficial de la Fundación.

Frente a este punto, adujo la Fundación que “la discriminación entre espacios recreativos y culturales y la consecuente gratuidad de unos, y bajos costos de otros, se sustentó en aspectos elementales de costos de mantenimiento que fueron reconocidos por las partes, y que se plasmaron en el acuerdo aludido, que no es más que un desarrollo coherente y racional de la contraprestación que se estableció

¹⁷³ Folios 9 y 38 del cuaderno 1.

en el párrafo del artículo 1 del Convenio (sic) del Concejo Municipal 10 de 2000”¹⁷⁴.

Lo primero que advierte la Sala al respecto es que el texto de la cláusula tercera del convenio es claro en señalar que el municipio debe pagar por el uso de los espacios culturales, aunque con un descuento respecto del valor que estuviera “estipulado”, pero no los costos de mantenimiento, es decir, debe pagar por la contraprestación que se suponía iba a recibir a cambio de la transferencia del bien inmueble, lo cual, a todas luces, no es, a diferencia de lo que consideró la apelante, un desarrollo coherente y racional de la contraprestación prevista por el Concejo Municipal.

Además de la claridad que ofrece la cláusula en mención, no obra prueba en el expediente que permita siquiera inferir, en contra de lo estipulado, que el menor costo al que se refiere la cláusula correspondiera al mantenimiento y no al uso de los espacios culturales.

De otra parte, la “contraprestación”, entendida por el Concejo Municipal, como ya se vio, como el derecho por parte del municipio al uso y goce de todas las instalaciones del parque sin costo y de manera indefinida, se consideró adecuada únicamente frente a la transferencia del bien inmueble, pues esa Corporación (el Concejo Municipal) fue clara y en la parte resolutive del acuerdo quedó dicho que la construcción de las instalaciones que conformarían el parque debía hacerse exclusivamente con recursos de la Fundación, es decir, sin la concurrencia de recursos de la administración municipal.

Sin embargo, así no se pactó en el negocio jurídico, pues, en la cláusula segunda (quinta de la escritura pública 1134 del 15 de agosto de 2000), las partes estipularon que la Fundación se obligaba a construir la obras, pero se omitió señalar que éstas debían ejecutarse con sus propios recursos (se transcribe como obra en el convenio):

“LA FUNDACION FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA a su vez se compromete a desarrollar en el predio transferido y recibido como aporte, el PARQUE DE LA LEYENDA VALLENATA, que constará de los siguientes espacios culturales, recreativos y administrativos”¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Folio 650 del cuaderno 4.

¹⁷⁵ Folios 8 y 38 del cuaderno 2.

La referida omisión permitió que, para la construcción del parque, el municipio, además de transferir a la Fundación la propiedad de las 23 hectáreas del predio “La Esperanza”, le trasladara recursos por valor de, aproximadamente, \$6.822’033.600, provenientes del Fondo Nacional de Regalías, tal como quedó visto en el literal b) del numeral 3.2.1 de la parte considerativa de esta providencia.

En este escenario, encuentra la Sala que la contraprestación que contempló el Concejo Municipal por la entrega de las 23 hectáreas del predio “La Esperanza” - considerado para ese momento como un bien fiscal- a la Fundación, la cual, se repite, aunque así no quedara expresamente definido en la parte resolutive del acuerdo 010 de 2000, fue entendida por ese órgano como el derecho del municipio al uso y goce, sin costo y de manera indefinida, de todas las instalaciones del parque que se construyeran con recursos que no comprometieran los suyos, se desvaneció en el contrato, pues, además de que la entidad territorial entregó más de \$6.800’000.000 para la construcción de las obras, debe pagar por el uso de unos espacios del predio (los culturales), uso que, se insiste, debía constituir la contraprestación y, a más de eso, el uso de todos los espacios (los culturales y los recreativos), según lo dispuesto por el Concejo Municipal y lo pactado en el convenio, quedó supeditado a la agenda de la Fundación, es decir, a los tiempos y a los espacios en que ésta resolviera no usar esas áreas.

En ese contexto, para la Sala resulta a todas luces inequitativo que, a cambio de la entrega de un predio de 23 hectáreas y de una inversión de más de \$6.800’000.000, el municipio apenas tenga derecho gratuito, pero restringido, a un solo tipo de áreas del parque y que tenga que pagar por el uso, también restringido, de las otras, mientras que la Fundación únicamente tenga a su cargo: i) aplicar un descuento a favor del municipio respecto del valor que tenga “estipulado” para el uso de los espacios culturales, descuento cuyo porcentaje ni siquiera fue definido en el convenio y ii) permitir al municipio el uso gratuito de los espacios recreativos del bien, uso que, en ambos casos, esto es, espacios culturales y recreativos, se condicionó a fechas o tiempos que no interfieran con la agenda oficial de la Fundación.

Lo anterior lleva a concluir que no existió conmutatividad en la relación contractual pactada, que lo que quiso el Concejo Municipal que fuera una negociación a cambio de una contraprestación no pasó de ser apenas una carga exigua para la Fundación, la cual recibió del municipio el predio, recursos por más de \$6.800’000.000 y,

además, como está probado en el proceso, por ser hoy la dueña del predio, se hizo también a las obras del parque que se construyeron con recursos del Ministerio de Cultura, con la única carga de permitir al municipio el uso gratuito de los espacios recreativos y de aplicar un descuento indefinido y sujeto a la sola voluntad de la Fundación, respecto del valor establecido para el uso de los espacios culturales, en ambos casos, siempre que no interfieran con su agenda oficial.

Así las cosas, la Sala no encuentra que el municipio de Valledupar, por la transferencia a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata del inmueble “La Esperanza” y de más de \$6.800'000.000, haya recibido contraprestación alguna, puesto que, como viene de verse, la carga que esa Fundación asumió de permitir al municipio el uso de las instalaciones del parque de manera restringida, sólo en los espacios y tiempos que ella no los utilice, no se equipara frente a los bienes que le fueron transferidos, lo que permite a la Sala concluir que, al margen de la voluntad de las partes, lo que se configuró fue una donación con causa onerosa, figura del derecho que, como ya se vio, si bien torna bilateral la relación negocial, no la convierte en conmutativa por las cargas que se imponen al donatario, pues las prestaciones no pueden verse como equivalentes.

Finalmente, advierte la Sala que el hecho de que las partes acordaran que “En caso de que la FUNDACIÓN FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA desista del interés de desarrollar la obra enunciada, el Municipio solicitará la inmediata devolución del aporte transferido y entregado y, en consecuencia, se resolverá el convenio aquí plasmado”¹⁷⁶ y que la Fundación se comprometiera a “devolver el lote de terreno transferido en aporte, si en el lapso de diez (10) años no le ha dado la destinación establecida en el convenio”¹⁷⁷, no desnaturaliza la donación, pues, de conformidad con el artículo 1460 del código civil, ese negocio jurídico puede estar sometido a plazo o condición.

En consecuencia, resulta forzoso concluir que se violó el inciso primero del artículo 355 constitucional, en tanto que se entregaron unos bienes públicos a un particular, sin que mediara contraprestación que pudiera justificar tal erogación.

¹⁷⁶ Cláusula novena de la escritura pública 1134 de 15 de agosto de 2000, de la Notaría Tercera de Valledupar (reverso folio 38 del cuaderno 1).

¹⁷⁷ Cláusula novena de la escritura pública 1134 de 15 de agosto de 2000, de la Notaría Tercera de Valledupar (reverso folio 38 del cuaderno 1).

b) Elemento subjetivo

Empieza la Sala por decir que si, como ocurrió en este caso, se realiza una erogación con cargo al patrimonio público y en favor de un particular sin que medie una correlativa contraprestación o una causa constitucional que la justifique¹⁷⁸, se estima vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y, a la vez, el favorecimiento del interés particular sobre el general viene a hacerse evidente y, por ello, en principio, también la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

No obstante lo anterior, según la posición unificada de la Sala Plena de la Corporación respecto de la moralidad administrativa, no puede considerarse vulnerado ese derecho sin hacer el juicio 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 el presente caso, considera la Sala que se encuentra probado el requisito subjetivo de la acusación, por cuanto existen elementos suficientes que permiten establecer que el funcionario que en representación del municipio celebró el “convenio de aporte” del 18 de mayo de 2000 actuó de manera arbitraria y alejada de los fines de la función administrativa, que no son otros que velar por el interés general.

De hecho, a pesar de que en la exposición de motivos de los proyectos de acuerdo que antecedieron el mencionado contrato se expresó que con su celebración se pretendían satisfacer necesidades como recuperar un espacio público para la comunidad -la Plaza Alfonso López (en la que se desarrollaba el festival de la leyenda vallenata)-, proteger el medio ambiente, recuperar y mejorar el sector en donde quedaría ubicado el parque, promover el festival de la leyenda vallenata como expresión de la cultura caribe y, además, por esa vía incentivar el turismo y la generación de empleo, lo que encuentra la Sala es que esos fines, para nada opuestos al interés general, se vieron opacados por la forma como quedó redactado el convenio, en clara y evidente desventaja para el patrimonio municipal y en

¹⁷⁸ La prohibición contenida en el artículo 355 constitucional tiene dos excepciones: i) la consignada expresamente en su inciso segundo y ii) la prevista en el artículo 368 Constitucional (Corte Constitucional, sentencia C-086 de 1998. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo de 2006, exp. AP-66001-23-31-000-2004-00543-01).

contravía del artículo 355 constitucional, de un lado, porque se pactó que el municipio debía pagar por el uso del bien que transfería, cuando expresamente en el acuerdo que autorizó su celebración se había señalado que el uso de todas las instalaciones era una contraprestación por la transferencia del predio y, además, porque no se incluyó, sin razón justificativa alguna, una estipulación o cláusula que indicara que las obras a ejecutar en el predio debían construirse con **recursos propios** de la Fundación, como también se dejó expresamente previsto en el referido acto administrativo, aspectos éstos a los que ya se refirió la Sala de manera amplia en el acápite que antecede.

En conclusión, dado que se encontraron probados los presupuestos que, según la posición unificada de la Sección Tercera de esta Corporación, permiten identificar la amenaza o vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa: i) elemento objetivo, la vulneración del artículo 355 constitucional y ii) el elemento subjetivo, el actuar arbitrario y alejado de los fines de la función administrativa del funcionario que celebró el convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, la Sala confirmará la sentencia apelada, en cuanto a la declaración de violación de ese derecho colectivo concierne, pero por las razones expuestas en esta providencia.

3.2.3.) Derecho colectivo a la defensa del patrimonio público

Las consideraciones que se dejaron expresadas en relación con la moralidad administrativa no sólo demuestran la vulneración de ese derecho colectivo, sino también la transgresión del derecho a la defensa del patrimonio público, pues, como se analizó, la transferencia de la propiedad del bien inmueble y de los recursos del presupuesto del municipio, en las condiciones en que tuvieron lugar, afectaron negativamente el patrimonio de este último, ya que, como quedó visto, no medió contraprestación que pudiera justificar tales erogaciones.

Frente a la vulneración de este derecho colectivo, en el recurso de apelación la Fundación expresó que la transferencia de los recursos no estaba probada en el proceso, afirmación que no corresponde a la verdad, puesto que, como se dejó anotado ampliamente en el acápite correspondiente, en el expediente obran suficientes pruebas que la acreditan.

Además, en la contestación de la demanda la Fundación expresó que con la celebración del convenio se contribuyó al enriquecimiento cultural de la Nación, que

es un bien inmaterial que hace parte del patrimonio público, por lo que consideró que los actos y el contrato demandados, en lugar de atentar contra aquél, lo alimentaron. Afirmó también que el “núcleo duro del derecho se mantuvo intacto” y que, inclusive, se vio enriquecido como consecuencia de una “apreciación de la más pura esencia suya”.

Frente al tema, la Sala debe precisar que, si bien el Festival de la Leyenda Vallenata fue declarado patrimonio cultural de la Nación¹⁷⁹ y, por tanto, según lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación¹⁸⁰, al igual que los bienes materiales, como el predio “la Esperanza”, hace parte del patrimonio público, lo cierto es que se trata de dos bienes por completo diferentes y, por ello, aun cuando uno y otro están relacionados, no pueden identificarse o mirarse como si se tratara de un solo bien y tampoco puede entenderse que el aparente beneficio de uno se pueda dar en sacrificio del otro, sin que se afecte el patrimonio público.

En este punto, oportuno es señalar que el derecho colectivo que se encontró vulnerado, por las razones antes expresadas, es el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, consagrado en el literal e) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, no el derecho colectivo a la defensa del patrimonio cultural de la Nación, reconocido en forma independiente en el literal f) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, pues no se encontraron lesionados o amenazados los bienes que lo integran¹⁸¹.

¹⁷⁹ Ley 739 de 2002.

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2009, exp. 2005-00213-01 (AP).

¹⁸¹ Al respecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 la ley 1185 de 2008 – vigente para la fecha de presentación de la demanda-, por medio de la cual se modificó y adicionó la Ley 397 de 1997 – Ley General de Cultura- y se dictaron otras disposiciones, integran el patrimonio cultural de la Nación, además de otros, “los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico o antropológico”.

Asimismo, debe considerarse que, según lo previsto en el inciso segundo del literal b) de ese mismo artículo 1, la declaratoria de bien de interés cultural de un bien material debe hacerse a través de acto administrativo mediante el cual, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley en cita, la autoridad nacional o las autoridades territoriales, indígenas o de los consejos comunitarios de las comunidades afrodescendientes, según sus competencias, determinan que un bien o manifestación del patrimonio cultural de la Nación queda cobijado por el régimen especial de protección o de salvaguardia previsto en esa norma.

El inciso cuarto ibídem señala que se consideran bienes de interés cultural de los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal, o de los territorios indígenas o de las comunidades negras de que trata la Ley 70 de 1993 y, en consecuencia, quedan sujetos al respectivo régimen de tales, los bienes materiales declarados como monumentos, áreas de conservación histórica, arqueológica o arquitectónica, conjuntos históricos, u otras

Ahora, es claro que el predio en el que se construyó el Parque de la Leyenda Vallenata y los recursos que fueron transferidos con tal propósito hacían parte del patrimonio público del municipio de Valledupar y, por ello, estaban amparados por el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público; en consecuencia, al haber encontrado la Sala que los bienes salieron del patrimonio de la entidad territorial sin que mediara contraprestación alguna, forzoso es concluir también que el núcleo del referido derecho colectivo sí se vulneró, lo que no puede desconocerse en razón del aparente beneficio que en tales condiciones se habría logrado en relación con el Festival de la Leyenda Vallenata, pues, se insiste, aunque éste forma parte del patrimonio cultural de la Nación, corresponde a un bien público diferente, amparado por un derecho colectivo también distinto de aquel por cuya protección se demandó, cuyo desmedro no puede entenderse compensado, justificado o remediado en razón del aparente beneficio que habría recibido el otro bien público.

Así las cosas, por las razones mencionadas, la Sala confirmará también la sentencia de primera instancia en cuanto a la vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público se refiere.

3.2.4.) Derecho colectivo al goce del espacio público

Aunque este derecho colectivo no fue invocado expresamente en la demanda, el Tribunal consideró probada su vulneración. Para hacerlo, flexibilizó el principio de congruencia, pero no vulneró el derecho de defensa de la Fundación, pues, como ya se analizó, la razón en la que sustentó su valoración tiene relación con la causa petendi de la demanda.

El Tribunal señaló que el predio “La Esperanza” fue adquirido por el municipio de Valledupar con la finalidad de ampliar el parque lineal Hurtado, razón por la cual, según lo previsto en la ley 9 de 1989, tenía la naturaleza de bien de uso público, afecto, por tanto, al espacio público.

denominaciones que con anterioridad a la promulgación de la ley 1185 de 2008 hayan sido objeto de tal declaratoria por las autoridades competentes, o hayan sido incorporados a los planes de ordenamiento territorial.

En este caso, según lo manifestó el Ministerio de Cultura en su contestación (folio 2267 del cuaderno 10), el Parque de la Leyenda Vallenata no ha sido declarado como un bien de interés cultural del ámbito nacional, se encuentra fuera del sector fundacional de la ciudad de Valledupar, por lo cual tampoco integra la zona de influencia del mismo y, además, la declaratoria de patrimonio cultural de la Nación que mediante ley 739 de 2002 se hizo respecto del Festival de la Leyenda Vallenata, no se hizo extensiva al lugar en el que éste se realiza.

Consideró que la transgresión de este derecho se dio porque, a pesar de que el bien se adquirió para que fuera de uso y goce de la comunidad en general, el municipio se lo entregó a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata para que construyera en él un parque privado, finalidad que, a juicio del Tribunal, fue la causa que en realidad motivó el cambio de destinación de bien de uso público a fiscal, permitiendo de esa manera que un particular restringiera el acceso al predio y se lucrara de su explotación en contra del patrimonio público del municipio, de la moralidad administrativa y del espacio público.

Frente al tema, en el recurso de apelación la Fundación señaló que el bien no era de uso público, que en la demanda la parte actora no tuvo en cuenta que la desafectación de ese tipo de bienes no está proscrita en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando se cumplan las condiciones del caso y, además, que como la finalidad con la que el municipio adquirió el bien (construir un parque) se mantuvo en manos de la Fundación, no se vulneró el espacio público, puesto que, aunque el bien es privado, su uso, según el convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, está destinado a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden el interés particular.

A los bienes de uso público se refiere el artículo 674 del Código Civil; sin embargo, en la actualidad ese concepto tiene una connotación y unos alcances que superan la clásica alusión que en ese artículo se hace a las calles, plazas, puentes y caminos, de manera que tal noción se ha ampliado y contemporáneamente comprende, de forma más general y abstracta, todos aquellos bienes públicos destinados al uso y goce directo o indirecto de la comunidad, en virtud de la idea o principio de *afectación al uso público*, que supone que el uso y goce del bien pertenece a la comunidad, por motivos de interés general que deben prevalecer respecto de intereses individuales.

El Consejo de Estado se ha ocupado en diversas oportunidades del régimen jurídico que cobija de manera especial a los bienes de uso público y, con tal propósito, ha destacado que son aquellos cuya titularidad pertenece al Estado, más precisamente a “la Nación”¹⁸², en tanto que su destino está orientado al uso de todos los habitantes de un territorio, propósito éste en virtud del cual las entidades responsables de su

182

Se entiende que pertenecen, en estricto sentido, a la Nación, art. 102 constitucional.

manejo ejercen unas potestades de regulación, administración, control y vigilancia¹⁸³ que, lejos de permitir la asimilación entre la propiedad privada y la titularidad que ostentan dichas entidades respecto de dichos bienes, apunta, exclusivamente, a propender porque se respete y se garantice el destino —natural o jurídico— de los mismos, que no es otro que el de servir a su utilización, en las condiciones que se correspondan con la naturaleza del bien y con la razonable y proporcionada reglamentación que su adecuado uso determinen, por parte de la colectividad.

En ese sentido, el artículo 82 constitucional dispone que es deber del Estado velar por la protección de la integralidad del espacio público -concepto dentro del cual en la legislación colombiana se entienden incorporados todos los bienes de uso público (artículo 5 de la ley 9 de 1989)- y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular; por ello, se opone a la naturaleza misma de esta clase de bienes el establecimiento de derechos exclusivos en beneficio de un exclusivo titular distinto de la Nación, sea éste de naturaleza pública o privada.

Con el fin de proteger tales bienes y, por tanto, su destinación al uso común, la Constitución Política de 1991 los dotó de un régimen jurídico especial, en tanto que, de conformidad con el artículo 63 superior, están por fuera del comercio, no pueden constituirse en objeto material de medidas cautelares adoptadas en proceso judiciales y tampoco son susceptibles de ser adquiridos por usucapión, es decir, son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Además, viene a complementar el régimen constitucional de protección, el artículo 6 de la ley 9 de 1989, según el cual el destino de los bienes de uso público sólo puede ser variado por los concejos municipales y distritales, a iniciativa de los respectivos alcaldes, bajo la condición inexorable de que sean canjeados por otros

¹⁸³ En este sentido, se ha afirmado lo siguiente: “Los (...) bienes de uso público, son aquellos que, si bien su dominio es igualmente de la República, su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente (como el de calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc.).

“Se tiene así que, por su propia naturaleza, estos bienes —los de uso público— no son objeto de un derecho de dominio similar al que se detenta respecto de un bien particular, puesto que están destinados al servicio de todos los habitantes.

“Por ello, en realidad respecto de ellos el Estado ejerce solamente derechos de administración y de policía, en orden a garantizar y proteger precisamente su uso y goce común, por motivos de interés general (art. 1° de la Carta Política)”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12249. En idéntico sentido, puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2001, exp. 16596.

bienes de características similares, equivalente o superiores¹⁸⁴; por tanto, si bien esta norma permite desafectar a un bien de su destinación al uso común, no permite privar a la comunidad del uso y goce al que tiene derecho según la destinación del bien desafectado, lo que impone la ineludible obligación de que sea remplazado por otro de condiciones equivalentes que pueda destinarse también al uso común, bien que, en consecuencia, deberá ser considerado como de uso público.

Ahora, la incorporación de los bienes de uso público al espacio público se da por expresa disposición legal, así lo prevé, entre otras normas, la ley 9 de 1989 que, además, por virtud de tal afectación les impone a las entidades titulares de tales bienes responsabilidades tendientes a la protección de su destinación y, por tanto, del espacio público.

En efecto, en el artículo 5 de la ley acabada de mencionar se definió que debe entenderse por espacio público “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos **arquitectónicos y naturales** de los inmuebles privados destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes” y, en el inciso segundo, señaló que constituyen espacio público de la ciudad las áreas requeridas, entre otros fines, para la recreación pública activa o pasiva y los parques.

Para el desarrollo de las responsabilidades que competen a los municipios respecto del espacio público y, por ende, de los bienes de uso público comprendidos en él, la misma ley, en su artículo 7, los autorizó para crear, de acuerdo con su organización legal, entidades responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunes, y también los

¹⁸⁴ El artículo 6 de la Ley 9ª de 1989 dispone, en lo aquí pertinente: “El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del alcalde o Intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.

El retiro del servicio de las vías públicas continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes”. El artículo 4 del decreto 1504 de 1998, por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial dispone: “El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público no podrá ser variado sino por los Concejos Municipales o Distritales a través de los planes de ordenamiento territorial o de los instrumentos que los desarrollen aprobados por la autoridad competente, siempre que sean sustituidos por otros de características y dimensiones equivalente o superiores. La sustitución debe efectuarse atendiendo criterios, entre otros, de calidad, accesibilidad y localización”.

autorizó para contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de tales bienes.

En el artículo tercero del decreto 1504 de 1998, por el cual se reglamentó el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial, se indicó que el espacio público comprende:

- “a. Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo;
- “b. Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;
- “c. Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Decreto”.

De lo anterior surge que los bienes de uso público hacen parte del espacio público en razón de su destinación, pero que el espacio público no se agota en ellos, puesto que comprende otros elementos y áreas de inmuebles privados y públicos.

En el artículo 5 de ese mismo decreto 1504 se indicó que el espacio público está conformado por el conjunto de elementos constitutivos y complementarios que allí mismo se indican. Los primeros, es decir, constitutivos pueden ser naturales o artificiales y, entre estos últimos se encuentran: “b. Áreas articuladoras de espacio público y de encuentro, tales como: parques urbanos, zonas de cesión gratuita al municipio o distrito, plazas, plazoletas, escenarios deportivos, escenarios culturales y de espectáculos al aire libre”.

En relación con estos últimos, en el artículo 19 de aquel decreto se señaló que “los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos”, pero advirtió enfáticamente que “En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular”.

Descendiendo al caso concreto, según el marco normativo que viene de estudiarse, en concordancia con el acervo probatorio que obra en el plenario, es posible establecer que, aunque para el momento de su transferencia a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata el predio “La Esperanza” era un bien fiscal, el municipio de

Valledupar lo adquirió a través de un proceso de expropiación, con la finalidad expresa de destinarlo a la ampliación del parque lineal Hurtado, luego su condición de bien de uso público y, por tanto, su afectación al espacio público era evidente.

Se agrega a lo anterior que lo que hace que un bien se catalogue como de uso público es la finalidad de su destinación; por ello, según ha explicado el Consejo de Estado, el hecho de que en el inmueble no se hubieren construido las obras públicas correspondientes previstas en nada afecta su condición de bien de uso público¹⁸⁵; además, si bien en el inciso segundo del artículo 33 de la ley 9 de 1989 se indica que las entidades públicas dispondrán de un término máximo de cinco años contados desde la fecha de publicación de esa ley o a partir de la fecha de la adquisición del bien, según el caso, para aplicar los bienes a los fines para los cuales los hubieren adquirido, so pena de tener que enajenarlos a más tardar al vencimiento de ese plazo, esa obligación, según el inciso tercero ibídem, no se aplica en el caso de los bienes adquiridos, entre otros fines, para la provisión de espacios públicos, como es el caso del predio “La Esperanza”.

El Tribunal consideró que el cambio de destinación del bien de uso público a fiscal que se realizó a través del acuerdo 007 del 3 de abril de 2000, también demandado, vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por haber favorecido el interés particular de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, por encima de los intereses de la comunidad; sin embargo, aunque, por las razones que enseguida se expresarán, la Sala encuentra que ese cambio de destinación vulneró el régimen jurídico especial que ampara a este tipo de bienes, no encuentra acreditado el elemento subjetivo que debe acompañar dicha inconstitucionalidad, en cuanto no está probado que los concejales que lo hicieron hubieran incurrido en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública, en consecuencia, no considera la Sala que, por este motivo, se hubiera vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, aunque sí los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y al goce del espacio público.

Está probado en el proceso que en el segundo debate al proyecto que antecedió la expedición del acuerdo 007 de 2000, el Concejo Municipal consideró que no era necesario cumplir el requisito establecido en el artículo 6 de la ley 9 de 1989 para cambiar la destinación de bien de uso público a fiscal, esto con fundamento en una

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2001, exp. 21859.

errónea ilustración sobre la interpretación de esa norma emitida por un asesor jurídico del municipio, según la cual, tal requisito aplica para barrios y urbanizaciones que tengan definida un “área de cesión o espacio público”, para “canjear ahí para dárselo en otro sitio”, circunstancia en la que, a juicio del asesor, no encajaba el caso del predio “La Esperanza”, porque no habría “canje ni cambio, ahí va a permanecer el mismo parque lineal Hurtado ...”¹⁸⁶.

Ya se dijo que la titularidad que se predica en cabeza del Estado sobre los bienes de uso público, reconocida expresamente por el artículo 63 constitucional, no puede asimilarse a la propiedad privada, pues aquella se justifica, exclusivamente, en el deber del ente público de velar y garantizar el destino natural o jurídico del bien; por ello, su representación en el patrimonio público no se limita al valor económico que pudiera otorgársele, sino que comprende aspectos no cuantificables en dinero, lo que explica la razón por la cual no pueden ser remplazados por cualquier clase de bien.

Es necesario aclarar, sin embargo, que si bien la desafectación no implica per se la extinción del dominio, sino la modificación del régimen jurídico que se aplica a ese tipo de bienes, es ella lo que permite que el bien pueda, eventualmente, salir del patrimonio público, en tanto que respecto suyo ya no se predicarán las características de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.

En ese orden de ideas, si, como ocurrió en el presente caso, la desafectación de un bien al uso público se da sin que medie el canje que ordena la ley, es posible que ocurra cualquiera de las siguientes situaciones: a) que no se extinga el dominio del Estado sobre él, pero que se vea afectado el espacio público, en razón a que no exista otro bien, de similares o mejores características, que esté al servicio público, es decir, que pueda servir al uso y goce de la comunidad en general o b) que se extinga el dominio del Estado sobre él, caso en el cual, además de la vulneración del espacio público, se verá afectado también el patrimonio público, puesto que, aun cuando medie contraprestación, esta clase de bienes, por su destinación que es la que justifica su titularidad en cabeza del Estado, no pueden compensarse sino por bienes de características equivalentes.

Así las cosas, aún si se considerara que las obligaciones que asumió la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata por la transferencia del bien constituyen una contraprestación, lo cierto es que, al no haberse canjeado el bien por otro de similares o superiores condiciones, éste no podía entenderse remplazado en el patrimonio público por dicha “contraprestación”.

Ahora bien, en cuanto al espacio público, considera la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata que el derecho colectivo a su goce no se afectó con la transferencia que del predio se hizo a su favor, toda vez que, a pesar de que hoy es un bien privado, su uso está destinado a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden el interés individual, por lo cual concluyó que en el Parque de la Leyenda Vallenata existe un espacio público, afirmación que sustentó en el artículo 5 de la ley 9 de 1989.

Al respecto se debe aclarar que, si bien las entidades públicas pueden decidir la destinación que pretendan darle a un bien y, por ello, su condición de bien de uso público afecta al espacio público, en el caso de la afectación de un bien privado a un interés general, como el espacio público, dicha afectación no depende de la mera voluntad de la administración, sino de la “competencia de la autoridad administrativa para determinar una afectación específica sobre la propiedad privada, **en los términos que haya determinado la ley**”¹⁸⁷ (destaca la Sala).

En ese sentido, el ya mencionado artículo 5 de la ley 9 de 1989 señala que están afectos al espacio público “**los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados**, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes” (destaca la Sala).

Ese artículo es desarrollado por el artículo 5 del decreto 1504 de 1998, en el que se identifican entre los elementos constitutivos artificiales o contruidos del espacio público a “las áreas y elementos **arquitectónicos espaciales y naturales** de propiedad privada que por su localización y condiciones ambientales y paisajísticas, **sean incorporadas como tales en los planes de ordenamiento territorial y los**

¹⁸⁷ PIMIENTO ECHEVERRY, Julián Andrés, “Derecho Administrativo de Bienes, los bienes públicos, historia, clasificación, régimen jurídico”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio de 2005, pág. 299.

instrumentos que lo desarrollen, tales como cubiertas, fachadas, paramentos, pórticos, antejardines, cerramientos” (destaca la Sala).

Como se observa, la afectación al espacio público no recae sobre todos los bienes privados, ni sobre la totalidad de un determinado bien, sino únicamente sobre los elementos o áreas que sean necesarios para la satisfacción de necesidades urbanas colectivas, que sean incorporados en los planes de ordenamiento territorial y en los instrumentos que los desarrollen.

Además, ya se anticipó que los bienes de uso público por su destinación -el uso y goce de toda la comunidad- hacen parte del espacio público, pero que este concepto no se agota en ellos, sino que se compone de otros elementos, entre los que se cuentan los referidos en las normas acabadas de citar. Ahora, el espacio público, como derecho colectivo, supone el derecho de todo habitante de utilizar todos los bienes de que él se compone¹⁸⁸; sin embargo, no es posible equiparar el uso que se predica en los bienes de uso público con el que puede ejercerse respecto de los elementos arquitectónicos espaciales de un bien privado afectos al espacio público, pues, si bien hacen parte del espacio público, “esto no quiere decir que todos los ciudadanos puedan utilizar directamente esos bienes, sino que toda la población tiene un derecho de *contemplación pasiva* ...”¹⁸⁹ respecto de ellos.

No se debe confundir, por tanto, el espacio público con el uso público, pues el uso del espacio público debe distinguirse según el tipo de bien de que se trate:

“... ello no podría significar bajo ningún concepto, que espacio público y uso público se confundan, el uso del espacio público debe diferenciarse según se trate de bienes de uso público o de elementos arquitectónicos de inmuebles públicos y privados. En el primer caso, se protege directamente el uso por parte de los ciudadanos, en el segundo estamos frente a la posibilidad de un uso pasivo, de contemplación de los mencionados elementos arquitectónicos”¹⁹⁰.

Entonces, aun cuando se considerara que las construcciones y demás adecuaciones que realizó la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en las 23 hectáreas del predio “La Esperanza” –las que, como ya se estudió en precedencia, en gran medida, habrían justificado que el municipio se despojara de su dominio-

¹⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia T-503 de 1992 y T-530 de 1997.

¹⁸⁹ PIMIENTO ECHEVERRY, ob. cit., pág. 310.

¹⁹⁰ Pimiento Echeverry, ob. cit., pág. 462.

estuvieran afectas al espacio público, lo cierto es que su uso no podría corresponder con el tipo de uso para el cual estaba destinado el bien -su utilización directa por toda la comunidad-, por cuanto – como enseguida se verá – la población no tiene acceso libre al predio, lo cual indica que no le cabe razón a la demandada al señalar que el goce al espacio público respecto de este predio, según los fines para los cuales lo adquirió el municipio, no se vulneró por el solo hecho de que, finalmente, en el inmueble se construyó un parque.

La jurisprudencia ha señalado que “el concepto de espacio público constituye una expresa limitación a la propiedad privada”¹⁹¹; sin embargo, no es eso lo que ocurre en este caso, pues, todo lo contrario, lo que se observa es una limitación del uso directo del bien por parte de la comunidad en general, en virtud del ejercicio del derecho de propiedad de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata.

En efecto, a partir de las obligaciones pactadas en el convenio del 18 de mayo de 2000, se extrae que la comunidad no puede ingresar al predio de manera libre, sino que su acceso está restringido en razón del ejercicio del derecho de propiedad por parte de la Fundación, así: de una parte, a los eventos que ésta realice en ejercicio de su derecho de goce del predio como atributo del derecho de propiedad y, de otra, al cumplimiento de las siguientes dos condiciones: a) que exista solicitud directa del despacho del alcalde municipal a la Fundación y, además, b) en fechas que no interfieran con la agenda de la Fundación¹⁹².

Todo lo anterior pone en evidencia la razón por la cual, en el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, aunque la ley permite que los municipios y distritos autoricen “su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos”, niega rotundamente la posibilidad de que se generen derechos reales sobre ellos por parte de entidades privadas – decreto 1504 de 1998, art. 19-, puesto que esa posibilidad se opone a la naturaleza misma de esta clase de bienes, es decir, a su destinación: el uso y goce por toda la comunidad¹⁹³, que es la característica que

¹⁹¹ Corte Constitucional, sentencia C-265 de 2002 y C-074 de 2006, entre otras.

¹⁹² Cláusula sexta del convenio.

¹⁹³ “...ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, la afectación al espacio público y al uso público o al uso de la colectividad no se identifica o no está determinada por el concepto de gratuidad, ausencia de regulación, de limitaciones o de libertad absoluta e irrestricta de acceso al bien para cualquier persona en cualquier tipo de condiciones. Basta decir que la utilización de cualquier tipo de bien – de dominio privado o público y dentro de esta última categoría los de uso privado o público, por destinación o afectación, demaniales naturales o legales, etc.-, tiene una regulación jurídica y ello conlleva que se

permite clasificarlos como bienes de uso público, protegidos por el régimen jurídico antes enunciado.

En ese contexto, resulta forzoso concluir que, al haber desafectado del uso público el predio “La Esperanza” sin canjearlo por otro de similares, equivalentes o superiores características, como lo dispone el artículo 6 de la ley 9 de 1989 y, después, haberse despojado el municipio de su derecho de dominio sobre él, se violó el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público y también el goce del espacio público, lo que impone que, respecto de esos derechos colectivos, se confirme también la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en lo que a este tema concierne, la Sala advierte que, si bien el incumplimiento del requisito establecido en el artículo 6 de la ley 9 de 1989 no fue expresamente invocado en los hechos de la demanda, éste guarda una íntima relación con el cambio de destinación del bien, supuesto fáctico al que sí se refirió expresamente la Procuraduría y al que le atribuyó, junto con otros, la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

Al cambio de destinación del predio “La Esperanza” se refirió la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en la contestación de la demanda para indicar que la desafectación se puede dar siempre que se cumplan los requisitos legales, argumento que trajo nuevamente en la apelación, pues pidió que, en lo que a ese aspecto concierne, se acudiera a lo que expresó en la contestación.

De acuerdo con lo expuesto en el literal a) del numeral 3.1.1 de la parte considerativa de la presente providencia, el juez de la acción popular tiene la obligación de analizar todos los hechos que se deriven de las pruebas aportadas al proceso, aunque no hubieren sido invocados expresamente por el actor popular y, en caso de advertir la amenaza o vulneración de algún derecho colectivo, debe adoptar las medidas que considere pertinentes para protegerlo, siempre que tales hechos tengan relación con la causa petendi de la demanda, lo que atempera la

impongan unos límites en cuanto a su uso y goce, para hacerlo racional y en algunas ocasiones eficiente, sin que tal circunstancia modifique la naturaleza jurídica o la destinación del bien, tal como lo dispone el artículo 678 del C.C.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2012, exp. 20253.

flexibilización del principio de congruencia frente al derecho de defensa, como antes se explicó.

Ahora, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y en concordancia con lo dicho de manera unificada por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹⁴, el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adoptó en primera instancia, así como los temas íntimamente ligados con los motivos que llevaron a la parte actora a recurrir la decisión, esto último, siempre que la revisión de tales asuntos no resulte adversa al recurrente¹⁹⁵.

Comoquiera que la desatención del artículo 6 de la ley 9 de 1989 es un hecho que se encuentra probado en el proceso, que tiene relación íntima con la causa petendi de la demanda en lo que concierne al cambio de destinación del bien para enajenarlo a la Fundación y, por esa vía, también la tiene con los fundamentos de la sentencia y con los motivos de la apelación, la Sala, en su condición de juez de la acción popular, está en la obligación de valorarlo -como ya en efecto lo hizo- y, al haber encontrado con fundamento en él la vulneración de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público y al goce del espacio público, debe adoptar las medidas pertinentes para protegerlos, lo que no vulnera el derecho al debido proceso de la Fundación, de un lado, porque tiene relación íntima con la causa petendi de la demanda y, por otro, porque su análisis no es adverso a la recurrente, en tanto que la sentencia de primera instancia le fue desfavorable.

3.3. La incongruencia de la sentencia por haber señalado en la parte considerativa que la acción popular no es el medio idóneo para anular actos administrativos o contratos y, sin embargo, haber emitido órdenes en la parte resolutive que, a juicio de la recurrente, corresponden a una declaración de nulidad.

El Tribunal suspendió los efectos tanto de los actos administrativos demandados, como del convenio de aporte del 18 de mayo de 2000, elevado a escritura pública

¹⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 9 de febrero de 2012, radicación 21.060.

¹⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, radicación 20.104.

(la 1134) el 15 de agosto de ese mismo año y, en consecuencia, ordenó: i) a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, inscribir la parte resolutive de la sentencia en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes al predio en el que se ubica el Parque de la Leyenda Vallenata, ii) a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata entregar, formal y materialmente, al municipio de Valledupar, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el inmueble que recibió en virtud del convenio de aporte del 18 de mayo de 2000 y iii) a dicho municipio, iniciar, en ese mismo plazo, los trámites tendientes a recuperar los dineros que recibió de la Comisión Nacional de Regalías y que transfirió a esa Fundación o, en su defecto, obtener la entrega real y material de las obras construidas en el parque.

Para la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata las órdenes emitidas por el Tribunal Administrativo del Cesar constituyen en realidad constituyen una declaración de nulidad, apreciación o argumento en el cual no le asiste razón, toda vez que no corresponden a los efectos que se derivan de una declaración judicial de nulidad, pues ésta comporta el rompimiento del vínculo contractual entablado por las partes y, por tanto, la cesación definitiva de los efectos del negocio jurídico, el cual se torna ineficaz tanto hacia el futuro como desde su génesis y, por ello, da lugar a que los efectos que se hubieren podido producir en razón de la existencia del negocio jurídico inválido deban, en lo posible, ser aniquilados, mientras que los que hubieren quedado pendientes de concretarse ya nunca se producirán.

Lo acabado de decir no es lo que ocurre en este caso, porque el Tribunal no emitió orden alguna que pudiera afectar el “convenio de aporte” desde su nacimiento y las declaraciones que realizó no pueden entenderse en ese sentido y con ese alcance, pues, de un lado, no se retrotrajeron las prestaciones que se ejecutaron en el contrato, como si éste no hubiera existido jamás y, de otro, porque la nulidad y, en consecuencia, sus efectos, no operan de pleno de derecho, puesto que en el régimen jurídico colombiano el axioma según el cual “no hay nulidad sin norma que la prevenga y sentencia que la declare”, así se desprende de lo previsto, entre otras normas, en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, 899 y 890 del Código de Comercio, en los que se identifican las causales por las cuales es posible predicar la invalidez de un negocio jurídico y, como resultado de ello, su nulidad absoluta o relativa, según corresponda.

Lo que observa la Sala es que, en su condición de juez de la acción popular, al encontrar vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y al goce del espacio público, el Tribunal adoptó, como es su deber -según lo prevé el artículo 34 de la ley 472 de 1998-, las medidas pertinentes y necesarias para restablecer los derechos colectivos enunciados.

Con esa competencia y teniendo en cuenta que, para restablecer los derechos colectivos vulnerados, resulta imprescindible e ineludible restituir en cabeza del municipio la propiedad del bien inmueble, el Tribunal, además de ordenar que se inscriba la parte resolutive de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, ordenó a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata proceder a la entrega formal y material del bien, lo que da cuenta, no de una nulidad, cuyos efectos, se insiste, afectan al contrato desde su nacimiento, sino de una transferencia del dominio del predio a favor del municipio de Valledupar a partir de que se cumplan las órdenes emitidas en la sentencia, las cuales encuentran sustento, no en la ilegalidad del contrato, sino en la necesidad de proteger y restablecer los derechos colectivos que se vulneraron con la transferencia del bien a la Fundación.

Así, entonces, con miras a proteger y restablecer los derechos colectivos que se encontraron vulnerados, se mantendrá la decisión de suspender los efectos de los actos administrativos 007 del 3 de abril de 2000 y 010 del 15 de abril de 2000, el primero, porque vulneró el derecho colectivo al goce del espacio público, pues varió el destino del predio “La Esperanza” al pasarlo de uso público a bien fiscal sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 9 de 1989 y, el segundo, porque para autorizar al alcalde municipal a transferir el dominio del predio “La Esperanza” a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata se basó en aquél.

Respecto del acuerdo 042 del 10 de agosto de 1998, la Sala no adoptará ninguna medida, en tanto que en realidad no produjo efectos, por cuanto, para la fecha en que se celebró el convenio por medio del cual se transfirió la propiedad del predio “La Esperanza” a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, las facultades que a través suyo se concedieron ya se habían vencido y, a pesar de lo dicho en el acuerdo 007 de 2000, no pudieron ser prorrogadas, porque también para la fecha de expedición de este último tales facultades habían expirado.

Conforme a lo anterior y en ejercicio de las facultades conferidas al juez de la acción popular por el artículo 34 de la ley 472 de 1998, respecto de las decisiones que puede adoptar para proteger los derechos colectivos que se encuentren amenazados o vulnerados, la Sala modificará la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de señalar que, por ser necesario para garantizar su protección y restablecimiento: i) a partir de la ejecutoria de la sentencia cesarán los efectos del convenio de aporte celebrado el 18 de mayo de 2000, elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto de ese mismo año, ii) la sentencia hará las veces de título traslativo del dominio y, en consecuencia, deberá ser registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar en los folios de matrícula inmobiliaria 190-814 y 190-95742, para efectos de que la titularidad del bien vuelva a quedar en cabeza del municipio.

iii) Dado que, según la información que obra en el proceso, los recursos públicos provenientes de regalías fueron transferidos por el municipio de Valledupar a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata para ser invertidos en la construcción del parque y éste debe pasar al dominio del municipio, no se mantendrá la orden dirigida a la entidad territorial en el sentido de iniciar los trámites pertinentes para recuperarlos, pero sí la que señala que la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata deberá hacer la entrega formal y material al municipio de Valledupar del inmueble aportado por éste mediante el “convenio de aporte” del 18 de mayo de 2000, elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto del mismo año, lo que supone también la entrega de las obras y de las mejoras en él construidas, pero el término para el cumplimiento de esta obligación se ampliará a cuarenta y cinco (45) días, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta sentencia.

En lo que a esas obras concierne, dado que la titularidad del predio se restituirá al municipio, éstas pasarán también a ser de propiedad de este último, lo mismo que las mejoras que se le hubieren podido realizar, teniendo en cuenta que está probado en el proceso que para su construcción se invirtieron recursos públicos. Respecto de las inversiones que hubiere realizado la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata sobre el predio en el tiempo que lo ha tenido bajo su dominio – aproximadamente 18 años– se tendrán por retribuidas con la explotación económica que ella ha realizado sobre el bien durante ese mismo período y, por tanto, el municipio no estará en el deber de entregar dinero alguno a la Fundación por ese concepto.

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

FALLA:

1. MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 1 de marzo de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia. Dicha sentencia, por consiguiente, quedará así:

PRIMERO: DECLÁRESE probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Cultura, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: EXCLÚYESE de toda responsabilidad al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE-, por no encontrarse que haya vulnerado los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, a la protección del patrimonio público ni al goce del espacio público, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: AMPÁRANSE los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, a la protección del patrimonio público y al goce del espacio público, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO: SUSPENDÉNSE los efectos de los acuerdos 007 del 3 de abril de 2000 y 010 del 15 de abril de 2000, proferidos por el Concejo Municipal de Valledupar, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

QUINTO: DECLÁRASE la cesación de los efectos del convenio de aporte celebrado el 18 de mayo de 2000, elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto de ese mismo año, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEXTO: TRANSFIÉRESE a favor del municipio de Valledupar la propiedad de las 23 hectáreas que éste le transfirió a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata a través del “convenio de aporte” del 18 de mayo de 2000, elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto de 2000, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SÉPTIMO: En consecuencia, **ORDÉNASE:**

1. A la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, inscribir la presente sentencia en los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 190-814 y 190-95742, pertenecientes al lote de terreno denominado Parque de la Leyenda Vallenata, la cual, en este caso, hará las veces de título traslativo del dominio, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

2. A la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, que en el término de cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, haga entrega formal y material al municipio de Valledupar del inmueble aportado por éste, cuyo dominio se transfirió a la Fundación mediante escritura pública No. 1134 de 2000, junto con sus construcciones y mejoras, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

3. Al municipio de Valledupar, que dentro del término de cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, reciba el predio las obras y las mejoras construidas en dicho parque, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

OCTAVO: REMÍTASE copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que determinen la posible responsabilidad de los funcionarios que participaron en la expedición de los acuerdos 007 y 010 de 2000 y en la celebración del “convenio de aporte” del 18 de mayo de 2000, elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto de ese mismo año, que dieron origen a la presente acción popular.

2. En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA