**BIENES DE USO PÚBLICO / Cesión obligatoria a título gratuito a la administración / Marco normativo y jurisprudencial.**

Esta figura jurídica encuentra soporte en el artículo 82 Constitucional, según el cual el Estado tiene el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común, que debe prevalecer sobre el interés particular. En palabras de la Sección Primera del Consejo de Estado: *“Las cesiones gratuitas constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles por la plusvalía que genera las diferentes actuaciones urbanísticas de los municipios. Se trata de* ***bienes que se incorporan al patrimonio municipal, con ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público****. Están destinadas a regular, con fundamento en el art. 82 de la Constitución, la integración del espacio público y de los bienes colectivos de uso común. Por lo demás, dichas cesiones gratuitas, con ocasión de la actividad urbanística,* ***comportan una carga a los propietarios que se enmarca dentro de la función social de la propiedad y su inherente función ecológica****, que requiere regulación legal en los términos del art. 58 de la Constitución”*. (Destacado de la Sala) Es decir, que dichas cesiones tienen lugar en aquellos eventos en los que se solicitan permisos para urbanizar o edificar a fin de procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes; ello en virtud de los artículos 58, 82 y 334 constitucionales, en relación con los presupuestos de uso del suelo en beneficio del interés común (…) En síntesis, la figura de las cesiones gratuitas debe comprenderse desde el punto de vista del beneficio a la comunidad en general, en razón a que *i).* corresponde a aquellas áreas o porciones de terreno que los urbanizadores o propietarios de inmuebles deberán destinar a la entidad territorial donde se encuentran ubicados para el disfrute colectivo, siempre que se efectúen solicitudes para adelantar actuaciones de índole urbanístico sobre dichos inmuebles, es decir, adquieren naturaleza de bien de uso público al ser parte integrante del espacio público, *ii).* se caracteriza por su gratuidad en favor de la entidad territorial, por lo cual no procede el reconocimiento de alguna contraprestación económica con ocasión al traslado de la propiedad, *iii).* el urbanizador del predio o su propietario adquieren una contraprestación no pecuniaria atinente al desarrollo y urbanización del bien, así el otorgamiento de beneficios para la comunidad.

**BIENES DE USO PÚBLICO / Cesión obligatoria a título gratuito a la administración / Obligación del municipio de establecer los procedimientos para la cesión.**

(…) vale la pena mencionar que los municipios tienen la obligación de determinar el procedimiento a seguir en materia de cesión de espacios públicos tanto de parte de propietarios de inmuebles, como de las personas naturales o jurídicas en calidad de urbanizadores. Sobre este punto, los artículos 2.2.6.1.4.6 y 2.2.6.1.4.7 del Decreto Nacional 1077 de 20158 establecen que los municipios y los distritos tienen a su cargo la función de *“determinar las demás condiciones y procedimientos para garantizar la incorporación de las áreas públicas al inventario inmobiliario municipal o distrital y establecer los mecanismos y procedimientos para asegurar el cumplimiento de las obras y dotaciones a cargo del urbanizador”*. Además, en el artículo 2.2.3.1.1 del citado decreto agregó que es “… *deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.*

**BIENES DE USO PÚBLICO / Cesión obligatoria a título gratuito a la administración / La responsabilidad de ceder recae en quien quiere urbanizar.**

Con respecto a la persona responsable de la cesión y la identificación de las áreas, la referida disposición legal establece: “*Parágrafo 1. Toda persona natural o jurídica que realice obras de urbanización o construcción deberá ceder a favor del Municipio a título gratuito las áreas requeridas para vías públicas tanto peatonales como vehiculares, incluyendo andenes, separadores de vías y bahías de acceso a parqueaderos públicos. Parágrafo 2. Así mismo, se cederán al Municipio, las zonas verdes y recreativas, tanto como las destinadas para servicios colectivos que han de ser de uso público, junto con los equipamientos que se construyan sobre estas de conformidad con las normas establecidas por el presente acuerdo, salvo en los casos expresos en que por disposición de este mismo no se exija su cesión*” (…) De ahí que es necesario subrayar que la obligación de ceder áreas destinadas al espacio público se deriva, como bien lo expresó el *a quo,* de quienes soliciten el permiso correspondiente para urbanizar o edificar en atención a la función social urbanística de la propiedad, la potestad de intervención del Estado en el uso del suelo y en razón a los beneficios que por dichas cesiones obtienen los habitantes, según lo consagrado en los artículos 58, 82 y 334 de la Constitución Política (…) En tal sentido, para que se declare el cumplimiento total de dicha obligación legal se requiere de la existencia de escritura pública, inscrita en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos, de conformidad con lo cual se evidencie que dichas áreas pasan a ser propiedad del Municipio (…).

**BIENES DE USO PÚBLICO / Cesión obligatoria a título gratuito a la administración / No es posible exigir contraprestación para llevarla a cabo / Vulneración de derechos e intereses colectivos.**

(…) no resulta procedente condicionar el cumplimiento de una obligación de rango legal como es el caso de la cesión obligatoria de las áreas de uso público en el marco de un proceso de urbanización, pues, para la Sala, es claro que los impuestos derivan de hechos generadores con fuente legal, es decir, regulados por esta y, asimismo, de conformidad con el principio de legalidad que rige en materia tributaria, a efectos de limitar cualquier tipo de actuación arbitraria por parte del Estado, no es viable conceder la condonación del pago de impuestos para que la entidad proceda a ceder tales áreas pues ello iría en contravía de la normatividad legal. (…) Adicionalmente, es necesario tener en cuenta el carácter gratuito de las cesiones obligatorias, que implica que el ente territorial no está obligado a dar un pago, es decir, no procede el reconocimiento de alguna contraprestación económica con ocasión al traslado de la propiedad, pues deviene la obligación del constructor o propietario de los bienes inmuebles de entregar de manera definitiva una porción del terreno sobre el cual ejerce la actividad urbanística, correspondiente a zonas para el uso y disfrute de la comunidad, pues como fue señalado previamente, “*las cesiones obligatorias gratuitas son una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar o edificar*”, cuyo objeto radica en obtener el *“mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” (art. 334 C.P.)* (…)A partir de lo expuesto, conviene precisar que la OPV Monseñor Baracaldo, como urbanizador propietario del proyecto de urbanización, incumplió de manera injustificada con la obligación de realizar los trámites para la cesión a título gratuito al Municipio de Tunja de las áreas destinadas como zonas viales, tanto peatonales como vehiculares, incluyendo andenes, separadores de vías y bahías de acceso a parqueaderos públicos y parques, ya que no es procedente condicionarla a la condonación de la deuda por concepto de IPU al tratarse de aspectos que no guardan relación directa entre uno u otro (…) Por tanto, para la Sala resulta evidente que el incumplimiento de la obligación legal asignada a la OPV Monseñor Baracaldo ha generado afectaciones a los habitantes de la urbanización y ha dificultado en parte la ejecución de funciones del municipio de Tunja ya que el primer paso corresponde a la transferencia del dominio de manera gratuita por parte de la OPV.

**BIENES DE USO PÚBLICO / Cesión obligatoria a título gratuito a la administración / Obligación de la administración de exigir su cumplimiento / Vulneración de derechos e intereses colectivos.**

(…) Dicho lo anterior, para esta Corporación Judicial, si bien la OPV Monseñor Baracaldo mantuvo una conducta omisiva respecto de sus obligaciones legales, ello no implica que el municipio de Tunja no tenga incidencia en la vulneración de los derechos colectivos de los habitantes de la urbanización, pues no llevó a cabo actuaciones determinantes, ni suficientes para instar u obligar a la OPV a la cesión de las áreas obligatorias, hecho este que ha generado que la afectación de derechos se prolongue con el paso del tiempo.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.

## http://images.google.com.co/url?q=http://www.cajpe.org.pe/infomacionporpaises/images/colombia_escudo.gif&usg=AFrqEzfgWyWgrhxYM1_HhyEayeIxMYvdTAREPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022)

## REFERENCIAS

**PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS**

ACCIONANTE: PERSONERÍA MUNICIPAL DE TUNJA

ACCIONADO: MUNICIPIO DE TUNJA, ORGANIZACIÓN POPULAR DE VIVIENDA -OPV MONSEÑOR BARACALDO.

RADICACIÓN: 15001-33-33-005-2018-00237-01

# ===================================

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Tunja contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuesta por la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario

S.A. (FIDUAGRARIA S.A.) y la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja-ECOVIVIENDA.

# ANTECEDENTES

## LA DEMANDA.

Luis Henry Carreño Leal, en calidad de Personero municipal de Tunja (en adelante el **ACTOR POPULAR**), instauró acción popular en contra del Municipio de Tunja y la Organización Popular de Vivienda (en adelante **OPV**) Monseñor Baracaldo, invocando la presunta vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, goce del espacio público, seguridad y salubridad pública, acceso y prestación de los servicios públicos y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes residentes de la Urbanización Monseñor Baracaldo.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó ordenar al municipio de Tunja adelantar las gestiones administrativas pertinentes para lograr la exclusión del pago del impuesto predial a la urbanización Monseñor Baracaldo desde el 2008 hasta la fecha con el objeto de realizar la legalización de los predios.

