



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2015-00159-01
DEMANDANTE: EDGAR ENRIQUE STAVE BUELVAS (Procurador
19 Judicial II Ambiental y Agrario)
DEMANDADO: MUNICIPIO DE GUARANDA – SUCRE
M. DE CONTROL: SIMPLE NULIDAD

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia datada 17 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor PROCURADOR 19 JUDICIAL II AMBIENTAL y AGRARIO con sede en Sincelejo, de manera directa, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad, en contra del **MUNICIPIO DE GUARANDA - SUCRE**, con el fin de que se acceda a las siguientes reclamaciones:

“1. Que se declare nulo en todas sus partes el Decreto No. 123 de 31 de diciembre de 2013, “por medio del cual se regula lo contemplado en la ley 1228 de 2008 y su decreto reglamentario 2976 de 2010”, expedido por el Alcalde Municipal de Guaranda – sucre, representada actualmente por el Doctor NOLBERTO BELTRÁN BUENO, por cuanto fue expedido con violación de la ley, infracción de las normas en que deberían fundarse y error en la motivación.

¹ Ver folio 1, del cuaderno de primera instancia.

2. Que una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente acción, se comunique al Alcalde Municipal de Guaranda – Sucre, para efectos legales consiguientes.

3. Como se busca la salvaguarda e integridad del ordenamiento jurídico, se declare en la nulidad como efectos del fallo ex tunc y como consecuencia se retrotraiga los efectos al momento de la expedición del acto anulado.

4. Que la decisión o fallo proferido por ese Juzgado se cumpla dentro de los términos señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo...”

1.2.- Fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda²:

Señala el demandante, que el día 16 de julio de 2008, expidió la ley 1228 de 2008, “por la cual se determinan las franjas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones”, que preceptúa la aplicación de esta en las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional, categorizándolas en arterias o de primer orden, intermunicipales o de segundo orden y veredales o de tercer orden. Categorías que pueden corresponder a carreteras a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios.

Dicha ley, advierte, fue reglamentada en su parágrafo 3 del art. 1º de la ley 1228 de 2006, mediante el Decreto 2976 de 2010, constituyendo en todo caso, la red vial nacional, como un bien de uso público.

En tal razón, indica, “recordó” al ente demandado, mediante oficio No. 3600013/205772/819 de fecha septiembre 2 de 2013, la obligación de conservar y salvaguardar el uso adecuado y común del espacio público, concretamente se resaltó, lo concerniente a la constitución de zonas de reserva o de exclusión para carreteras en donde se prohíbe levantar

² Ver folios 31 - 45, del cuaderno de primera instancia.

cualquier tipo de construcción o mejora, tal como lo establece la ley 1228 de 2008.

Agrega, que en misiva No. 3600013/ÁREAS DE EXCLUSIÓN VIAL/1213 librada por su Despacho el día 18 de noviembre de 2013, se instó al Alcalde Municipal de Guaranda – Sucre a enviar el Decreto que en su momento debió expedir dicho ente territorial en cumplimiento de lo señalado por el art. 11 del Decreto 2976 de 2010.

Afirma, que nuevamente, mediante comunicación No. 3600013/SIAF-205762/1826 fechado a 12 de diciembre de 2014, recordó al señor Alcalde del ente demandado, evite situaciones de invasión al espacio público, tomándose los correctivos del caso y dando aplicación al acto administrativo mediante el cual, se “reguló” la ley 1228 de 2008 y su Decreto Reglamentario No. 2976 de 2010.

Ante tal escrito, adiciona, el Municipio de Guaranda – Sucre, le remitió el contenido del Decreto 123 de 31 de diciembre de 2013, *“por medio del cual se regula lo contemplado en la ley 1228 de 2008 y su Decreto Reglamentario 2976 de 2010”*, el cual, omite hacer mención, tanto en la parte considerativa como resolutive, de las disposiciones del Decreto 2976 de 2010.

Como **concepto de violación**, indica, que el Decreto 123 de 2013, proferido por el Alcalde Municipal de Guaranda – Sucre, vulnera la ley en que debió fundarse, pues, el acto administrativo demandado, niega tal permisión, puesto que encabeza el Decreto de la siguiente forma “El Alcalde del Municipio de Guaranda Sucre, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por los arts. 82, 311, 315, 339 y 367 de la Constitución Nacional, la ley 333 de 1986, ley 9 de 1989, ley 338 de 1997, ley 136 de 1994, artículo 91 A numeral 1º y la ley 1228 de 2008”, excluyó *“la credencial propia del decreto 2976”*.

