



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-31-006-2013-00320-01
ACCIONANTE:	CÉSAR MANUEL BORRÉ MONTES
ACCIONADO:	JULIO HERNÁN ARBELÁEZ GÓMEZ – SOCIEDAD HICKMANN & CÍA y/o CONSTRUCTORA 2A – SECRETARÍA DE PLANEACIÓN – MUNICIPIO DE COVEÑAS
NATURALEZA:	ACCIÓN POPULAR

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, mediante la cual, se negó el amparo de los derechos colectivos invocados por el actor.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

CÉSAR MANUEL BORRÉ MONTES, solicitó la protección de los derechos colectivos, relacionados con la defensa del espacio público y la realización de construcciones respetando las disposiciones jurídicas vigentes; como consecuencia de ello, pidió se ordene a la Secretaría de Planeación y al Municipio de Coveñas, Sucre, suspender y posteriormente revocar, la licencia de construcción de obra nueva otorgada sobre el predio y/o lote de terreno distinguido con nomenclatura urbana calle 14 No. 8 A – 1865, en

¹ Ver folios 2-3 del cuaderno de primera instancia.

el sector de la primera ensenada de Coveñas, también identificado con código catastral No. 10200190015000 ó 01-02-0019-0015-000.

1.2.- Hechos y fundamentos de la acción².

Señala el accionante, que en abril de 2013, JULIO HERNÁN ARBELÁEZ GÓMEZ, SOCIEDAD HICKMANN & CÍA y/o CONSTRUCTORA 2 A, solicitó licencia de construcción en la modalidad de obra nueva a la Secretaría de Planeación, Obras Públicas y Saneamiento Básico de Coveñas y/o Municipio de Coveñas – Sucre, para levantar un edificio de diez (10) pisos, sobre el predio y/o lote de terreno distinguido con nomenclatura urbana Calle 14 No. 8 A – 1865, en el sector de la Primera Ensenada en Coveñas, también identificado con código catastral 10200190015000 ó 01-02-0019-0015-000.

Mediante comunicación del 30 de abril de 2013, el Secretario de Planeación de Coveñas informó a los vecinos que JULIO HERNÁN ARBELÁEZ GÓMEZ, Sociedad Hickmann & Cía y/o Constructora 2 A, había solicitado licencia de construcción para el proyecto de forma tal, que quien se sintiera vulnerado en sus derechos, podía presentar sus quejas y reclamos ante esa dependencia.

El 9 de mayo de 2013, la familia GÁNEM BECHARA, a través de apoderada judicial, presentó oposición al reseñado proyecto, con fundamento en los arts. 12 y 18 del Decreto 103 de 2008, proferido por la Alcaldía Municipal de Coveñas, por estarse tramitando con violación a las normas urbanísticas, relacionadas con los aislamientos laterales y posterior que debe respetar la nueva edificación, así como sobre un predio gravado con una limitación de zona de reserva para acceso a la playa.

Dice, que mediante oficio No. 600 – 0348 de 28 de mayo de 2013, el Secretario de Planeación, Obras Públicas y Saneamiento Básico, informó que el proyecto se ajusta a la normatividad vigente, por lo que no accedió

² Folios 1-3 del cuaderno de primera instancia.

a suspender o revocar la licencia de construcción del proyecto distinguida con el No. 70221-0-13-0029.

Agrega, que posteriormente la familia GÁNEM BECHARA a través de apoderado judicial, mediante escrito del 2 de julio de 2013, convocó a una reunión conjunta con el beneficiario de la licencia de construcción, la cual se llevó a cabo el día 13 de julio de 2013, en el predio objeto de controversia.

Durante tal reunión, afirma, se puso en conocimiento de los constructores del proyecto las irregularidades técnicas y jurídicas que se estaban cometiendo, comprometiéndose estos, a clarificar lo pertinente ante la Secretaría de Planeación Municipal, a fin de obtener solución definitiva e integral a las mismas.

Señala que a la fecha de demanda, han transcurrido 4 meses, sin que al proyecto se le hayan aplicado los ajustes requeridos y por el contrario, se había avanzado, en su construcción.

Es de anotarse que la demanda, es coadyuvaba por el señor Procurador 19 Judicial II Ambiental y Agrario.

1.3. Contestación de los entes accionados.

1.3.1. El señor JULIO HERNÁN ARBELÁEZ GÓMEZ³, a través de apoderado judicial, dio respuesta a la demanda, señalando que acepta algunos de los hechos demandados, otros no le constan y otros deben probarse, oponiéndose en todo caso a las pretensiones de la demanda.

Señaló como argumentos de su defensa, que la construcción por él adelantada, respeta el ordenamiento jurídico, amén de haberse efectuado las correcciones necesarias al proyecto, las que se plasmaron en el acta de concertación suscrita con el Municipio de Coveñas, al cederse un área de terreno para vía peatonal.

³ Folios 102 – 108, cuad. de primera instancia.

Como excepciones formula la de falta de requisito de procedibilidad, pues, el accionante no requirió a su representado, ni al municipio de Coveñas, la adopción de medidas necesarias para la protección del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, a términos del art. 144 del CPACA.