Asimismo, pidió que la entidad territorial adelante las obras necesarias para la construcción del alcantarillado, realice la pavimentación de las vías vehiculares y lo pertinente a las vías peatonales de la Urbanización Monseñor Baracaldo que comprende las vías carrera 7 Este, carrera 8 Este, carrera 8 A Este, entre calle 29A, hasta la zona verde que colinda con el área de cárcava al norte, y se realice la demarcación horizontal y señalización vial vertical de conformidad con las normas de tránsito, en especial, intervengan los ingresos mediante la construcción y/o instalación de bolardos que impidan de manera permanente el ingreso de vehículos automotores de alto cilindraje en las vías peatonales de la Urbanización Monseñor Baracaldo y se dote de mobiliario la zona verde de la urbanización.

Finalmente, solicitó ordenar al representante legal de la Urbanización Monseñor Baracaldo realizar los trámites ante la Secretaría de Hacienda Municipal para reconocer la exclusión del pago del impuesto predial, una vez se expida el acto administrativo por parte del Ente territorial de exclusión de pago del impuesto predial y realizar las gestiones para hacer la entrega de las áreas de cesión obligatoria al municipio.

Para efectos de lo anterior, el accionante relató cómo **HECHOS RELEVANTES**, los siguientes:

-El Monseñor Baracaldo donó a la OPV un lote de terreno ubicado en el barrio el Dorado del municipio de Tunja con el objeto de construir un programa de vivienda de interés social.

-La Curaduría Urbana No. 1 de Tunja expidió la Licencia de Urbanismo No. 144 y la licencia de construcción No. 156 para la urbanización Monseñor Baracaldo integradas por las manzanas A, B, C, D y E.

-Mediante escritura pública No. 1744 de 2007 se constituyó la urbanización Monseñor Baracaldo en la que quedaron establecidas las áreas a ceder tanto en zonas verdes como de vías peatonales y vehiculares.

-El Instituto de Vivienda de Interés Social y Ecovivienda celebraron convenio de Asociación No. 001-2007 cuyo objeto fue la construcción de 33 soluciones de vivienda de interés social en la Urbanización Monseñor Baracaldo segunda etapa. El municipio aportó $148.500.000, recursos que fueron girados a Fiduagraria.

-El Departamento de Boyacá, el Municipio de Tunja y el Instituto de Vivienda y Ecovivienda suscribieron Convenio Interadministrativo No. 183 de 2009 con el objeto de construir 33 viviendas de interés social, urbanización Monseñor Baracaldo, segunda etapa. La entidad ejecutora del proyecto fue la OPV Monseñor Baracaldo mediante el sistema de autoconstrucción y, para ello, el Departamento asignó subsidios a 33 núcleos familiares beneficiarios por la suma de $231.000.000.

-La Comunidad del barrio Monseñor Baracaldo ha adelantado gestiones ante Veolia Aguas de Tunja S.A. ESP para la instalación del alcantarillado para el manejo de aguas lluvias debido a los problemas de inundación y el desplazamiento del recebo de las calles hacia el barrio el Dorado. Frente a ello, la empresa respondió que el manejo de las lluvias se debe realizar a través de tuberías o de manera superficial mediante la pavimentación de las vías, obras que están a cargo del municipio de Tunja. Por tal razón, la comunidad del barrio solicitó a la administración municipal incluir a la urbanización dentro de las obras de los planes asociativos y de presupuestos participativos para el arreglo de la malla vial, frente a lo cual se les respondió por parte de la Secretaría de Infraestructura que las vías debían ser cedidas a favor del municipio de Tunja para poder realizar las obras de pavimentación.

-El municipio de Tunja fue omisivo en la exigencia del cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de los titulares de la licencia de urbanismo. A la OPV Monseñor Baracaldo le correspondía realizar y formalizar la cesión de las áreas obligatorias para su incorporación dentro del inventario vial y espacio público del municipio, no obstante, quien para entonces fungía como representante legal desapareció, lo cual conllevó a que en muchas situaciones el Convenio Interadministrativo fuera liquidado de manera unilateral por el Departamento de Boyacá por el presunto mal manejo de recursos y la imposibilidad de continuar realizando giros.

-Por tal razón, la comunidad constituyó una Asamblea de Asociados de la OPV Monseñor Baracaldo en liquidación en la cual se nombró nueva Junta Directiva y nuevo representante legal. De conformidad con información suministrada por la Cámara de Comercio, la OPV se encontraba disuelta por vencimiento de término de duración, cuya vigencia fue hasta el 17 de diciembre de 2013.

-Del mismo modo, la comunidad ha solicitado adelantar controles e instalar señales de tránsito en el barrio sin lograr actuación alguna por parte de la administración municipal, pues únicamente ha sido informada por parte de la Secretaría de Tránsito que se requiere contar con una certificación emitida por la oficina del asesor de planeación municipal en donde se indique que la vía se encuentra clasificada como vía peatonal dentro del proyecto urbanístico y del POT del municipio de Tunja.

-Ante la omisión del representante legal de la OPV Monseñor Baracaldo, la comunidad del barrio se ha visto afectada por no poseer zona de parques, ya que no realizó la entrega de las áreas de cesión obligatoria, ni el municipio las hizo exigibles. La Oficina Asesora de Planeación certificó que no existen escrituras de cesión de las zonas verdes, vías vehiculares y peatonales como se evidencia en el contenido de la constitución de la OPV.

-La Personería de Tunja ha adelantado un seguimiento con la administración municipal a fin de encontrar una solución para la comunidad del barrio, no obstante, pese a las solicitudes y reuniones es poco lo que se ha logrado. Dentro de las actuaciones adelantadas se tiene la solicitud de estudio de títulos de la Secretaría Jurídica municipal, la petición para realizar inventarios físicos con soporte técnico de vías, zonas verdes, y demás áreas de uso público de la urbanización, de lo cual se recibió levantamiento topográfico y cuadro de áreas, pero no el informe requerido.

-En la última reunión adelantada en la Personería de Tunja en el mes de mayo de 2018, se acordó que se requeriría a las Secretarías Jurídica y de Hacienda y a la Oficina Asesora de Planeación para que emitieran concepto sobre la procedibilidad de declarar las áreas consignadas en los planos topográficos como de interés social, utilidad pública o la posibilidad de realizar la aprehensión de las áreas referidas, frente a lo cual la Secretaría Jurídica municipal señaló que corresponde a la Oficina Asesora de Planeación en asocio con la Secretaría Administrativa adelantar los procedimientos de legalización según corresponda, o en caso de ser procedente, la Secretaría de Hacienda Municipal emita concepto sobre el tratamiento que se le debe dar en relación a los impuestos referidos en dichas áreas. Igualmente, solicitó a la Secretaría Jurídica municipal la ampliación de los estudios de títulos para la cesión de vías y zonas comunes de la citada urbanización.

-La Oficina Asesora de Planeación señaló que, frente a la posibilidad de realizar la aprehensión de las áreas objeto de la solicitud, dicho procedimiento no se encuentra establecido y reglamentado por la Alcaldía de Tunja, por tanto, no hay dependencia que lo desarrolle. Dicha respuesta no es de recibo toda vez que no abordó el análisis de la situación que se presenta en la comunidad, tampoco valoró que la urbanización en su momento contó con una licencia de urbanismo y construcción en la cual el curador consignó las áreas de cesión obligatorias que deberían ser entregadas al municipio de Tunja, aunado a ello, no dan salida jurídica que permita dar celeridad a que las áreas que ya existen físicamente ingresen al inventario municipal.

-Los titulares de la licencia tenían la obligación de hacer la entrega real de las áreas obligatorias y el municipio debía agotar todas las medidas y facultades otorgadas por la ley a fin de conminar al urbanizador de dicha entrega.

-Finalmente, la comunidad del barrio se ha visto perjudicada con la falta de interés de la administración municipal en adelantar cualquier proceso administrativo, esto es, exclusión de pago de impuesto predial, declaración de utilidad pública de los bienes inmuebles o proceso de aprehensión para brindar una solución, desconociendo el interés general de la comunidad.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

En sentencia del 15 de octubre de 2019, el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja resolvió:

“**PRIMERO.- DECLARAR** probada la excepción de “Falta de legitimación en la causa por pasiva” propuesta por la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A.-FIDUAGRARIA S.A. y la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja - ECOVIVIENDA, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- Declarar** que el municipio de Tunja y la Organización Popular de Vivienda -OPV Monseñor Baracaldo, vulneraron los derechos colectivos al goce del espacio público, seguridad y salubridad pública, acceso y prestación de los servicios públicos y la realización de construcciones,

edificaciones y desarrollos urbanos dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes residentes de la Urbanización Monseñor Baracaldo, contemplados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, por la omisión de la cesión obligatoria al municipio de las áreas que constituyen espacio público, la construcción del alcantarillado, la pavimentación, señalización y demarcación de las vías vehiculares y peatonales y la dotación de mobiliario a la zona verde de la urbanización.

**TERCERO.-** Ordenar a la Organización Popular de Vivienda - OPV Monseñor Baracaldo a través de su Representante Legal y/o quien haga sus veces, para que en el término máximo de tres (3) meses contados desde la ejecutoria de esta sentencia, realice los trámites necesarios para la cesión obligatoria de las áreas destinadas a la conformación de zonas verdes, de protección ambiental, vías, equipamiento colectivo y espacio público en general, al Municipio de Tunja y realice la solicitud de exclusión de pago de impuesto predial.