Respecto de la parte considerativa, dice el demandante, dicho decreto poco nada dice de la ley 1228 de 2009, dejándose la parte motiva para el "decretamiento" (sic) de los artículos.

Añade, que en materia de indemnización, aunque el Decreto 2770 de 1953 fue expedido en su momento para reglamentar la fajas de retiro obligatorio, en la actualidad la ley 1228 de 2008, solo entra a relacionar a aquel en materia de indemnizaciones, tal como se prevé en el art. 4 de la mencionada ley, resultando, que al no regularse lo pertinente por el ente demandado, no daría lugar a una intervención eficaz al momento de presentarse una situación que no se encuentre regulada por el decreto demandado.

Añade, que la falencia advertida, en punto de cuidado y protección de las áreas de exclusión, impide una actuación eficaz de la administración pública, por lo que era necesario que el mencionado Decreto amplíe su contenido, para que la comunidad tenga conocimiento de las acciones y sanciones a que hay lugar, en caso de infringir la ley.

1.3. Contestación de la demanda³

El Municipio de Guaranda – Sucre, no contestó la demanda.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 17 de noviembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas a la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, consideró que:

³ Folio 24, cuaderno de primera instancia, constancia secretarial.

⁴ Folios 39 - 47, cuaderno de primera instancia.

"si bien el Decreto 123 del 31 de diciembre de 2013, no desarrolla de forma amplia el Decreto reglamentario 2976 de 2010, al no establecer de forma clara y precisa que en tratándose de situaciones de invasión deberá adelantarse acciones administrativas o judiciales pertinentes para la restitución de los bienes de uso público, si es factible inferirlo en el entendido de que cuando habla de acciones de prevención se refiere a evitar invasiones; es decir, antes que se presente la ocupación de dichos inmuebles; y el otro supuesto que refiere es que cuando deba restituirse dichos bienes, ya acá no estaríamos hablando de medidas o acciones de tipo preventivas, sino de adelantar las acciones de tipo restaurativas, en el entendido de recuperar el área invadida.

Que dicha omisión como se observa, no conlleva per se que se tenga configurado las causales de anulación invocadas, relativos a violación de las normas superiores en que debió fundarse y errónea motivación, por cuanto el acto acusado, en su texto, no está en contraposición como tampoco desconociendo lo reglamentado por el Decreto 2976 de 2010, como se abordará seguidamente.

A más de lo anterior, se precisa que aquellos vacíos existentes en la reglamentación municipal, es deber remitirse a las normas del orden nacional para su debida aplicación, en este caso el Decreto 2976 de 2010 y la ley 1228 de 2008".

Más adelante, refiriéndose a la causal de violación directa de la ley y a la falta de precisión en cuanto a las acciones administrativas o judiciales que endilga el demandante a la redacción del art. 11 del decreto demandado, agregó:

"Al respecto se considera que los motivos sustentados por el actor, no tiene la entidad suficiente para declarar configurada la causal de anulación mencionada, como quiera que del análisis efectuado al mismo -Decreto 123 de 31 de diciembre de 2013-, no se observa de su contenido, que este contradiga o desconozca el decreto reglamentario del orden nacional No. 2976 de 2010, como se alega.

En lo que respecta a la falta de precisión en cuanto a las acciones administrativas o judiciales que endilga el demandante a la redacción de su artículo décimo primero, es oportuno colegir que la forma en que está redactado no conlleva a un desconocimiento de lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 10 del decreto 2976 de 2010, en cuanto no disponer de forma expresa que dichas acciones son de índole administrativa o judicial; más bien señalando acciones de tipo preventivas en aras de evitar

invasión de dichos bienes inmuebles de uso público, pero sin discriminar aquellas referentes a la restitución de las que resulten ocupadas.

Todo lo anterior lleva al Despacho a colegir que en el presente caso no se configura la causal de anulación en estudio, sino más bien que el acto acusado no previó en extenso los procedimientos administrativos a seguir en caso que se presenten las eventualidades que señala el Decreto Nacional No. 2976 de 2010, como se vio antes. No obstante dicha situación, las medidas que se llegaron a establecer en el Decreto Municipal No. 123 de 2013, pueden ser objeto de adición o modificación a través de acto posterior, si así lo dispone el señor Alcalde Municipal de Guaranda – Sucre...

