

**DECAIMIENTO - Improcedencia de la teoría de la sustracción de materia /
ACTOS DECAÍDOS - Efectos hacia el futuro sin afectar validez durante su
vigencia /**

No cabe duda para la Sala que, al haber sido derogado el artículo 2° del Acuerdo 002 de enero 25 de 2003 objeto de demanda, por el artículo 71 de la ley 962 de 2005 por la cual se racionalizan trámites, han desaparecido los fundamentos de hecho o derecho de la demanda configurándose de esta manera, la figura del decaimiento del acto administrativo consignada en el numeral 2° del artículo 66 del C.C.A. Lo anterior teniendo de presente el contenido del artículo 71 de la Ley 962 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, disposición normativa que a su vez fue modificada por el artículo 185 del Decreto 19 de 2012. Pese a la circunstancia anterior, ha sido abundante la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de señalar que por el acaecimiento de esta situación, no se configura impedimento alguno para efectuar pronunciamiento de fondo, sobre los efectos jurídicos producidos por el acto administrativo mientras tuvo su vigencia. Así lo ha expresado la jurisprudencia de esta Sección: “La Sala reitera el criterio jurisprudencial consignado, entre otras, en la sentencia de 16 de febrero de 2001 (C.P. doctora Olga Inés Navarrete Barrero) que prohijó la tesis sobre la sustracción de materia que consignó la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1991, (C.P. doctor Gustavo Arrieta Padilla, Expediente S-157). En la citada providencia, se lee: ‘...Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación, que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica. “En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición. “No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad. “Lo anterior, por cuanto para

que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos. “La nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido uno de sus caracteres principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir. ...” (subrayas fuera de texto)

LEGISLACION VIGENTE - Exigencias no contempladas en la ley / EXTRALIMITACION FUNCIONES – desborde marco legal competencia

Teniendo de presente que el Acuerdo 002 de enero 25 fue expedido en el año 2003 y que para dicha época la legislación vigente en materia de regulación de la actividad desarrollada por los constructores de vivienda, era la Ley 388 de 1997 y no el Decreto 78 de 1987, se concluye que se incluyó una exigencia no contemplada en las leyes vigentes al momento de su expedición. Por tanto, si el artículo 120 de la Ley 388 de 1997 disponía que el permiso de que trata el numeral 2° del Decreto 78 de 1987 para quienes adelanten planes de vivienda se sustituye por la simple radicación de los documentos mencionados en los literales a), d), e), f) y g) de la misma norma, acompañados de los planos y presupuestos financieros respectivos, se extralimitó el Concejo Municipal de Dosquebradas en establecer documentos adicionales como las garantías a que hace referencia el artículo 2° del Acuerdo 002 de 2003, materia de demanda. Esta disposición normativa se relaciona estrechamente con los límites que fijaba el tema de la actividad de la construcción y venta de vivienda en la Ley 388 de 1997, por lo que el Concejo Municipal de Dosquebradas al tipificar un régimen de pólizas que no estaba consagrado en esta legislación, desbordó el marco legal de su competencia. Es necesario señalar además que el artículo 37 de la Ley 388 de 1997 que como ya se dijo, sirvió de fundamento para la expedición del acto administrativo demandado, no guarda ninguna relación con las pólizas a que hace referencia el literal e) del numeral 2° del artículo 2° del Acuerdo 002 de 2003 que establece el régimen de pólizas exigibles a las personas dedicadas a las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. De allí que el Concejo municipal invocó como fundamento una norma improcedente, circunstancia que obliga a la Sala a revocar la decisión proferida por la primera instancia para, en su lugar, acoger las pretensiones de la demanda y del recurso de apelación. En todo caso no puede pasar por alto el presente pronunciamiento que, a la fecha el artículo 120 de la Ley 388 de 1997 que sirvió de fundamento al Acuerdo demandado, fue expresamente derogado por el artículo 71 de la Ley 962 de 2005.