**CUARTO.- Ordenar al Municipio de Tunja** para que en el término máximo de tres (3) meses contados desde el momento en que se dé cumplimiento a lo ordenado en el numeral tercero de esta providencia, proceda a disponer los recursos en el presupuesto municipal, efectuar los estudios, diseños y obras de construcción de alcantarillado para aguas lluvias, pavimentación de las vías vehiculares y lo pertinente a las vías peatonales de la urbanización de conformidad con la licencia de urbanismo, realice la demarcación horizontal y señalización vial vertical de conformidad con las normas de tránsito y se dote de parque infantil, gimnasio y sillas en la zona verde de la Urbanización Baracaldo.

**QUINTO.- Conformar el Comité de verificación** por las siguientes personas y servidores públicos:

-El agente del Ministerio Público que actuó en el presente proceso o el que delegue.

-El agente de la Defensoría del Pueblo que actuó en el presente proceso o el que se delegue ante esta Corporación.

-El alcalde Municipal de Tunja.

-El representante legal de la Organización Popular de Vivienda

-OPV Monseñor Baracaldo o quien haga sus veces.

-El Personero del Municipio de Tunja que actuó como accionante en el presente proceso.”

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* señaló que quienes soliciten el permiso para urbanizar o edificar están obligados a ceder las áreas definidas por la ley, en atención a la función social que ostenta la propiedad. En relación con el caso concreto es obligación de la OPV Monseñor Baracaldo realizar los trámites para la cesión a título gratuito al Municipio de Tunja de las áreas requeridas para vías públicas tanto vehiculares, como peatonales (andenes, separadores de vías, bahías de acceso a parqueaderos y parques), en su calidad de urbanizador propietario del proyecto, obligación que hasta la fecha de expedición del fallo fue incumplida.

De conformidad con el material probatorio recaudado, se advirtió que el titular del derecho de dominio de la urbanización Monseñor Baracaldo es la OPV Monseñor Baracaldo el cual no ha realizado la cesión obligatoria de dichas áreas al municipio, además, teniendo en cuenta que el origen de estos bienes es privado, ello impide la inversión de dineros públicos pues este hecho se encuentra condicionado a la cesión efectiva de terrenos.

Agregó que el representante legal de la OPV debe realizar el trámite de la escrituración de las áreas de cesión gratuita a nombre del municipio ante notario y efectuar su entrega material y definitiva, y si bien al momento de la constitución de la OPV y para cuando se debió realizar el mentado trámite el señor Juan Isidro Barrera no ostentaba la calidad de representante legal, se comprobó que desde el 2013 fue nombrado en este cargo y tenía pleno conocimiento de la problemática que aqueja a los habitantes de la urbanización.

Señaló que la actuación omisiva del representante legal de la OPV Monseñor Baracaldo ha generado una vulneración de los derechos colectivos de la urbanización al igual que el municipio, pues las acciones que realizó no fueron suficientes para proteger de manera eficaz los derechos de los habitantes de la urbanización Monseñor Baracaldo.

Se evidenció que desde el 2012 el municipio tuvo conocimiento de la situación de la urbanización, pues hace más de cinco años sus habitantes han reclamado acciones por parte de la administración municipal observándose una falta de voluntad de la cesión e intervención de las áreas obligatorias para prestar de manera efectiva los servicios públicos a la comunidad.

Finalmente, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja – Ecovivienda, ya que la entidad no intervino en la construcción de las viviendas ni tiene competencia para solucionar lo relacionado con la garantía del acceso a los servicios públicos.

## RECURSO DE APELACIÓN.

El municipio de Tunja solicitó revocar el fallo de primera instancia al discrepar de la decisión en los siguientes aspectos:

-La entidad territorial no ha influido de manera directa en la afectación a los derechos invocados por el actor popular ya que la

Constitución Política prohíbe de manera expresa la inversión de recursos públicos a predios particulares como es el caso de las áreas objeto del litigio, hasta tanto la OPV no cumpla con la obligación de cederlas al municipio, pues, a su juicio, la referida entidad ha sido omisiva en el cumplimiento de la normatividad y de sus obligaciones adquiridas con ocasión a la licencia de urbanismo que le fue concedida. En tal sentido, manifestó que el *a quo* no tuvo en cuenta la imposibilidad del municipio para intervenir las áreas referidas mientras no se constituya como titular del derecho de dominio.

-El juez de primera instancia no tuvo en cuenta las pruebas que evidencian que el municipio dentro de sus posibilidades ha realizado algunas intervenciones menores a las vías buscando la garantía de los derechos colectivos de los residentes de la urbanización Monseñor Baracaldo y que no puede condicionar la cesión de las áreas referidas a la exclusión del pago de impuestos ya que del mismo modo, el Estatuto de rentas del municipio de Tunja no contempla la posibilidad de conceder la condonación del pago del impuesto predial e intereses causados.

-Por último, señaló que el a quo no tuvo en cuenta el proceso precontractual y contractual (y las etapas que los conforman) que se debe realizar para dar cumplimiento a la orden contenida en el numeral cuarto del fallo, por lo cual considera que el término otorgado para tal fin resulta imposible de cumplir.

## ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

* 1. **Oportunidad.** Mediante auto de 16 de diciembre de 2019 se corrió traslado a los extremos procesales por el término de diez días para que presentaran sus alegatos de conclusión, decisión que fue notificada el día 18 de diciembre. El término otorgado venció así: para las partes, el 23 de enero de 2020, para el Ministerio Público el 6 de febrero del mismo año.

Al examinar el expediente se observa que el Departamento de Boyacá radicó su escrito de alegatos el día 15 de enero de 2020, el representante legal de Ecovivienda el 20 de enero y Fiduagraria el 22 de enero del mismo año, en calidad de vinculados del presente proceso. Asimismo, se evidenció que el municipio de Tunja presentó sus alegatos de conclusión el 20 de enero de 2020. En tal sentido, se concluye que las mismas fueron radicadas en término.

* 1. **Parte vinculada (Departamento de Boyacá):** Reiteró los argumentos esbozados en primera instancia, solicitó confirmar la sentencia del 15 de octubre de 2019 y desvincularlo como sujeto pasivo de la acción al no ser la persona jurídica responsable de los hechos que presuntamente vulneraron los derechos colectivos objeto de litigio.
  2. **Parte demandada (Alcaldía de Tunja):** Reiteró lo expuesto en el recurso de alzada y solicitó revocar la decisión de primera instancia y declarar que el municipio de Tunja no ha vulnerado los derechos colectivos esgrimidos por el actor popular al considerar que del acervo probatorio se evidenció que la única responsable de la vulneración de dichos bienes jurídicos es la OPV Monseñor Baracaldo toda vez que tiene el deber de realizar la cesión obligatoria al municipio. Agregó que el fallo resulta inequitativo ya que endilgarle responsabilidad a la entidad de la vulneración de los derechos implica instarla a que vaya en contravía de las disposiciones legales que prohíben invertir en predios privados.
  3. **Parte vinculada (Ecovivienda):** Señaló que la OPV Monseñor Baracaldo ha sido omisiva en su calidad de urbanizador frente a la entrega, escrituración y cesión de las áreas obligatorias al municipio de Tunja pertenecientes a la urbanización Monseñor Baracaldo, hecho que ha generado limitantes al municipio de Tunja para llevar a cabo la legalización e intervención de las áreas de cesión obligatoria y la inversión de recursos públicos destinados al arreglo, mantenimiento de vías y alcantarillado, garantizando la prestación efectiva de servicios públicos, ya que se le prohíbe a la entidad territorial comprometer los recursos de esta naturaleza en bienes privados cuyo dominio no le ha sido transferido.
  4. **Parte vinculada (Fiduagraria):** Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia mediante la cual se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la entidad.

# CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, *i)* lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico, *ii)* la relación de los hechos probados, *iii).* fundamentos jurídicos de la decisión y, finalmente, *iv).* el estudio y la solución del caso en concreto.

## II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

* 1. **Tesis del juez de primera instancia**.

Se logró demostrar la vulneración de los derechos e intereses colectivos al goce del espacio público, seguridad y salubridad pública, acceso y prestación de los servicios públicos y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes de la urbanización Monseñor Baracaldo por parte de la OPV Monseñor Baracaldo y del municipio de Tunja, por cuanto la primera no realizó de forma oportuna la cesión obligatoria de las áreas al municipio, y este último, no llevó a cabo las actuaciones pertinentes para obtener de forma definitiva las áreas de cesión e intervenirlas con el objeto de garantizar los servicios públicos domiciliarios y dotarla de la infraestructura adecuada.

## Tesis de la apelación.

El municipio de Tunja solicitó revocar el fallo de primera instancia. Argumentó la imposibilidad jurídica de legalizar e intervenir las zonas de uso público de la urbanización Monseñor Baracaldo debido a la prohibición legal de invertir recursos públicos sobre predios particulares como es el caso de las áreas objeto de litigio. La vulneración de los derechos colectivos esgrimidos deviene de la omisión a sus deberes legales por parte de la OPV Monseñor Baracaldo en la cesión obligatoria gratuita de las referidas áreas al municipio de Tunja. Agregó que la OPV no puede condicionar la cesión de dichas áreas a la exclusión del pago de impuestos ya que el Estatuto de Rentas del municipio de Tunja no permite conceder la condonación del pago del impuesto predial e intereses causados en tales eventos.

## Planteamiento de los problemas jurídicos y tesis general de la Sala.

Atendiendo al objeto de la acción y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a esta Sala de Decisión analizar los siguientes problemas jurídicos:

¿El Municipio de Tunja y la OPV Monseñor Baracaldo vulneraron los derechos colectivos al goce del espacio público, seguridad y salubridad pública, acceso y prestación de los servicios públicos y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida, de los habitantes residentes de la Urbanización Monseñor Baracaldo?