En cuanto a la errónea motivación que alega el actor, debe precisarse que tampoco se encuentra probado que el acto acusado se encuentre (sic) equivocadamente sustentado, como quiera que si bien en la parte considerativa no se hace alusión al Decreto 2976 de 2010 y es muy precaria la referencia que hace de la ley 1228 de 2008, no debe pasarse por alto que su titulación si precisa que su contenido obedezca a una indebida interpretación de las normas del orden nacional que busca adoptar en su municipio; por consiguiente, para este Despacho la causal de anulación invocada por el demandante no está probada y, consecuentemente, se denegarán las pretensiones de la demanda."

1.5.- El recurso⁵

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante la impugnó, asegurando:

"En el caso concreto, por el cual se apela la sentencia de primera instancia, se estaría ante una violación directa de la ley por falta de aplicación de la norma, puesto que, el Decreto No. 123 de 31 de diciembre de 2013, no obstante precisar en sus consideraciones que, se tiene en cuenta la ley 1228 de 2008, en lo que hace a la fijación de las medidas administrativas y judiciales en la parte del "decreta", no hace alusión al Decreto 2976 de 2010 aun cuando también se indica la 1228/08, empero, no se fundamenta en el decreto 2976 de 2010; de manera que, se estaría ante esta causal... (la falta de aplicación de la norma)

En el caso sujeto a discusión, no se puede establecer cuál sería la causa por la que el Municipio de Guaranda – sucre, dejó de

⁵ Folios 51 – 54, del cuaderno de primera instancia

aplicar el Decreto 2976 de 2010, en el acta administrativo atacado, puesto que, el ente territorial no contestó la demanda; sin embargo, sea cual fuere, queda visto en el decreto mencionado que, dicha normatividad fue desconocida al momento de su expedición.

En ese orden de ideas, como quiera que el problema jurídico principal fue en determinar si el acto administrativo acusado – Decreto 123 de 31 de diciembre de 2013, está ajustado al ordenamiento jurídico, o si por el contrario, se encuentra incurso en las causales de anulación invocadas por esta Procuraduría, las que fueron tres específicamente, apelamos a que el fallo se traduzca en positivo, toda vez que con la expedición del acto demandado, se hizo con infracción de las normas en que debería fundarse; tal como se argumentó en este recurso”.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 23 de marzo de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante⁶.

-. En proveído de 7 de abril de 2017, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

En dicho término, la parte demandante, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada⁸.

-. A su vez, la parte demandada y el Agente del Ministerio Público, guardaron silencio en esta oportunidad procesal⁹.

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

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 10, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 14 - 16, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 18, cuaderno de segunda instancia.

artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Acto Administrativo demandado

“DECRETO N° 123 **DICIEMBRE 31 DE 2013**

“POR MEDIO DEL CUAL SE REGULA LO CONTEMPLADO EN LA LEY 1228 DE 2008 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 2976 DE 2010.

El Alcalde del Municipio de Guaranda Sucre, en uso de sus facultades Constitucionales y legales, en especial las conferidas por los Artículos 82.311.315.339 y 367 de la Constitución Nacional, la Ley 1333 de 1986, Ley 9 de 1989, Ley 388 de 1997, Ley 136 de 1994 Artículo 91 A Numeral 1° y la Ley 1228 de 2008 y

CONSIDERANDO

Que es obligación de los Entes Territoriales regular el tema de Restitución de Bienes de uso Público especialmente las franjas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional.

Que la Ley 1228 de 2008, busca evitar la invasión del espacio público y franjas mínimas de retiro obligatorio.

En mérito de lo expuesto

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: *Para efectos de la aplicación de la Ley 1228 de 2008, las vías que conforman el Sistema dentro de la comprensión territorial del Municipio de Guaranda Sucre y en los términos señalados por la Ley en mención, se denominan:*

En Zona Urbana: Arteriales, Colectoras, vías de servicio y Vías Peatonales.

En Zona Rural: Intermunicipales, Veredales o vías de servicio rural y Corredores eco turísticos.

Estas categorías podrán corresponder a carreteras a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios. El Ministerio de Transporte será la autoridad que mediante criterios técnicos, determine a qué categoría pertenecen.

Parágrafo: El ancho de la franja o retiro que en el artículo 2° de la

Ley 1228 de 2008 se determina para cada una de las anteriores vías, constituyen zonas de reserva o de exclusión para carreteras y por lo tanto se prohíbe levantar cualquier tipo de construcción o mejora en las mencionadas zonas.

ARTICULO SEGUNDO: Las Zonas de reserva del Municipio de Guaranda serán las establecidas por la Ley 1228 de 2008 para las carreteras concesionadas de orden nacional y para las vías de orden municipal y urbano se aplican las zonas de retiro establecidas por el Plan de Ordenamiento Territorial

ARTICULO TERCERO: En los términos de la Ley 1228 de 2008 se aplicara lo establecido en el artículo 3 de la Ley y para efectos de habilitar las zonas de reserva, se declaran como bienes de interés público las franjas establecidas en el artículo 2º de la Ley 1228 las cuales quedan afectadas de forma indefinida y permanente, al procesos de desarrollo municipal.

Cuando el municipio requiera la ampliación, cambio de categoría y construcción de vías nuevas, procederán a adelantar los trámites administrativos correspondientes para la adquisición de las franjas establecidas en el artículo 2º de la ley 1228. Para este fin las respectivas autoridades deberán hacer las reservas presupuestales correspondientes para el pago de las indemnizaciones a que haya lugar una vez decidan adelantar el proyecto de ampliación de las vías, la construcción de carreteras o el cambio de categoría con fines de ampliación. Para tal efecto lo podrán hacer mediante compensación con gravámenes por valorización.

Parágrafo: En los términos de la Ley 1228 de 2008 previo otorgamiento de facultades por el Concejo Municipal, se podrán compensar los valores que por acreencia al impuesto predial adeuden los ciudadanos al municipio, al que los valores que por tasa de valorización o los valores que por aporte en participación de la plusvalía, adeuden los ciudadanos al municipio, con ocasión de otra obra pública o con ocasión de la obra pública proyectada, para la cual se pretende la adquisición de las fajas. Las fajas de terreno necesarias para el proceso de mejoramiento, ensanche, consolidación y/o ampliación de las vías se recibirá en contraprestación a los valores antes mencionados en este artículo.

ARTÍCULO CUARTO: No procederá indemnización de ningún tipo por obras nuevas o mejoras que hayan sido levantadas o hechas en las fajas o zonas reservadas a que se refiere la presente ley con posterioridad a su promulgación. Tampoco procederá indemnización alguna por la devolución de las fajas que fueron establecidas en el Decreto-ley 2770 de 1953 y que hoy se encuentran invadidas por particulares. En estos casos las autoridades competentes deberán iniciar los procesos de restitución de bienes de uso público, advirtiéndole que en ningún

caso opera la prescripción de los derechos del estado sobre bienes públicos.

ARTÍCULO QUINTO: Son deberes de los propietarios de los predios adyacentes a las zonas de reserva:

1. Construir en los linderos con las zonas de reserva de la vía, setos con arbustos o árboles vivos, que no impidan, dificulten u obstaculicen la visibilidad de los conductores en las curvas de las carreteras. Las autoridades competentes ordenarán y obligarán a los propietarios, a podar, cortar o retirar si es del caso, los árboles o barreras situados en sus predios, en los linderos o en las zonas de exclusión, que impidan, dificulten u obstaculicen la visibilidad de los conductores.
2. No arrojar en las cunetas de las carreteras adyacentes basuras o materiales que taponen o perturben el normal funcionamiento de las mismas como elementos de drenaje de la vía.
3. En la construcción de los accesos de la vía a los predios deberán respetarse la continuidad y dimensiones de las cunetas y estas deberán estar siempre despejadas de basuras y obstáculos.

ARTÍCULO SEXTO: Cualquier persona natural o jurídica que en su calidad de propietario poseedor o tenedor de un inmueble, incumpla las normativas establecidas en la presente normativa, podrá ser sujeto de las acciones administrativas y policiales a que haya lugar, dando aplicación inmediata a las disposiciones del Código Nacional de Policía en caso de renuencia.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Toda vía en la zona rural del municipio de Guaranda deberá contar cuando menos con una acera y una zona verde, a lado y lado de la alzada y en zona urbana cuando menos con una acera de un metro y dos metros de diámetro como mínimo, sin perjuicio de las normas de orden patrimonial caso en el cual se deberán conservar los paramentos, según estudio que se realice al respecto en el propósito de no lesione el Interés general y el futuro desarrollo del municipio.