FUENTE FORMAL: LEY 9 DE 1989 - ARTICULO 57 / LEY 388 DE 1997 –
ARTICULO 120 7LEY 962 DE 2005 - ARTICULO 71

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 002 DE 2003 (25 de enero) – CONCEJO
MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS RISARALDA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00353-01

Actor: RODRIGO OCAMPO OSSA

Demandado: CONCEJO MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS RISARALDA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que declaró infundada la excepción de improcedencia de la acción y negó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones: En ejercicio de la acción de nulidad tipificada en el artículo 84 del C.C.A., solicita el demandante que se declare la nulidad del artículo segundo del Acuerdo 002 de enero 25 de 2003 proferido por el Concejo Municipal de Dosquebradas Risaralda.

1.2. Hechos:

Son los siguientes:

a) El Concejo Municipal de Dosquebradas expidió el Acuerdo N° 002 de 2003 *por el cual se establece el régimen de pólizas exigibles a las personas dedicadas a las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y se dictan otras disposiciones.*

b) En este Acuerdo se estableció como requisito adicional a los previstos en el artículo 57 de la Ley 388 de 1997, la obtención de algunas pólizas de garantía a favor del municipio, para aceptar la radicación de los documentos exigidos a

quienes pretenden construir y enajenar más de cinco unidades de vivienda, bajo el supuesto de que el Decreto 78 de 1987, dejó un amplio margen a las autoridades municipales para reglamentar la actividad de construcción y enajenación de vivienda, lo cual en sentir del demandante es erróneo pues la facultad de inspección y vigilancia de esta actividad, se debe ejercer conforme a la ley.

c) Mediante la Ley 66 de 1968 se estableció la obligatoriedad de obtener un permiso de ventas para la enajenación de cinco o más inmuebles de vivienda, permiso que fue sustituido desde la Ley 9 de 1989 en el artículo 57 (para viviendas que no sean de interés social), por una simple radicación de documentos, lo cual fue reiterado en el artículo 120 de la Ley 388 de 1997, que extendió esta radicación simple para todo tipo de inmuebles.

d) No obstante lo anterior, el municipio de Dosquebradas exige no sólo el permiso de ventas, sino un certificado de radicación que no existe en ninguna ley.

e) A partir de la Ley 388 de 1997 no existe ni el certificado de radicación ni la posibilidad de exigir documentos diferentes a los legales para la construcción y venta de inmuebles destinados a vivienda.

f) La Ley 962 de 2005 por la cual se suprimen trámites innecesarios, determinó claramente cuáles son los requisitos para radicar los documentos de venta y reservó al gobierno su reglamentación.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante considera violados los artículos 313 numeral 7° de la Constitución Política; 4° de la Ley 136 de 1994; 5° del Decreto 78 de 1987 y 71 de la Ley 962 de 2005.

Considera que el Acuerdo N° 002 de 2003 proferido por el Concejo Municipal de Dosquebradas al exigir diferentes pólizas de cumplimiento entre ellas, la de garantía de calidad y estabilidad de obras, de ejecución de obras y dotación, está creando situaciones por fuera de los límites fijados por la ley y por ende está desbordando las competencias constitucionales asignadas a la Corporación. Afirma que el artículo 313 de la Carta Política, advierte que las funciones otorgadas a los concejos municipales de vigilar las actividades de construcción y enajenación de vivienda, deben ejercerse conforme a la Ley 66 de 1968 y el Decreto 1600 de 2005.

Sostiene el actor que el Acuerdo demandado desconoce el contenido del artículo 4° de la Ley 136 de 1994 que enmarca las atribuciones de los concejos municipales, que no pueden reglamentar temas reservados a la ley.

En cuanto al desconocimiento del artículo 5° del Decreto 78 de 1987, aduce que éste deviene del hecho de que la actividad de construcción y venta de vivienda es una actividad reglada por normas superiores, y por lo tanto, el Concejo carece de competencia para modificarlas o ampliarlas.

Según el demandante, al momento de su expedición el Acuerdo violó el artículo 120 de la Ley 388 de 1997, por cuanto creó condiciones diferentes a las previstas en la norma, que fue precisamente expedida para simplificar trámites.

De manera enfática afirma que hay en el conjunto de las normas citadas como violadas, una frontera trazada para el ejercicio de la actividad del concejo municipal frente a la vigilancia que la Constitución Política le asigna respecto de la construcción y enajenación de vivienda, pues la competencia de éste es la de vigilar y controlar, pero no puede imponer condiciones y requisitos que desborden su función legal.

Finalmente advierte el demandante que en la acción que propone, se puede presentar el fenómeno de la nulidad sobreviniente, pues ninguna norma de carácter municipal puede sobrevivir si una norma de mayor jerarquía posterior a la expedición de un Acuerdo, modifica las condiciones aplicables a los hechos regulados por éste.

Lo anterior por cuanto la Ley 962 de 2005 por la cual se pretende la supresión de trámites inútiles, regló en su totalidad el tema de la radicación de los documentos para la venta de inmuebles y le entregó al Gobierno la posibilidad de reglamentar este trámite. Dice que esta Ley de manera clara definió que los municipios no tienen competencia para reglamentar la radicación de documentos.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La apoderada del Municipio de Dosquebradas Risaralda presenta escrito¹ en el que se opone a las pretensiones de la demanda, señalando que la entidad que representa se encontraba facultada por el Decreto 078 de 1987 vigente para la época de expedición del mismo, para exigir pólizas a las personas dedicadas a las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Por lo anterior solicita sean denegadas las súplicas de la demanda y propone las excepciones de inexistencia de presupuestos legales para declarar la nulidad del Acuerdo Municipal y la de improcedencia de la acción de nulidad.

En cuanto a la excepción de inexistencia de presupuestos legales para declarar la nulidad del Acuerdo N° 002 de enero de 2003, afirma que la inspección y vigilancia sobre las personas que desarrollan la actividad de construcción y enajenación de inmuebles para vivienda, estuvo en un comienzo adscrita a la Superintendencia Bancaria por virtud de la Ley 66 de 1968 y los decretos 219 de 1969; 125 de 1976; 2610 de 1979; 1742 de 1981 y 1939 de 1986, pero luego fue asignada a los municipios en virtud del literal e) del numeral 2° del artículo 2° del Decreto Ley 78 de 1987, legislación que permitió también la posibilidad de exigir el otorgamiento de pólizas. Que el Concejo Municipal sí se encontraba facultado por la ley para expedir el Acuerdo demandado.

Respecto de la excepción de improcedencia de la acción de nulidad, considera la apoderada del municipio demandado que ésta no es la vía judicial y procesal adecuada por cuanto, según la jurisprudencia trazada por esta Corporación Judicial mediante Sentencia 4410 del 30 de octubre de 1997, M.P. doctor Manuel

¹ Figura a folios 57 a 64 del expediente

S. Urueta y Sentencia 13433 de julio 3 de 2003 M. P. doctora María Elena Giraldo Gómez, al desaparecer los fundamentos de derecho del acto administrativo demandado, lo que se presenta es el fenómeno del decaimiento del acto administrativo mas no el de nulidad sobreviniente del mismo como lo entiende el demandante, por lo cual el interesado en que se inaplique deberá agotar el procedimiento señalado en los artículos 66 y 67 del C.C.A.

Afirma que la Ley 962 de 2005, reglamentó en su totalidad el tema de la radicación de los documentos para la venta de inmuebles, por lo cual esta legislación modificó las condiciones aplicables a los hechos regulados por el artículo 2° del Acuerdo 002 de 2003 objeto de demanda de nulidad.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El actor y la apoderada del municipio de Dosquebradas presentan escritos² mediante los cuales reiteran los argumentos expuestos en el escrito de presentación y en la contestación de la demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante fallo de fecha 31 de Mayo de 2007 el Tribunal Administrativo de Risaralda,³ declaró infundada la excepción de improcedencia de la acción propuesta por la apoderada del Municipio de Dosquebradas y negó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

No tiene vocación de prosperidad la excepción propuesta, pues pese a haber desaparecido los fundamentos de derecho que dieron origen al acto administrativo, la nulidad invocada se solicita no sólo con relación a la presunta nulidad sobreviniente, sino respecto del análisis de las normas vigentes que facultaron al Concejo Municipal de Dosquebradas para la expedición del Acuerdo 002 de 2003. Por tanto, sí era procedente la interposición de la presente acción de nulidad con fundamento en el artículo 84 del C.C.A.