A fin de arribar a una respuesta clara es necesario identificar los siguientes aspectos:

a.- Establecer si existe una imposibilidad legal por parte del municipio de Tunja en la inversión de recursos públicos para la intervención y legalización de la urbanización Monseñor Baracaldo.

b.- Determinar si es procedente condicionar la cesión de las áreas de la urbanización Monseñor Baracaldo destinadas al uso público (vías vehiculares, peatonales y zonas verdes) a la exoneración del pago del impuesto predial por parte de la administración municipal de Tunja o, si contrario a ello, se presentó una conducta omisiva de la OPV Monseñor Baracaldo al abstenerse de ceder las áreas objeto de litigio a la entidad territorial.

Para la Sala, tanto el Municipio de Tunja como la OPV Monseñor Baracaldo vulneraron los derechos colectivos objeto de amparo, ya que esta última omitió su deber legal de realizar la cesión obligatoria de las áreas destinadas a uso y disfrute de la comunidad y los compromisos asumidos en la licencia de construcción que le fue concedida. Asimismo, se tiene que, si bien existe una prohibición a las entidades territoriales en la inversión de recursos públicos en los inmuebles de propiedad privada, ello no obsta para que el municipio de Tunja hubiere adelantado las actuaciones necesarias y suficientes para lograr que la OPV llevara a cabo la cesión obligatoria correspondiente.

## II.2.- LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS.

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos relevantes:

A través de escritura pública No. 530 del 21 de marzo de 2006, se evidenció que el Monseñor Baracaldo donó el predio denominado “Urbanización Monseñor Baracaldo” ubicado en el municipio de Tunja con el objeto de ser destinado única y exclusivamente a la construcción de un programa de vivienda de interés social.

Posteriormente, se evidenció que a través de la escritura pública No. 1744 de 30 de julio de 2007, se constituyó la OPV Monseñor Baracaldo. Conforme los estatutos, la OPV “Monseñor Baracaldo” se constituyó como una entidad de carácter privado, sin ánimo de lucro, con personería jurídica con el objeto de propiciar el desarrollo de planes y programas de vivienda mediante la organización comunitaria y autogestión y su término de duración es de 10 años. Posteriormente, según certificado de existencia y representación legal, la OPV Monseñor Baracaldo fue disuelta e identificada como entidad sin ánimo de lucro con determinados objetos y facultades, como pasará a exponerse:

“CERTIFICA- VIGENCIA

Que la persona jurídica ***se encuentra disuelta por vencimiento del término de duración***, que su vigencia fue hasta el 17 de diciembre de 2013.

CERTIFICA-OBJETO SOCIAL

OBJETO PRINCIPAL. PROPORCIONAR CONDICIONES FAVORABLES QUE PERMITAN A LOS ASOCIADOS Y SUS FAMILIAS PROMOVER Y ADELANTAR PROGRAMAS DE CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDA POR SISTEMA DE AUTOGESTIÓN Y PARTICIPACIÓN COMUNITARIA Y BAJO ESQUEMAS DE ECONOMÍA SOLIDARIA.

(…)

CERTIFICA-FACULTADES Y LIMITACIONES

ATRIBUCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL: SON FUNCIONES DEL PRESIDENTE: \*-EJERCER LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA OPV Y COMO TAL SUSCRIBIR LOS ACTOS Y CONTRATOS EN REPRESENTACIÓN DE LA MISMA Y OTORGAR LOS PODERES NECESARIOS PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE LA ENTIDAD. NO PODRÁ DELEGAR FUNCIONES, SINO EN CASO DE AUSENCIA TEMPORAL Y CON PREVIA AUTORIZACIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL.

\*-CONVOCAR, PRESIDIR Y DIRIGIR LAS REUNIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DE LA MESA DIRECTIVA, ELABORANDO EL CORRESPONDIENTE ORDEN DEL DÍA, ABRIENDO Y CERREANDO LOS DEBATES, PRECISANDO EL TEMA EN CONSIDERACIÓN, DETERMINANDO EL TIEMPO DE CADA INTERVENCIÓN, ORDENANDO LA VOTACIÓN Y PROCLAMANDO

LOS RESULTADOS (…)”. (Destacado de la Sala)

Se observó Convenio de asociación No. 001-2007 de 26 de noviembre de 2007 suscrito entre el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja “Invitu”, Monseñor Ismael Baracaldo y la OPV “Monseñor Baracaldo”, cuyo objeto radicó en la construcción de 33 viviendas de interés social en la Urbanización Monseñor (segunda etapa) en beneficio de igual número de familias asociadas a la OPV.

Mediante las Resoluciones 202 del 17 de agosto de 2006 y 253 del 29 de septiembre de 2006 se concedió licencia de construcción en la urbanización Monseñor Baracaldo y modificaciones a los diseños urbanísticos. Asimismo, a través de las licencias de urbanismo No. 144 y No. 156, expedidas por la Curaduría Urbana No.1 de Tunja, se dispuso, entre otras, que *“debe protegerse en su totalidad los elementos que constituyen el espacio público y equipamiento urbano”*.

Reposa en el expediente informe de avalúo comercial del 21 de marzo de 2006 sobre la urbanización Monseñor Baracaldo de Tunja.

El 20 de septiembre de 2012, mediante derecho de petición, el señor Juan Isidro Barrera solicitó a Proactiva Aguas de Tunja la instalación del alcantarillado de aguas lluvias en el Barrio Monseñor Baracaldo, construido hacía 7 años. Mediante oficio No. 20125000195861 del 8 de octubre de 2012, Proactiva Aguas de Tunja dio respuesta al derecho de petición, en el que dispuso:

“1. La urbanización Monseñor Baracaldo, cuenta con toda la infraestructura sanitaria que recoge las aguas residuales de cada vivienda y las transporta por el sistema de alcantarillado para su adecuada disposición final, por esta razón se hace el cobro del servicio de alcantarillado. El manejo de aguas lluvias debe realizarse de manera independiente ya sea por medio de tuberías o de manera superficial por vías pavimentadas provistas de cunetas que garanticen la disposición final del agua lluvia sin causar inconvenientes en las zonas aledañas. También debe tener en cuenta que no es viable la construcción de sumideros en las vías de la Urbanización, en primer lugar, porque las redes existentes están diseñadas únicamente para recibir las aguas residuales y en segundo lugar porque las vías no están pavimentadas y todo el material afirmado puede ingresar al sistema causando problemas mayores de obstrucción y rebose por los aparatos sanitarios de las viviendas”.

Mediante oficio No. SI 236/246 de 7 de febrero de 2013, el Secretario de Infraestructura de Tunja dio respuesta al derecho de petición presentado por el señor Juan Isidro Barrera, informándole que las vías del sector no han sido cedidas al municipio por lo que no pueden realizarse las obras de pavimentación.

Con oficio SI 367/Rad 696 del 24 de febrero de 2013, el Secretario de Infraestructura respondió al representante de la OPV Monseñor Baracaldo la petición del 21 de febrero de 2013, en la que señaló: “*actualmente la administración municipal se encuentra*

*llevando a cabo un programa de mantenimiento y recuperación de la malla vial que se encuentra en avanzado estado de deterioro y que presenta alto volumen de flujo vehicular y peatonal. (…) Respecto a la malla vial del barrio Baracaldo, vías internas; se tendrán en cuenta para su adecuación en futuros proyectos de mantenimiento vial de barrios, de acuerdo con la disponibilidad de recursos económicos y teniendo en cuenta a su vez, que* ***dichas vías deben haber sido cedidas a favor del municipio de Tunja bajo el cumplimiento de las normas urbanísticas****”*. (Destacado de la Sala)

Mediante oficio No. 1.14.3-3-10 de 25 de abril de 2016, el Asesor de Planeación del Municipio de Tunja certificó que, respecto de las zonas verdes, las vías vehiculares y las vías peatonales de la urbanización Monseñor Baracaldo no existen escrituras de cesión de dichas áreas del municipio. Nuevamente, con oficio No. 1.14.3- 3-1-2830 de 24 de mayo de 2017, el Asesor de Planeación del Municipio de Tunja certificó que la urbanización Monseñor Baracaldo no hizo el proceso de cesión al municipio.

Mediante oficio No. 1.11-5 4516 de 3 de mayo de 2016, el Secretario de Tránsito y Transporte de Tunja dio respuesta al derecho de petición presentado por el señor Juan Isidro Barrera, señalando que para realizar controles sobre las vías del barrio Monseñor Baracaldo, la Secretaría de Infraestructura debe certificar que dicha vía es de uso peatonal dentro del proyecto urbanístico y dentro del ordenamiento territorial del municipio.

Mediante oficio No. 20173900173121 de 22 de mayo de 2017, la Directora de Vivienda y Edificaciones del Departamento de Boyacá dio respuesta al derecho de petición presentado por el Personero de Tunja, señalando que, respecto a la cesión de áreas comunes, el departamento no conoce si las mismas fueron objeto de cesión al municipio (las áreas objeto de cesión se encuentran dentro del predio de mayor extensión a favor de la Organización Popular de Vivienda Monseñor Baracaldo) y que es la OPV la garante de efectuar dichas transferencias al ente territorial.