ARTÍCULO OCTAVO: En las vías concesionadas del nivel nacional que se encuentren dentro de la comprensión territorial del municipio de Guaranda, se respetaran los retiros establecidos por la ley 1228 de 2008 en las vías urbanas y rurales del orden municipal, en los predios ubicados en las zonas consolidadas, centro histórico con vocación residencial, será posible previo análisis el mantener la paramentalidad, siempre que esto no lesione el interés general y el futuro desarrollo del municipio.

ARTÍCULO NOVENO: Prohibición de Licencias y Permisos. La Oficina de Planeación municipal, no podrá en adelante conceder

licencias o permisos de construcción de alguna naturaleza en las fajas a que se refiere la presente ley.

Parágrafo. Las licencias urbanísticas existentes antes de la entrada en vigencia de la presente ley se resolverán y ejecutarán con base en las normas urbanísticas y reglamentaciones vigentes al momento de la radicación de la solicitud, siempre y cuando se presente alguna de las condiciones de que trata el parágrafo 3º del artículo 7º y 43 del Decreto 564 de 2006 o la norma que lo adicione, modifique o sustituya.

ARTÍCULO DÉCIMO: Prohibición de Vallas y Publicidad Fija. Prohíbese la instalación o emplazamiento de vallas y publicidad fija en las zonas de reserva establecidas en la presente ley. Las vallas que se encuentren en predios privados y que por virtud de esta ley pasen a ser zona de exclusión, serán retiradas en un plazo no mayor a un año.

El retiro de la valla o publicidad fija lo hará el propietario de la misma, para lo cual la respectiva alcaldía, notificará por edicto la nueva naturaleza jurídica del predio; en caso de que este no haga el retiro dentro de los diez (10) días siguientes a dicha notificación, el alcalde respectivo, procederá, sin dilación alguna a su desmantelamiento.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Deberes de las autoridades. Es deber de los alcaldes cuidar y preservar las áreas de exclusión a las que se refiere esta ley y en consecuencia, están obligados a iniciar de inmediato las acciones de prevención de invasiones y de restitución de bienes de uso público cuando sean invadidas o amenazadas so pena de incurrir en falta grave.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Incorporación a los Planes de Ordenamiento Territorial. Lo dispuesto en la presente ley deberá ser incorporado en los respectivos Planes de Ordenamiento Territorial y Planes Básicos de Ordenamiento Territorial de que habla la Ley 388 de 1997 y que por disposición legal debe ser adoptado en cada uno de los municipios del país.

ARTICULO DÉCIMO TERCERO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Guaranda sucre a los treinta y uno (31) días de diciembre de dos mil trece (2013)".

2.3. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el debate planteado, el problema jurídico a desatar estriba en determinar: ¿Debe declararse la nulidad del Decreto 123 de diciembre 31 de 2013, “Por medio del cual se regula lo contemplado en la ley 1228 de 2008 y su decreto reglamentario 2976 de 2010”, toda vez que la norma en comento, no se ajusta al ordenamiento jurídico?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. El medio de control de nulidad

La construcción jurídica y política del Estado Social de Derecho, descansa en el principio de legalidad, que conlleva no sólo a que toda la actuación de los órganos del poder público, se someta a la Constitución y a las leyes (artículos 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2 y 124), sino también a la necesidad de que el ordenamiento positivo, instituya toda una gama de controles políticos y jurídicos, para sancionar las actuaciones que se desvíen de los parámetros normativos a que están sometidas.

De ahí que, en orden a preservar real y efectivamente la legalidad de la actividad administrativa, surge en el derecho colombiano el contencioso de anulación, que constituye una verdadera garantía jurídica de los ciudadanos, para asegurar que los actos de la Administración Pública, tanto los de carácter general y abstracto, como los de contenido particular y concreto, se adecuen a las normas jurídicas preexistentes, con lo cual se propende por la defensa de la legalidad en abstracto y de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

En el procedimiento adjetivo contencioso administrativo, el art. 137 del CPACA, textualmente dice:

“Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

- 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
- 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
- 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
- 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.*

Parágrafo. *Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente”.*

Como causales de nulidad, en consecuencia, pueden delinearse las siguientes:

- a. Violación de la norma en que debía fundarse.
- b. Incompetencia en el funcionario que lo expide.
- c. Expedición irregular, desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa.
- d. Falsa motivación.
- e. Desviación de las atribuciones propias.

2.3.2. Potestad reglamentaria de los Alcaldes Municipales, en punto de la ley 228 de 2008. La potestad reglamentaria, es la prerrogativa por la que las administraciones públicas, pueden crear normas con rango reglamentario, es decir, normas subordinadas a las leyes, ya sean reglamentos, decretos o

instrucciones, sin que sea privativa del poder ejecutivo y en él, del Presidente de la República, en tanto, por habilitación constitucional o legal, otros órganos también pueden ejercerla.

Ahora bien, *“por reglamento se entiende toda disposición jurídica de carácter general y con valor subordinado a la Ley dictada por la Administración, en virtud de su competencia propia. Lo que significa que la norma reglamentaria, al estar sometida jerárquicamente a la Ley, aunque sea posterior no puede derogar o modificar el contenido de las normas con rango de ley y, por el contrario, éstas tienen fuerza derogatoria sobre cualquier reglamento”*¹⁰.

Sobre el tema, el Honorable Consejo de Estado ha sostenido:

“Así las cosas, en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos

¹⁰ <http://www.derechoconstitucional.es/2012/02/concepto-de-reglamento.html>

o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento”¹¹.

Luego, si la potestad reglamentaria puede ser ejercida o por el Gobierno Nacional u otras entidades –entre ellos los Alcaldes Municipales-, de contera resulta que el órgano expresamente habilitado por la Constitución Política o por la ley –entendida en sentido laxo-, puede reglamentar lo que se le ha encomendado, para lo cual resulta vital, establecer concretamente, cuáles son los aspectos o temas sobre los cuales puede ejercer dicha función.

En el caso puntual de la ley 1228 de 2008, es pertinente anotar, que su texto trae a cuento la potestad reglamentaria en el siguiente artículo:

“Artículo primero... Parágrafo 3º. *El Gobierno Nacional adoptará a través de un decreto reglamentario medidas especiales para dar cumplimiento a lo previsto en la presente ley sobre fajas de retiro en pasos urbanos”.*

Sin que pueda extenderse tal facultad a otros temas, por virtud de las expresiones que aparecen en las normas que a continuación se detallan, pues, en ningún momento constituyen condición habilitante para tal efecto.

“Artículo 4º. *No procederá indemnización de ningún tipo por obras nuevas o mejoras que hayan sido levantadas o hechas en las fajas o zonas reservadas a que se refiere la presente ley con posterioridad a su promulgación. Tampoco procederá indemnización alguna por la devolución de las fajas que fueron establecidas en el Decreto-ley 2770 de 1953 y que hoy se encuentran invadidas por particulares. En estos casos las autoridades competentes deberán iniciar los procesos de restitución de bienes de uso público, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley.*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. C. P.: Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524);1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410);1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244);1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) - Acumulados-. Actor: CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA Y OTROS. Demandado: NACION- PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA Y OTROS. Referencia: ACCION DE NULIDAD EN CONTRA DEL DECRETO 2170 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2002.

Los gobernadores y los alcaldes, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 105 de 1993, deberán proteger y conservar la propiedad pública representada en las fajas de terreno adquiridas por el Gobierno Nacional, las gobernaciones o por las alcaldías en virtud del Decreto-ley 2770 de 1953, al igual que las que se adquieran conforme a lo establecido en la presente ley. Estarán igualmente obligados a iniciar inmediatamente las acciones de recuperación en caso de invasión de estos corredores.

Parágrafo. Los gobernadores y los alcaldes, enviarán mensualmente al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Defensa, Policía Nacional de Carreteras, y al Ministerio del Interior y de Justicia una relación de los procesos de restitución que hayan iniciado en cumplimiento de este artículo con el fin de hacerles seguimiento”.

“Artículo 5°. Deberes de los propietarios de predios adyacentes a las zonas de reserva. Son deberes de los propietarios de los predios adyacentes a las zonas de reserva establecidas en la presente ley –entre otros– los siguientes:

1. Construir en los linderos con las zonas de reserva de la vía, setos con arbustos o árboles vivos, que no impidan, dificulten u obstaculicen la visibilidad de los conductores en las curvas de las carreteras. Las autoridades competentes ordenarán y obligarán a los propietarios, a podar, cortar o retirar si es del caso, los árboles o barreras situados en sus predios, en los linderos o en las zonas de exclusión, que impidan, dificulten u obstaculicen la visibilidad de los conductores.

2. No arrojar en las cunetas de las carreteras adyacentes basuras o materiales que taponen o perturben el normal funcionamiento de las mismas como elementos de drenaje de la vía.

3. En la construcción de los accesos de la vía a los predios deberán respetarse la continuidad y dimensiones de las cunetas y estas deberán estar siempre despejadas de basuras y obstáculos.

Parágrafo 1°. Los Alcaldes apremiarán a los propietarios para que cumplan con lo dispuesto en el presente artículo y aplicarán las disposiciones del Código Nacional de Policía en caso de renuencia.

Parágrafo 2°. En el caso de variantes a ciudades o poblaciones no se permitirá ningún tipo de acceso ni ocupación temporal distinta a la necesaria para la adecuada operación de la vía”.

“Artículo 9°. Deberes de las autoridades. Es deber de los alcaldes cuidar y preservar las áreas de exclusión a las que se refiere esta ley y en consecuencia, están obligados a iniciar de inmediato las

acciones de prevención de invasiones y de restitución de bienes de uso público cuando sean invadidas o amenazadas so pena de incurrir en falta grave. Para tales efectos, la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía de Carreteras adscrita al Ministerio de Defensa y las demás autoridades de tránsito de todo orden quedan obligadas a reportar a los alcaldes sobre cualquier comportamiento anormal con respecto al uso de dichas fajas”.

Y lo afirmado es así, en tanto, las mencionadas normas nada señalan frente a la posibilidad de que sean reglamentadas por el Gobierno Nacional o los entes territoriales, por el contrario, lo que disponen es que las autoridades ahí descritas adelanten las diligencias pertinentes a fin de prevenir y proteger las zonas de exclusión en las vías, especialmente de eventos de invasión o que afecten su existencia, bajo la consideración de tratarse de bienes de uso público y de espacio público protegido.

Desde tal punto, ha de entenderse que la única posibilidad de reglamentación que surge de la ley 1228 de 2008, es aquella contenida en el párrafo tercero del artículo primero, cuando textualmente se indica que *“El Gobierno Nacional adoptará a través de un decreto reglamentario medidas especiales para dar cumplimiento a lo previsto en la presente ley sobre fajas de retiro en pasos urbanos”*.

Siendo así, es que puede entenderse el surgimiento del Decreto Nacional 2976 de 2010, sin que quede duda al respecto, pues, su propio contenido indica que reglamentará el párrafo 3 del art. 1º de la ley 1228 de 2008.

Ahora bien, la lectura atenta del mencionado Decreto 2976, claramente señala que lo único que pueden reglamentar los entes municipales, es lo dispuesto en el art. 11¹², el que textualmente señala:

“Artículo 11. Reglamentación de los entes territoriales. La reglamentación sobre las fajas de retiro obligatorio o área de

¹² No entra a discutir la Sala, si el mencionado art. 11 del Decreto 2976 de 2010, podía ser emitido en tales condiciones por el Gobierno Nacional; en otras palabras, si se ajusta a la facultad reglamentaria otorgada por la ley o si la ley podía disponer facultades reglamentarias para los Alcaldes Municipales, dados los aspectos puntuales del presente asunto, que indican, que el acto administrativo demandado, finalmente no hizo ejercicio de la facultad reglamentaria, al limitarse a transcribir las normas de orden nacional.

reserva o de exclusión en pasos urbanos de la Red Nacional de Carreteras a cargo de los Departamentos, Distritos Especiales y Municipios, será establecida por las respectivas Entidades Territoriales, propendiendo en todo momento por un adecuado, armónico y articulado desarrollo de su territorio con las políticas del Gobierno Nacional, para lo cual contarán con un período de dos (2) años a partir de la promulgación del presente decreto”.

Luego, solo aquello relacionado con los pasos urbanos de la red nacional de carreteras, es lo único que puede el ente territorial del orden municipal establecer, a fin de propender por el armónico y articulado desarrollo de su territorio, entendiéndose a su vez, que los pasos urbanos son aquellos debidamente definidos en el art. 3 del ya citado decreto, que dice:

“Artículo 3°. Definiciones. *Para efectos de interpretación y aplicación del presente decreto se describen las siguientes definiciones:*

Pasos Urbanos: *Se entenderán única y exclusivamente como el tramo o sector vial urbano, de la Red Vial a cargo de la Nación administrada por el Instituto Nacional de Vías Inviás, el Instituto Nacional de Concesiones INCO, o los entes territoriales, que se encuentran al interior o atraviesan la zona urbana de los diferentes Municipios”.*

Insistiéndose, que en aquellos contenidos normativos donde se dispone que las autoridades municipales adelantarán las acciones pertinentes para prevenir la afectación y proteger las zonas de exclusión, no habilitan facultad reglamentaria, sino que hacen referencia a que podrán ejercerse los mecanismos que el ordenamiento jurídico ya tiene establecidos, para tal objetivo.

De ahí que normas como el art. 10 del Decreto 2976 de 2010, no puedan considerarse como normas habilitantes en clave de potestad reglamentaria, sino más bien, órdenes de acatar estrictamente el ordenamiento jurídico para los fines que se tratan en dicho decreto. La norma en mención textualmente señala:

“Artículo 10. Protección al espacio público. *De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 105 de 1993, en el artículo 4° de la Ley 1228 de 2008 y el presente decreto, los*

Alcaldes Municipales y demás autoridades de policía deberán proteger y conservar el espacio público representado en las fajas de retiro obligatorio o áreas de reserva o de exclusión definidas en la Ley 1228 de 2008, por lo tanto adelantarán los procedimientos administrativos y/o judiciales que se requieran para efectos de evitar que particulares adelanten construcciones nuevas en dichas zonas.

Parágrafo 1º. *Es deber de los Gobernadores y Alcaldes proteger las zonas de terreno y fajas de retiro adquiridas por el Gobierno Nacional, en virtud del Decreto ley 2770 de 1953 y la Ley 1228 de 2008. Por lo tanto deberán dar inicio a las acciones administrativas y/o judiciales para obtener la restitución de los bienes inmuebles respectivos, cuando sean invadidos o amenazados so pena de incurrir en falta grave”.*

2.4. Caso concreto

1. En el presente asunto, el demandante exhibe tres cargos de nulidad en contra del Decreto 123 de 2013, a saber:

a. Infracción de normas en las que debió fundarse el acto demandado, al señalarse que en el cuerpo normativo del decreto municipal, nada se dijo frente a la ley 1228 de 2008, omitiendo hacer mención al contenido del decreto 2976 de 2010, específicamente a lo que hace relación a las acciones administrativas o judiciales para la restitución de los bienes que hacen parte de las franjas de exclusión.

b. Errónea motivación, en tanto, no se acogió lo dispuesto por la ley 1228 de 2008 y el Decreto 2976 de 2010, lo que el demandante conjugó con la causal de infracción de normas superiores.

c. Expedición irregular, bajo los mismos supuestos aducidos a las causales antes señaladas.

2. Ya se ha visto, puntualmente, sobre qué aspecto recayó la facultad reglamentaria de los Alcaldes Municipales en aplicación de la ley 1228 de 2008 y su Decreto reglamentario 2976 de 2010, indicándose que la misma solo hace referencia a reglamentar lo relacionado con “*las fajas de retiro*

obligatorio o área de reserva o de exclusión en pasos urbanos de la Red Nacional de Carreteras a cargo del Municipio", más no, procedimientos, ni sanciones relacionadas con infracciones al contenido de la mencionada ley o su decreto reglamentario.

Siendo así, resulta evidente que el contenido del Decreto demandado, no vulnera el contenido de la ley 1228 de 2010, ni el Decreto reglamentario 2976 de 2010, pues, nunca reglamentó aquello para lo cual estaba facultado, sino que por el contrario, se limitó a hacer una transcripción de las normas contenidas en la ya citada ley y decreto reglamentario.

Lo que a su vez, elimina los cargos formulados en su contra, pues, si no hubo reglamentación alguna por parte del Decreto demandado, evidentemente no podría predicarse ninguno de los cargos formulados en la demanda.

Ahora bien, podría afirmarse que al haber transcrito el contenido de las normas nacionales ya mencionadas, la nulidad deviene de la falta de eficacia del acto administrativo demandado, en tanto, en concreto, nada determinó e incluso, ni siquiera reglamentó lo que debía; empero, tal cargo no fue formulado en demanda¹³, ni fue considerado al momento de fijarse el litigio¹⁴, lo que impide a esta Sala de Decisión pronunciarse al respecto.

En resumen, se confirmará la decisión de primera instancia, pero conforme el razonamiento que se ha mencionado.

3.- CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, al tratarse de un asunto de interés público, no se condena en costas a la parte demandante.

¹³ Folios 1 – 7, cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Folios 36 – 38, cuaderno de primera instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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 proferida el 17 de noviembre de 2016, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión

TERCERO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia al recurrente.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0144/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA