REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 11 SET. 2018

DEMANDANTE:	MARÍA BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS DE ALBARRACÍN
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE TUNJA
REFERENCIA:	150013333006**201500101-01**
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RESTITUCIÓN ESPACIO PÚBLICO
ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 953-964), contra la sentencia de primera instancia proferida el 31 de mayo de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 932-946).

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

La señora María Briceida Palacios de Albarracín, a través de apoderado judicial, instauró medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el Municipio de Tunja y Secretaría de Infraestructura de Tunja, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.1.1. Declaraciones y condenas (fl. 2-3)

"***PRIMERA.*** *– se declare la nulidad de la Resolución No. 0257 del 24 de junio de 2014, por medio de la cual se procedió a declarar contraventora de las normas que protegen el uso del espacio público a la señora* ***BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS ALBARRACÍN*** *Y SE ORDENA RESTITUIR EL ESPACIO PÚBLICO.*

SEGUNDA. – *Como consecuencia de la nulidad impetrada, se declare la nulidad de la notificación del mismo acto administrativo, realizada el día 18 de julio del año 2014 a la señora BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS ALBARRACÍN.*

TERCERO. - *Se declare la nulidad de la resolución número 0483 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2014 por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto, donde se ordena corregir la resolución impugnada frente al número de predial, pero en lo demás se confirma la resolución 0257, dejando incólume la declaratoria de contraventora de las normas que protegen el uso del espacio público a la señora* ***BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS ALBARRACÍN*** *Y LA ORDEN DE RESTITUIR EL ESPACIO PÚBLICO.*

CUARTA. – *Como consecuencia de la nulidad impetrada se declare la nulidad de la Notificación del mismo acto administrativo realizada el día 24 DE NOVIEMBRE DE AÑO 2014.*

QUINTO. - *Como consecuencia de la nulidad impetrada y a título de restablecimiento del derecho, se establezca que la SEÑORA MARÍA BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS DE ALBARRACÍN NO ES CONTRAVENTORA DE LAS NORMAS QUE PROTEJEN EL USO DEL ESPACIO PÚBLICO.*

SEXTA. - *Como consecuencia de la nulidad incoada y a título de restablecimiento del derecho, se sirva reconocer a título de REPARACIÓN DEL DAÑO Y PERJUICIOS MATERIALES PRESENTES Y FUTUROS la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE $10.000.000 M/CTE, correspondiente a los gastos que ha tenido que asumir la señora MARÍA BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS DE ALBARRACÍN como consecuencia del proceso 2012 794, al igual que los perjuicios materiales futuros que se causaran con el objeto de la orden de retiro de los materiales pertubatorios y restitución del espacio público , ya que existe orden para realizar demolición.*

SÉPTIMA. – *Como consecuencia de la nulidad impetrada y a título de restablecimiento del derecho se sirva reconocer a título de perjuicios morales causados por la aflicción suya y de su familia con el correspondiente proceso de restitución, los actos administrativos y la orden de demolición; lo correspondiente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

1.2. Fundamentos Fácticos (fls. 4-16)

La señora María Briceida del Carmen Palacios de Albarracín, es propietaria del predio ubicado en la Calle 14C No. 7-45 del Barrio el Consuelo de la Ciudad de Tunja, razón por la cual se le ha vinculado a varios procesos de restitución del espacio público por parte de la administración, de un lado por el encerrado en la zona verde del citado predio y de otro, por la escalera que se encuentra dentro de la misma

zona verde. El primer proceso radicado con No. 075 de 2010 culminó con acto administrativo No. 041 de 18 de febrero de 2011, en el que se determinó que no existía mérito para ordenar la restitución del espacio público de la zona verde ubicada al frente del inmueble, pues se estableció que era un bien privado y en consecuencia se declaró la terminación del proceso.

No obstante lo anterior y pese a que el citado acto administrativo se encuentra en firme, la administración instauró medio de control de simple nulidad el cual culminó por virtud de decisión adoptada en audiencia inicial en la que se declararon probadas la excepciones de inepta demanda y caducidad de la acción propuestas por la parte demandada, razón por la cual, la Resolución No. 0041 quedó revestido de total legalidad.

Igualmente se inició en su contra proceso sancionatorio No. 043 de 2010 por ausencia de licencia de construcción, sin embargo, esta fue aportada dentro del mismo trámite, y finalmente se abrió otro proceso de restitución de espacio público con radicado No. 2012-794, que culminó con los actos administrativos demandados los cuales se expidieron con un procedimiento viciado desde el comienzo toda vez que la accionante no fue vinculada en debida forma al proceso, no se le permitió ser escuchada, no se le comunicó sobre sus derechos frente a la defensa técnica ni a la presentación de pruebas como tampoco se le permitió controvertirlas, por tanto, la vulneración de su derecho al debido proceso, así como la trasgresión a la Constitución Política y al Código Nacional de Policía y al Código de Convivencia Ciudadana de Boyacá es clara y tajante.

La Secretaría de Infraestructura expidió informe "proceso de restitución de espació público" el 23 de julio de 2012, en el cual determinó que se debía dar inició al referido proceso con ocasión de la construcción de una escalera realizada, en su criterio, en una zona de espacio público. Dentro del mismo informe señaló que desde el año 2010 se había iniciado proceso de restitución por otros elementos, pero teniendo en cuenta que la construcción de la escalera fue reciente, debía aperturarse otro proceso.

El 12 de junio de 2012 se realizó visita al inmueble en la cual se estableció "instalación *de una escalera metálica en la zona de aislamiento, anterior zona verde*" ese mismo día se dejó por debajo de la puerta una notificación en la que se le comunicó que estaba cometiendo infracción por planos no aprobados, licencia de construcción y ocupación de

aislamiento posterior lateral, notificación que no fue realizada en forma legal, toda vez que dejarla debajo de la puerta con una constancia no es la forma idónea de notificar personalmente una decisión administrativa.

En el curso del proceso se profirió auto 001 del 17 de agosto de 2012 avocando conocimiento y comisionado a la Inspección de Policía para efectuar las notificaciones pertinentes, así como para realizar inspección ocular del predio, razón por la cual, se expidió auto fijando como fecha el 18 de septiembre de 2012 para notificar a la señora Palacios de Albarracín y simultáneamente adelantar dicha inspección, sin embargo, en la referida fecha no se pudo hacer la diligencia toda vez que no se presentó la delegada de la Oficina de Planeación, por lo que se fijó nueva fecha para el 30 de octubre de 2012. Sin embargó, observó la actora que el auto inicial, esto es, el proferido el 17 de agosto de 2012 no le fue notificado personalmente, pese a tratarse de la providencia por medio de cual se inició el proceso.

Del mismo modo, pone de presente la accionante que la diligencia de inspección ocular fijada para el 30 de octubre de 2012, tampoco le fue notificada por lo que no le fue posible ejercer su derecho de contradicción y defensa. Además, reiteró que nunca fue escuchada en descargos ni vinculada formalmente como el procedimiento policivo lo requiere.

El citado proceso terminó con la expedición del acto administrativo número 0257 de 2014, mediante el cual se declaró a la demandante contraventora de las normas que protegen el espacio público y se ordenó la restitución correspondiente. Inconforme con la decisión anterior, interpuso recurso de reposición que fue resuelto a través de acto administrativo número 0483 en el cual simplemente se adujo que la administración puede subsanar sus propios errores, corrigiendo el error en el que había incurrido respecto del folio de matrícula del bien en cuestión, mas no nada relacionado con el fondo del asunto.

En cumplimiento del acto administrativo se delegó a la Inspección Primera de Policía de Tunja para notificar de la decisión a la accionante, informando que se le otorgaban 30 días para retirar los materiales perturbatorios, esto es, para demoler la escalera sin tener en cuenta que dicha escalera se encuentra construida en la misma zona donde la administración determinó en el proceso anterior que era privada.

El 2 de marzo de 2015 se realizó visita por parte de la administración en la que se estableció como fecha para demoler la escalera el 11 de mayo 2015, sin embargo, no se llevó a cabo por solicitud de suspensión efectuada por la accionante.

Advierte que el 28 de mayo de 2015, solicitó la ficha catastral del predio la que al parecer fue modificada, pues en el pergamino fue borrada la zona frente al inmueble objeto de debate, contrario a lo que se evidencia en la ficha que la demandante solicitó para aportar con la contestación de la demanda dentro del referido proceso de simple nulidad en la que aparecen los datos completos y sin modificaciones.