Con oficio No. OAJ 101-09 del 31 de mayo de 2017, la Gerente de Ecovivienda señaló que, frente a la cesión de las áreas de la urbanización Monseñor Baracaldo al municipio, la OPV es una organización privada constituida como entidad sin ánimo de lucro y le corresponde realizar los trámites de las cesiones a favor del municipio.

Mediante derecho de petición de 23 de mayo de 2018, el Personero municipal de Tunja solicitó a la Alcaldía información sobre la procedibilidad de la declaración de las áreas consignadas

en el plano topográfico de la Urbanización Monseñor Baracaldo como de interés social, utilidad pública o la posibilidad de realizar la aprehensión de las mismas. Con oficio No. 1.14.3-3-6-3657 de 28 de junio de 2018, el Asesor de Planeación del Municipio de Tunja señaló que no es posible declarar las áreas a ceder de la urbanización Monseñor Baracaldo como de utilidad pública o de interés social, ni tampoco es posible realizar la aprehensión de las mismas.

Con oficio 1.2-1.11 1095 del 27 de julio de 2018, la Secretaría Jurídica de la alcaldía de Tunja informó a la Personería de Tunja lo siguiente:

“(…) con relación a la aprehensión de las zonas de cesión de la urbanización Monseñor Baracaldo, que **la oficina asesora de planeación en asocio con la secretaría administrativa del municipio de Tunja, son las competentes para adelantar los procedimientos de legalización según corresponda**: 1). A través de **la entrega formal y jurídica realizada por los urbanizadores o constructores**, atendiendo lo establecido en normas como la ley 9 de 1989, los decretos 1504 de 1008, 564 de 2006, 1469 de 2010 y el acuerdo municipal 014 de 2001, o 2). Mediante la declaratoria de propiedad pública con el fin de incorporar dentro del dominio del municipio las zonas de cesión obligatorias gratuitas, derivadas de los proyectos urbanísticos ya ejecutados, cuando el urbanizador ha incumplido la obligación de transferirlos a favor de la administración como desarrollo de la obligación legal de la cesión, consagrada en el artículo 117 de la Ley 388 de 1997, procedimiento previsto en el documento “Serie espacio público. GUIA No. 6 Saneamiento y Titulación de la Propiedad Pública Inmobiliaria del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial Dirección de Sistema Habitacional”. (Destacado de la Sala)

## II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

En relación con las pretensiones de la demanda, la Sala desde ya anticipará que confirmará parcialmente la decisión de primera instancia, conforme los argumentos que se exponen enseguida.

## Naturaleza y alcance de la acción popular.

De conformidad con el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, las acciones populares están dirigidas a proteger los derechos e intereses colectivos definidos expresamente por el constituyente o por el legislador, a través de

leyes ordinarias o tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia y debidamente incorporados al ordenamiento jurídico interno. Estas acciones proceden cuando tales derechos se vean amenazados o vulnerados, ya por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares.

En los términos del inciso segundo del artículo 20 de la Ley 472 de 1998, la acción popular es preventiva, reparativa y restitutoria, en la medida que se ejerce para: *i)* evitar el daño contingente, *ii)* hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos colectivos, o *iii)* restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Del marco normativo que regula las acciones populares se concluye que la prosperidad de las pretensiones tiene lugar cuando quedan debidamente acreditados los siguientes elementos:

* Que exista una real amenaza o vulneración de un derecho colectivo definido expresamente como tal por el constituyente o por el legislador.
* Que la amenaza o vulneración se haya dado como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas.

Para el efecto, es preciso *i)* identificar normativa y conceptualmente los derechos colectivos que se consideran amenazados o vulnerados, *ii)* examinar si realmente se encuentra acreditado que existe una amenaza o vulneración, y, finalmente,

*iii)* determinar si la amenaza o vulneración proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas (imputación).

## Generalidades conceptuales de los derechos colectivos invocados.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que los derechos colectivos, por oposición a los derechos individuales, son aquellos que se reconocen a toda la comunidad, de ahí que la titularidad del derecho recae en una pluralidad de personas identificadas como un todo y no individualmente en cada una de ellas.

Así, el artículo 88 de la Constitución Política, haciendo referencia enunciativa a algunos de ellos, le asignó al Congreso de la República la obligación de regular la acción popular y en cumplimiento de tal mandato fue expedida la Ley 472 de 1998 que en su artículo 4° amplió el listado de derechos colectivos,

manifestando que además de los derechos e intereses colectivos enunciados en el artículo 88 de la Carta Política, lo serían también los definidos como tales en las leyes ordinarias y los Tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia*.*

Para el caso, el accionante señaló como derechos colectivos vulnerados o amenazados, los siguientes:

* + 1. *Goce del espacio público y utilización y defensa de los bienes de uso público.*

La Constitución Política en su artículo 82 establece en cabeza del Estado el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-360 de 1999 precisó:

“La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre las cuales se estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, **la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos**…”. (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, sobre la conceptualización del espacio público, el artículo 5 de la Ley 9 de 1989 dispone:

“Entiéndase 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**.

Así, **constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular**, (…) las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos de amoblamiento urbano en todas sus expresiones (…) y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.” (Negrillas fuera del texto original).

Acerca de los elementos constitutivos del espacio público, el Decreto 1504 de 1998, “*Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial, sobre los elementos que componen el espacio público”*, señala en su artículo 3 lo siguiente:

“El espacio público comprende, entre otros, los siguientes

aspectos:

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**;

Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;

**Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Decreto**.” (Resalta la Sala)

Sobre el derecho al espacio público, la Corte Constitucional en la sentencia T-537 de 1997 indicó:

“En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común […] En principio, el uso del espacio público, en tanto derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares”.

* + 1. *Del derecho a la seguridad y salubridad pública.*

En términos generales, estas garantías propenden por evitar la generación y/o presencia de focos y factores que alteren la tranquilidad de los ciudadanos, en esa medida, el Consejo de Estado ha ligado este concepto al de orden público. Al respecto, señaló:

“La seguridad pública es uno de los elementos que tradicionalmente se identifican como constitutivo del orden público, e implica prevención de accidentes de diversos tipos y

de flagelos humanos y naturales, v.g. incendios, inundaciones, accidentes de tránsito, etc., lo mismo que prevención de atentados contra la seguridad del Estado”.

Sobre el concepto de “seguridad pública”, ha señalado esta

Corporación:

*“En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre* ***los conceptos de seguridad y salubridad públicas; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad****.” “…Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas (…).”1 (Destacado de la Sala)*

Específicamente sobre el concepto de la seguridad vial, se tiene que es un componente necesario para garantizar la convivencia pacífica en relación con el derecho a la libre locomoción. La Ley 769 de 2002 que contiene el Código Nacional de Tránsito Terrestre, le asignó al Ministerio de Transporte el deber de reglamentar las características técnicas de la demarcación y señalización de toda la infraestructura vial. Así lo dispone el artículo 5 que además advierte que su aplicación y cumplimiento corresponderá a los organismos de tránsito2 de la respectiva jurisdicción. Así mismo, el parágrafo 2° del artículo 110 ibídem, advierte que “*Es responsabilidad de las autoridades de tránsito la colocación de las señales de tránsito en los perímetros urbanos inclusive en las vías privadas abiertas al público*”; en este mismo sentido, el parágrafo 1° del artículo 115 de la norma en mención, luego de disponer sobre la obligatoriedad de las señales de tránsito, precisa: *“Cada organismo de tránsito responderá en su jurisdicción por la* ***colocación y el mantenimiento de todas y cada una de las señales necesarias para un adecuado control de tránsito*** *que serán determinadas mediante estudio que contenga las necesidades y el inventario general de la señalización en cada jurisdicción.” (Resalta la Sala)*

1 Sección Primera, sentencia del 28 de octubre de 2010, C.P. María Elizabeth García González, Rad. 2005-01449-01(AP).

2 ARTÍCULO 6o. ORGANISMOS DE TRÁNSITO. Serán organismos de tránsito en su respectiva jurisdicción:

1. Los departamentos administrativos, institutos distritales y/o municipales de tránsito;
2. Los designados por la autoridad local única y exclusivamente en los municipios donde no hay autoridad de tránsito;
3. **Las secretarías municipales de tránsito dentro del área urbana de su respectivo municipio y los corregimientos**;
4. Las secretarías distritales de tránsito dentro del área urbana de los distritos especiales;
5. Las secretarías departamentales de tránsito o el organismo designado por la autoridad, única y exclusivamente en los municipios donde no haya autoridad de tránsito.

(…)” Negrilla fuera de texto.

Ahora bien, con respecto al derecho a la salubridad pública, la Carta Política de 1991, en su artículo 49, dispone que el Estado tiene a su cargo la prestación de servicios tales como la atención de la salud y el saneamiento ambiental, razón por la cual se le debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, así como un saneamiento ambiental, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Ello por cuando es deber de toda persona procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Por su parte, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha definido la salubridad pública como *“la garantía de la salud de los ciudadanos* (…) *implica obligaciones que tiene el Estado de garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (…). Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria”3.*

Asimismo, la referida Corporación Judicial ha dispuesto que los conceptos de seguridad y salubridad pública hacen parte del orden público y se concretan en *“las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general, implica, (…) en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos”*.

* + 1. *Del derecho colectivo al acceso y prestación de los servicios públicos.*

Es un derecho de origen constitucional contemplado en el artículo 365, que establece el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional como función inherente a su finalidad social.

En relación con su carácter y naturaleza colectiva, basta con tener en cuenta que hace parte de la lista enunciativa del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, literal j, que le atribuye esta dimensión. Igualmente, importa destacar que este derecho se encuentra soportado en los postulados propios de un Estado Social de

3 Sección Primera, sentencia de 3 de septiembre de 2009. Rad. 85001233100020040224401.

Derecho que orienta necesariamente a su eficiencia y universalidad. Sobre ello, la Corte Constitucional refiere:

“En un Estado social de derecho como el nuestro, el suministro de los servicios públicos, no puede depender de la mayor rentabilidad que la prestación de los mismos genere, sino que debe obedecer a la materialización de los principios y teleología recogidos en la Carta política, los cuales propenden por la igualdad real y efectiva y por el respeto de la dignidad humana de todos los habitantes del territorio nacional. En esta medida el Estado debe garantizar sin discriminación alguna, la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, lo cual incluye, como es obvio la solución de necesidades básicas como la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable; es decir, lo que resulta indispensable para la concreción del “bienestar general” y “la prosperidad general”, sin que dichos postulados se tornen puramente en ilusorios, o en la prosperidad del menor número; sino que, por el contrario, se extienda cada vez a mayor cantidad de colombianos, mediante la prestación eficiente de los servicios públicos, hasta que los mismos lleguen a todos los hogares del territorio patrio”4.

* + 1. *Del derecho colectivo a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.*

Este derecho colectivo ha tenido un desarrollo jurisprudencial que lo vincula al cumplimiento de normas urbanísticas y de uso del suelo a fin de conducir al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

En este sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado enseñó que su naturaleza está determinada por: *“La necesidad de proteger la adecuada utilización, transformación y ocupación del suelo, de manera que las autoridades competentes no actúen de forma arbitraria en contravención del respectivo plan de ordenamiento territorial o instrumento que haga sus veces, a través de acciones que estén fuera de su marco normativo.”5*

Asimismo, la misma Corporación Judicial expresó que el núcleo esencial de este derecho colectivo comprende diversos aspectos entre los que se destacan: *“i. Respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad, ii. Protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación*

4 Sentencia T-752/11.

5 Rad. 68001-23-31-000-2012-00104-02(AP), 1 de noviembre de 2019, C.P. HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.

*con respeto por el espacio público, el patrimonio público y la calidad de vida de los demás habitantes; iii. Respeto de los derechos ajenos y no abusar del derecho propio; y iv. Atención de los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible”.*

## De la cesión obligatoria gratuita de bienes destinados al uso público. Procedimiento aplicable.

Esta figura jurídica encuentra soporte en el artículo 82 Constitucional, según el cual el Estado tiene el deber de velar por la protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común, que debe prevalecer sobre el interés particular. En palabras de la Sección Primera del Consejo de Estado:

“Las cesiones gratuitas constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles por la plusvalía que genera las diferentes actuaciones urbanísticas de los municipios. Se trata de ***bienes que se incorporan al patrimonio municipal, con ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público***. Están destinadas a regular, con fundamento en el art. 82 de la Constitución, la integración del espacio público y de los bienes colectivos de uso común. Por lo demás, dichas cesiones gratuitas, con ocasión de la actividad urbanística, ***comportan una carga a los propietarios que se enmarca dentro de la función social de la propiedad y su inherente función ecológica***, que requiere regulación legal en los términos del art. 58 de la Constitución”6. (Destacado de la Sala)

Es decir, que dichas cesiones tienen lugar en aquellos eventos en los que se solicitan permisos para urbanizar o edificar a fin de procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes; ello en virtud de los artículos 58, 82 y 334 constitucionales, en relación con los presupuestos de uso del suelo en beneficio del interés común. Esto mismo fue dispuesto por la Corte Suprema de Justicia al considerar que este tipo de cesiones urbanísticas se derivan del deber de los titulares de una actuación urbanística de ceder porciones de suelo para la conformación del espacio público, los equipamientos, las vías, etc, como mecanismo de las entidades territoriales para obtener áreas destinadas a las necesidades

6 CP. Dra. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO; 27 de enero de 2011. Rad. 15001-23-31-000-2002-

02582-01(AP).

urbanas (vías, zonas de equipamientos colectivos, zonas verdes, entre otras), como consecuencia de los procesos de urbanización7.

Por otro lado, el marco jurídico de las cesiones obligatorias también se fundamenta en la Ley 388 de 1997, que en su artículo 3 establece que el proceso de urbanización para el ordenamiento del territorio está relacionado con la función social de la propiedad y tiene por objeto:

“1. **Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos**, y su destinación al **uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios**. 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la **función social de la propiedad** a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible. 3. Propender por el **mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes**, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural. 4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.” (Destacado de la Sala)

Igualmente, el artículo 117 *ibídem* adicionó un parágrafo al artículo 5 de la Ley 9 de 1989, en el siguiente sentido:

“El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el sólo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual ***se determinen las áreas públicas objeto de cesión*** y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo”. (Destacado de la Sala)

Aunado a ello, el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1077 de 2015 de conformidad con la primacía del interés general establece que es “…*deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.*

7 Sentencia de 9 de noviembre de 1989, Radicado núm. 1937. M.P. Jairo E. Duque Pérez.

En síntesis, la figura de las cesiones gratuitas debe comprenderse desde el punto de vista del beneficio a la comunidad en general, en razón a que *i).* corresponde a aquellas áreas o porciones de terreno que los urbanizadores o propietarios de inmuebles deberán destinar a la entidad territorial donde se encuentran ubicados para el disfrute colectivo, siempre que se efectúen solicitudes para adelantar actuaciones de índole urbanístico sobre dichos inmuebles, es decir, adquieren naturaleza de bien de uso público al ser parte integrante del espacio público, *ii).* se caracteriza por su gratuidad en favor de la entidad territorial, por lo cual no procede el reconocimiento de alguna contraprestación económica con ocasión al traslado de la propiedad, *iii).* el urbanizador del predio o su propietario adquieren una contraprestación no pecuniaria atinente al desarrollo y urbanización del bien, así el otorgamiento de beneficios para la comunidad.

## El caso concreto.

De conformidad con los argumentos planteados en el recurso de alzada interpuesto por el municipio de Tunja, la Sala procederá a pronunciarse sobre los puntos de disenso expuestos en los siguientes acápites:

* + 1. *De la omisión de la OPV Monseñor Baracaldo en la cesión gratuita al municipio de Tunja de las áreas destinadas al uso común.*

El apelante afirmó que la OPV Monseñor Baracaldo incumplió la normatividad urbanística que destaca su obligación de ceder dichas áreas a la entidad territorial, por lo cual ha contravenido además los compromisos asumidos en la licencia de urbanismo.

Cabe destacar principalmente, que como se evidenció líneas atrás, para identificar las áreas de cesión obligatoria gratuita deben cumplirse con una serie de presupuestos los cuales se analizarán en el sub examine, así:

**a.- Que se trate de una zona objeto de urbanización.** En este caso, del acervo probatorio obrante en el proceso, se observó que la urbanización Monseñor Baracaldo fue destinada para viviendas de interés social, de conformidad con el folio de matrícula inmobiliaria No. 070-153001. Además, a la luz de las Resoluciones

202 del 17 de agosto y 253 del 29 de septiembre de 2006, se advierte que fue concedida licencia de construcción en la

urbanización Monseñor Baracaldo y modificaciones a los diseños urbanísticos, con lo cual se cumple con el referido presupuesto.

**b.- Constituyen estas zonas (integrantes del espacio público) las áreas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, los parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, los elementos constitutivos del amoblamiento urbano, y en general aquellas destinadas al uso y disfrute colectivo.** En el caso concreto corresponde a las zonas verdes, parques, las vías vehiculares y las vías peatonales, incluyendo andenes, separadores de vías y bahías de acceso a parqueaderos públicos de la urbanización Monseñor Baracaldo. Aunado a ello, cabe señalar que corresponde a una cesión Tipo A de conformidad con el POT del municipio de Tunja, que en el artículo 52 las define como *“la parte del predio* ***transferida por el urbanizador al Municipio de Tunja****,* ***a título gratuito*** *con* ***destino a zonas verdes, parques y equipamiento comunal público”.*** *(Destacado de la Sala)*

Así las cosas, comprendiendo que se trata de zonas de cesión obligatoria, de allí se desprenden una serie de obligaciones tanto para el urbanizador como para el municipio de Tunja, por lo cual es menester traer a colación algunas disposiciones normativas que regulan la materia a fin de establecer si en efecto, se presentó una omisión por parte de la entidad (OPV Monseñor Baracaldo).

Dicho esto, vale la pena mencionar que los municipios tienen la obligación de determinar el procedimiento a seguir en materia de cesión de espacios públicos tanto de parte de propietarios de inmuebles, como de las personas naturales o jurídicas en calidad de urbanizadores. Sobre este punto, los artículos 2.2.6.1.4.6 y 2.2.6.1.4.7 del Decreto Nacional 1077 de 20158 establecen que los municipios y los distritos tienen a su cargo la función de *“determinar las demás condiciones y procedimientos para garantizar la incorporación de las áreas públicas al inventario inmobiliario municipal o distrital y establecer los mecanismos y procedimientos para asegurar el cumplimiento de las obras y dotaciones a cargo del urbanizador”*. Además, en el artículo 2.2.3.1.1 del citado decreto agregó que es “… *deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo,*

8 Mediante el cual se han trazado disposiciones en lo que tiene que ver con el espacio público, las áreas de cesión, la incorporación de áreas públicas, la entrega material de las áreas de cesión y la entrega anticipada de cesiones.