Respecto de la excepción denominada inexistencia de presupuestos legales para declarar la nulidad del Acuerdo municipal, considera el Tribunal que dicho medio de defensa no constituye excepción propiamente dicha, puesto que se encamina a negar la existencia de alguno de los elementos de la ilegalidad atribuida.

Según el *a quo* no evidencia violación alguna del numeral 7° del artículo 313 de la Constitución Política, pues en éste se facultó a los concejos municipales para reglamentar el uso del suelo y vigilar y controlar las actividades de construcción y enajenación de los inmuebles destinados a vivienda, teniendo en cuenta que el Acuerdo hace alusión a los requisitos exigidos a los urbanizadores por lo que puede entenderse que esta facultad, se encuentra enmarcada en este numeral.

Respecto de la supuesta violación del artículo 4° de la Ley 136 de 1994, manifiesta la primera instancia que el actor de ninguna manera advirtió cuáles principios y de qué forma resultan vulnerados por la expedición del Acuerdo 002

² Figuran a folios 71 al 73 y 74 al 76 respectivamente

³ Visible a folios 84 al 100 del cuaderno 1

de 2003, habiendo omitido entonces el actor la razón de la vulneración de este precepto legal, por lo que no hay lugar a analizar este cargo.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 120 de la Ley 388 de 1997, advierte que debe interpretarse de manera armónica con el 2° del Decreto 78 de 1987, los cuales sí autorizaban al Concejo Municipal para expedir el Acuerdo demandado, en cuanto estas normativas facultaban a la entidad territorial a ejercer la inspección y vigilancia sobre las personas que desarrollan actividades de construcción y enajenación de inmuebles para vivienda, dentro de las cuales se enmarcan las de exigir las garantías respectivas, como las pólizas de cumplimiento y otras que determinó el acto demandado.

Para el Tribunal Administrativo de Risaralda, es evidente que el artículo 71 de la Ley 962 de 2005 derogó el numeral 2° del artículo 2° del Decreto 78 de 1987 a través del cual, se facultaba a los municipios para exigir la presentación de garantías para la radicación de documentos ante la respectiva Secretaría de Planeación, que con ocasión de la derogatoria de esta norma que servía de sustento legal para expedir el Acuerdo 002 de 2003, no puede predicarse una nulidad sobreviniente que genere el decaimiento del acto administrativo por desaparición de los fundamentos que sirvieron para su expedición, pues el Acuerdo fue expedido por la corporación competente y conforme a las disposiciones legales y constitucionales vigentes en ese momento.

Conforme a lo anteriormente expuesto y en el entendido de que la legalidad del acto administrativo está ligada al momento de su expedición, considera el tribunal de conocimiento que no hay lugar a declarar la nulidad del Acuerdo por desaparecimiento de los fundamentos de derecho que sirvieron para su expedición, por lo que si el actor pretende su inaplicación debe acudir al procedimiento establecido en los artículos 66 y 67 del C.C.A. más no pretender su nulidad en la modalidad de sobreviniente.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante presenta escrito de alzada⁴ en el que afirma que la sentencia parte de un supuesto de hecho equivocado, al asumir que el ordinal e) numeral 2° del artículo 2° del Decreto 78 de 1987 que facultaba a las autoridades municipales para establecer garantías a cargo de los constructores de vivienda, estaba vigente para la fecha de expedición del Acuerdo 002 de 2003, por ser un hecho contrario a la realidad legal ya que fue modificado el precepto del Decreto por el artículo 57 de la Ley 9 de 1989, que dispuso exigir el permiso de ventas exclusivamente para vivienda de interés social. Que luego la Ley 388 reformó nuevamente el Decreto 78 de 1987 y entonces la legislación no hizo ninguna reserva sobre la posibilidad de exigir garantías, que era un requisito adicional diferente de los mencionados por el Decreto.

Reitera el censor que las facultades de los municipios para la inspección y vigilancia de la construcción de vivienda, estaban sometidas a las normas de rango superior desde la Ley 136 de 1994 que en su artículo 187 disponía que los

⁴ Obrante a folios 103 a 105 del expediente

municipios carecían de competencia para introducir disposiciones de carácter general de ninguna clase.

Menciona que la incompetencia del Concejo Municipal de Dosquebradas para expedir el Acuerdo 002 de 2003 se entiende con la lectura del artículo 109 de la Ley 388, reglamentario del artículo 313 de la Constitución Política, en cuanto le asigna a estos un término perentorio para definir la instancia de la administración municipal encargada de la vigilancia y control de las actividades de construcción de vivienda. Por tanto si la norma que invoca el municipio para expedir un Acuerdo no está vigente, la causal de nulidad es clara.

Finalmente para el recurrente, el aspecto central del proceso es la vigencia o no del ordinal e) del numeral 2° del artículo 2° del Decreto 78 de 1987, pues si este no fue modificado por la Ley 9 de 1989 y después por la Ley 388 de 1997, es evidente que la nulidad invocada no existe, pero que si estas normas limitaron el contenido y el alcance de esa norma, el Acuerdo demandado no tiene fundamento legal.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

No presenta concepto el Agente del Ministerio Público, durante el trámite procesal en segunda instancia.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. El Acto Administrativo demandado:

El acto demandado es del siguiente tenor literal:

“ACUERDO N° 002

(Enero 25 de 2003)

POR EL CUAL SE ESTABLECE EL REGIMEN DE POLIZAS EXIGIBLES A LAS PERSONAS DEDICADAS A ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION Y ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES

EL CONCEJO MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS RISARALDA, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las que le confieren el artículo 313, numeral 7 de la Constitución Política, el artículo 2° literal e) de Decreto Ley 78 de 1987 y, el artículo 37 de la Ley 388 de 1997,

ACUERDA:

(...)

ARTICULO 2°: Para efectos de ejercer la facultad prevista en el literal e), numeral 2°, artículo 2° del Decreto Ley 78 de 1987, el urbanizador deberá presentar a la Secretaría de Planeación las siguientes garantías para la radicación de los documentos:

1) Póliza de cumplimiento que garantice la calidad y estabilidad de las obras de infraestructura y urbanismo, por un valor equivalente al cincuenta (50%) del costo total del proyecto y por una vigencia de cinco (5) años.

2) Póliza de cumplimiento que garantice la ejecución de las obras y dotaciones en las áreas de cesión, según lo establecido en el numeral 18, artículo 88, del Acuerdo Municipal 014 de 2000, o las normas que lo modifiquen o complementen, por un valor del cincuenta por ciento (50%) del costo total de las mismas, y con una vigencia igual a la de la licencia de urbanismo y un año más.

PARAGRAFO: Las áreas de cesión destinadas a vías deben ser totalmente pavimentadas por el Urbanizador.

3) Póliza de cumplimiento que garantice la total ejecución de las obras de urbanismo (pavimentación de todas las vías y andenes, infraestructura de servicios públicos, zonas verdes debidamente adecuadas, entre otras), por un valor equivalente al cincuenta por ciento (50%) del costo total de dichas obras, y una vigencia igual a la de la licencia de construcción.

4) Póliza que garantice la obligación de construir el proyecto urbanístico mediante escritura pública y su correspondiente registro, en los términos del artículo 117 de la Ley 388 de 1997, por un valor del 30% del avalúo catastral del inmueble objeto de urbanización. En dicha escritura deben precisarse las áreas objeto de cesión obligatoria al Municipio, su destinación específica y determinarse por su localización y linderos, previa aprobación del comité de áreas de cesión de la Alcaldía de Dosquebradas.

(...)

PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dado en el Salón de Sesiones del Honorable Concejo Municipal de Dosquebradas-Rda, a los veinticinco (25) días del mes de Enero del año Dos Mil Tres (2003).

YANETH PATRICIA MARTINEZ OSORIO GLADYS CECILIA MONTAÑEZ B.

Presidente

Secretaria General”

5.2. Cuestión Procesal Previa. Decaimiento del Acto Administrativo

No cabe duda para la Sala que, al haber sido derogado el artículo 2° del Acuerdo 002 de enero 25 de 2003 objeto de demanda, por el artículo 71 de la ley 962 de 2005 por la cual se racionalizan trámites, han desaparecido los fundamentos de hecho o derecho de la demanda configurándose de esta manera, la figura del decaimiento del acto administrativo consignada en el numeral 2° del artículo 66 del C.C.A.

Lo anterior teniendo de presente el contenido del artículo 71 de la Ley 962 de 2005 *“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”*, disposición normativa que a su vez fue modificada por el artículo 185 del Decreto 19 de 2012, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 71. RADICACIÓN DE DOCUMENTOS PARA ADELANTAR ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y ENAJENACIÓN DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA. El interesado en adelantar planes de vivienda deberá radicar únicamente los siguientes documentos ante la instancia de la administración municipal o distrital encargada de ejercer la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles contempladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979:

- a. Folio de matrícula inmobiliaria del inmueble o inmuebles objeto de la solicitud, cuya fecha de expedición no sea superior a tres (3) meses;
- b. Copia de los modelos de contratos que se vayan a utilizar en la celebración de los negocios de enajenación de inmuebles con los adquirentes, a fin de comprobar la coherencia y validez de las cláusulas con el cumplimiento de las normas que civil y comercialmente regulen el contrato;
- c. El presupuesto financiero del proyecto;
- d. Licencia urbanística respectiva, salvo que se trate del sistema de preventas;

e. Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción.

PARÁGRAFO 1. Estos documentos estarán a disposición de los compradores de los planes de vivienda en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición.

PARÁGRAFO 2. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de radicar los documentos y los términos y procedimientos para revisar la información exigida en el presente artículo.

PARÁGRAFO 3. En ningún caso podrá exigirse la ejecución parcial o total de obras de urbanización o construcción, según sea el caso, como condición previa a la radicación de documentos de que trata el presente artículo; sin embargo, se deberá atender lo previsto en el párrafo del artículo 5 de la Ley 9 de 1989. En el evento que se requiera radicar nuevos documentos o se cambie alguna condición de los ya radicados, la autoridad municipal o distrital no podrá solicitar permiso, autorización o trámite adicional diferente a la simple radicación del nuevo documento”.

Pese a la circunstancia anterior, ha sido abundante la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de señalar que por el acaecimiento de esta situación, no se configura impedimento alguno para efectuar pronunciamiento de fondo, sobre los efectos jurídicos producidos por el acto administrativo mientras tuvo su vigencia.⁵

Así lo ha expresado la jurisprudencia de esta Sección:

“La Sala reitera el criterio jurisprudencial consignado, entre otras, en la sentencia de 16 de febrero de 2001 (C.P. doctora Olga Inés Navarrete Barrero) que prohijó la tesis sobre la sustracción de materia que consignó la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1991, (C.P. doctor Gustavo Arrieta Padilla, Expediente S-157). En la citada providencia, se lee: ‘...Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación, que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

⁵Sentencia Sección Primera del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2003, actor, Juan Carlos Hincapié Mejía, exp. núm. 0171 (7095), Consejero Ponente, Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

“En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

“No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

“Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

“La nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido uno de sus caracteres principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir. ...” (subrayas fuera de texto)

5.3. Estudio del Recurso de Apelación

Dentro de este contexto, se entra a decidir la impugnación presentada la cual se contrae según el apelante al hecho de que, la primera instancia parte de un presupuesto equivocado con fundamento en el cual negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el literal e) del numeral 2° del artículo 2° del Decreto 78 de 1987 estaba vigente cuando se expidió el Acuerdo 002 de enero 25 de 2003, normativa que establecía el régimen de pólizas exigibles a las personas dedicadas a actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, proferida por el Concejo Municipal de Dosquebradas Risaralda. Por tanto, es necesario analizar el cargo frente a las normas vigentes al expedirse el acto.

El Acuerdo 2 de 2003 tuvo como fundamento el artículo 313, numeral 7° de la Constitución Política, según el cual corresponde a los concejos municipales *“Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y*

controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”.

También menciona el acto administrativo demandado como fundamento normativo, el literal e) del numeral 2° del artículo 2° del Decreto 78 de enero 15 de 1987, por el cual se asignan unas funciones a entidades territoriales beneficiarias de la cesión del Impuesto al Valor Agregado (I.V.A). el cual establece: “Por virtud de lo dispuesto en el presente Decreto, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios ejercerán las siguientes funciones:

(...) 2. Otorgar los permisos correspondientes para anunciar y/o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles a que se refiere el artículo 2 de la Ley 66 de 1968, previo el lleno de los siguientes requisitos:

(...) e) Que se haya obtenido de la autoridad respectiva licencia o celebrado contrato para la ejecución de las obras de urbanismo o para la construcción de las viviendas, de conformidad con las disposiciones metropolitanas, distritales o municipales de las localidades donde estén ubicados los inmuebles **y otorgado las garantías que establezcan tales disposiciones**. Igualmente deberá anexar la constancia de un Ingeniero Civil o Arquitecto cuyo título se halle legalmente reconocido, en la cual se acredite que la obra se ciñe a las licencias aprobadas y que han sido adelantadas de conformidad con un criterio técnico”. (subrayas y negrita fuera de texto)”

Finalmente, el Acuerdo 2 de 2003 objeto de demanda, también invoca el artículo 37 de la Ley 388 de julio 18 de 1997, Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones, que dice:

“Artículo 37. Espacio público en actuaciones urbanísticas. Las reglamentaciones distritales o municipales determinarán, para las diferentes actuaciones urbanísticas, las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general, y señalarán el régimen de permisos y licencias a que se deben someter así como las sanciones aplicables a los infractores a fin de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XI de esta Ley”

“También deberán especificar, si es el caso, las afectaciones a que estén sometidos por efectos de reservas de terreno para construcción de infraestructura vial, de transporte redes matrices y otros servicios de carácter urbano o metropolitano. Para las actuaciones que lo requieran como la urbanización en terrenos de expansión y la urbanización o construcción en terrenos con tratamientos de renovación urbana, deberá señalarse el procedimiento previo para establecer la factibilidad de extender o ampliar las redes de servicios públicos, la infraestructura vial y la dotación adicional de espacio público, así como los procesos o instrumentos mediante los cuales se garantizará su realización efectiva y la equitativa distribución de cargas y beneficios derivados de la correspondiente actuación”

Ahora bien, las anteriores disposiciones legales han sido objeto de cambios normativos es así como, el numeral 2° del artículo 2° del Decreto 78 de 1987 fue modificado por el artículo 57 de 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*”, el que solamente exigió estas garantías a aquellas personas constructoras de planes de vivienda de interés social, al disponer lo siguiente:

“ARTICULO 57. Con el propósito de concentrar los recursos presupuestales y humanos en la protección de los compradores en planes de vivienda de interés social, el permiso de que trata el numeral 2 de artículo 2o. del Decreto ley 78 de 1987 para quienes adelanten planes de vivienda distintos de los de interés social se sustituye por la simple radicación de los documentos mencionados en los literales a), d), e), f) y g) de la misma norma, y de los planos y presupuestos financieros respectivos. Estos documentos estarán a disposición de los compradores de dichos planes en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de su adquisición.

En las áreas metropolitanas corresponderá al Alcalde Metropolitano en forma exclusiva la expedición del permiso de que trata el inciso anterior. (subrayas fuera de texto)”

Se entiende entonces que en vigencia de la Ley 9 de 1989, bastaba con la simple radicación de los documentos por parte de la persona que se dedicaría a la actividad de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda –que no fuera de interés social-, para lograr el permiso para desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles, siendo excluida la exigencia de pólizas que en cambio sí se exigían a los constructores de vivienda de interés social, como ya se indicó.

Posteriormente este artículo 57 de la Ley 9 de 1989, fue sustituido expresamente por el artículo 120 de la **Ley 388 de Julio 18 de 1997**, “*Por la cual se modifica la ley 9 de 1989, y la ley 3 de 1991 y se dictan otras disposiciones*”, disposición que reza:

“El artículo 57 de la Ley 9ª de 1989 quedará así: “El permiso de que trata el numeral 2 del Decreto 78 de 1987 para quienes adelanten planes de vivienda se sustituye por la simple radicación de los documentos mencionados en los literales a), d), e), f) y g) de la misma norma, acompañados de los planos y presupuestos financieros respectivos. Estos documentos estarán a disposición de los compradores de dichos planes en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición”. (subrayas fuera de texto)

Teniendo de presente que el Acuerdo 002 de enero 25 fue expedido en el año 2003 y que para dicha época la legislación vigente en materia de regulación de la actividad desarrollada por los constructores de vivienda, era la Ley 388 de 1997 y no el Decreto 78 de 1987, se concluye que se incluyó una exigencia no contemplada en las leyes vigentes al momento de su expedición.

Por tanto, si el artículo 120 de la Ley 388 de 1997 disponía que el permiso de que trata el numeral 2° del Decreto 78 de 1987 para quienes adelanten planes de vivienda se sustituye por la simple radicación de los documentos mencionados en los literales a), d), e), f) y g) de la misma norma, acompañados de los planos y presupuestos financieros respectivos, se extralimitó el Concejo Municipal de Dosquebradas en establecer documentos adicionales como las garantías a que hace referencia el artículo 2° del Acuerdo 002 de 2003, materia de demanda.

Es preciso señalar que la Ley 134 de junio 2 de 1994 *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*, también vigente para la época de expedición del Acuerdo demandado, en su artículo 187 establece:

“Artículo 187 Vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Los concejos municipales ejercerán la vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, de que trata el numeral 7o. del artículo 313 de la Constitución Política, dentro de los límites señalados al respecto por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

Parágrafo transitorio. El ejercicio de las funciones de vigilancia y control de que trata este artículo se llevará a cabo por parte de los municipios después de transcurridos seis (6) meses a partir de la vigencia de esta Ley, término dentro del cual la Superintendencia de Sociedades trasladará a los municipios los documentos relativos a tales funciones e impartirá la capacitación que las autoridades de éstos requieran para el cabal cumplimiento de las mismas.”

Esta disposición normativa se relaciona estrechamente con los límites que fijaba el tema de la actividad de la construcción y venta de vivienda en la Ley 388 de 1997, por lo que el Concejo Municipal de Dosquebradas al tipificar un régimen de pólizas que no estaba consagrado en esta legislación, desbordó el marco legal de su competencia.

Es necesario señalar además que el artículo 37 de la Ley 388 de 1997 que como ya se dijo, sirvió de fundamento para la expedición del acto administrativo demandado, no guarda ninguna relación con las pólizas a que hace referencia el literal e) del numeral 2° del artículo 2° del Acuerdo 002 de 2003 que establece el régimen de pólizas exigibles a las personas dedicadas a las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. De allí que el Concejo municipal invocó como fundamento una norma improcedente, circunstancia que obliga a la Sala a revocar la decisión proferida por la primera instancia para, en su lugar, acoger las pretensiones de la demanda y del recurso de apelación.

En todo caso no puede pasar por alto el presente pronunciamiento que, a la fecha el artículo 120 de la Ley 388 de 1997 que sirvió de fundamento al Acuerdo demandado, fue expresamente derogado por el artículo 71 de la Ley 962 de 2005.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, al quedar desvirtuada la legalidad del artículo 2° del Acuerdo 002 de 2003, lo procedente es revocar la

sentencia objeto de apelación para, en su lugar, acoger las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. REVÓCASE la sentencia apelada.

Segundo. DECLÁRASE LA NULIDAD del artículo 2° del Acuerdo 002 de enero 25 de 2003, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de este fallo.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO

MARCO ANTONIO VELILLA