Finalmente, pone de presente que la administración pretende dividir en dos, la zona verde del predio de la demandante al señalar que una parte corresponde a la zona por la que se inició el primer proceso de restitución de espacio público y en el que se concluyó que era privada y que la otra, corresponde a la zona donde se construyó la escalera generadora de los actos administrativos demandados, a pesar de que en la realidad es una sola.

1.3. Normas Violadas y concepto de violación (fls. 16-19)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Artículos 13, 24, y 29 de la Carta Política.

Legales: Ley 1437/11; Ordenanza 0049/02; Código de convivencia ciudadana de Boyacá y Código Nacional de Policía (procedimiento para la restitución de bienes de uso público por omisión del debido proceso)

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 496-510)

El apoderado judicial del ente demandado, MUNICIPIO DE TUNJA, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al considerar que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 9 de 1989, en concordancia con el Decreto 1504 de 1998, que reglamentó el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial, los antejardines también hacen parte de los bienes de uso público, así: "artículo 5, (...) numeral 2 (...) e) De igual forma se considera parte integral del perfil vial, y por ende del espacio público, <u>los antejardines de propiedad privada</u> (...)".

por lo anterior, es claro que los argumentos de la accionante no están llamados a prosperar, en tanto los actos demandados se profirieron en los términos del principio de legalidad o bajo la presunción de haber sido expedidos de conformidad con las normas que forman parte del ordenamiento jurídico.

Adujo igualmente la parte demandada, que teniendo en cuenta el plano que aprobó de loteo de la urbanización "el consuelo", el espacio objeto de la restitución ordenada en la Resolución No. 0257 de 2014, corresponde a la zona verde (espacio público) de dicha urbanización, afirmación que hizo teniendo en cuenta que dentro del referido plano se identifica el lote No. 4 que corresponde al de la demandante, el cual colinda con una zona verde (espacio público)y con anden intermedio y se especifica también dentro del mismo plano que todos los lotes tienen una medida de 12.00 x 8.30.

En las anteriores condiciones, manifiesta que no cabe duda de que la demandante al construir unas escaleras en zona verde, incurrió, no solamente en violación a las normas de urbanismo sino también en vulneración de derechos públicos o colectivos, además de que se quebrantó el diseño arquitectónico estructurado para el sector y autorizado por la autoridad competente, motivo por el cual, es imperiosa la necesidad de retirar los elementos que perturban la armonía urbanística.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia proferida el 31 de marzo de 2017, resolvió lo siguiente (fls. 932-946):

> ***"PRIMERO: DENIÉGUENSE*** *las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *Levantar la medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución No. 0257 del 24 de junio de 2014, sí como la Resolución No. 0483 del 20 de octubre de 2014, ordenada en auto del 5 de abril de 2016.*
>
> ***TERCERO.*** *Ejecutoriada esta providencia, por secretaria deberá informarse a la Inspección Primera Municipal de Policía Urbana de Tunja, sobre el levantamiento de la medida cautelar para lo pertinente.*
>
> ***CUARTO.*** *Condenar en costas a la parte vencida – accionante -, y a favor de la parte demandada.*

(...)"

Para adoptar tal determinación, el Juez de instancia, luego de realizar un recuento normativo sobre la materia, esto es, relacionada con el espacio público y la expedición de licencias, señaló en primer lugar que si bien el proceso de restitución de espacio púbico No. 075 de 2010 tiene relación con el antejardín del inmueble de la señora Briceida Palacios, este se refirió únicamente a la parte correspondiente a la tienda, sala de internet o encerramiento y no como lo entendió la parte actora de manera equivocada, sobre la totalidad del área del antejardín, por lo que no es dable concluir que la decisión allí adoptada pudiera extenderse al proceso No. 2012-794 dentro el cual se expidieron los actos administrativos aquí demandados, en tanto, este fue iniciado por la construcción de una escalera en esa misma área, razón por la cual, aclaró, que el estudio se efectuaría únicamente respecto de esta circunstancia.

Del material probatorio obrante en el expediente, determinó el juez de primera instancia que, si bien aparece un permiso otorgado a la demandante por la Curaduría Urbana No. 2, para la demolición y realización de obra nueva sobe el predio objeto de la controversia, tal permiso comprendía una sola escalera en forma espiral en la parte interna de la vivienda. Igualmente, con la referida licencia y de los planos entregados por la misma demandante, se logró establecer que desde el trámite de la mencionada licencia estaba clara la existencia de un área de antejardín por la carrera 8a.

Así entonces, encontró probado que en el costado que limita por la carrera 8a la parte interior del inmueble de propiedad de la accionante, está delimitada una zona de antejardín sobre la cual se encuentra una escalera y de acuerdo con los documentos y planos analizados, determinó el A quo que lo autorizado por la administración municipal era la construcción de una escalera interna a la casa edificada.

Adujo igualmente el juez de primera instancia que, a pesar de que en el proceso de restitución de espacio público No. 041 de 2011 no se establecieron concretamente las razones por las cuales se consideró que la señora Palacios no era contraventora de las normas urbanas, se pudo inferir que dicha decisión obedeció básicamente a lo manifestado en el documento por el cual se le dio respuesta al Oficio SJ 1044 del 29 de abril de 2013 en el que se dijo "*se puede determinar que el aislamiento anterior es un espacio público de propiedad privada*" afirmación que le permitió entender a la administración que se trataba de un área de propiedad privada de la señora Briceida Palacios.

No obstante, tal como lo ha entendido la corte constitucional en lo que se refiere a la denominada propiedad privada en espacio público, la propiedad privada en algunos casos encuentra su límite en aquello que dentro de su predio o inmueble haga parte de lo que se denomina por mandato constitucional espacio público al uso común, restricción que se impone en atención al principio de la prevalencia del interés general sobre el particular y con el fin de impedir la apropiación por parte de los particulares de algo que le pertenece a todos. En esas condiciones, respecto de la escalera objeto del proceso de restitución de espacio público No. 2012-794, sostuvo el juez de primera instancia que fue construida en la parte externa del inmueble ubicado en la calle 14C No. 7-45, sobre el área de antejardín de la misma, sin contar con permiso alguno, invadiendo con ello el espacio público de protección constitucional.

Finalmente en relación con la presunta vulneración al debido proceso alegado por la parte demandante, consideró que tal afirmación no tiene asidero fáctico ni jurídico, toda vez que del material probatorio obrante en el proceso, se observa que la actora participó en la diligencia de inspección ocular llevaba a cabo el 29 de enero de 2014 y que fue a partir de ese momento que se surtió todo el trámite del referido proceso, pues fue en esta diligencia que se efectuó la descripción del inmueble y se estableció la existencia de la escalera. Además, tal como se verificó de las copias de proceso administrativo de restitución de espacio público, la actora y sus hijos actuaron en las etapas y actuaciones surtidas, razón por la cual no encontró el Despacho que la administración hubiera vulnerado los derechos alegados.

4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

4.1 Parte demandante (fls. 953-964)

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

Aclara la recurrente que, en el primer proceso de restitución de espacio público se determinó y probó que el andén del inmueble objeto del presente proceso, el cual antes era antejardín, sigue siendo público y sobre este no se ha construido la escalera, pues esta fue edificada en el área que quedó determinada como privada por virtud del acto administrativo 0041. Adujo igualmente, que en el presente proceso no se debate si la demandante fue infractora de las normas urbanísticas y si

construyó o no la escalera según los planos aportados, en tanto lo que se discute es el hecho de que existen dos actos administrativos sobre el mismo punto, el primero que declaró que no había mérito para declarar a la demandante como infractora de las normas urbanísticas el cual se encuentra en firme y el aquí demandado que contiene una decisión contraria a la anterior, esto es, determinó que la actora es infractora de las normas de espació público.

Manifestó igualmente que si bien es cierto los documentos aportados por la demandante en el proceso de simple nulidad determinan la existencia de un espacio frente al inmueble que es donde está ubicado el internet y la escalera, pero solo en uno de esos documentos aparece tal espacio como antejardín, cuando en los anteriores que son originales expedidos por la misma autoridad no aparece esta anotación, generándose una duda frente a la existencia o no del mismo.

De otra parte, observó que después del llamado antejardín se encuentra el andén que es bastante amplio y público el cual no se está alterando ni modificando, ya que la escalera en cuestión, se encuentra en un sitio privado tal como fue determinado por la misma administración, esto es, en el sitio donde actualmente está el internet, es decir, que el proceso 075 de 2010 tramitado por la presunta invasión de espacio público por la aquí demandante, se inició por todo el frente del inmueble que hace parte integral de predio como privado y no de uso público.

Puso de presente la recurrente, que existen varios documentos como los planos del IGAC y la carta catastral, en los que no aparece el dibujo del antejardín, pues tal dibujo solo apareció en el último plano solicitado, que fue después de haberse realizado las construcciones debatidas.

Finalmente reitera que se le vulneró su derecho al debido proceso, toda vez que no se le notificó personalmente el primer auto del proceso ni fue vinculada en debida forma al mismo, así como tampoco se le dio la oportunidad de ejercer la defensa técnica ni pedir pruebas ni controvertirlas.

5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Sexto Administrativo de oralidad del Circuito de Tunja, por auto de 15 de junio de 2017(fl. 966-967), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 21 de julio de 2017 (fl. 972 y vlto). A través de auto de 14 de agosto de 2017, se prescindió de la

audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 976).

6.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1.2 Parte demandante (fl. 978-983)

La apoderada de la parte demandante reiteró los argumentos expuestos tanto de la demanda como en el recurso de alzada.

6.1.3. Parte demandada (fls. 984-988)

El apoderado del Municipio de Tunja, luego de ratificar lo señalado en la contestación de la demanda, manifestó que, de conformidad con la normatividad constitucional y legal sobre la materia, la administración del Municipio de Tunja en cabeza del señor Alcalde, al proferir los actos administrativos demandados, lo realizó respetando el debido proceso, las normas que regulan el procedimiento contravencional y los medios probatorios necesarios para llegar a una decisión ajustada a derecho.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

1. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para el efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la parte demandante, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Artículo 320. Fines de la apelación.***
> *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante,*** *para que el superior revoque o reforme la decisión.*
> *(...)"*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que adoptada en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que *"las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'"*[1].

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem,* para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus,* por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. Sin embargo, como en el *sub examine* tanto la parte demandada como la parte actora presentaron sus recursos de apelación, tal prohibición se levanta y el Superior puede adentrarse en el estudio del asunto de manera plena.

---

[1] *Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.*

2. EL PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación, corresponde a esta Sala establecer si, teniendo en cuenta la existencia de un acto administrativo expedido por la administración municipal en proceso anterior de restitución de espacio público, iniciado también en contra de la aquí demandante por el encerramiento, y la edificación de un negocio de internet en la zona frente de su vivienda , en el que se consideró que no había lugar a ordenar la restitución de espacio público por corresponder a un antejardín de un predio privado, se debe declarar la NULIDAD de los actos administrativos demandados por medio de los cuales, contrario a lo anterior, se declaró a la demandante infractora de las normas de urbanismo y del espacio público, por virtud de la construcción de una escalera al parecer y según el dicho de la actora, en la misma área cuestionada en el proceso administrativo anterior, para lo cual se deberá determinar si tal como lo alega la accionante la decisión adoptada en el acto administrativo inicial tiene alcance en este proceso o si por el contrario la mencionada escalera fue construida sin contar con las licencias pertinentes y en una zona considerada como espacio público.

3.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL. –

3.1. DEL DERECHO AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO.

El artículo 82 constitucional consagra que es deber del Estado, velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

En 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 1° 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 2° establece que el alcalde es la primera autoridad de policía del municipio.

Así entonces, es claro que cada municipio define independientemente la manera en la cual se ordena su territorio, pero además determina **las reglas del uso o destinación de los bienes que forman parte del mismo**.

Desde el punto de vista legal, la Ley 9 de 1989 "*por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones*" establece en el artículo 5° la definición de espacio público en los siguientes términos:

> "**Artículo 5°.-** Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que transcienden, 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."

A su vez, el artículo 6° de la misma norma, 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. El retiro del servicio de las vías públicas continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes. 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."

El Decreto 1504 de 1998[2], acoge en su artículo 2° la definición de espacio público antes transcrita y en el artículo 3°, precisa que el espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:

> " (...)

[2] Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial.

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

En el numeral segundo del artículo 5°, ibídem, se relacionan los elementos constitutivos artificiales o construidos del **espacio público,** en los siguientes términos:

"(...) 2. Elementos constitutivos artificiales o construidos:
a. Áreas integrantes de los perfiles viales peatonal y vehicular, constituidas por:
a. Los componentes de los perfiles viales tales como: áreas de control ambiental, zonas de mobiliario urbano y señalización, cárcamos y ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, alamedas, rampas para discapacitados, andenes, malecones, paseos marítimos, camellones, sardinales, cunetas, ciclopistas, ciclovías, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento, bermas, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles;
(...)
b. Áreas articuladoras de espacio público y de encuentro, tales como: parques urbanos, zonas de cesión gratuita al municipio o distrito, plazas, plazoletas, escenarios deportivos, escenarios culturales y de espectáculos al aire libre;
c. Áreas para la conservación y preservación de las obras de interés público y los elementos urbanísticos, arquitectónicos, históricos, culturales, recreativos, artísticos y arqueológicos, las cuales pueden ser sectores de ciudad, manzanas, costados de manzanas, inmuebles individuales, monumentos nacionales, murales, esculturales, fuentes ornamentales y zonas arqueológicas o accidentes geográficos;
d. Son también elementos constitutivos del espacio público las áreas y elementos arquitectónicos espaciales y naturales de propiedad privada que, por su localización y condiciones ambientales y paisajísticas, sean incorporadas como tales en los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que lo desarrollen, tales como cubiertas, fachadas, paramentos, pórticos, **antejardines**, cerramientos;
e. De igual forma se considera parte integral del perfil vial, y por ende del espacio público, **los antejardines de propiedad privada."**

3.2- BIENES FISCALES, BIENES DE USO PÚBLICO Y BIENES PRIVADOS.

De la lectura armónica de los artículos 63[3], 72[4], 82[5], 102[6] y 332[7] de la Constitución Política, es posible concluir que son bienes de dominio público los destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o los que están afectados al uso común.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil se denominan "*Bienes de la Unión*" aquellos cuyo dominio pertenece a la República y se clasifican en bienes patrimoniales o fiscales y en bienes de uso público.

Patrimoniales o fiscales. También conocidos como propiamente estatales, pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y de manera general están destinados a la prestación de las funciones públicas o de servicios públicos, su dominio corresponde al Estado "pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes" es decir el Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad.

Bienes de uso púbico. Igualmente, conocidos como bienes públicos del Territorio, son aquellos cuyo dominio resulta también del Estado, pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente. Como ejemplo de ello se relacionan las calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc.

Así entonces, a partir de tales características se puede afirmar que ninguna entidad estatal tiene sobre ellos la titularidad de dominio equivalente a la de un particular, por estar destinados al servicio de todos los habitantes. Sobre ellos el Estado ejerce básicamente derechos de administración y de policía, con el fin de garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general.

En torno al tema, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que "(...) *el espacio público y los bienes que lo conforman, por su incidencia en la calidad de vida de los ciudadanos, cuentan con*

---

[3] **ARTICULO 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.
[4] **ARTICULO 72.** El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.
[5] **ARTICULO 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 .Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.
[6] **ARTICULO 102.** El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.
[7] **ARTICULO 332.** El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

una especial protección dentro de nuestro 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. (...)"[8].

En contraposición con lo anterior, **los bienes de dominio particular o privado,** se caracterizan porque su uso está dedicado al arbitrio al arbitrio particular, la goce y disposición de sus dueños, pero dentro de los límites del respeto del derecho ajeno y de la función social de la propiedad.

Al respecto, la corte constitucional en sentencia C-295 de 1993, además de analizar la constitucionalidad de las zonas de cesiones obligatorias sostuvo lo siguiente:

> "(...)
> En efecto, no hay duda de que en virtud de su función social urbanística la propiedad está sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso, dentro de las cuales se encuentran las denominadas cesiones obligatorias gratuitas.
> Tales cesiones nacen de la obligación que tienen los propietarios que construyen urbanizaciones, edificios, realizan parcelaciones, etc., de ceder gratuitamente a los entes municipales una parte de su terreno, destinada a calles, parques, plazas, vías de acceso, zonas verdes, etc.
>
> Las zonas cedidas pasan a formar parte del espacio público, por cuya protección debe el Estado velar, conforme al artículo 82 de la Carta, y cuya destinación al uso común, es apenas una consecuencia del principio que antepone el interés común al individual. Tales zonas son definidas por el artículo 5o. de la ley 9 de 1989, como "el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes", señalando en su inciso segundo, entre otras, **las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal**, como vehicular, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, los parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, etc, y en general "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".
>
> Para la Corte Constitucional es claro que las regulaciones urbanísticas cumplen una función social y ecológica, pues tienen como propósito la ordenación y planificación del desarrollo urbano y el crecimiento

[8] T. 578A /11 de 25 de julio de 2011 MP. Mauricio González Cuervo

> armónico de las ciudades, con el fin de garantizar una vida adecuada a las personas que las habitan, teniendo en cuenta no sólo los derechos individuales sino también los intereses colectivos en relación con el entorno urbano. Y es por ello que se regula la propiedad horizontal, se establecen normas que reglamentan la construcción de viviendas señalando el volumen y altura de los edificios, imponiendo la obligación de dejar espacio suficiente entre un edificio y otro, **la de construir determinadas zonas para jardines**, parques, áreas verdes, calles peatonales, vías de acceso a las viviendas, etc., con el fin de lograr la mejor utilización del espacio habitable, para beneficio de la comunidad."

De lo anterior, es posible afirmar que los espacios que de conformidad con las disposiciones vigentes deben reservarse para zonas comunes en beneficio de la comunidad, se incorporan a los bienes de uso público, a través de la escritura pública de la respectiva urbanización, y a partir de ello, es el municipio al que le corresponde velar por su mantenimiento, cuidado y conservación, de tal forma que dichas zonas comunes por su calidad de espacio público, no tiene un dueño particular, sino sus destinatarios y titulares son todos los habitantes y ciudadanos de la Nación.

En las anteriores condiciones, los bienes comunales de las urbanizaciones y barrios que en principio eran propiedad privada colectiva, se incorporan y trasfieren al conjunto de bienes de propiedad o dominio público para integrar la masa de bienes públicos, razón por la cual, dichos bienes son objeto de protección estatal frente a eventuales intervenciones no autorizadas, perturbaciones y apropiación particular.

Ahora bien, en lo que tiene que con aquellas zonas de dominio privado que a pesar de existir restricción sobre estas, sus propietarios no tienen la obligación de transferirlos, como es el caso de los andenes o antejardines, es preciso indicar que desde la Constitución de 1991 (artículo 58) se elevó a un rango superior la función social de la propiedad, en el entendido que el ejercicio arbitrario de esta, en ciertos casos debe ser limitada por parte de las autoridades administrativas en aras de salvaguardar el interés general sobre el particular.

En concordancia con lo anterior, como ya se vio, la Ley 9 de 1989 consagró los elementos constitutivos de espacio público, dentro de los cuales se encuentran los bienes de propiedad privadas que, por su naturaleza o uso, están destinados a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden de interés individual. Sobre este particular, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional al señalar:

> "(...) *El constituyente amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente referida en la legislación civil, teniendo en cuenta que no se limita a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos bienes inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva. Así, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público es su afectación al interés general y su destinación al uso por todos los miembros de la comunidad.*"

Es así, como a pesar de que existen zonas de titularidad privada, por virtud de su naturaleza y uso se convierten en áreas de beneficio colectivo y de acceso público, sin que pueda impedirse su acceso y disfrute de los demás ciudadanos.

En efecto, el artículo 66 de la plurimencionada Ley 9 de 1989, modificado por el artículo 2° del Decreto 810 de 2003, es claro al señalar que, ante infracciones urbanísticas, procede la aplicación de sanciones a los responsables por parte de las autoridades correspondientes. Textualmente, consagró lo siguiente:

> "(...) 2. Multas sucesivas que oscilarán entre doce (12) y veinticinco (25) salarios diarios vigentes por metro cuadrado de intervención u ocupación, sin que en ningún caso la multa supere los cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para quienes intervengan u ocupen, con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o **construcciones**, los parques públicos zonas verdes y demás bienes de uso público, **o los encierren sin la debida autorización** de las autoridades encargadas del control del espacio público, además de la demolición de la construcción o cerramiento y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado en la Ley 142 de 1994. Esta autorización podrá concederse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la trasparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual de los parques o zonas verdes y que no se vulnere su destinación al uso de común
>
> En la misma sanción incurrirán quienes realicen intervenciones en **áreas que formen parte del espacio público que no tengan el carácter de bienes de uso público**, sin contar con la debida licencia o contraviniéndolo, sin perjuicio de la obligación de restitución de elementos que más adelante se señalan[9] " (negrilla fuera del texto original)

[9] "Artículo 4°. El artículo 107 de la Ley 388, quedará así:
Artículo 107. Restitución de elementos del espacio público. Los elementos constitutivos del espacio público que fuesen destruidos o **alterados**, deberán restituirse en un término en dos meses contados a partir de la providencia que impongan la sanción.

En las anteriores condiciones, no cabe duda que los bienes cuya titularidad es privada pero destinados al uso colectivo, hacen parte del espacio público sin necesidad de que sean calificados como bienes de uso público, en otras palabras, aquellos espacios- zonas verdes, andenes, antejardines-, destinados al beneficio de una comunidad, urbanización, barrio o zona residencial, a pesar de tener como propietarios a particulares, su uso, disposición o destinación no puede ser ejercida en firma arbitraria por parte de sus dueños, en tanto, como ya se estableció, sobre ellos recae una limitación de orden constitucional y legal, por virtud de la cual, su uso y disfrute le pertenece a todos los ciudadanos sin que sea permitido restricción o cerramiento alguno.

Concretamente en lo que respecta a los antejardines, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 17 de julio de 2008 dentro de una acción popular[10] sostuvo que:

> "(...) **los antejardines** de propiedad privada son parte integral del perfil vial y por tanto del espacio público respecto del cual el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar su uso común, lo que, a nivel local, compete a los municipios, en pro de garantizar la libre y segura circulación tanto peatonal por las respectivas zonas habilitadas para ello, de conformidad con su particular reglamentación" (negrilla fuera del texto original)

4. CUESTIÓN PREVIA.

Manifiesta la parte actora que los actos administrativos demandados, por medio de los cuales la administración la declaró contraventora de las normas que protegen el espacio público con ocasión de la construcción de una escalera en la zona verde frente al inmueble de su propiedad ubicado en la calle 14B No. 7-42 barrio el consuelo de Tunja debe ser anulado, toda vez que con antelación al proceso policivo de restitución de espacio público en el cual se produjeron los actos aquí acusados, se había tramitado otro proceso de la misma naturaleza en razón a la presunta invasión de la zona verde ubicada frente a su inmueble con la misma nomenclatura , que culminó con Resolución 0041 del 18 de febrero de 2011 mediante la cual se estableció que no había lugar para ordenar la restitución del espacio público de la zona ubicada frente al inmueble citado, es decir, que en su sentir, la administración en el proceso inicial se pronunció respecto de la totalidad de la referida zona y no solo de una parte, razón por la cual, las resoluciones demandadas no tienen validez en tanto fue el mismo municipio que se pronunció favorablemente respecto de la misma área.

[10] Consejo de Estado – Sección Primera Radicación No. 41001-23-31-000-2004-00538-01 (AP) MP. Martha Sofía Sanz Tobón

Al respecto la Sala dirá lo siguiente:

Obra en el expediente Oficio SIU-1024/Rad. 3320 de 13 de diciembre de 2010 (fl. 1), expedido por la Secretaría de Infraestructura Municipal, dirigido a la Secretaría Jurídica Municipal, en la que se pone de presente que:

> "(...) anexo al presente la documentación relacionada con las diligencias adelantadas por control urbano y el trámite dado a las diferentes peticiones de la comunidad del barrio el consuelo, para que se adelanten los procedimientos a lugar **por la ejecución de obras de construcción, ocupando zona verde por parte de la señora BRICEIDA PALACIOS, frente al inmueble identificado con nomenclatura Calle 14C No. 7-45.**
> (...)
> es de anotar que el presente informe se relacionan las obras que bien adelantando la señora BRICEIDA PALACIOS respecto a la invasión de zona verde; con respecto a las obras al interior del inmueble, que se ejecuta sin contar con licencia de construcción ni planos aprobados (...)"

Del mismo modo, se observa escrito SIU- 943/Rad 3320 del 13 de noviembre de 2010 (fl. 10), dirigido al señor EDILBERTO PINEDA MANCIPE – Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio del Consuelo – a través del cual, la Secretaria de Infraestructura Municipal le informa que, en atención a su solicitud, se llevó a cabo por parte de la Oficina de Control Urbano, visita al inmueble ubicado en la Calle 14C No. 7-45 del Barrio El Consuelo, donde se pudo constatar la invasión de la zona verde, **con la construcción de un cerramiento en antepecho, enrejado y cubierta de asbesto cemento.**

A folio 12 de expediente, se observa el acta de la visita del 10 de noviembre de 2010, a la que se hizo referencia en el escrito anterior, en la cual se lee:

> "(...) construcción de muros de cerramiento y enrejado, con cubierta en asbesto – cemento, ocupando área de zona verde, **esta zona fue adecuada y se desarrolla uso de establecimiento comercial "variedades Luicita"; una parte fue realizada hace aproximadamente hace (sic) 3 años y en este momento se encerró otro costado norte de la zona verde (...) así las cosas se le solicita suspender todo tipo de obra y despejar la zona verde (...)"**

También se observa en el plenario Resolución Mo. 0041 de 18 de febrero de 2011 (fls. 60-62 C de pruebas) "*por medio de la cual se declara que no existió mérito para ordenar la restitución del espacio público, se ordena la terminación y el archivo de las diligencias adelantadas en contra de la señora MARÍA BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS ALBARRACÍN*", de la cual se extrae lo siguiente:

"(...) en la diligencia de inspección ocular fechada 04 de febrero de 2011, se consignó lo siguiente: "(...) trátese de una vivienda de una sola planta, en cuyo frente se encuentra ubicada una tienda una sala de internet un sitio de para mesa y silla con piso en tableta, techos de Eternir, paredes en ladrillo a media altura aproximadamente de un metro, con reja metálica a la entrada al lado **zona antejardín** con matas de jardín, la tienda se encuentra ubicada en el sitio garaje cubierta con parasol, al frente se esta vivienda se encuentra andén de aproximadamente 1.20mts luego la vía carrera 8, se **deja constancia que el antejardín hace línea con los demás antejardines de las demás casas del costado norte al costado sur terreno sin construir** (...) igualmente el día anterior fue presentado por parte del delegado de la oficina Asesora de Planeación presentó (sic) informe escrito sobre el lote la Litis (sic) donde se puede observar como conclusión que revisada la ficha predial se observa que no se encuentra dibujado el antejardín (sic) existente frente al predio, y si este corresponde a espacio público o hace parte integral de los predios, según la base predial el antejardín corresponde a un predio privado que en la actualidad se encuentra cercado en muro pañetado (...)"

De igual manera, observa la Sala que a folio 44 del expediente obra Oficio S.I.U 794 de 23 de julio de 2012 dirigido a la Secretaria Jurídica Municipal, por parte del Secretario de Infraestructura Municipal, a través del cual, solicita:

"(...) su valiosa colaboración en dar inicio al respectivo proceso de restitución de espacio público, **por la construcción de escalera realizada por parte de la señora BRICEIDA PALACIOS** frente **al inmueble identificado con nomenclatura Calle 14C No. 7-45 del barrio El Consuelo en zona de espacio público (...)**
Es de anotar que ya había sido presentado informe anterior a su despacho mediante Oficio SIU-1024/Rad.3320 de fecha 13 de diciembre de 2010 para inicio de proceso de restitución de espacio público **por otros elementos desarrollados en la misma zona; la escalera descrita en el presente informe corresponde a un elemento recientemente instalado y del cual fue informado por parte de la Junta de Acción Comunal del barrio El consuelo en el mes de junio del presente año, para la misma señora BRICEIDA no cuenta con documentos de aprobación (...)** " (negrilla fuera del texto original)

Aunado a lo anterior, obra en el plenario la Resolución No. 0257 de 24 de junio de 2014 (acto administrativo demandado) "*mediante el cual se ordena la restitución de un espacio público ubicado en la Calle 14C No. 7-45 del Barrio el Consuelo*" en el cual se indicó lo siguiente:

"(...) En visita realizada por la Secretaria de Infraestructura a la calle 14C No. 7-45 Barrio el Consuelo el día 12 de junio de 2012, encontró que, frente al inmueble ubicado en dicha dirección, se había instalado una escalera metálica en zona de espacio público sin el lleno de los requisitos de Ley, impidiendo con dicha instalación la libre circulación de los habitantes del sector.

(...)
En el asunto que nos ocupa, este despacho ordenará la restitución del espacio público, correspondiente a la zona verde donde se encuentra construida escalera por fuera del parámetro permitido; en lo que corresponde a la construcción donde se realizó cerramiento y enrejado en zonas verdes, donde también se viene realizando ocupación de espacio público, no se ordenará por el momento su restitución debido a que en la actualidad se viene adelantando en el Juzgado Administrativo de Tunja el Proceso No. 15001333300220130018000, mediante el cual se solicita la nulidad de la Resolución 0041 del 18 de febrero de 2011 por el cual se declaró que no existía mérito para declarar la ocupación del espacio público y se ordena la terminación y archivo de las diligencias." (negrilla fiera del texto original)

5. CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso *sub-examine*, si bien es cierto con anterioridad al procedimiento que dio origen a los actos administrativos aquí demandados[11], concretamente en el año 2010, se llevó a cabo otro proceso de restitución de espacio público (Rad No. 075 de 2010) en contra de la señora BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS ALBARRACÍON, respecto del inmueble ubicado en la Calle 14C Nc. 7-45 del Barrio el Consuelo, por la construcción **de un cerramiento en antepecho, enrejado y cubierta de asbesto cemento,** también lo es que el presente asunto, pese a que fue tramitado también en contra de la señora PALACIOS ALBARRACIN y a referirse a la ocupación del espacio público respecto del mismo bien inmueble, es claro que el hecho del cual surgió este último se concretó por la construcción de una **escalera metálica en zona de espacio público sin el lleno de los requisitos de Ley, impidiendo con dicha instalación la libre circulación de los habitantes del sector,** es decir, las circunstancias por las cuales se inició cada uno de los procesos de restitución de espacio público fueron **diferentes,** pues como ya se vio, el primero obedeció a un cerramiento y enrejado en zona de espacio público y el segundo que es el que ocupa la atención de la Sala, tuvo origen en la construcción de una escalera en la misma zona, por lo que ambos procesos culminaron con **actos administrativos diferentes e independientes,** tan es así, que en la Resolución No. 0257 de 24 de junio de 2014[12] se dejó expresamente señalado en lo que corresponde al cerramiento y enrejado en zonas verdes, donde también se viene realizando ocupación de espació de espacio público, que no se ordenaría su restitución, en tanto, para esa época se encontraba en trámite proceso en el cual se debatía la legalidad de la Resolución No. 0041 del 18 de febrero de 2011, lo que ratifica que son actos administrativos

[11] Rad No. 2012-0794

[12] "*mediante el cual se ordena la restitución de un espacio público ubicado en la Calle 14C No. 7-45 del Barrio el Consuelo*"

diferentes y por tanto ambos pueden ser sometidos a control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como en efecto ocurrió en este caso.

A lo anterior se agrega que, por tratarse de procesos iniciados por la presunta construcción, ocupación y/o encerrado en una zona de bien de uso público que tiene connotación de imprescriptible e inalienable, el Municipio no pierde la titularidad de dicho bien y por lo mismo no cesa la facultad de ser restituido en cualquier momento.

Aclarado lo anterior, procederá la Sala a pronunciarse respecto de la legalidad de los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se declaró a la actora contraventora de las normas que protegen el espacio público, con ocasión de la construcción de una escalera metálica en la zona verde del bien ubicado en la calle 14C No. 7-45 Barrio el Consuelo, por fuera de los parámetros permitidos.

En primer lugar, obra en el expediente copia de la escritura pública No 2746 de 21 de septiembre de 2006 (fls 312-318), otorgada a favor de la señora MARÍA BRICEIDA PALACIOS DE ALBARRACIN, en la notaria primera del Circulo de Tunja, por medio de la cual se trasfiere a título de venta real a favor de la señora MARIA BRICEIDA PALACIOS DE ALBARRACIN " *el derecho de dominio y posesión sobre la unidad denominada* ***APARTAMENTO CALLE 14 C No. 7-45****, con área total de 63.13m2, distribuida en dos (2) pisos, así (...)"*

Igualmente, en dicho documento se indicó en lo que respecta a los bienes privados o de dominio particular y a los de dominio público según el reglamento de la propiedad horizontal *(CAPITULO II – IDENTIFICACIÓN DE LAS UNIDADES DE PROPIEDAD PRIVADA O DE DOMINIO PARTICULAR Y BIENES COMUNES)*, lo siguiente:

> "(...) **ARTÍCULO QUINTO- BIENES DE PROPIEDAD PRIVADA O DE DOMINIO PARCICULAR**
> **(...)** para todos los efectos de este reglamento, **SE CONSIDERAN BIENES PRIVADOS O DE DOMINIO PARTICULAR,** las unidades o espacios limitados como tales en los planos de propiedad horizontal (...) que no estén comprometidos dentro de los limite y sirvan exclusivamente a su propietario- para todos los efectos de este reglamento, la edificación que consta de dos pisos se dividen en las siguientes unidades de propiedad privada:
> (...)
>
> a) – **primer piso,** con área de 34.75 m2 y área libre o patio 9.54m2, costa de sala- comedor, cocina, cuarto de plancha, patio de ropas, baño de emergencia y área de escaleras, (...)

b) - **Segundo piso**, con área privada de 42.01 m2, consta de tres alcobas, un baño, hall de circulación y área de escaleras (...)

ARTÍCULO SEXTO. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES COMUNES. -
BIENES COMUNES: todos los elementos y zonas de la edificación que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso y goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos. El derecho sobre estos bienes será ejercido en la forma prevista en la ley y el en presente reglamento de propiedad horizontal. Son bienes comunes de la totalidad de los copropietarios los que a continuación se relacionan (...) en general todos aquellos elementos y servicios sobre los cuales ninguno de los copropietarios puede alegar un derecho de propiedad exclusivo por razón de su misma naturaleza y/o **por no habérsele trasferido expresamente como pertenencia de propiedad individual**
(...)
PARÁGRAFO SEGUNDO. - En los planos de propiedad horizontal aparecen determinadas las áreas privadas perimetralmente demarcadas **y las áreas comunes corresponde a las áreas externas a los perímetros de unidades privadas o de dominio particular (...)"** (negrilla fuera del texto original)

En las anteriores condiciones, se tiene que el bien inmueble ubicado en la calle 14 C No. 7-45 de propiedad de la señora María Briceida Palacios de Albarracín el cual adquirió mediante la escritura pública parcialmente trascrita, hace parte de la Urbanización "BIFAMILIAR CONSUELO I" sujeta a las normas de propiedad horizontal. Adicionalmente, de lo expuesto hasta aquí se puede establecer que los bienes de propiedad privada o de dominio particular pertenecientes a la referida urbanización, son las unidades o espacios limitados como tales en los planos de propiedad horizontal que sirven exclusivamente a su propietario. Concretamente y de conformidad con el reglamento de propiedad horizontal son, **únicamente, los que comprenden la edificación que consta de dos pisos la cual se encuentra descrita en la misma escritura.**

En ese sentido los bienes de uso común de la urbanización en cuestión, según se indica en la cláusula sexta de la escritura, así como en el parágrafo segundo de dicha cláusula, corresponden a todos aquellos elementos y servicios sobre los cuales ninguno de los copropietarios puede alegar un derecho de propiedad exclusivo y/o por **no habérsele trasferido expresamente** como pertenencia de propiedad privada, además de las áreas **externas a los perímetros de las áreas privadas.**

Obra igualmente en el plenario Oficio S.I.U de 23 de julio de 2012, denominado "*Informe proceso de restructuración de espacio público frente*

al inmueble de la Calle 14C No. 7-45 el consuelo", suscrito por el Secretario de Infraestructura municipal y dirigido a la Secretaria jurídica del Municipio de Tunja, a través del cual solicitó colaboración para dar inicio al respectivo proceso de restitución de espacio público por la construcción de una escalera por parte de la señora Briceida Palacios, frente al inmueble identificado con nomenclatura Calle 14C No. 7-45 del Barrio el Consuelo en **zona de espacio público** (fl 44).

Lo anterior con fundamento en acta de visita realizada el 12 de junio de 2012 (fl. 45), en la cual se indicó:

> "(...) se observa la instalación de una escalera metálica en la zona de aislamiento anterior, **zona verde frente a la fachada principal de la vivienda (...)** se le deja la notificación No. 0618 para presentar documentos de autorización de la escalera **localizada en zona de espacio público (...)"**

Aunado a lo anterior, a folio 67 del expediente aparece la diligencia de inspección ocular, efectuada por la Inspección Primera Urbana de Policía de Tunja de la que se extrae lo siguiente:

> "(...) mediante AUTO 001 de fecha 17 de agosto de 2012, constituido el despacho en audiencia pública, se hizo presente al despacho el Arquitecto RUBEN DARIO CALIXCTO DELGADO de la Oficina Asesora de Planeación Municipal, (...) acto seguido procedimos a trasladarnos a la calle 14C No. 7-45 predio de la señora MARÍA BRICEIDA PALACIOS DE ALBARRACÍN, donde fuimos atendidos por la señorita JOHANNA ANDREA ALBARRACÍN PALACIOS identificada con la C.C. 33.366.147 de Tunja , quien manifestó ser hija de la señora MARÍA BRICEIDA PALACIOS DE ALBARRACÍN a quien se puso en conocimiento el motivo de la diligencia, acto seguido se procedió a describir así: trátese de una casa de habitación de dos plantas y sótano, en cuyo frente se encuentra ubicada una tienda, un antejardín, dentro del antejardín una **escalera se encuentra una escalera (sic)** que conduce al segundo piso de 15 escalones soportada en metal con barandas en tubo metálico, al lado del local utilizado como tienda se encuentra una sala de internet, trechos de eternit, en si la construcción es de tres niveles, frene a este jardín encontramos anden de 1.50 metros, seguidamente la carrera 8, según plano que se encuentra en el expediente corresponde al lote No. 4, el antejardín hace línea recta de los demás antejardines del costado norte al costado sur no hay construcción (...)"

Además de lo anterior, se observa a folio 74 Oficio SJ-25025 de 1 de octubre de 2013 por el cual la Abogada Contratista del Municipio de Tunja (NELLY JOHANA SAAVEDRA PULIDO) solicita a la Arquitecta NANCY ANDREA RAMÍREZ AGUDELO - Asesora de Planeación Municipal- su colaboración con el fin de que se expidiera el certificado de parámetro en relación con el inmueble identificado con numero predial 01-02-0031-0010-90 y con

dirección calle 14C No. 7-41/45 del Barrio el Consuelo de propiedad de la señora Briceida Palacios. En respuesta a la solicitud anterior, se expidió por parte de la Asesora de Planeación el Oficio AP-62.5B 5869 de 21 de octubre de 2012, en el cual se indicó "*(...) en atención a su solicitud le informó que una vez realizada visita al predio de número catastral 01020031001090, de propiedad de la señora Briceida Palacios, se pudo evidenciar que existe vía peatonal por el costado Norte, el cual mide una longitud de 2.20 metros, entre paramentos. Se informa además la existencia de* ***una escalera de acceso sobre esta peatonal que obstruye la libre circulación, obstaculizando el espacio público*** *(fl. 78)*". (negrilla fuera del texto original)

A su vez, por Oficio AP 62.5C 2786/2014 de 28 de mayo de 2014 (fl. 119-120), **suscrito por la Asesora de Planeación del Municipio de Tunja**, se dio respuesta a la solicitud efectuada por la Secretaria Jurídica municipal tendiente a que se emitiera concepto técnico acerca de si el espacio frente al inmueble ubicado en la calle 14C Nc. 7-45 del Barrio el Consuelo de propiedad de la demandante, corresponde a espacio público o es propiedad privada, en los siguientes términos:

> "(...) EL INSCREDIAL a través de escritura pública No. 1457 del 15 de noviembre de 1972 de la Notaria 1 del círculo de Tunja, protocoliza la urbanización y el plano urbanístico, la cual en la actualidad reposa en el Archivo Histórico Regional de Boyacá y en la que se encuentra el plano urbanístico, por lo tanto, se procedió a realizar la revisión técnica de la propiedad del predio en referencia.
>
> Se evidenció que, de acuerdo con el plano urbanístico aprobado para la urbanización, al costado occidental del predio 010200310001901, de propiedad de la señora BRICEIDA DEL CARMEN PALACIOS DE ALBARRACIÓN, **se encuentra ocupando espacio público, evidenciando que en la actualidad a expandido los linderos del predio hacia la zona verde aprobada a través de escritura pública anteriormente mencionada.**
>
> **Se informa que dentro de la zona verde contigua al inmueble se encuentra construida una estructura de escalera, la cual está invadiendo el espacio público** (...)"

Finalmente, a través de Oficio No. 6004 del 19 de abril de 2011 expedido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC- (fl. 42) al resolver la petición de la accionante relacionada con la actualización de la ficha catastral del predio de su propiedad, consideró lo siguiente:

> "en atención al asunto radicado en esta Dirección Territorial el 8 de abril del presente año, comedidamente nos permitimos informarle que, con respecto a su solicitud le reiteramos lo manifestado verbalmente acerca de que el antejardín en cuestión no hace parte de los bienes comunes de la propiedad horizontal y que por tal motivo no se harán modificaciones a la base de datos catastral en ese sentido"

No obstante lo anterior, por virtud de Oficio AP-62.5 B 1589-11 de 30 de mayo de 2011 suscrito por la Asesora de Planeación Municipal (fl. 51), en el que se solicitó al Instituto Agustín Codazzi pronunciarse sobre el carácter público o privado del antejardín del pedio 01-02-0031-0010-901, con nomenclatura calle 14C No. 7-45 del Barrio el Consuelo, el IGAC expidió el Oficio del 8 de junio de 2011 aclarando que:

> "(...) me perito manifestarle que a la fecha, esta área de terreno **viene siendo manejada por la base de datos catastral como espacio público sin numeración predial**, es decir, recibe el mismo tratamiento de una vía, la cual no tiene número predial pero puede ser visualizada en la cartografía catastral ocupando una especialidad bien definida (...)" (negrilla fuera del texto original)

La anterior afirmación se ratifica con la respuesta dada por el Asesor de Planeación Municipal mediante Oficio AP.62.5.I-2144/2013 de 7 de mayo de 2013, dirigido a la Secretaría Jurídica de la Alcaldía Mayor de Tunja en el que le informó en cuanto a la cartografía aportada por el IGAC relacionada con el predio ubicado en la calle 14 No. 7-75 de propiedad de la señora María Briceida Palacios de Albarracín, que *"(...)* ***se puede determinar que el aislamiento anterior es un espacio público de propiedad privada, como lo establece el Artículo 5 de la Ley 9 de 1989*** *(...)"*

Del abundante material probatorio allegado al plenario, especialmente de la escritura pública No 2746 de 21 de septiembre de 2006 y del reglamento de la propiedad horizontal de la Urbanización el Consuelo, es evidente que desde el momento en que la señora Palacios de Albarracín adquirió el inmueble arriba descrito, conocía cuales eran los bienes de propiedad individual y los bienes comunes de la copropiedad, correspondiendo a los primeros **solamente la edificación de dos pisos cuyo dominio y posesión le fue trasferido a la actora,** tal como da cuenta la cláusula primera de la referida escritura y **no las áreas externas a los perímetros de las áreas privadas,** como lo pretende hacer ver la señora Palacios, es decir, como ya se advirtió, los bienes no trasferidos **expresamente como propiedad privada son de uso común**, bienes que por su naturaleza no pueden ser destinadas al dominio particular.

En efecto, conforme a la documentación reseñada y de la manifestación realizada por la propia demandante en escrito de 26 de junio de 2012 dirigido a la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Tunja (fl. 49), en el que se lee, "*me permito informarle que ésta escaleras se encuentran construidas dentro del* ***antejardín,*** *lugar que forma parte de la casa y no afecta la zona destinada al andén pues este cuenta con un ancho de 1.60 cm en el lugar de los hechos*", se observa que tanto la administración municipal de Tunja como

la señora Palacios de Albarracín coinciden en señalar que la escalera por la cual se inició el proceso administrativo que culminó con los actos administrativos acusados, fue construida en la **zona verde o antejardín** que queda frente a la vivienda identificada con nomenclatura Calle 14C No. 7-45 del Barrio el Consuelo del cual es propietaria la actora.

En este punto, es importante recordar que tanto la ley[13] como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han sostenido que las **zonas verdes y antejardines de propiedad privada** son elementos constitutivos de espacio público, esto es, que los bienes cuya titularidad es privada pero destinados al uso colectivo, hacen parte del espacio público sin necesidad de que sean calificados como tales, *verbi gracia*, las zonas verdes, andenes y antejardines, destinados al beneficio de una comunidad, urbanización, barrio o zona residencial, como ocurre en el presente caso, en el que si bien, en principio podría pensarse que la construcción de la escalera motivo de inconformidad se realizó en el antejardín de la residencia de la accionante y por tal motivo considerarse zona privada, lo cierto es que, por hacer parte de una urbanización y/o zona residencial y por su uso, dicho antejardín es constitutivo de espacio público que por su especial protección constitucional no puede ser destinado al uso particular o privado, ni su acceso puede ser impedido o restringido a la comunidad en general, por consiguiente, considera la Sala que el acto administrativo demandado, fue expedido conforme a derecho y de conformidad con las normas aplicables.

En lo que respecta a la vulneración del debido proceso alegada por la actora en el escrito de apelación, por considerar que no fue vinculada en debida forma ni se le notificó adecuadamente el primer auto del proceso, esto es, personalmente, así como tampoco se le permitió ejercer su derecho de defensa y contradicción, la Sala dirá lo siguiente:

Según se observa en el expediente, el proceso administrativo No. 2012-794[14] se inició por la Alcaldía Mayor de Tunja – Secretaría Jurídica en contra de la demandante, con ocasión de los Oficios DPC 220 -1093 y 221 -001094 de 10 de mayo de 2011 (con posterioridad a la Resolución 0041

---

[13] Decreto 1504 de 1998 "por el cual se reglamenta el manejo de espacio público en los planes de ordenamiento territorial" artículo 5° El espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios (...) numeral 2° elementos constitutivos, artificiales o construidos del espacio público.
(...)
d) Son también elementos constitutivos del espacio público las áreas y elementos arquitectónicos espaciales y naturales de propiedad privada que por su localización y condiciones ambientales y paisajísticas, sean incorporadas como tales en los planes de ordenamiento territorial y los instrumentos que lo desarrollen, tales como cubiertas, fachadas, paramentos, pórticos, antejardines, cerramientos;
e) De igual forma se considera parte integral del perfil vial, y por ende del espacio público, **los antejardines de propiedad privada.**
[14] Dentro del cual se expidieron los actos administrativos demandados.

de 2011[15] proferida en el proceso 075/2010[16]) remitidos por el Personero Municipal a las Secretarias de, Infraestructura y Jurídica del Municipio de Tunja respectivamente, en desarrollo de la función preventiva consagrada en la Ley 136 de 1994, solicitando información de las gestiones llevadas a cabo por cada una de las secretarías, respecto de la respuesta negativa del IGAC frente a la solicitud de actualización de la ficha catastral del predio ubicado en la calle 14C No. 7-45 del Barrio el Consuelo (fls. 39).

Así entonces, por virtud de las citadas peticiones, la Secretaría Jurídica municipal envió Oficio S.J /638 del 17 de mayo de 2011 por el cual solicitó a la Arquitecta Asesora de Planeación del Municipio de Tunja pronunciamiento sobre el asunto puesto de presente por el personero municipal (fl. 46), quien a su vez afirmó que requirió al IGAC para que se manifestara sobre el carácter del predio en cuestión (fl. 51).

Mediante Oficio 6004 de 8 de junio de 2011 (fl. 58), el IGAC dio respuesta a la petición anterior señalando que el área de terreno cuestionada se venía manejando como espacio público sin numeración predial.

Por su parte, la Secretaría de Infraestructura el **12 de junio de 2012** realizó visita al predio con nomenclatura Calle 14C No. 7-45 Barrio el Consuelo con ocasión de "*construcción escalera en zona verde frente al inmueble de la señora BRICEIDA PALACIOS*", según se observa en acta de vista visible a folio 81 del expediente. Igualmente, obra notificación a la señora María Briceida Palacios de fecha **12 de junio de 2012**, sobre la falta de la documentación correspondiente para la construcción de la referida escalera (planos aprobados, licencia de construcción, licencia de ocupación o intervención de espacio público) de lo cual se extrae que en el espacio de la firma de quien atiende la visita se advirtió expresamente "*se niega a firmar, se deja bajo puerta*".

Sin embargo, **el 26 de junio de 2012** la señora María Briceida Palacios de Albarracín remitió escrito a la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Tunja, a través del cual manifiesta los motivos por los cuales se construyó la escalera por fuera de la fachada en la dirección calle 14C No. 7-45 (fl. 49), de cuyo escrito se destaca lo siguiente:

> "(...) la escalera se mandó hacer de manera que fuera descansada para que tuviera el menor impacto para los que la utilizamos no por querer molestar a los vecinos ni a las autoridades recurrimos a su humanidad y de antemano gracias por su colaboración.

[15] Por el cual se decidió que no existía mérito para para ordenar la restitución del espacio público.
[16] Primer proceso.

> Además, me permito informarle que éstas escaleras se encuentran construidas dentro del antejardín, lugar que forma parte de la casa y no afecta la zona destinada al andén pues este cuenta con un ancho de 1.60cm en el lugar de los hechos.,"

Por virtud de todo lo anterior el Secretario de Infraestructura municipal expidió Oficio SIU-794 de **23 de julio de 2012**, (fl. 44) por el cual solicitó a la Secretaría Jurídica del Municipio, iniciar proceso de restitución de espacio público por la construcción de escalera por parte de la señora BRICEIDA PALACIOS frente al inmueble identificado con nomenclatura Calle 14C No. 7-45 del barrio el Consuelo.

Mediante auto No. 001 de **17 de agosto de 2012**, la Alcaldía del Municipio de Tunja – Secretaría Jurídica avocó conocimiento de las diligencias relacionadas con el proceso de restitución de espacio público contra la señora Palacios Albarracín, ordenando la práctica de la diligencia de inspección ocular y además se comisionó a la Inspección Primera de Policía de Tránsito y Espacio Público para realizar la referida inspección y notificación personal a la actora.

El 30 de octubre de 2012 se realizó la inspección ocular ordenada en auto 001 de 2012, siendo atendida por la señora Johana Andrea Albarracín Palacios – Hija de la demandante-, sin que se cumpliera con el objetivo de la inspección toda vez que el arquitecto comisionado por la Oficia de Planeación manifestó que para el estudio del caso era necesario que la propietaria del predio hiciera llegar los planos arquitectónicos, originales y los planos correspondientes a las modificaciones a la vivienda, para lo cual se le otorgó el término de 10 días (fl. 67), con lo que claramente se le respetó a la accionante sus derechos de defensa y contradicción y debido proceso.

En atención a lo anterior, mediante Auto 002 de 26 de noviembre de 2013 la Alcaldía Mayor de Tunja ordenó realizar la práctica de nueva inspección ocular el 29 de enero de 2013, providencia que fue notificada personalmente a la accionante el 24 de enero de 2014 (fl. 99) y que fue llevada a cabo el día señalado encontrándose presente el señor Jhon Jairo Albarracín Palacios hijo de la querellada, el cual después de asistir a la diligencia también se negó a firmar el acta.

En las anteriores condiciones, es claro para la Sala que la demandante desde un principio conocía el proceso de restitución de espacio público que se llevaba en su contra, tan es así que tan solo unos días después de haberse efectuado la primera visita al inmueble por parte de la Secretaría

de Infraestructura y de haberse realizado la notificación de falta de documentos necesarios para la construcción de la escalera que se negó a firmar, la accionante se pronunció a través de escrito de 26 de junio de 2012 manifestando sobre el porqué realizó dicha construcción en el antejardín de la vivienda de su propiedad, hecho que permite inferir que desde antes de haberse avocado conocimiento del proceso en mención por la autoridad administrativa pertinente, la señora Palacio de Albarracín tuvo la oportunidad de presentar ante la administración las razones que la llevaron a efectuar tal obra, ejerciendo así su derecho de defesa.

A lo anterior se agrega, que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que se le violó su derecho al debido proceso en tanto no le fue notificado personalmente el primer auto del proceso, toda vez que, si bien es cierto no obra en el expediente notificación personal del auto 001 de 17 de agosto de 2012 por el cual se avocó conocimiento de las diligencias referentes al proceso de restitución de espacio público, también lo es, que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 640 de 1937 "*Por el cual se reglamenta el artículo 208 de la Ley 4ª de 1913, sobre restitución de bienes de uso público*" el primer auto o providencia que en estos casos dicten los Alcaldes, **ordenando la referida restitución, se notificara personalmente** a los ocupantes materiales de las zonas usurpadas, o a sus administradores o mayordomos. Es decir que teniendo en cuenta que la providencia a la que hace alusión la señora Palacios de Albarracín no fue la que ordenó la restitución de espacio público, sino la que avocó conocimiento y ordenó la inspección ocular, no era obligatorio que fuera notificada en forma personal.

Así las cosas, no comparte la Sala el argumento esgrimido por la accionante en cuanto a que se le violó su derecho al debido proceso, pues, por el contrario, del recuento anterior se infiere que el proceso administrativo de restitución de espacio público fue tramitado respetando todas las garantías procesales y sin arbitrariedad alguna.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la causal de falsa motivación invocada en la demanda, considera la Sala que no se configuró toda vez que, del análisis efectuado en la parte motiva de esta providencia se llegó a la conclusión de que los actos administrativos acusados fueron expedidos con fundamento en razones debidamente soportadas en las normas aplicables y en las pruebas recaudadas en el curso del proceso administrativo.

Por las razones expuestas la Sala confirmará la sentencia apelada.

6. COSTAS

De acuerdo con el artículo 361 del CGP, el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el CPACA, gastos ordinarios del proceso[17] y otros como son los necesarios para el traslado de testigos y la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia (como peritos y secuestres), transporte del expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado[18], los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007[19].

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el seno del Consejo de Estado se han suscitado tres posiciones acerca del análisis que debe desarrollar el Juez al momento de decidir, en los términos del artículo 188 del CPACA, sobre la condena en costas. Al respecto, la Subsección C de la Sección Tercera -no de forma pacífica- ha indicado que es necesario efectuar un test de proporcionalidad que involucre la afectación al acceso a la Administración de Justicia (idoneidad), su grado de intensidad (necesidad) y su repercusión en términos de tasación de la aludida condena (proporcionalidad en estricto sentido)[20].

Por otra parte, la Subsección B de la Sección Segunda sostuvo que la norma en comento no implica la condena de manera "*automática*" u "*objetiva*" frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello en consideración a que debían observarse una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debe ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un

---

[17] CPACA, Arts. 171-4.
[18] Criterio aceptado por la Corte Constitucional en sentencias C-043 de 2004 y C-539 de 1999.
[19] Regula la norma como deber de los abogados, el de "*...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto*".
[20] Ver, por ejemplo: CE 3C, 29 Ene. 2018, e25000233600020150040 5-02 (59179), J. Sontofimlo.

margen de análisis en el que el Juez debe evaluar las circunstancias para imponerla o no[21]. Esta postura fue recientemente rectificada por la Subsección, que acogió la tesis que se expondrá enseguida[22].

Finalmente, la Subsección A de la Sección Segunda prohijó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho), al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), con los siguientes argumentos:

> *"(...) El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*
>
> *a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio 'subjetivo' -CCA- a uno 'objetivo valorativo' -CPACA-.*
>
> *b) Se concluye que es 'objetivo' porque en toda sentencia se 'dispondrá' sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
>
> *c) Sin embargo,* ***se le califica de 'valorativo' porque <u>se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.</u>*** *Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.* ***<u>Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.</u>***
>
> *d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
>
> *e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
>
> *f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
>
> *g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)"*[23] (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo el anterior contexto, la Sala ha acogido el criterio objetivo-valorativo en la condena en costas, debido a que se ciñe de forma más estricta a

[21] Ver, por ejemplo: CE 2B, 9 Nov. 2017, e18001-23-33-000-2015-00214-01(1050-17), S. Ibarra.
[22] CE 2B, 22 Feb. 2018, e25000234200020120056102 (0372-2017), S. Ibarra.
[23] CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

las disposiciones que regulan la materia. En este sentido, la aplicación del test de proporcionalidad se considera inadecuada en razón a que se emplea como instrumento de tasación, sin que de por medio se presente una tensión entre derechos o principios que requiera la realización de un examen sobre su coexistencia (o contraposición) y peso en situaciones concretas. Por otra parte, es clara la intención del legislador de abandonar el criterio subjetivo para efectos de decidir si se impone o no la condena, ya que no se dispuso la evaluación de aspectos como la temeridad o mala fe.

Lo anterior no implica que no deba verificarse que las costas se hayan causado, sino que no debe acudirse a elementos extraños a la regulación para determinar y, de ser el caso, cuantificar la suma por la que debe condenarse. Esto sin dejar de lado que, como se dijo, las costas están integradas por las expensas y las agencias en derecho y, mientras que la acreditación de las primeras se lleva a cabo valorando los gastos causados y quien los sufragó, las segundas se derivan de la actividad procesal de la parte vencedora.

Descendiendo al caso concreto, se observa que en la **segunda instancia** si bien es cierto no se causaron expensas a cargo de la parte demandada, también lo es que (i) a la parte actora le fue resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, y (ii) la entidad tuvo actividad procesal al pronunciarse durante el traslado de alegatos de conclusión, por lo que debe condenarse a l accionante al pago de las mismas. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo por el Despacho de primer grado siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de marzo de 2017 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandante y a favor de la entidad demandada**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188

del CPACA y el numeral 1° del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente e inclúyanse las agencias en derecho, siguiendo lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "*Justicia Siglo XXI*".

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión No. 4 de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notificó por estado
No. 155 de hoy 03 SEP 2018
EL SECRETARIO