*los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”.*

De lo expuesto, es pertinente tener en cuenta el artículo 51 del Acuerdo 14 de 2001, por medio del cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Tunja, que, frente a las áreas de cesión, señaló: *"(…)* ***áreas entregadas al municipio de manera obligatoria y a título gratuito por efecto de las diferentes actuaciones urbanísticas realizadas por el propietario*** *(...) destinadas a la conformación de zonas verdes, de protección ambiental, vías, equipamiento colectivo y espacio público en general." (Destacado de la Sala)*

No obstante, mediante oficio No. 1.14.3-3-10 de 25 de abril de 2016, el Asesor de Planeación de Tunja certificó que, respecto de las zonas verdes, las vías vehiculares y las vías peatonales de la urbanización Monseñor Baracaldo, no existen escrituras de cesión de dichas áreas del municipio.

Con respecto a la persona responsable de la cesión y la identificación de las áreas, la referida disposición legal establece: “*Parágrafo 1. Toda persona natural o jurídica que realice obras de urbanización o construcción deberá ceder a favor del Municipio a título gratuito las áreas requeridas para vías públicas tanto peatonales como vehiculares, incluyendo andenes, separadores de vías y bahías de acceso a parqueaderos públicos. Parágrafo 2. Así mismo, se cederán al Municipio, las zonas verdes y recreativas, tanto como las destinadas para servicios colectivos que han de ser de uso público, junto con los equipamientos que se construyan sobre estas de conformidad con las normas establecidas por el presente acuerdo, salvo en los casos expresos en que por disposición de este mismo no se exija su cesión*”.

Al respecto, para determinar la responsabilidad de la OPV Monseñor Baracaldo, en su calidad de urbanizador, de adelantar el proceso de cesión de las áreas obligatorias de la urbanización, la Dirección de Vivienda y Edificaciones del Departamento de Boyacá, en Oficio No. 20173900173121 de 22 de mayo de 2017, afirmó que la garante de efectuar dichas transferencias al ente territorial es la entidad aludida y del mismo modo, del Oficio No. OAJ 101-09 del 31 de mayo de 2017, la Gerente de Ecovivienda señaló que frente a la cesión de las áreas de la urbanización Monseñor Baracaldo al municipio, la OPV es una organización privada constituida como entidad sin ánimo de lucro y le corresponde realizar los trámites de las cesiones a favor del municipio. Sin embargo, se advirtió mediante Oficio No. 1.14.3-3-1-2830 de 24 de mayo de 2017, expedido por el Asesor de Planeación de Tunja, que la urbanización Monseñor Baracaldo no hizo el proceso de cesión al municipio.

De ahí que es necesario subrayar que la obligación de ceder áreas destinadas al espacio público se deriva, como bien lo expresó el *a quo,* de quienes soliciten el permiso correspondiente para urbanizar o edificar en atención a la función social urbanística de la propiedad, la potestad de intervención del Estado en el uso del suelo y en razón a los beneficios que por dichas cesiones obtienen los habitantes, según lo consagrado en los artículos 58, 82 y 334 de la Constitución Política.

En tal sentido, para que se declare el cumplimiento total de dicha obligación legal se requiere de la existencia de escritura pública, inscrita en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos, de conformidad con lo cual se evidencie que dichas áreas pasan a ser propiedad del Municipio, hecho este que no ocurrió en el caso en marras. Por lo tanto, es pertinente entrar a analizar algunos argumentos esgrimidos por la OPV Monseñor Baracaldo a lo largo del presente proceso que han sido objeto de reparo en el escrito de apelación.

* + 1. *Del condicionamiento de la cesión obligatoria de áreas destinadas al uso público de la Urbanización Monseñor Baracaldo a la exoneración del pago del impuesto predial por parte del municipio de Tunja.*

El Municipio de Tunja sostuvo en su impugnación que la OPV Monseñor Baracaldo pretendió justificar su omisión de la cesión de las áreas objeto de litigio en la supuesta procedencia de la condonación del pago del impuesto predial unificado (en adelante **IPU**) e intereses causados por parte de la entidad territorial.

Sobre este punto, resulta adecuado analizar las disposiciones del Estatuto de Rentas del Municipio de Tunja en aras de determinar si es viable el condicionamiento de la cesión obligatoria de estas áreas a la exoneración del pago del referido tributo.

Con este propósito, es pertinente resaltar que el Acuerdo municipal No. 0029 del 29 de diciembre de 2020, *“Por medio del cual se modifica el acuerdo 035 de 2018, Estatuto de Rentas del Municipio de Tunja y se dictan otras disposiciones”*, señala en su artículo 65 los sujetos pasivos obligados al pago del IPU dentro de los que se destacan los propietarios, o poseedores de predios ubicados en el ámbito de competencia territorial del Municipio de Tunja. Sin embargo, del artículo 83, que establece los bienes inmuebles sobre los cuales es procedente la exención total o parcial del impuesto, y del artículo 87, que identifica los predios excluidos del tributo, no está contemplado el caso de los bienes inmuebles que integran la urbanización Monseñor Baracaldo, por lo cual no resulta procedente condicionar el cumplimiento de una obligación de rango legal como es el caso de la cesión obligatoria de las áreas de uso público en el marco de un proceso de urbanización, pues, para la Sala, es claro que los impuestos derivan de hechos generadores con fuente legal, es decir, regulados por esta y, asimismo, de conformidad con el principio de legalidad que rige en materia tributaria, a efectos de limitar cualquier tipo de actuación arbitraria por parte del Estado, no es viable conceder la condonación del pago de impuestos para que la entidad proceda a ceder tales áreas pues ello iría en contravía de la normatividad legal.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta el carácter gratuito de las cesiones obligatorias, que implica que el ente territorial no está obligado a dar un pago, es decir, no procede el reconocimiento de alguna contraprestación económica con ocasión al traslado de la propiedad, pues deviene la obligación del constructor o propietario de los bienes inmuebles de entregar de manera definitiva una porción del terreno sobre el cual ejerce la actividad urbanística, correspondiente a zonas para el uso y disfrute de la comunidad, pues como fue señalado previamente, “*las cesiones obligatorias gratuitas son una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar o edificar*”, cuyo objeto radica en obtener el *“mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” (art. 334 C.P.)*.

A partir de lo expuesto, conviene precisar que la OPV Monseñor Baracaldo, como urbanizador propietario del proyecto de urbanización, incumplió de manera injustificada con la obligación de realizar los trámites para la cesión a título gratuito al Municipio de Tunja de las áreas destinadas como zonas viales, tanto peatonales como vehiculares, incluyendo andenes, separadores de vías y bahías de acceso a parqueaderos públicos y parques, ya que no es procedente condicionarla a la condonación de la deuda por concepto de IPU al tratarse de aspectos que no guardan relación directa entre uno u otro.

Por las anteriores razones, la Sala modificará la orden 3 de la parte resolutiva del fallo apelado para excluir de su contenido cualquier alusión a la exención del pago del IPU.

De igual forma, es necesario destacar que tampoco es razonable argumentar el incumplimiento por la ausencia del representante legal anterior de la OPV, debido a que, con independencia del cambio de representante legal, la organización adquirió una serie de compromisos con la comunidad relacionados con el acceso de vías públicas, servicios públicos domiciliarios, infraestructura de transporte, entre otros, tendientes al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

En relación a lo manifestado, se tiene que el material probatorio conduce a determinar que se han desatendido tales compromisos, pues, por un lado, el 20 de septiembre de 2012, el señor Juan Isidro Barrera, para entonces representante legal de la OPV, solicitó a Proactiva Aguas de Tunja la instalación del alcantarillado de aguas lluvias en el Barrio Monseñor Baracaldo, construido hacía 7 años, ya que desde dicha fecha no contaba con este servicio. Tampoco se han efectuado obras de pavimentación, ya que el Secretario de Infraestructura del municipio de Tunja, mediante oficio No. SI 236/246 de 7 de febrero de 2013, le informó que este hecho no es posible debido a que las vías del sector no han sido cedidas al municipio (también consta en derecho de petición del 29 octubre de 2014 a través del cual el señor Juan Isidro Monseñor Baracaldo solicitó a la Alcaldía de Tunja la pavimentación de las vías del barrio en cuestión).

Por tal razón, considerando que los compromisos referidos fueron asumidos de manera institucional y no personal, para la Sala no es justificado el argumento tendiente a deducir que la causa del incumplimiento de una obligación legal se reduce al cambio de representante legal de una entidad, como lo pretende la OPV.

* + 1. *De las actuaciones constitutivas de vulneración de derechos colectivos invocados en la presente acción constitucional por parte del municipio de Tunja.*

El municipio de Tunja invocó la imposibilidad de intervenir las áreas objeto de litigio mientras no se constituya como titular del derecho de dominio de las mismas y argumentó que el fallo de primera instancia resulta inequitativo al endilgarle responsabilidad a la entidad de la vulneración de los derechos colectivos, además, afirmó que ello implica instarla a que vaya en contravía de las disposiciones legales que prohíben invertir en predios privados como es el caso del *sub examine*. Agregó que, debido a la omisión de la OPV, se configuró un caso fortuito ajeno a la entidad que le ha impedido que la prestación de los servicios sea eficiente ya que ha intervenido hasta donde el ordenamiento jurídico se lo permite.

Al respecto, de conformidad con el POT del municipio de Tunja corresponde al municipio el recibo de la cesión gratuita de las áreas destinadas al uso público así:

“Artículo 56. *Recibo de zonas de cesión por el municipio*. La Administración Municipal por intermedio de la **Oficina Asesora de Planeación**, o la que haga sus veces, recibirá las áreas de cesión perfectamente terminadas y equipadas, **mediante escritura pública**, la cual se deberá **perfeccionar mediante registro de la escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos**, previa confrontación por parte de ésta de las áreas cedidas sobre plano a escala apropiada, donde se reverencien estas áreas y según lo estipulado en la minuta correspondiente. Si no se acreditare el cumplimiento de estos requisitos, la Administración Municipal, se abstendrá de suscribir la escritura de cesión correspondiente. Sin el cumplimiento de este requisito no se podrá expedir permiso de ventas. Parágrafo: Las escrituras a que hace referencia el presente artículo, reposarán en el lugar adecuado que para tal fin designe la Administración Municipal y cuyo proceso debe contar con el control de la Personería Municipal.” (Destacado de la Sala)

Ahora bien, en lo que respecta al procedimiento a seguir para llevar a cabo las cesiones obligatorias al municipio de Tunja, es importante resaltar que se encuentra regulado por el Decreto 313 del 3 de diciembre de 2014, en su artículo 5, que contempla:

"ARTÍCULO 5. ETAPAS. Para el cumplimiento de la obligación de cesión de las áreas indicadas en el artículo 2 del presente decreto, se deberán seguir los siguientes pasos:

-Verificación de documentos jurídicos para la escrituración y registro de las áreas de cesión.

-Verificación técnica de las áreas a ceder para determinar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto Municipal No. 241 de 2014 y el Decreto Municipal No. 268 de 2014.

-Escrituración de las áreas de cesión gratuita a nombre del municipio ante notario público Entrega Material y Definitiva de las áreas de cesión al municipio para el disfrute colectivo en las condiciones establecidas en el artículo 10 del presente Decreto.

-Registro de la escritura de cesión gratuita a nombre del municipio en la oficina de instrumentos públicos para la apertura del folio de matrícula inmobiliaria."

Por tanto, para la Sala resulta evidente que el incumplimiento de la obligación legal asignada a la OPV Monseñor Baracaldo ha generado afectaciones a los habitantes de la urbanización y ha dificultado en parte la ejecución de funciones del municipio de Tunja ya que el primer paso corresponde a la transferencia del dominio de manera gratuita por parte de la OPV.

Ahora bien, de acuerdo al planteamiento del recurso, existe una imposibilidad legal de invertir recursos públicos en bienes privados, por tal motivo, en principio se requiere identificar la naturaleza de los bienes objeto de la presente acción constitucional.

Al respecto, a través de escritura pública No. 530 del 21 de marzo de 2006, se evidenció que el Monseñor Baracaldo donó unos predios, ubicados en el municipio de Tunja, para ser destinados única y exclusivamente en la construcción de un programa de vivienda de interés social. Del mismo modo, se advierte que en los folios de matrícula No. 070-166796 correspondiente a las vías vehiculares de la urbanización, el No. 070-166797 de las vías peatonales y el No. 070-166798 de las zonas verdes de la urbanización, el titular del derecho real de dominio de dichas zonas es la OPV Monseñor Baracaldo, lo cual comprueba de manera integral con las pruebas previamente aludidas que no se ha efectuado la cesión de las áreas obligatorias conservando con ello el carácter de privadas.

De modo que, no es posible desconocer que las entidades territoriales no están habilitadas para invertir recursos públicos en bienes de propiedad privada, pues como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-507 de 2008, “*para que las entidades públicas puedan decretar auxilios o donaciones de recursos públicos a favor de personas naturales o jurídicas de derechos privado es necesario que concurran los siguientes requisitos: (i) principio de legalidad del gasto, (ii) reflejo en el plan de inversión, (iii) fundamento en mandato constitucional y (iv) principio de igualdad*”.

Igualmente, es menester indicar que, mediante Oficio 1.2-1.11 1095 del 27 de julio de 2018, la Secretaría Jurídica de la alcaldía de Tunja informó que la Oficina Asesora de Planeación, en asocio con la Secretaría Administrativa del municipio, son las competentes para adelantar los procedimientos de legalización de los bienes destinados al uso público, una vez se realice la entrega formal y jurídica realizada por los urbanizadores o constructores y que en aquellos eventos en los cuales el urbanizador ha incumplido la obligación de transferirlos a favor de la administración como desarrollo de la obligación legal de la cesión, las dependencias mencionadas podrán obtener la aprehensión de las zonas de cesión de la urbanización Monseñor Baracaldo mediante la declaratoria de propiedad pública, con el fin de incorporar dentro del dominio del municipio las zonas de cesión obligatorias gratuitas, derivadas de los proyectos urbanísticos ya ejecutados. Sin embargo, como se pudo advertir en Oficio No. 1.14.3-3-6-3657 de 28 de junio de 2018, el Asesor de Planeación del municipio de Tunja señaló que no es posible declarar las áreas a ceder de la urbanización Monseñor Baracaldo como de utilidad pública o de interés social, ni tampoco es posible realizar la aprehensión de las mismas en razón a la naturaleza privada de la urbanización Monseñor Baracaldo.

Si bien se pudieron evidenciar algunas actuaciones por parte del municipio de Tunja, como el programa de mantenimiento y recuperación de la malla vial que se encuentra en avanzado estado de deterioro y que presenta alto volumen de flujo vehicular y peatonal, también se debe reconocer que tanto el actor popular como el representante legal de la OPV Monseñor Baracaldo realizaron algunas solicitudes al municipio de Tunja y pusieron en conocimiento las condiciones y problemáticas en materia de servicios públicos y pavimentación de la urbanización.

Dicho lo anterior, para esta Corporación Judicial, si bien la OPV Monseñor Baracaldo mantuvo una conducta omisiva respecto de sus obligaciones legales, ello no implica que el municipio de Tunja no tenga incidencia en la vulneración de los derechos colectivos de los habitantes de la urbanización, pues no llevó a cabo actuaciones determinantes, ni suficientes para instar u obligar a la OPV a la cesión de las áreas obligatorias, hecho este que ha generado que la afectación de derechos se prolongue con el paso del tiempo.

Además, teniendo en cuenta la relación de conexidad entre sus funciones y las que deberá desarrollar la OPV, no es procedente desentenderse de sus obligaciones para garantizar la protección de los derechos colectivos en disputa. Dicho de otro modo, el municipio no puede justificar su incumplimiento como entidad garante de la protección de derechos y de la provisión de servicios públicos en la omisión por parte de la OPV.

Finalmente, el último objeto de reparo del recurso se centró en que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el proceso precontractual y contractual (y las etapas que los conforman) que se debe realizar para dar cumplimiento a la orden contenida en el numeral cuarto del fallo, por lo cual considera que el término otorgado para tal fin resulta imposible de cumplir. En tal sentido, se modificará el termino otorgado por el juez de primera instancia y, en su lugar, se concederá el término máximo de seis (6) meses para el cumplimiento de la orden contenida en el referido numeral.

Así las cosas, se confirmará el fallo impugnado con las modificaciones reseñadas en esta providencia.

# DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## FALLA:

**PRIMERO.- CONFIRMAR** el fallo proferido el 15 de octubre de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo de Tunja, salvo los numerales **TERCERO y CUARTO** de la parte resolutiva, que quedarán así:

**“TERCERO.-** Ordenar a la Organización Popular de Vivienda -OPV Monseñor Baracaldo a través de su Representante Legal y/o quien haga sus veces, para que en el término máximo de tres (3) meses contados desde la ejecutoria de esta sentencia, realice los trámites necesarios para la cesión obligatoria de las áreas destinadas a la conformación de zonas verdes, de protección ambiental, vías, equipamiento colectivo y espacio público en general.

**CUARTO.- Ordenar al Municipio de Tunja** para que en el término máximo de seis (6) meses contados desde el momento en que se dé cumplimiento a lo ordenado en el numeral tercero de esta providencia, proceda a disponer los recursos en el presupuesto municipal, efectuar los estudios, diseños y obras de construcción de alcantarillado para aguas lluvias, pavimentación de las vías vehiculares y lo pertinente a las vías peatonales de la urbanización de conformidad con la licencia de urbanismo, realice la demarcación horizontal y señalización vial vertical de conformidad con las normas de tránsito y se dote de parque infantil, gimnasio y sillas en la zona verde de la Urbanización Baracaldo.”

**SEGUNDO.- SIN** condena en costas en esta instancia.

**TERCERO.-** Acéptese la renuncia de la abogada DERLY P. PINZÓN SALOMON como apoderado judicial de la parte vinculada de la Empresa Constructora de Vivienda- ECOVIVIENDA, de conformidad con lo manifestado en memorial 23 de enero de 2020.

**CUARTO.-** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y de ello déjese registro en el Sistema “SAMAI”.

*Esta Sentencia fue estudiada y aprobada en Sala de Decisión No. 1, de la fecha.*

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*(Firmado electrónicamente en SAMAI)*

## FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

*(Firmado electrónicamente en SAMAI)*

## LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

*(Firmado electrónicamente en SAMAI)*

## DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

Magistrado

*Steph*

**Constancia:** “La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados integrantes de la Sala en la Plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.