1.3.2. El Municipio de Coveñas⁴, por su parte, se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que los hechos demandados no son ciertos o no le constan, en tanto, no hay claridad sobre la calidad de bienes de uso público que esgrime el demandante sobre los bienes en conflicto, lo que a su vez, no permite afirmar que sea la acción popular el medio de control adecuado para las pretensiones perseguidas, resultando que el actuar del municipio, ha sido acorde con los lineamientos jurídicos existentes.

1.3.3. La Sociedad Constructora 2 A, a través de apoderado judicial, señaló que no se ha vulnerado derecho colectivo alguno; por el contrario, afirma, que *“contribuyó de manera gratuita a ceder un área de terreno para denominada vía peatonal (sic)”*.

Como excepciones formuló la falta de requisito de procedibilidad, al no haberse dado cumplimiento a lo señalado en el art. 144 del CPACA.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, mediante sentencia del 14 de abril de 2016, resolvió negar las pretensiones de la demanda, para lo cual afirmó:

“no se demostraron los requisitos sustanciales para que prospere la demanda presentada en ejercicio de la acción popular; pues, si bien el artículo 18 del Decreto 103 de 2008 decidió imponerle una afectación al inmueble individualizado con el código catastral 01-02-0019-0015-00 para la construcción de una vía peatonal, por esa sola disposición la correspondiente franja de terreno de ese

⁴ Folios 105 – 108 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Ver folios del cuaderno de primera instancia.

inmueble no pasó a ser un bien de uso público, ni espacio público; para esto la administración debió notificar la afectación a su propietario, inscribirla en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria y dentro del término de vigencia de la misma debió adquirir el área afectada por alguno de los medios establecidos en la ley y en el POT.

Pero, en cambio lo que sucedió fue que el acto administrativo particular o concreto que impuso la afectación no se le notificó al propietario del inmueble, y no se registró en el folio de matrícula inmobiliaria; por tanto, por mandato legal, por una parte, dicha afectación es inexistente; sin embargo, si no se está de acuerdo con la conclusión anterior, como además está demostrado que dentro del término legal de 3 años el Municipio de Coveñas no realizó las actuaciones necesarias para adquirir dicha franja de terreno de propiedad privada, se debe afirmar que la afectación quedó sin efectos de pleno derecho"

A parte de lo anterior, señaló "en cuanto a los retiros laterales y posterior, el Juzgado precisa que el peritazgo practicado a la solicitud de la parte demandante no ofrece certeza de sus medidas, por las inconsistencias que se anotaron entre lo que el perito expuso en la audiencia y lo que presentó por escrito. Adicionalmente, en cuanto a los retiros laterales tal estado de duda lo provoca también el hecho de que el perito no ingresó al inmueble y no indicó cómo o a través de que instrumento y sin ingresar al inmueble realizó la medición, ya que como él lo afirma y se nota en las fotografías que aportó existen paredes que encierran el inmueble objeto de la demanda. Recordemos que el POT de Coveñas definió los aislamientos como "la distancia horizontal libre, comprendida entre el lindero y el parámetro de la construcción", el perito no manifestó que tuvo en cuenta el paramento de la construcción para medir los aislamientos laterales.

De todos modos, para el Juzgado, en el caso concreto, que los retiros laterales no tengan las medidas establecidas en el D. 103 de 2008 no afecta el derecho e intereses colectivos al uso y goce del espacio público, ni el de la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, por dos razones, la primera porque ellos no hacen parte del sistema estructurante general, urbano y ambiental del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Coveñas, que está compuesto por las normas que aseguran la consecución de los objetivos y estrategias adoptadas en el componente del plan general y en las políticas y estrategias de mediano plazo del componente urbano (art. 15 Ley 388 de 1997); la segunda, porque son elementos de un inmueble privado cuyo fin no es satisfacer las necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los

habitantes, ya que como lo afirmó el perito de la Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla ellos tienen como finalidad "no molestar a los vecinos", y según el art. 75 del POT al ser parte del inmueble de propiedad propia permiten cerramientos que limitan el ingreso de cualquier persona"

Finalmente, a pesar de que el perito afirmó que el retiro posterior en uno de sus costados no cumplió con la medida de 4 metros, y en el documento que presentó dijo que la medida en su costado oriente fue de 0,00 metros, en la fotografía con la que ilustró el punto y que está en el folio 455 del expediente, se constata que en el lindero sur en el costado oriental existe un andén para el tránsito peatonal, que si hace parte del espacio público y es un elemento del sistema vial, del sistema estructurante urbano y ambiental".

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, el demandante interpuso recurso de apelación, afirmando:

"1. El decreto 103 de 2008 de la Alcaldía de Coveñas es un acto administrativo de carácter general, cuya vigencia y exigibilidad no controvierte ni siquiera el más osado de los constructores.

2. El decreto 103 es un acto administrativo que goza de presunción de constitucionalidad y legalidad, la cual no ha sido desvirtuada, ni siquiera censurada mediante juicio de nulidad.

3. El artículo 18 del Decreto 103 relacionó, identificó e individualizó unos predios urbanos en Coveñas, los cuales no son susceptibles de desarrollos urbanísticos y está congelada la expedición de licencias de construcción.

4. Al leer el listado de predios afectados por el art. 18 del Decreto 103, se observa que en el número 3 se incluyó el predio distinguido con código catastral 01-02-0019-0015-00..."

Agrega a lo anterior, que no es cierto que las afectaciones impuestas en el Decreto 103, hayan dejado de tener vigencia, pues, aceptar tal postulado es tanto como decir, que en Coveñas no existe normatividad que regule las construcciones urbanísticas para la primera enseñanza.

⁶ Folios 705 - 707 del cuaderno de primera instancia.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 21 de junio de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante⁷.
- En proveído de 25 de agosto de 2016, se dispuso correr traslado a la partes por el término común de 5 días para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto de fondo⁸; en el mismo auto, se negó la práctica de las pruebas pedidas a la segunda instancia por el demandante.
- Las partes formularon sus alegatos de segunda instancia, de la siguiente manera:

El demandado JULIO HERNÁN ARBELÁEZ GÓMEZ y CONSTRUCTURA 2 A⁹, señaló que debe confirmarse la decisión recurrida, pues, de conformidad con el art. 167 del C. G. del P., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas, por lo que, en este caso, el actor no probó que el bien inmueble donde se construyó el edificio Puerto Madero es de uso público, por el contrario, se acreditó que la construcción se realizó previa expedición de licencias de construcción y las exigencias requeridas para el mismo y *“además está probado que el inmueble es de propiedad privada y que a su vez los constructores realizaron una cesión al Municipio de Coveñas Sucre 135 Mts².*

Igualmente en el proceso no está acreditado la afectación de las playas por parte de la construcción del edificio Puerto Madero, como tampoco de que existiese impedimento legal alguno para la expedición de la licencia de construcción del edificio Puerto Madero”.

El demandante¹⁰, ratifica los argumentos señalados en la demanda, reafirmando que *“el edificio Puerto Madero se erigió sobre un lote que no*

⁷ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 5 del cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 24 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 25 del cuaderno de segunda instancia.

podía ser desarrollado, salvo que se reservara en su lindero Este u Oriental (costado derecho), la franja de seis (6) metros de ancho, destinada a ser acceso público peatonal a la playa, lo que no sucedió, puesto que lo que dejaron los constructores fue todo lo contrario, es decir, un callejón tipo manga de corral ganadero de un (1) metro de ancho en su lindero Oeste u Occidental (costado izquierdo)".

De igual manera, agregó, se halla probado que el edificio en comento, se construyó irrespetando las disposiciones jurídicas que dan prevalencia a la calidad de vida de la comunidad, pues, se vulneró el art. 18 del Decreto 103 de 2008.

El Ministerio Público¹¹, en su intervención, luego de hacer un recuento de lo ocurrido en el trámite procesal, señaló, *"que no obstante no poderse atender las pretensiones de la demanda, si debe dejar constancia que el Municipio de Coveñas fue negligente en atender la disposición que le obligaba a adquirir la franja de terreno con los propietarios de los predios afectados para la vía peatonal a la playa (V – 2) en un ancho de 6 metros, de igual manera, el Secretario de Planeación de la época que expidió la Resolución 053 de 2013, tranzó la franja en un área 1,50 metros de ancho en franca violación de la norma municipal"*.

Para el Ministerio Público, no es posible la condena, en tanto, la licencia de construcción debió atacarse en su momento a través del medio de control de nulidad y no esperar a que la construcción se adelante, para posteriormente acudir mediante la figura de la acción popular, puesto que no se trataba de un espacio público, ni de un bien de uso público como lo señala la sentencia de primera instancia.

¹¹ Folio 28 – 353 del cuaderno de segunda instancia.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998.

2.2.- Problema jurídico.

De los extremos de la litis y de los argumentos del recurso de alzada, se observa que el problema jurídico a resolver, consiste en determinar: ¿La construcción del edificio conocido como Puerto Madero, ubicado en el predio de nomenclatura urbana Calle 14 No. 8 A – 1865 de la ciudad de Coveñas, pese a contar con la correspondiente licencia urbanística, vulnera o amenaza derecho colectivo alguno, haciendo procedente el medio de control utilizado?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. La acción popular, hoy medio de control de protección de los intereses y derechos colectivos

La acción popular está regulada en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos:

*“Artículo 88. La Ley regulará las acciones populares para la protección de los **derechos e intereses colectivos**, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella”*
(negritas fuera del texto)

En desarrollo de esta norma constitucional, se expidió la Ley 472 de 1998, la cual en su artículo 2º define las acciones populares así:

“Artículo 2º. Las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”

De las normas que han quedado transcritas, se desprende que la acción popular, es el mecanismo constitucional y procesal idóneo para la protección de los derechos e intereses colectivos, definidos como tales en la Constitución Política, en las leyes y tratados de derecho internacional celebrados por Colombia¹², cuando estos resulten lesionados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Su objeto, siguiendo las voces de la Corte Constitucional, es evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio actual sobre dichos derechos e intereses o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible¹³.

Entendiéndose por derecho e interés colectivo, aquel *“interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección”*¹⁴.

De igual forma, esta acción, se erige como *“un derecho político, constitucional y fundamental, basado en los principios de autogobierno democrático, libertad individual y solidaridad, que tiene como propósito principal asegurar el goce efectivo de los derechos e intereses colectivos.”*¹⁵, dotándose al ordenamiento jurídico, de una herramienta idónea para dar eficacia material a los últimos, y confiriéndole, a su vez, al juez

¹² Consejo de Estado, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, expediente AP. 3654, sentencia del 1 de noviembre de 2001.

¹³ Corte Constitucional, S T-528 de 1992 del 18 de septiembre de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999. M.P Dra. Martha Victoria Sachica de Moncaleano; Sentencia C-1062 de 2000. M.P Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2011. M.P Dra. María Victoria Calle Correa.

constitucional, la facultad de emitir órdenes (hacer o no hacer), que tiendan a retrotraer las cosas, al estado en que no existiera la supuesta vulneración al bien jurídico de orden constitucional, sin que se prevea un límite formal, para tomar las medidas que a bien se consideren para la garantía y protección de los mismos. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado:

“De acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior si ello fuere posible -art. 2-, cuando quiera que por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, sean violados o amenazados -art. 9-. Casos en los que corresponde al juez popular adoptar las órdenes de hacer o de no hacer, definiendo de manera precisa la conducta a cumplir, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño y, en fin, exigir la realización de las conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible -art. 34-, de manera tal que se garantice la eficacia de los derechos vulnerados, como lo exigen los artículos 2 y 88, constitucionales.

(...)

*La supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la actividad de las autoridades, incluyendo la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de los derechos colectivos con la eficacia que su trascendencia exige. Desde antaño se conoce que un derecho se garantiza si está dotado de mecanismos de protección eficaces, de manera que no es dable sostener que la Carta Política garantiza los derechos colectivos si las autoridades encargadas de su protección no cumplen los deberes que les son exigibles y si el juez no corrige eficazmente las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible. **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, sino que su deber***

tiene que ver con la adopción de las medidas que sean necesarias para restablecer la cosas al estado precedente a la vulneración del derecho o del interés colectivo, de ser ello posible, como lo demandan los mandatos superiores bajo análisis."¹⁶

2.3.2. Del presente medio de control, aplicado a actos administrativos que conceden licencias urbanísticas

La jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁷, ha sido enfática en manifestar que la acción popular contra actos administrativos, procede siempre que éstos amenacen o vulneren los derechos e intereses colectivos y en esa medida, el juez constitucional tiene la facultad de suspender la aplicación o ejecución del acto administrativo, siempre que se acredite que vulnera o amenaza derechos e intereses colectivos. Sin embargo, se resalta que la nulidad de dichos actos es de competencia exclusiva del juez contencioso administrativo, entonces mal podría entenderse que mediante el trámite de una acción popular, se puede anular un acto administrativo (art. 144 CPACA).

En efecto, cuando la finalidad que se pretende, es que el juez ordene la nulidad del acto administrativo y que como consecuencia de ello, el acto desaparezca del mundo jurídico, las acciones que se deben adelantar son las consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no la acción popular prevista por la Ley 472 de 1998.

Situación diferente, es que la intención del actor consista en proteger un derecho colectivo por la existencia de actos administrativos y por ello, solicite la suspensión de la decisión.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2013. Expediente 2011-00047-01 (AP). C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, C. P. RAFAEL E. OSTA DE LAFONT PIANETA, Rad. N° 25000-23-25-000-2003-01278-01 (AP), 3 de noviembre de 2005.

2.3.3. Espacio Público

El concepto de espacio público viene definido por el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989, como el conjunto de inmuebles públicos y 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.

De manera textual, dicha norma señala:

***“Artículo 5º.-** Entiéndese 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 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”.

Anotándose, que el Constituyente, dada su incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos, le otorgó al concepto del espacio público un grado de importancia tal, que decidió elevarlo a rango constitucional como derecho colectivo. En la ponencia presentada para primer debate ante la plenaria

de la Asamblea Nacional Constituyente, los miembros de la Comisión encargada manifestaron al respecto:

“La Comisión acogió la propuesta de algunos de los proyectos presentados a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, a fin de mantener la integridad y calidad del espacio público, de elevar a canon constitucional el principio de su prevalencia sobre el interés particular y el deber del Estado, las personas y la colectividad de enriquecerlo, mantenerlo, de impedir su deterioro y reparar su integridad y calidad, cuando se dañe.

[...] El concepto de espacio público [...] hace relación no sólo a los bienes de uso público, sino a aquellos bienes de propiedad privada que trascienden lo individual y son necesarios para la vida urbana. Los antejardines, las zonas de protección ambiental, los escenarios privados a los cuales accede el público (como los teatros), caen bajo ese concepto que permite un manejo urbano en el que el elemento público y colectivo prevalece sobre el particular” ¹⁸.

De esta manera, dentro del ordenamiento jurídico se encuentran una serie de normas por medio de las cuales se concreta la voluntad del Constituyente. A nivel constitucional, existen varias reglas superiores que determinan el uso al cual está destinado el espacio público y su primacía sobre el interés particular, las características de los bienes que lo conforman y la consagración de un deber de protección del mismo en cabeza del Estado. Al respecto, se pueden distinguir entre otras, las siguientes:

“Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.”

“Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

“Artículo 82. 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”.

¹⁸ Ver Gaceta Constitucional No. 58, p. 38 y 39.

En esta línea, el artículo 313 de la Constitución Política enuncia que le corresponde a los Concejos Municipales, reglamentar los usos del suelo y de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de los inmuebles destinados a la vivienda. A su vez, el numeral 1º del artículo 315 de la Carta, les confiere a los Alcaldes el deber cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas y los acuerdos del Concejo Municipal; y el numeral 2º establece que el alcalde es la primera autoridad de policía del municipio.

Es decir, que cada municipio define de modo independiente, la manera en que se ordena su territorio y establece las reglas que determinan el uso al cual, se destinan los bienes que forman parte del mismo. Concomitantemente, son los alcaldes quienes tienen, por expresa atribución constitucional, en su respectivo ámbito de competencia, la responsabilidad de hacer efectiva ésta regulación; especialmente aquellas normas relacionadas con la protección del espacio público y su destinación al uso común, claro está, ajustando siempre sus actuaciones a la constitución y la ley.

En complemento de lo anterior, el artículo 6º de la Ley 9 de 1989 establece que:

“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. [...]

Los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público, así como las vías públicas, no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito.”¹⁹

El Código de Régimen Municipal²⁰ lo trata en varios de sus artículos y uno de los objetivos de la Ley de Ordenamiento Territorial de 1997, es garantizar

¹⁹ Artículo 6 de la Ley 9 de 1989.

²⁰ Decreto 1333 de 1986.

“que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, y velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres.”²¹.

De lo anterior, se puede colegir que el espacio público y los bienes que lo conforman, por su incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos, cuentan con una especial protección dentro del ordenamiento jurídico, haciéndolos *“inalienables, imprescriptibles e inembargables”* y consagrando un deber en cabeza del Estado, de rango constitucional, de preservar su integridad y su destinación al uso y goce de la colectividad.

2.3.4. Espacio público. Afectación y desafectación.

La afectación, consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual, se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto. Como se desprende de la anterior definición, para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificables: a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público.

Luego, la afectación puede consistir en una manifestación de voluntad o en hechos de la administración, por cuanto existen bienes naturales en donde la sola presencia del bien, implica la titularidad del dominio en cabeza del Estado, pues, hay normas genéricas que así lo disponen, (a manera de ejemplo, los ríos son de uso público, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 677 C. C.). Pero respecto de la afectación por hechos de la administración respecto de los bienes artificiales, la legislación ha señalado que la naturaleza jurídica particular, no se altera por el uso público.

²¹ Artículo 1 de la Ley 388 de 1997.

Ahora bien, las reglas básicas para que ocurra la afectación al uso público de un bien, pueden describirse como sigue:

a) La existencia de una manifestación de voluntad o de actitudes de la administración, que permita asegurar que el uso de un bien se encuentra a disposición del público. Dentro de la primera opción (manifestación de voluntad), se encuentra la facultad de que dispone el ente estatal de obtener un bien (Capítulo III de la Ley 9a. de 1989, el artículo 17 del Decreto 855 de 1994, adquisición de inmuebles por negociación directa) y destinarla al uso público o la posibilidad de expropiar un bien, cuyo uso sea menester ofrecerlo al público (el artículo 58 constitucional faculta al Estado para expropiar bienes por motivos de utilidad pública o de interés social que el legislador defina). Dentro de la segunda opción, o sea, las actitudes de la administración, se cita a guisa de ejemplo la inauguración de una obra que se abre al público o presentar abierta una calle para su uso.

b) Existencia de un título de dominio. Esta formalidad se presenta en forma diversa de acuerdo con el tipo de afectación que se realiza, entonces, si se adquiere un bien, en este caso, se requiere un título traslativo de dominio que lo respalde, si se expropia es necesaria la Sentencia judicial o el acto administrativo que lo decreta. Pero también existen bienes que se afectan por ministerio de la ley, por cuanto el título puede consistir en una ley que faculta al Estado para ostentar el derecho real de manera directa (ejemplo: el Código Civil dispone que las calles son de uso público).

c) La afectación debe ser real y efectiva, esto es, que la cosa sea apta para el destino público y que tenga el carácter de ser idónea para el uso público. En palabras de la Ley 9a. de 1989, artículo 5º, se requiere que el bien presente un interés público manifiesto y conveniente.

Contrario sensu, la Desafectación es el fenómeno jurídico por el cual, un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial, ya sea del

Estado o de los particulares. Es necesario aclarar, que la desafectación no consiste en una extinción del dominio, sino en una modificación del régimen jurídico que se le aplica.

Con relación a la teoría de la desafectación, en el derecho colombiano, existen dos teorías, a saber:

La primera teoría: hace referencia a la negación de desafectación respecto de bienes de uso público, de los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación, por cuanto el artículo 63 de la Carta Política, otorga a esos bienes el carácter de inalienables. Además se considera, que la titularidad de los bienes de uso público se encuentra en cabeza de la comunidad, por lo cual, el Estado no tiene el poder de disposición respecto de ellos.

Por otro lado la segunda tesis²², se esboza en consideración con los siguientes argumentos:

- Las características de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de uso público que se predicen en el artículo 63 de la Constitución, se conservan mientras el bien ostente la calidad de dominial, por lo tanto, si un bien cambia de categoría jurídica, puede someterse a las reglas establecidas en el Código Civil, que regulan lo referente a los bienes patrimoniales. Esta teoría recoge lo afirmado por Marienhoff, que dispone la calificación de un bien como un “concepto jurídico”, en donde la existencia del dominio público o privado depende de la voluntad del legislador.

En el derecho, la norma general de conducta predica que las cosas se deshacen como se hacen. Entonces la forma como se realiza la desafectación de un bien, es la forma como se afecta, por tanto, la

²² La esencia de esta teoría se encuentra esbozada en decisión de octubre 10 de 1973 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. M. P. Alberto Moreno Gómez. Revista Justicia Administrativa. Volumen I No. 5 1975.

desafectación debe sucederse a través de un acto que demuestre una **manifestación de voluntad** clara e inequívoca, del deseo de sustraer del dominio público un bien, que debe acompañarse de hechos fácticos. Pero solo en situaciones excepcionalísimas, es la ley quien señala cómo se efectuará la desafectación a través de **hechos de la naturaleza**, es el caso consagrado en el artículo 719 del Código Civil, cuando dispone que el aumento que recibe la ribera de un río o de un lago por el lento e imprescriptible retiro de las aguas, pueden dar origen a la adquisición de ese terreno (es la figura del aluvión).

Dentro de esta tesis, se sostiene que respecto de **hechos del hombre**, la desafectación no produce efecto alguno, por cuanto existe norma constitucional que dispone la obligación para el Estado de preservar y garantizar el espacio público, dentro del cual se encuentra el uso público. (artículos 82 y 88 de la Carta)²³

Para los doctrinantes que defienden esta tesis, los requisitos para que la desafectación de bienes de uso público sea posible, es menester:

a) Que el bien encargado de prestar un uso público haya perdido su propósito, no por actos negligentes u omisiones de las autoridades encargadas de preservarlos, esto es, que la pérdida de utilidad pública de un bien no se debe al incumplimiento de la ley.

b) Que exista el asentimiento de la autoridad competente directo e inequívoco de desafectar un bien de uso público o un hecho de la naturaleza, que así lo demuestre. Entonces, la falta de uso de un bien, no es el único factor determinante dentro de la teoría de la desafectación, por cuanto de no existir una manifestación clara de autoridad competente o ley que lo autorice, sería aplicar la prescripción extintiva del dominio a este tipo de bienes, aspecto que está prohibido expresamente por la Constitución (artículo 63).

²³ Al respecto puede verse las Sentencias T-502/92, T-508/92 entre otras.

c) Para desafectar un bien de uso público situado en áreas urbanas y suburbanas, el artículo 6° de la Ley 9a. de 1989, establece la necesidad de “canjear” un bien por otro de características equivalentes, esto es, por otro bien que sea capaz de prestar el mismo uso común, con la salvedad de que no se trate de vías públicas (dentro de la cual se encuentra las calles, puentes, etc).

En este punto, es pertinente hacer referencia a que en la legislación, independientemente de la teoría que se acoja, existe normatividad expresa que niega la desafectación de ciertos bienes de uso público, así, el artículo 170 del Decreto 1333 de 1986, establece que “*las vías, puentes y acueductos públicos no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso*”.

En relación con el retiro del servicio de vías públicas, el artículo 6° de la Ley 9a, establece:

“las calles nunca podrán ser encerradas en forma que priven a la ciudadanía de uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentatoria a los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables.”.

2.4. Caso concreto

En el sub examine, la parte accionante centra sus cargos de apelación con miras a buscar la revocatoria de la decisión apelada, en dos supuestos, a saber: a) el Edificio Puerto Madero se erigió sobre un lote que no podía ser “desarrollado”, salvo que se reservara en su lindero Este u Oriental (costado derecho), la franja de seis (6) metros de ancho, destinada a ser acceso público peatonal a la playa, lo que en su criterio no sucedió, puesto que tal espacio de terreno se limitó a un metro de ancho, callejón, tipo manga de corral ganadero, en su lindero Oeste u Occidental (costado izquierdo) y b) se construyó el edificio en mención, irrespetando las disposiciones jurídicas que dan prevalencia a la calidad de vida de la comunidad, pues, se

infringieron normas urbanísticas relacionadas con el respeto a aislamientos que debe tener la construcción.

Ante lo cual, la Sala de decisión, desde ya, debe señalar que el cargo identificado como b) no da lugar a considerar la procedencia del medio de control bajo estudio, pues, la pretensión busca la nulidad de un acto administrativo que no afecta el interés colectivo, sino el particular, representado por aquellos que resultan ser vecinos a la construcción, de la cual se predicen desatenciones en la aplicación de las normas urbanísticas.

Es menester anotar, que las licencias de construcción, finalmente lo que protegen, es que las construcciones respeten ciertos parámetros con miras a proteger a quienes de manera cercana, residen a la obra, por ende, un interés particular que tiene titulares estrictos y solo, cuando se trata de garantizar la seguridad de la misma obra, podría predicarse la afectación colectiva, lo que no ocurre en este caso, cuando por el demandante se analizan aspectos que hacen relación a la edificación entendida como desarrollo estructural al interior de un predio que debe considerarse privado.

Frente al cargo señalado como a), ha de manifestarse que su prosperidad depende de la condición de espacio público que pueda tener la franja de terreno, destinada a ser acceso peatonal a la playa, en virtud de considerarse como vía de acceso, que como ya se anotó, es de aquellas típicas que tienen la connotación de espacio público.

Para el efecto, resulta probado que el art. 18 del Decreto 103 de 2008, textualmente señala:

“ARTÍCULO 18. PLANOS DEL SISTEMA VIAL. Todos los predios que se demarcan en los planos de las fichas normativas del presente decreto, como áreas que deben definir zonas de reserva para accesos a la playa y las vías tipo V – 3 y V – 4, serán precisados por la Secretaría de Planeación Municipal de conformidad con lo señalado en el Plan Vial Urbano y que se puede apreciar en el mapa 2.

RELACIÓN DE PREDIOS AFECTADOS POR LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VÍAS

01-02-0019-0005-00	Lindero Este	3 m
01-02-0019-0006-00	Lindero Oeste	3 m
01-02-0019-0015-00	Lindero Este	6 m
01-02-0019-0023-00	Lindero Oeste	6 m
01-02-0019-0030-00	Lindero Este	6 m
01-02-0019-0005-00	Lindero Este	6 m
01-02-0018-0001-00	Lindero Este	6 m
01-02-0018-0003-00	Lindero Este	6 m
01-02-0018-0048-00	Lindero Este	6 m
01-02-0018-0062-00	Lindero Este	6 m
01-02-0018-0069-00	Lindero Oeste	6 m
01-02-0018-0070-00	Lindero Este	6 m
01-02-0018-0080-00	Lindero Este	6 m

Estos predios no serán susceptibles de desarrollo y serán congeladas las expediciones de Licencias de Construcción en el área con las afectaciones viales y la administración procederá a elaborar los procedimientos que estime necesarios para la adquisición de dichas franjas de tierra con los propietarios de las mismas, a través de las normas y procedimientos legales vigentes".

A su vez, que mediante acta de concertación suscrita entre el Secretario de Planeación Municipal, el asesor de Gestión Territorial y el representante del propietario del predio en cuestión, fechada a 30 de abril de 2013, se acordó:

"Que como resultado del proceso de transferencia de derechos de construcción y desarrollo y de mayor ocupación de índices de construcción u ocupación del suelo, se estableció que los 135 metros cuadrados necesarios para la apertura de la VP – 2, los toma el propietario como mayor área de construcción, elevándose el índice de ocupación de dicho predio en 135 metros cuadrados más el 50% permitido por la norma, adicionalmente a ello se determinó que los 135 metros cuadrados se le sumarían al índice de construcción, el cual sería de 400% del área el terreno más 135 por el número de pisos permitidos, quedando cuantificada la cantidad total de 1080 metros cuadrados adicionales, los cuales son susceptibles de ser autorizados para agregarse al área del proyecto.

Una vez conocidos los pormenores anteriormente expuestos, el propietario acordó que no quería la compensación en dinero, lo que llevó a que el Municipio obtuviese dicha franja a título gratuito, por lo que el propietario optó por mayores derechos de construcción y desarrollo en el predio (ley 388 de 1997, en su artículo 38, reparto equitativo de cargas y beneficios).

Que en cumplimiento de lo anterior, el propietario se comprometió a que estructuraría el proyecto acorde a lo estipulado,

manifestando que renunciaba a los voladizos laterales, siempre y cuando se le permitiese incluir los 1080 metros cuadrados adicionales al área construida del proyecto.

Igualmente manifiesta que es necesario mantener libres las áreas encerradas entre los linderos del predio y los 50 metros de distancia desde el punto de la marea más alta, la cual es política municipal de protección de playas en el sector de la Primera Ensenada, se encontró necesario hacer una concesión en la estructuración de los retiros laterales, los cuales se ajustan de conformidad con el proyecto presentado, dado que las áreas adicionales ganadas en el proceso de compensación no podían ser ubicadas en dichas áreas..."

Por lo que la discusión de la existencia o no de un espacio de terreno destinado a ser acceso a la playa, en las obras adelantadas con motivo de la construcción del Edificio Puerto Madero, debe darse por descontada, pues, tanto constructores como administración municipal, como lo delata la mencionada acta de concertación, fueron conscientes de que tal afectación a la propiedad debía ser observada, bajo los rasgos descritos por el acuerdo 103 de 2008.

Ahora bien, el art. 18 del mencionado acuerdo, a efectos de lo aquí tratado, debe ser interpretado de tal manera que no haga nugatoria su ejecución o su aplicación práctica. Bajo tal entendido, para esta Sala, la regla fijada en dicha norma corresponde a que todos los predios ahí descritos, deben (i) **definir** zonas de reserva para accesos a la playa y (ii) serán precisados por la Secretaría de Planeación Municipal, de conformidad con lo señalado en el Plan Vial Urbano, condición esta última que no solo corresponde a las vías tipo V – 3 y V – 4, sino también a los accesos a la playa, que es finalmente lo que se trata en este asunto.

Esto es así, en tanto, el art. 2 del Acuerdo 103, de manera textual señala que el Plan Vial, es el “conjunto de disposiciones elaboradas por un municipio con el fin de ordenar el desplazamiento **vehicular y peatonal**” (Negrilla fuera de texto), por ende, cualquier tipo de acceso que se requiera para acceder a una playa, hace parte innegable del Plan Vial Urbano.

En el proceso, se desconoce el contenido del denominado Plan Vial, pues, nunca se aportó al expediente²⁴ y debe ser de recibo que la Secretaría de Planeación tiene una facultad discrecional frente al mismo, al señalar que corresponde a su función, **precisar** las zonas de reserva para acceso a la Playa, por ende, no resulta cierto que necesariamente deban ser seis (6) metros los destinados a acceso a la playa, sino que sobre tal medida, existe una afectación que será finalmente definida por la mencionada Secretaría de Planeación, atendiendo al ya mencionado Plan Vial.

Siendo así, el único resquicio probatorio existente en el proceso, respecto a si lo discutido hacía parte o no del denominado Plan Vial, por ende, zona de afectación con destinación a espacio público, es el acta de concertación ya descrita y conforme a ella, la Secretaría de Planeación cumplió con su labor al definir en acuerdo con el propietario y bajo los intereses de la comunidad, debe entenderse, pues, no podría desprendérsela de la condición de representante de tal, cómo sería el acceso a la playa, en las inmediaciones propias del edificio que se construye, acuerdo que evidentemente debe traducirse en un acto administrativo, que ejecute el mencionado Acuerdo 103.

Nótese en este punto, que en el expediente tampoco es posible analizar las condiciones de razonabilidad o proporcionalidad que tuvo o no la decisión tomada por la Secretaría de Planeación, pues, para ello es necesario contar con el denominado Plan Vial, en análisis conjunto de las características que el acceso a la playa, tiene la zona en comento.

Desde este punto de vista, el segundo elemento de la regla antes descrita, a efectos de establecer si efectivamente el espacio de terreno reclamado por el demandante constituye espacio público, si apenas se cumple, pues,

²⁴ Tan es así, que aún los planos Nos. 8 y 9 de que trata el art. 37 del Acuerdo 003 de febrero 28 de 2006, fueron arrimados al plenario. El mencionado artículo textualmente dispone: “El sistema vial municipal estará conformado por el conjunto de vías que integran la red o malla que permite la intercomunicación vial al interior y exterior del municipio, hace parte de este, el sistema vial urbano y el sistema vial rural. En los componentes urbano y rural de este plan, se establecen y adoptan respectivamente el plan Vial urbano y el plan vial rural (Planos Nos. 8 y 9 respectivamente)”.

la Secretaría de Planeación, solamente hasta ese momento “precisó” la zona de reserva, restando su pronunciamiento expreso a efectos de definir concretamente la zona que sería tal²⁵.

Luego entonces, cuando la regla parte de un acto administrativo que no ha sido tachado de ilegal, que establece una serie de condiciones para su ejecución, que apenas si se están cumpliendo y no se ha demostrado la existencia de una regla que se reputa meramente territorial (Plan Vial), por ende, de estricta prueba para el interesado, la conclusión es que no se puede predicar que las franjas de terreno afectadas, sean espacio público a términos del Acuerdo tantas veces mencionado y si esto es así, esto es que se desconoce que las franjas de terreno en discusión sean espacio público, en los límites indicados por el demandante, evidentemente no procede la protección requerida en la demanda.

Así las cosas, la providencia recurrida en alzada debe ser confirmada, pero por ser improcedente el medio de control frente al contenido de las licencias urbanísticas, cuando con ellas solo se afecta el interés particular y por no haberse demostrado la condición de espacio público, de la franja de terreno que el demandante predica como tal, como para disponer su recuperación o preservación.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia del 14 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo,

²⁵ Si bien es cierto lo acordado no pasa de ser una mera intención, se insiste, la sola aportación del acta de concertación, implica que la Secretaría de Planeación había iniciado el proceso de precisar el correspondiente espacio público y concretamente sus condiciones y características.

mediante la cual se negó el amparo de los derechos colectivos invocados por el actor, conforme lo anotado.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte, previas las desanotaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0015/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA