

INCODER - Naturaleza jurídica / INCODER - Objeto

La revisión de la naturaleza del Acuerdo del que es parte el artículo 9, cuyos segmentos son demandados, es un aspecto fundamental, toda vez que la normatividad vigente concibe la acción de nulidad sólo frente a actos administrativos, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la actividad propia de las autoridades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, con capacidad de producir efectos frente a un sujeto de derecho o ante un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural como organismo de carácter administrativo tiene su fundamento en lo dispuesto en los artículos 150.7 de la Constitución Política y 70 de la Ley 489 de 1998; la primera disposición referenciada confía al legislador la tarea de determinar la estructura de la administración nacional, así como la creación, supresión y fusión de los establecimientos públicos; por su parte, el legislador señala que el objetivo de estas instituciones es la atención de funciones administrativas y la prestación de servicios públicos. Adicionalmente, el artículo 1 del Decreto – Ley 1300 de 2003, preceptúa que el Incoder es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura y desarrollo rural, con patrimonio propio, personería jurídica y autonomía administrativa y financiera. El objeto fundamental de esta entidad es la ejecución de la política agropecuaria y de desarrollo rural, así como el facilitar el acceso a los factores productivos, fortalecer a las entidades territoriales y sus comunidades y propiciar la articulación de las acciones institucionales en el medio rural, bajo principios de competitividad, equidad, sostenibilidad, multifuncionalidad y descentralización, para contribuir a mejorar la calidad de vida de los pobladores rurales y al desarrollo socioeconómico del país. Se trata por tanto, de un organismo de ejecución de políticas públicas en el cual residen funciones de carácter administrativo. Por ello, al ser parte de la rama ejecutiva del poder público se integra a la Administración pública de acuerdo con el criterio funcional consagrado en el artículo 39 de la ley 489 de 1998. Tal como se señala en la doctrina colombiana, los establecimientos públicos constituyen la concreción de la necesidad de crear personas jurídicas diferenciadas del Estado, “para ejercer de manera más técnica y especializada algunas funciones propias de aquel.” Por lo tanto, se está ante un traslado de competencias a un ente autónomo que busca una mayor eficiencia y agilización en la prestación de un servicio público o en el cumplimiento de una función típicamente administrativa. En otros términos, la actividad de desliga del nivel central para “poner su gestión en manos expertas.”

**FUNCIONES DEL INCODER - Ejercicio de función administrativa /
COMPETENCIA - Se materializa a través de actos administrativos /
ACUERDO 41 DE 2006 - Regula la ocupación y aprovechamiento temporal de
terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del
Rosario y de San Bernardo / ISLAS DEL ARCHIPIELAGO DE NUESTRA
SEÑORA DEL ROSARIO Y DE SAN BERNARDO - Ocupación y
aprovechamiento temporal de sus terrenos**

Del anterior razonamiento se puede deducir fácilmente que las competencias encomendadas a estos entes constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el ordenamiento jurídico cuando se establecen como funciones del Incoder: El establecimiento y adopción de los planes programas y proyectos de desarrollo agropecuario y rural; la proposición y adopción de la distribución de recursos para adelantar los programas de desarrollo rural, en áreas prioritarias que se definan con sujeción a los criterios previamente establecidos; el asegurar un uso y

aprovechamiento adecuado de las aguas y tierras rurales aptas para la explotación forestal y agropecuaria, así como de las tierras incultas, ociosas o deficientemente aprovechadas, impulsando esquemas de acceso y en donde sea necesario, corrigiendo la estructura de tenencia con miras a garantizar su distribución ordenada y su uso racional, en coordinación con los organismos públicos y entidades competentes; Administrar en nombre del Estado las tierras baldías de la Nación y, en tal virtud, adjudicarlas, celebrar contratos, constituir reservas y adelantar en ellas programas de colonización, de acuerdo con las normas legales vigentes y los reglamentos que expida la Junta Directiva; entre otras. De la naturaleza misma del Incoder, se concluye que las competencias a él asignadas se materializan por medio de la expedición de actos administrativos. En este supuesto se encuentra el Acuerdo 41 de 2006, expedida por su Consejo Directivo, al regular "...la ocupación y aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo." Del contenido de la norma demandada, se deriva, de manera indiscutible, que la regulación hecha pretende la renuncia de los actuales ocupantes a reclamaciones de cualquier tipo en contra del Estado, en caso de celebración de contratos de arrendamiento o usufructo, así como la asignación de la mejoras realizadas a la nación por estar estas incluidas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado; esto sin duda, evidencia no sólo una manifestación de la voluntad de una autoridad de carácter administrativo sino también la producción de efectos directos que afectan situaciones jurídicas.

ACCION DE NULIDAD - Procedencia frente a actos administrativos / ACUERDO 41 DE 2006 DEL INCODER - Acción de nulidad / CONSEJO DE ESTADO - Competencia en única instancia

Como consecuencia de ello, no existe incertidumbre o duda alguna respecto de la procedencia en el proceso de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A. En efecto, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estas disposiciones, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, de conformidad con lo establecido en el numeral 11 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por esta Corporación.

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Relación con el debido proceso

El derecho de acceder a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución política guarda una estrecha relación con el derecho al debido proceso, es más, constituye una de las garantías sustanciales necesarias para obtener una decisión justa, toda vez que garantiza que los ciudadanos sean protegidos en sus derechos, bienes y honra. En efecto, el derecho de acceder a la administración de justicia no sólo comprende la posibilidad de que el juez se pronuncie de fondo sobre un asunto que se ha sometido a su consideración, sino que debe, en primer lugar, permitir que el ciudadano acuda al aparato

jurisdiccional para hacer posible la resolución de sus conflictos o el control de las actividades de los poderes públicos. Por tanto, de acuerdo con la doctrina constitucional, la regulación de este derecho puede llevar a su vulneración: 1. Cuando se consagran impedimentos irracionales para acudir al aparato jurisdiccional; 3. Cuando no se contemplan los instrumentos procesales necesarios para que los afectados puedan resolver sus conflictos, y; 4. Cuando se autorice la indefinición de los conflictos. Como puede observarse, una de las manifestaciones más importantes del derecho de acceder a la administración de justicia es precisamente la posibilidad que se otorga a los ciudadanos de plantear un problema ante el Estado, como quiera que éste monopoliza la función de resolución de conflictos. Se trata, entonces, de una manifestación propia del Estado de Derecho, en la que se permite que dos contendientes lleven su problema ante un tercero investido de autoridad, para que éste encuentre una solución luego de haber escuchado los extremos de la relación y valorado cada uno de los argumentos esgrimidos. No se trata de un derecho menor, si no de un verdadero derecho de connotación fundamental, presupuesto del derecho al debido proceso, como quiera que su función es la de ser la puerta de entrada para la efectividad de los restantes derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico; como señala la jurisprudencia, su desconocimiento conlleva a "...la consiguiente vulneración de los demás derechos fundamentales que ante ella se hacen efectivos".

DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Vulneración / ACUERDO 41 DE 2006 - Exige la renuncia a futuras reclamaciones contra el Estado

Tratándose de los conflictos que puedan suscitar las actuaciones y decisiones de la administración pública, el derecho de acceso a la administración de justicia se conecta con la posibilidad de controlar el sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, si la administración se ha caracterizado ante todo por ser una ejecutora del derecho, esta posición la pone en la posibilidad de contradicción de los mismos preceptos jurídicos que debe aplicar. Si ello es así, el principio de legalidad peligra cuando se despoja a los particulares de los instrumentos o mecanismos judiciales necesarios para que manifiesten ante una instancia que goce de las características de imparcialidad e independencia su inconformidad por el obrar de una autoridad administrativa. El negar la posibilidad de control judicial de la actuación de la administración pública niega la garantía misma de Estado de Derecho, ocasiona que las actuaciones administrativas puedan tornarse arbitrarias, pero ante todo constituye un retroceso pues implícitamente se está consagrando un "principio de irresponsabilidad", no admisible en el esquema constitucional actual. Vistas así las cosas, la confrontación del inciso primero del artículo 9 del Acuerdo No. 41 de 2006 con la norma constitucional, muestra una contradicción evidente, pues cuando el Incoder exige la renuncia a futuras reclamaciones contra el Estado, está cercenando la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia, toda vez que, no sólo se restringe la posibilidad de que el administrado acuda al aparato jurisdiccional para controlar la legalidad de la actuación administrativa, sino que incluso impide la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflicto. La Sala reitera de ésta forma la posición asumida en el auto que, en otro proceso, suspendió provisionalmente la disposición acusada basándose en idéntico concepto de la violación [Auto de 21 de octubre de 2009. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 36.841].

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Goza de consagración constitucional sin condicionamiento alguno

Como puede observarse, la norma administrativa no restringe los supuestos en los que opera la renuncia, sólo se hace referencia abstracta a futuras demandas contra el Estado, con lo cual comprende controversias ajenas a las posibles discusiones sobre la propiedad de los inmuebles que van a ser arrendados. De otro lado, la posibilidad de regular el ejercicio de los derechos fundamentales y por ende fijar limitaciones a los mismos es una competencia exclusiva del legislador que, incluso, requiere de una mayor legitimación democrática. El derecho de acceso a la administración de justicia se consagró a nivel constitucional sin condicionamiento alguno, por ello resulta contrario al principio de jerarquía normativa que una disposición de carácter administrativo restrinja su ejercicio contraviniendo abiertamente lo dispuesto por el constituyente primario. Las anteriores razones resultan suficientes para que el cargo formulado prospere y se declare la nulidad del inciso primero del artículo 9 del Acuerdo 41 de 2006 y, hace innecesario el análisis de los restantes argumentos esgrimidos por el actor.

PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA - Desarrollo

El principio de sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico constituye una de las expresiones más importantes del Estado de Derecho y marca el origen mismo del derecho administrativo como rama del derecho encargada de regular las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. Las sociedades producto de las denominadas revoluciones liberales, se cimentaron precisamente en un sistema en el que la actuación de la autoridad administrativa debía encontrar un referente inmediato en las normas impersonales, generales y abstractas emanadas del legislativo. Como en su momento sostuvo la doctrina, se estaba ante un Gobierno nomocrático que dejada a los operadores jurídicos una simple labor de subsunción de los hechos en la descripción traída por las normas. Se trata entonces, de un reconocimiento expreso de que el ejercicio de toda potestad conlleva necesariamente la asunción de responsabilidades. Acatar el ordenamiento jurídico, implica actuar conforme al interés general representado en las normas que emanan de los cuerpos de carácter parlamentario, los cuales son depositarios de la soberanía popular. En este esquema no puede permitirse el ejercicio espontáneo de funciones administrativas, éstas deben encontrar un referente inmediato en las normas de carácter superior encargadas de definir sus competencias y la parcela de actividad en que pueden actuar. La evolución de las sociedades, la inclusión de nuevos intereses de clases sociales hasta el momento no tenidas en cuenta, así como la paulatina asunción de actividades de carácter prestacional por parte de la administración pública, generó cada vez más la aparición de competencias discrecionales y, que el ámbito que correspondía en exclusivo al legislador fuera objeto de la actividad administrativa, pues cuando el ejecutivo ejercitaba la potestad reglamentaria también expedía normas generales, impersonales y abstractas. El reconocimiento de fuerza normativa de las Constituciones Políticas, ubica a dichas normas en el vértice del ordenamiento jurídico, de forma tal que la legalidad que antes sólo se predicaba de las disposiciones emanadas del legislativo, se amplía para abarcar preceptos de extenso contenido dogmático incorporándose el discurso de las diferentes manifestaciones de derechos fundamentales como límite infranqueable en el ejercicio de cualquier competencia. De igual modo, la aplicación del principio de sometimiento de la actividad administrativa al derecho también comprende la producción normativa de la Administración pública, toda vez que ésta en ejercicio de las competencias reconocidas, genera un verdadero micro-ordenamiento, en el que las disposiciones proferidas constituyen una verdadera cascada de manifestaciones de voluntad, organizadas de forma jerarquizada, ocasionando que la validez de las mismas, dependa en todo momento de la conformidad que

éstas tengan con aquellas normas que se ubican en una gradación superior de acuerdo con la posición que poseen dentro del bloque de juridicidad a tener en cuenta en el momento de su expedición.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Como manifestación del principio de jerarquía normativa

La evolución expuesta permite definir el principio de legalidad como la obligación que recae en cabeza de quien ejercita funciones de carácter administrativo de actuar siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico. Este principio no “expresa solamente la sumisión a reglas jurídicas exteriores, sino su sumisión a reglas que ella misma haya elaborado” (...) Las reglas que deben ser respetadas pueden tener “...un origen extraño a la propia Administración: así, la Constitución o la Ley. Otras al contrario son enunciadas por la Administración misma: así ocurre con las decisiones ejecutorias en el supuesto en que se imponen a la propia administración.” La jerarquía normativa constituye, entonces, una consecuencia del deber de sometimiento del actuar administrativo al derecho y es la expresión directa de disposiciones de variada procedencia y valor que pertenecen a un sistema racional en el que se realiza “un reparto abstracto de competencias y funciones”. Tres consecuencias se derivan del principio de jerarquía normativa: 1. Ninguna autoridad administrativa mediante la expedición de un acto administrativo individual puede derogar una disposición de carácter general expedida por autoridad competente. Se trata de una regla mínima de seguridad jurídica en donde la aplicación de la norma al caso concreto no puede diferir de la regulación impersonal y abstracta que le sirve de fundamento; 2. Entre dos normas administrativas de carácter general, la proferida por la autoridad inferior está siempre subordinada a la decisión de la autoridad superior, y; 3. Entre dos normas administrativas de carácter general, la subordinación también se puede presentar no en virtud de una relación orgánica entre los entes que las profieren, sino en virtud del mayor valor que a una de ellas ha otorgado el ordenamiento jurídico. El principio de legalidad y su manifestación concreta del principio de jerarquía normativa halla su sustento en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución política. En estas disposiciones se estructura una vinculación de carácter positivo del actuar administrativo a las normas superiores que le deben servir de fundamento, ya que además de señalar como precepto fundante del ordenamiento jurídico a la norma constitucional, consagra como regla de validez de la actuación de la administración la necesidad de habilitación normativa previa. Así, se estatuye que ninguna autoridad en Colombia puede ejercer competencias distintas a las atribuidas en disposiciones Constitucionales y legales; si lo hicieran, comprometerían su responsabilidad no sólo por contrariar directamente lo que en normas superiores esté dispuesto sino también por omitir o extralimitar el ejercicio de las funciones propias de todo cargo público, las cuales, a su vez, deben estar detalladas en normas de carácter legal o reglamentario.

ACUERDO 41 DE 2006 - Extralimitación de funciones por parte del INCODER / NULIDAD CONDICIONADA - Procedencia / MEJORAS DE PROPIEDAD DE LA NACION - Legalidad condicionada / MEJORAS EN LOS PREDIOS - Si se reputan de propiedad de la nación se desconoce el derecho que tiene el ocupante de buena fe al pago de las mismas

En la presente sentencia se declarará la nulidad condicionada del aparte acusado, como quiera que, se trata de uno de aquellos eventos en los cuales, al existir más de una interpretación, no es posible hacer un pronunciamiento puro y simple y decantarse por la nulidad o la validez de la decisión administrativa; la primera medida es desproporcionada, la segunda, dejaría viva una norma que no

se ajusta del todo a la legalidad. En efecto, en el caso que ahora se estudia se encuentra que una primera interpretación conduciría a afirmar que en esta ocasión se habría desconocido el principio de jerarquía normativa, toda vez que la última parte del inciso segundo del artículo 9 del Acuerdo No 41 de 2006 es una norma de carácter general que halla su fundamento directo en la Ley 160 de 1994 y en el Decreto 2664 de 1995. Entre los cuerpos normativos en referencia existe una relación de mayor a menor jerarquía. En el caso de la disposición demandada frente a la ley, la relación descrita se desprende de un criterio orgánico, mientras que ante la norma reglamentaria su subordinación se infiere del mayor valor que el ordenamiento jurídico le otorga a esta última como desarrollo y complemento directo de la ley, sobre una disposición que, aunque general, constituye una manifestación que tiene razón de ser sólo en virtud del ejercicio previo de una competencia normativa de carácter administrativo que le sirve de fundamento. Bajo esta perspectiva, lo dispuesto en el aparte demandado resulta contrario al párrafo 1 del artículo 74 de la Ley 160 de 1994 y al artículo 50 del Decreto 2664 de 1995, en cuanto consagra que las mejoras realizadas por los ocupantes se reputarán de propiedad de la nación, por estar implantadas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado. El Incoder incurre así en una extralimitación, porque restringe el alcance de las normas que le sirven de fundamento al desconocer el derecho que tiene el ocupante de buena fe al pago de las mejoras que haya realizado sobre el predio. Por otra parte, la interpretación hasta ahora realizada sólo puede abarcar a aquellas personas que en el momento de expedición de la resolución 041 de 2006 ya detentaban la condición de ocupantes. Por consiguiente, la imposibilidad de que las mejoras se reputen de propiedad de la Nación, por estar implantadas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado sin atender a la buena o mala fe del particular se encuentra circunscrita y no opera para supuestos futuros porque en estos casos sólo se puede tener la calidad de arrendatario. La Sala, persiguiendo conservar el efecto útil de norma asumirá la interpretación expuesta, condicionando de este modo la legalidad del precepto acusado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00089-00(37258)

Actor: JUAN GABRIEL VARELA ALONSO

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-INCODER-

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra el inciso primero y la parte final del inciso segundo del artículo 9 del Acuerdo 41 de 24 de enero de

2006, proferido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, *“Por el cual se regula la ocupación y aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo”*.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo de las decisiones demandadas, la cual será analizada más adelante, se discute la legalidad del inciso primero y la parte final del inciso segundo del artículo 9 del Acuerdo 41 de 24 de enero de 2006, proferido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural“. Se transcriben a continuación las disposiciones cuya legalidad es cuestionada por el actor¹:

“ACUERDO No. 41
(Enero 24)

“Por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo No. 33, “por el cual se regula la ocupación y aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo”

“El Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas en los artículos 12 numeral 13 y 75, incisos 5º y 7º de la Ley 160 de 1994,

“CONSIDERANDO:

“Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 110 de 1912 o Código Fiscal vigente, los terrenos que conforman las islas nacionales de uno y otro mar, constituyen reserva territorial del Estado y no son enajenables. A su vez, el artículo 45 del mismo estatuto, reiteró la presunción que antes estableció la Ley 170 de 1866 (artículo 4º) y luego el Código Fiscal de 1873 (artículo 878), de reputar como baldíos de propiedad nacional las mencionadas islas, siempre que no estuvieren ocupadas por poblaciones organizadas o apropiadas por particulares en virtud de títulos traslativos de dominio, desde antes de la vigencia de dichas normas;

“Que mediante Resoluciones de Gerencia General del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, Incora, números 04698 de 27 de septiembre de 1994 y 04393 de 15 de septiembre de 1986, se culminó un procedimiento de Clarificación de la Propiedad, declarando que las islas conocidas con el nombre de Islas del Rosario, con un área aproximada de 384 -3850 hectáreas, ubicadas a 35 kilómetros al suroeste de Cartagena y a 5 Kilómetros del corregimiento de Barú, entre las coordenadas planas Y-811.590 y 820.000, X – 1.614.260 y

¹ Copia autentica de las disposiciones demandadas reposan en el expediente en los folios 25 a 55.

1.624.260 latitud norte, no han salido del patrimonio nacional y por lo tanto son baldíos reservados, de conformidad con lo previsto en los Códigos Fiscales de 1873 y 1912. Estos actos administrativos fueron debidamente inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena de Indias, en un Folio de Matricula Inmobiliaria especial, así como también en los folios inmobiliarios existentes para la época sobre tales terrenos. En resumen, quedó legal y formalmente establecido mediante el mencionado proceso administrativo, que los terrenos que conforman el archipiélago de las denominadas Islas del Rosario constituyen una reserva territorial, patrimonial o fiscal del Estado, destinadas a fines de utilidad común o interés general;

“Que en acatamiento del fallo de la acción de cumplimiento instaurada contra el Incora por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 2 de mayo de 2001 y confirmado por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en providencias de julio 6 y septiembre 7 de 2001, esa entidad debió iniciar procedimientos administrativos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados, contra las personas que sin contar con autorización o permiso de autoridad competente, vienen ocupando de hecho y han construido instalaciones y mejoras sobre los terrenos reservados que conforman el archipiélago Islas Corales de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo. El fallo también ordenó adelantar los procedimientos administrativos pertinentes, contra los ocupantes de sectores de las islas que conforman el archipiélago de San Bernardo;

“Que con base en lo anterior, en la actualidad el Incoder adelanta procedimientos administrativos de recuperación de baldíos, contra ocupantes indebidos de los terrenos ubicados en las diferentes islas que conforman el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo.

“Ante la supresión y liquidación del Incora, ordenada por Decreto 1292 de 2003, estos procedimientos los asumió el Incoder, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1300 de 2003.

“Algunos de los interesados en los mencionados procedimientos de Recuperación de Baldíos, han planteado al Incoder la conveniencia de que se les autorice en forma temporal, el uso, goce y aprovechamiento de los terrenos que ocupan. El Incoder considera de la mayor importancia para la economía turística del Distrito de Cartagena de Indias y altamente conveniente para los intereses de la economía nacional procurar que los terrenos que constituyen reserva patrimonial del Estado tengan un uso acorde con la conservación y restablecimiento de los recursos naturales y del medio ambiente, sin permitir el aprovechamiento ilícito del patrimonio estatal.

“El Incoder, de conformidad con lo estatuido en el artículo 75 de la Ley 160 de 1994, está facultado para regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías reservadas, siempre que tal función no haya sido atribuida por la ley a otra autoridad. Esta norma general de competencia, lo faculta para regular el uso y permitir la tenencia temporal sobre tierras baldías reservadas, cuando encontrare que ello conviene a los intereses de la economía nacional y no se desvirtúe el propósito perseguido con la constitución de la reserva.

“Adicionalmente, el artículo 12 numeral 13 de la Ley 160 de 1994 ordena al antiguo Incora, hoy Incoder administrar en nombre del Estado las tierras baldías de la Nación, y en tal virtud, adjudicarlas, celebrar contratos, constituir

reservas y adelantar en ellas programas de colonización de acuerdo con las normas legales vigentes y los reglamentos que expida la Junta Directiva.

“En lo relacionado con los terrenos que conforman los archipiélagos de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, se debe advertir que las islas denominadas Tesoro, Rosario y sus islotes adyacentes, Maravilla y Mangle, al igual que la totalidad del área sumergida, integran el Parque Nacional Natural los Corales del Rosario y de San Bernardo. En consecuencia, el presente reglamento de ocupación temporal de las islas que constituyen reserva territorial del Estado, tendrá en cuenta todas las normas sobre conservación y aprovechamiento racional de recursos naturales renovables y del medio ambiente, así como las regulaciones especiales del citado Parque Nacional Natural.

“De otra parte, de conformidad con los artículos 83 y 84 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974, las playas marítimas y la faja de treinta (30) metros de ancho, paralela a la línea de mareas máximas, son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. A su vez el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989, prevé que constituye espacio público las áreas requeridas para la circulación de las personas, así como las franjas de retiro de las edificaciones sobre las fuentes de agua. Además, la jurisprudencia ha considerado la mencionada franja de 30 metros, al igual que a las playas y demás bienes a que se refiere el artículo 674 del Código Civil, por su naturaleza, como bienes de uso público, destinados al uso común de los habitantes y sobre los cuales no es posible autorizar un uso excluyente a un particular, salvo situaciones especialmente previstas en la ley, que no contraríen el deber estatal consagrado en el artículo 82 de nuestra Constitución Política;

“Que el Parque Nacional Natural los Corales del Rosario y de San Bernardo fue declarado y alinderado originalmente por el Acuerdo número 26 de 1977 del Inderena, aprobado por Resolución Ejecutiva número 171 de 1986 del Ministerio de Agricultura y posteriormente realinderado por el Acuerdo 0093 de 1987 del Inderena, aprobado con Resolución Ejecutiva número 59, de 1988 del Ministerio de Agricultura y por la Resolución 1425 de 1996 del hoy Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

“De otra parte, de conformidad con el Decreto 2324 de 1984 compete a la Dirección General Marítima y Portuaria, Dimar, otorgar concesiones, permisos o licencias para el uso y goce pro tempore de los bienes de uso público y territorios bajo su jurisdicción, sin que esta facultad contraríe las competencias asignadas en la ley a otros entes públicos.

“Por todas las circunstancias expresadas, el presente reglamento se aplicará sólo a aquellos terrenos que constituyen reserva territorial del Estado y que conforman los archipiélagos de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo, el primero de los cuales está delimitados expresamente en las Resoluciones del Incora número 04698 del 27 de septiembre de 1984 y número 04393 del 15 de septiembre de 1986. En consecuencia, no se aplicará a aquellas porciones o franjas de terreno de las islas, que de conformidad con las normas legales constituyen bienes de uso público, así como las correspondientes a las áreas del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo;

“Que es competencia del Incoder, regular la ocupación y aprovechamiento de los terrenos baldíos que constituyen reserva territorial o patrimonial del Estado,

de conformidad con lo señalado en el artículo 12 numeral 13 e incisos 5o y 7o del artículo 75 de la Ley 160 de 1994.

“Por lo expuesto,

“ACUERDA:

“(…) Artículo 9º. Renuncia a futuras reclamaciones por parte de los actuales ocupantes. En todo caso, los actuales ocupantes deberán renunciar de manera expresa y por escrito a futuras reclamaciones de cualquier índole, en especial a las relacionadas con la propiedad, posesión u ocupación de los terrenos insulares y mejoras implantadas, en contra del Estado colombiano o de cualquier entidad de derecho público con personería jurídica.

“En el evento de que se presentaren simultáneamente dos o más solicitudes de arrendamiento de una misma superficie insular, se atenderá preferentemente la presentada por los actuales ocupantes quienes, como arriba se expresó, deberán en todo caso aceptar el dominio pleno del Estado sobre tales terrenos, y comprometerse a realizar, dentro del año siguiente, las modificaciones o adecuaciones que sean necesarias de conformidad con las normas ambientales vigentes y obtengan los respectivos planes de manejo ambiental permisos, licencias o autorizaciones de las autoridades competentes. En todo caso, las mejoras se reputarán de propiedad de la Nación, por estar implantadas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado”.

II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR EL DEMANDANTE Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas, indicó:

Constitución Política: artículos 29 y 229.

Código Contencioso Administrativo: artículo 3.

Ley 270 de 1996: artículo 2.

Ley 60 de 1994: parágrafo 1 del artículo 74

Decreto 2664 de 1994: artículo 50

Los argumentos expuestos en el escrito de demanda que constituyen sustento de la violación alegada se pueden sintetizar así:²

1. Al consagrar la norma acusada la renuncia a las acciones judiciales, para evitar que se presenten demandas encaminadas a la discusión y reconocimiento de la propiedad, posesión y mejoras de estos predios, se exceden las facultades legales reconocidas a la administración.

² Folios 1 a 11.

2. La norma acusada desconoce el derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

El actor señala que la disposición cuestionada desconoce varias de las garantías que conforman el derecho fundamental al debido proceso. En primer lugar, se restringe a los sujetos pasivos de la norma la posibilidad de presentar recursos y acudir a las instancias judiciales. De manera particular, se cercena la oportunidad a los interesados vinculados a los procedimientos agrarios de acudir a la jurisdicción para que se revisen las actuaciones adelantadas por la autoridad administrativa. Se deja en firme las decisiones asumidas por la Administración cercenándose el control de legalidad.

De este modo, se imposibilita que se cuestionen los procedimientos administrativos mediante la acción de revisión, como mecanismo procesal idóneo para controvertir la legalidad de otros aspectos distintos a la determinación de la indebida ocupación de un predio baldío que vienen contenidos en la decisión, tales como la declaratoria de si la ocupación se presentó de “buena o mala fe” y el derecho a que sean reconocidos los valores de las mejoras implementadas. Esta posibilidad se consagra en el parágrafo 1 del artículo 74 de la Ley 160 de 1994 y el artículo 50 del Decreto 2664 de 1995.

De igual manera, se restringe el derecho de defensa, toda vez que se niega la posibilidad del ciudadano de acceder a la instancia judicial para proteger sus derechos y buscar una decisión justa. Se vulnera también el principio de contradicción consagrado en el artículo 3 del CCA, según el cual *“los interesados tendrán la oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones de la administración por los medios legales.”*

3. El artículo demandado desconoce el derecho de acceso a la Administración de Justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución.

El artículo 229 de la Constitución junto con el artículo 2 de la Ley 270 de 1996, establece la posibilidad sin excepción, de acceder a los servicios ofrecidos por la rama judicial del poder público, a través de los jueces de la república, con el fin de administrar justicia y proferir decisiones en derecho, que pongan fin a las controversias planteadas por la administración y los particulares. Esta posibilidad

es restringida de forma definitiva por el inciso primero del artículo 9 del Acuerdo 41, lo cual genera una finalización ventajosa de las controversias, al no permitir que las decisiones administrativas sean revisadas.

De tal forma, resulta contrario al ordenamiento jurídico que *“...el particular tenga que desistir de sus legítimas pretensiones de reconocimiento de la propiedad privada, o del valor de las mejoras plantadas en el inmueble (en caso de ser ocupantes de buena fe) que eventualmente se hubiese podido alegar, o cualquier otra excepción que hubiese presentado en vía gubernativa y no haya sido atendida satisfactoriamente, mediante acción de revisión ante la vía contenciosa: para que se le suscriba un contrato mediante el cual le permita continuar con la tenencia objeto del predio objeto del proceso anterior”*.

4. El artículo demandado consagra la fuerza como mecanismo para conseguir el desistimiento de acciones judiciales, infringiendo el ordenamiento jurídico por viciar la voluntad de aquellos que pretenden suscribir contrato de arrendamiento o usufructo.

III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

El libelo demandatorio fue presentado el 30 de julio de 2009³ ante la Sección Tercera de la Corporación. En escrito separado el actor solicitó la suspensión provisional de la disposición acusada⁴. En auto de 21 de octubre de 2009⁵ se admitió la demanda y se negó la solicitud de suspensión provisional por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 152 del CCA.

La demanda fue contestada por el apoderado del Incoder⁶, en los términos que se resumen a continuación:

Luego de hacer una referencia sobre las características, legislación especial y forma de acreditar la propiedad de las islas marítimas del archipiélago del Rosario y de San Bernardo, se señala que el Acuerdo 041 de 2001 opera luego de superado el proceso de clarificación de la propiedad, de tal forma que sólo quedan pendientes las diligencias para ordenar la restitución del terreno baldío

³ Folios 1 a 11.

⁴ Folio 12 a 19.

⁵ Folios 58 a 68.

⁶ Folios 77 a 91.

indebidamente ocupado por el particular. El acuerdo nace así de un reconocimiento de derechos a favor de la Nación sin que sea ilegítima su aceptación, como quiera que la discusión sobre la propiedad ya se ha solventado en los tribunales, y en consecuencia no es lógico suponer que se vulnera el acceso a la administración de justicia, pues se pretende no continuar con el mismo debate.

En palabras del demandado: *“En efecto, el hecho de que el Acuerdo exija un reconocimiento del particular sobre la propiedad de las Islas en nada deslegítima vulnera el derecho al acceso a la justicia por cuanto, en el caso hipotético que éste no exista, la sola firma del contrato arrendamiento (sic) da por entendido el reconocimiento implícito de la propiedad, pues la condición jurídica de ocupante del bien cambia a la de tenedor del mismo, con unas precisas y determinadas obligaciones contractuales a favor de la nación.”*

En cuanto al inciso final del artículo 9º del acuerdo 041 de 2006, se hacen varias consideraciones sobre el derecho real de posesión y el papel que juega la buena y mala fe en la prescripción adquisitiva como forma de adquirir el dominio. Finalmente concluye, que dada la regulación especial que rige lo referente a las Islas del Rosario y San Bernardo, no es posible alegar el desconocimiento de las normas para el reconocimiento de mejoras plantadas en bienes que son propiedad del Estado, de hecho sostiene que *“un error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe.”*

Así, se afirma que el artículo 9 cuestionado al consagrar que las mejoras plantadas son del Estado, simplemente reconoce una consecuencia lógica de la ocupación indebida, toda vez que la falta de justo título del ocupante no le permite pretender el reconocimiento de mejoras.

Se arguye que el Incora en su momento adelantó el procedimiento de clarificación de la propiedad de los terrenos ubicado en las Islas del Rosario y de San Bernardo, de forma tal que la última oportunidad para aducir el derecho de propiedad de esos bienes era precisamente el procedimiento agrario y la acción de revisión, la cual al no ser interpuesta caducó. Se hace referencia a la competencia del Incoder para administrar los bienes baldíos y la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento sobre los mismos. Concluye, que la figura de la renuncia de derechos de contenido económico – como es el caso de las

mejoras - se permite en la legislación colombiana. Señala que los negocios jurídicos a que hace referencia la disposición acusada, se suscriben estando siempre presente la autonomía de la voluntad y el Estado no obliga a nadie a ello.

La Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación rindió concepto, exponiendo los argumentos que se resumen a continuación⁷:

En primer término, respecto del inciso primero del artículo 9 del Acuerdo 41, solicita la declaratoria de nulidad por ser contrario al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. Señala que el legislador es el único que en algunos eventos puede permitir a los particulares el inicio y la culminación de una actuación a través de la figura del desistimiento. Por tanto, esta competencia no corresponde al INCODER, el cual no está llamado a establecer parámetros de renuncia de los derechos de los administrados, aprovechando que éstos se encuentran relacionados en virtud de las funciones de administración que la entidad tiene sobre los bienes baldíos.

Asimismo deprecó la nulidad del último inciso del artículo 9º del Acuerdo 41, por ser contrario a todas las normas superiores que consagran determinaciones sobre el reconocimiento de las mejoras implantadas, así como de las consecuencias que el ordenamiento jurídico atribuye a una ocupación hecha con buena o con mala fe. De allí que al desconocerse las posibilidades indicadas se vulnera el derecho al debido proceso.

De manera adicional, a la intervención del Ministerio Público, de su derecho a alegar de conclusión hizo uso tanto la parte demandada⁸ como la demandante⁹, reiterando los argumentos esgrimidos en la demanda y en la contestación de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, se revisará, en primer lugar, la naturaleza del instrumento normativo en que se inserta la disposición demandada, a efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 1); luego, se aludirá a la

⁷ Folios 119 a 123.

⁸ Folios 98 a 103

⁹ Folios 104 a 118.

competencia de esta Sección (punto 2); Posteriormente, se resolverán los cargos formulados por el actor (punto 3).

1 La naturaleza del Acuerdo 41 de de 24 de enero de 2006.

La revisión de la naturaleza del Acuerdo del que es parte el artículo 9, cuyos segmentos son demandados, es un aspecto fundamental, toda vez que la normatividad vigente concibe la acción de nulidad sólo frente a actos administrativos¹⁰, es decir, manifestaciones de la voluntad, en ejercicio de la actividad propia de las autoridades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, con capacidad de producir efectos frente a un sujeto de derecho o ante un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos.

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural como organismo de carácter administrativo tiene su fundamento en lo dispuesto en los artículos 150.7 de la Constitución Política y 70 de la Ley 489 de 1998; la primera disposición referenciada confía al legislador la tarea de determinar la estructura de la administración nacional, así como la creación, supresión y fusión de los establecimientos públicos; por su parte, el legislador señala que el objetivo de estas instituciones es la atención de funciones administrativas y la prestación de servicios públicos.

Adicionalmente, el artículo 1 del Decreto – Ley 1300¹¹ de 2003, preceptúa que el Incoder es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Agricultura y desarrollo rural, con patrimonio propio, personería jurídica y autonomía administrativa y financiera. El objeto fundamental de esta entidad es la

¹⁰ En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...” Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra “circulares de servicio” y contra “actos de certificación y registro”; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

¹¹ La Ley 1152 de 2007, 'por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones', que derogó algunos artículos de este decreto fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C – 175 DE 2009. Debe entenderse a su vez que sobre el Decreto 4902 de 2007 recayó una inexecutable por consecuencia, al haber tenido como fundamento legal la ley antes citada.

ejecución de la política agropecuaria y de desarrollo rural, así como el facilitar el acceso a los factores productivos, fortalecer a las entidades territoriales y sus comunidades y propiciar la articulación de las acciones institucionales en el medio rural, bajo principios de competitividad, equidad, sostenibilidad, multifuncionalidad y descentralización, para contribuir a mejorar la calidad de vida de los pobladores rurales y al desarrollo socioeconómico del país.

Se trata por tanto, de un organismo de ejecución de políticas públicas en el cual residen funciones de carácter administrativo. Por ello, al ser parte de la rama ejecutiva del poder público se integra a la Administración pública de acuerdo con el criterio funcional consagrado en el artículo 39 de la ley 489 de 1998:

“Integración de la Administración Pública. La administración pública se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado. La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la administración.” (Subraya la sala)

Tal como se señala en la doctrina colombiana, los establecimientos públicos constituyen la concreción de la necesidad de crear personas jurídicas diferenciadas del Estado, *“para ejercer de manera más técnica y especializada algunas funciones propias de aquel.”* Por lo tanto, se está ante un traslado de competencias a un ente autónomo que busca una mayor eficiencia y agilización en la prestación de un servicio público o en el cumplimiento de una función típicamente administrativa. En otros términos, la actividad de desliga del nivel central para *“poner su gestión en manos expertas.”*¹²

Del anterior razonamiento se puede deducir fácilmente que las competencias encomendadas a estos entes constituyen verdadera función de carácter administrativo. Se puede constatar, sin dificultad, ejemplo de ello en el

¹² ROGRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y Colombiano. Madrid, Temis. 2008. Pág. 109 y ss. Esta noción es coincidente con la ofrecida por la literatura italiana al referirse a los llamados entes de carácter instrumental., es decir, unidades administrativas vinculadas a un ministerio al cual por razones técnicas, se les ha otorgado personalidad jurídica y autonomía. Su principal tarea es la de ser un ejecutor respecto de las decisiones del ente al cual está adscrito. De igual modo, mediante esta clase de organismos administrativos se desarrollan servicios públicos que el Estado por razones organizativas ha decidido descentralizar para diferenciarlos de las competencias que ejerce la nación como persona jurídica. GIANNINI, Massimo Severo. Diritto Amministrativo. Milán, Giuffrè editore. .1993.

ordenamiento jurídico cuando se establecen como funciones del Incoder¹³: El establecimiento y adopción de los planes programas y proyectos de desarrollo agropecuario y rural; la proposición y adopción de la distribución de recursos para adelantar los programas de desarrollo rural, en áreas prioritarias que se definan con sujeción a los criterios previamente establecidos; el asegurar un uso y aprovechamiento adecuado de las aguas y tierras rurales aptas para la explotación forestal y agropecuaria, así como de las tierras incultas, ociosas o deficientemente aprovechadas, impulsando esquemas de acceso y en donde sea necesario, corrigiendo la estructura de tenencia con miras a garantizar su distribución ordenada y su uso racional, en coordinación con los organismos públicos y entidades competentes; Administrar en nombre del Estado las tierras baldías de la Nación y, en tal virtud, adjudicarlas, celebrar contratos, constituir reservas y adelantar en ellas programas de colonización, de acuerdo con las normas legales vigentes y los reglamentos que expida la Junta Directiva¹⁴; entre otras.

De la naturaleza misma del Incoder, se concluye que las competencias a él asignadas se materializan por medio de la expedición de actos administrativos. En este supuesto se encuentra el Acuerdo 41 de 2006, expedida por su Consejo Directivo, al regular *“...la ocupación y aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo.”* Del contenido de la norma demandada, se deriva, de manera indiscutible, que la regulación hecha pretende la renuncia de los actuales ocupantes a reclamaciones de cualquier tipo en contra del Estado, en caso de celebración de contratos de arrendamiento o usufructo, así como la asignación de la mejoras realizadas a la nación por estar estas incluidas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado; esto sin duda, evidencia no sólo una manifestación de la voluntad de una autoridad de carácter administrativo sino también la producción de efectos directos que afectan situaciones jurídicas. Como consecuencia de ello, no existe incertidumbre o duda alguna respecto de la procedencia en el proceso de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del C.C.A.

¹³ Artículo 2 del Decreto – ley 1300 de 2003.

¹⁴ Numeral 13 del artículo 12 de la Ley 160 de 1994.

En efecto, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estas disposiciones, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

2 La competencia de esta Sección para conocer del caso objeto de estudio

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, de conformidad con lo establecido en el numeral 11 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por esta Corporación.

3 Los cargos presentados por el actor

3.1. Los aportes demandados desconocen el derecho de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución.

El derecho de acceder a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución política guarda una estrecha relación con el derecho al debido proceso, es más, constituye una de las garantías sustanciales necesarias para obtener una decisión justa, toda vez que garantiza que los ciudadanos sean protegidos en sus derechos, bienes y honra.

En efecto, el derecho de acceder a la administración de justicia no sólo comprende la posibilidad de que el juez se pronuncie de fondo sobre un asunto que se ha sometido a su consideración, sino que debe, en primer lugar, permitir que el ciudadano acuda al aparato jurisdiccional para hacer posible la resolución de sus conflictos o el control de las actividades de los poderes públicos. Por tanto, de acuerdo con la doctrina constitucional, la regulación de este derecho puede llevar a su vulneración: 1. Cuando se consagran impedimentos irracionales para acudir al aparato jurisdiccional; 3. Cuando no se contemplan los instrumentos procesales

necesarios para que los afectados puedan resolver sus conflictos, y; 4. Cuando se autorice la indefinición de los conflictos¹⁵.

Como puede observarse, una de las manifestaciones más importantes del derecho de acceder a la administración de justicia es precisamente la posibilidad que se otorga a los ciudadanos de plantear un problema ante el Estado¹⁶, como quiera que éste monopoliza la función de resolución de conflictos. Se trata, entonces, de una manifestación propia del Estado de Derecho, en la que se permite que dos contendientes lleven su problema ante un tercero investido de autoridad, para que éste encuentre una solución luego de haber escuchado los extremos de la relación y valorado cada uno de los argumentos esgrimidos. No se trata de un derecho menor, si no de un verdadero derecho de connotación fundamental, presupuesto del derecho al debido proceso, como quiera que su función es la de ser la puerta de entrada para la efectividad de los restantes derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico; como señala la jurisprudencia, su desconocimiento conlleva a “...*la consiguiente vulneración de los demás derechos fundamentales que ante ella se hacen efectivos*”¹⁷.

Tratándose de los conflictos que puedan suscitar las actuaciones y decisiones de la administración pública, el derecho de acceso a la administración de justicia se conecta con la posibilidad de controlar el sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, si la administración se ha caracterizado ante todo por ser una ejecutora del derecho, esta posición la pone en la posibilidad de contradicción de los mismos preceptos jurídicos que debe aplicar. Si ello es así, el principio de legalidad peligra cuando se despoja a los particulares de los instrumentos o mecanismos judiciales necesarios para que manifiesten ante una instancia que goce de las características de imparcialidad e independencia su inconformidad por el obrar de una autoridad administrativa¹⁸.

El negar la posibilidad de control judicial de la actuación de la administración pública niega la garantía misma de Estado de Derecho, ocasiona que las actuaciones administrativas puedan tornarse arbitrarias, pero ante todo constituye

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 766 de 31 de julio de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T – 365 de 8 de abril de 2005. M. P. Clara Inés Vargas.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T – 114 de 22 de febrero de 2007. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁸ Cfr. MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. México D. F. 1980. Pág.

un retroceso pues implícitamente se está consagrando un “*principio de irresponsabilidad*”, no admisible en el esquema constitucional actual.

Vistas así las cosas, la confrontación del inciso primero del artículo 9 del Acuerdo No. 41 de 2006 con la norma constitucional, muestra una contradicción evidente, pues cuando el Incoder exige la renuncia a futuras reclamaciones contra el Estado, está cercenando la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia, toda vez que, no sólo se restringe la posibilidad de que el administrado acuda al aparato jurisdiccional para controlar la legalidad de la actuación administrativa, sino que incluso impide la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflicto.

La Sala reitera de ésta forma la posición asumida en el auto que, en otro proceso, suspendió provisionalmente la disposición acusada basándose en idéntico concepto de la violación¹⁹. En esa oportunidad se afirmó:

“Es tan abrupta la ilegalidad de la norma examinada, que ni siquiera restringe el objeto de las reclamaciones frente a las cuales requiere la renuncia, ya que: en primer término, exige, de forma abstracta, la abdicación a demandas futuras contra el Estado, sobre cualquier materia, así ésta sea ajena a la propiedad de los inmuebles objeto del arrendamiento; y, en segundo lugar, en cuanto al procedimiento de la reclamación, se advierte que, no sólo limita el acceso a la jurisdicción a través del ejercicio de una acción, sino que restringe, igualmente, la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos.”

Como puede observarse, la norma administrativa no restringe los supuestos en los que opera la renuncia, sólo se hace referencia abstracta a *futuras demandas contra el Estado*, con lo cual comprende controversias ajenas a las posibles discusiones sobre la propiedad de los inmuebles que van a ser arrendados. De otro lado, la posibilidad de regular el ejercicio de los derechos fundamentales y por ende fijar limitaciones a los mismos es una competencia exclusiva del legislador que, incluso, requiere de una mayor legitimación democrática²⁰.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 21 de octubre de 2009. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 36.841.

²⁰ Artículo 152 de la Constitución: “*Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.*”

El derecho de acceso a la administración de justicia se consagró a nivel constitucional sin condicionamiento alguno, por ello resulta contrario al principio de jerarquía normativa que una disposición de carácter administrativo restrinja su ejercicio contraviniendo abiertamente lo dispuesto por el constituyente primario.

Las anteriores razones resultan suficientes para que el cargo formulado prospere y se declare la nulidad del inciso primero del artículo 9 del Acuerdo 41 de 2006 y, hace innecesario el análisis de los restantes argumentos esgrimidos por el actor.

3.2. Con el último inciso del artículo 9 del Acuerdo 41 de 2006 el Incoder incurrió en una extralimitación de sus funciones.

El principio de sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico constituye una de las expresiones más importantes del Estado de Derecho y marca el origen mismo del derecho administrativo como rama del derecho encargada de regular las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. Las sociedades producto de las denominadas revoluciones liberales, se cimentaron precisamente en un sistema en el que la actuación de la autoridad administrativa debía encontrar un referente inmediato en las normas impersonales, generales y abstractas emanadas del legislativo. Como en su momento sostuvo la doctrina, se estaba ante un Gobierno nomocrático que dejada a los operadores jurídicos una simple labor de subsunción de los hechos en la descripción traída por las normas.²¹

Se trata entonces, de un reconocimiento expreso de que el ejercicio de toda potestad conlleva necesariamente la asunción de responsabilidades. Acatar el ordenamiento jurídico, implica actuar conforme al interés general representado en las normas que emanan de los cuerpos de carácter parlamentario, los cuales son depositarios de la soberanía popular. En este esquema no puede permitirse el ejercicio espontáneo de funciones administrativas, éstas deben encontrar un referente inmediato en las normas de carácter superior encargadas de definir sus competencias y la parcela de actividad en que pueden actuar.

La evolución de las sociedades, la inclusión de nuevos intereses de clases sociales hasta el momento no tenidas en cuenta, así como la paulatina asunción

²¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los Derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. Madrid, Alianza, 1994.

de actividades de carácter prestacional por parte de la administración pública, generó cada vez más la aparición de competencias discrecionales y, que el ámbito que correspondía en exclusivo al legislador fuera objeto de la actividad administrativa, pues cuando el ejecutivo ejercitaba la potestad reglamentaria también expedía normas generales, impersonales y abstractas.²²

El reconocimiento de fuerza normativa de las Constituciones Políticas, ubica a dichas normas en el vértice del ordenamiento jurídico, de forma tal que la legalidad que antes sólo se predicaba de las disposiciones emanadas del legislativo, se amplía para abarcar preceptos de extenso contenido dogmático incorporándose el discurso de las diferentes manifestaciones de derechos fundamentales como límite infranqueable en el ejercicio de cualquier competencia. De igual modo, la aplicación del principio de sometimiento de la actividad administrativa al derecho también comprende la producción normativa de la Administración pública, toda vez que ésta en ejercicio de las competencias reconocidas, genera un verdadero micro-ordenamiento,²³ en el que las disposiciones proferidas constituyen una verdadera cascada de manifestaciones de voluntad, organizadas de forma jerarquizada, ocasionando que la validez de las mismas, dependa en todo momento de la conformidad que éstas tengan con aquellas normas que se ubican en una gradación superior de acuerdo con la posición que poseen dentro del bloque de juridicidad a tener en cuenta en el momento de su expedición.²⁴

La evolución expuesta permite definir el principio de legalidad como la obligación que recae en cabeza de quien ejercita funciones de carácter administrativo de actuar siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico. Este principio no *“expresa solamente la sumisión a reglas jurídicas exteriores, sino su sumisión a reglas que ella misma haya elaborado”* (...) Las reglas que deben ser respetadas pueden tener *“...un origen extraño a la propia Administración: así, la Constitución o la Ley. Otras al contrario son enunciadas por la Administración misma: así ocurre con las decisiones ejecutorias en el supuesto en que se imponen a la propia administración.”*²⁵ La jerarquía normativa constituye, entonces, una

²² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Revolución francesa y Administración contemporánea. Madrid, Civitas. 1994. Pág. 35.

²³ Cfr. ROMANO, Santi. El ordenamiento jurídico. Madrid, Instituto de Estudios Políticos. 1963.

²⁴ La doctrina nacional ha señalado que el principio de legalidad consiste en que la Administración *“está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte deben respetar las normas jurídicas superiores.”* Se está así frente a una manifestación de la denominada jerarquía administrativa. Cfr. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Bogotá, Temis. 2008. Pág. 291.

²⁵ VEDEL, George. Derecho Administrativo. Madrid, Aguilar 1980. Pág. 220.

consecuencia del deber de sometimiento del actuar administrativo al derecho y es la expresión directa de disposiciones de variada procedencia y valor que pertenecen a un sistema racional en el que se realiza “*un reparto abstracto de competencias y funciones*”.²⁶

Tres consecuencias se derivan del principio de jerarquía normativa: 1. Ninguna autoridad administrativa mediante la expedición de un acto administrativo individual puede derogar una disposición de carácter general expedida por autoridad competente. Se trata de una regla mínima de seguridad jurídica en donde la aplicación de la norma al caso concreto no puede diferir de la regulación impersonal y abstracta que le sirve de fundamento; 2. Entre dos normas administrativas de carácter general, la proferida por la autoridad inferior está siempre subordinada a la decisión de la autoridad superior, y; 3. Entre dos normas administrativas de carácter general, la subordinación también se puede presentar no en virtud de una relación orgánica entre los entes que las profieren, sino en virtud del mayor valor que a una de ellas ha otorgado el ordenamiento jurídico.²⁷

El principio de legalidad y su manifestación concreta del principio de jerarquía normativa halla su sustento en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución política. En estas disposiciones se estructura una vinculación de carácter positivo del actuar administrativo a las normas superiores que le deben servir de fundamento, ya que además de señalar como precepto fundante del ordenamiento jurídico a la norma constitucional, consagra como regla de validez de la actuación de la administración la necesidad de habilitación normativa previa. Así, se estatuye que ninguna autoridad en Colombia puede ejercer competencias distintas a las atribuidas en disposiciones Constitucionales y legales; si lo hicieran, comprometerían su responsabilidad no sólo por contrariar directamente lo que en normas superiores esté dispuesto sino también por omitir o extralimitar el ejercicio de las funciones propias de todo cargo público, las cuales, a su vez, deben estar detalladas en normas de carácter legal o reglamentario.

En la presente sentencia se declarará la nulidad condicionada del aparte acusado, como quiera que, se trata de uno de aquellos eventos en los cuales, al existir más de una interpretación, no es posible hacer un pronunciamiento puro y

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Civitas. 2001. Pág. 72.

²⁷ Cfr. WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Civitas. 1986.

simple y decantarse por la nulidad o la validez de la decisión administrativa; la primera medida es desproporcionada, la segunda, dejaría viva una norma que no se ajusta del todo a la legalidad. Frente a la anterior disyuntiva, la Sala ha considerado:

“(...)apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho –exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley –inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico-

²⁸.

“Esta actitud también conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna²⁹.”³⁰

²⁸ Un antecedente de esta técnica del control, anterior a la Corte Constitucional –quien emplea profusamente, y con buen criterio, esta técnica de control de constitucionalidad-, que debe contribuir a eliminar las prevenciones al interior de nuestra jurisdicción, se encuentra en el artículo 170 CCA., el cual contempla –para nuestro caso, incluso, en una norma positiva, y además muy antigua- la posibilidad de que el juez estatuya disposiciones en reemplazo de las acusadas, o la modificación o reforma de ellas. En tal sentido, dispone la norma que:

“Art. 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, **los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.**” (Negrillas fuera de texto)

²⁹ Esta ha sido expuesta por la Sección Tercera en otras ocasiones –sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 16.257-, para señalar que cuando una norma ofrezca una interpretación ajustada a la ley y otra que no, entonces “Esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsar del ordenamiento jurídico el acto administrativo atacado cuando una interpretación del mismo se ajusta a las normas superiores, circunstancia que impone mantener en el ordenamiento jurídico el segmento normativo de la resolución acusada, pero condicionado a que sólo es válida la segunda de las interpretaciones expuestas.

“Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA.

“La determinación que se adopta en modo alguno es arbitraria, sino que –*contrario sensu*- es la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como *guardián de la legalidad administrativa* en la medida en que -como advierte Merlk- la justicia administrativa en su génesis fue concebida como

En efecto, en el caso que ahora se estudia se encuentra que una primera interpretación conduciría a afirmar que en esta ocasión se habría desconocido el principio de jerarquía normativa, toda vez que la última parte del inciso segundo del artículo 9 del Acuerdo No 41 de 2006 es una norma de carácter general que halla su fundamento directo en la Ley 160 de 1994 y en el Decreto 2664 de 1995. Entre los cuerpos normativos en referencia existe una relación de mayor a menor jerarquía. En el caso de la disposición demandada frente a la ley, la relación descrita se desprende de un criterio orgánico, mientras que ante la norma reglamentaria su subordinación se infiere del mayor valor que el ordenamiento jurídico le otorga a esta última como desarrollo y complemento directo de la ley, sobre una disposición que, aunque general, constituye una manifestación que tiene razón de ser sólo en virtud del ejercicio previo de una competencia normativa de carácter administrativo que le sirve de fundamento.

Bajo esta perspectiva, lo dispuesto en el aparte demandado resulta contrario al párrafo 1 del artículo 74 de la Ley 160 de 1994 y al artículo 50 del Decreto 2664 de 1995, en cuanto consagra que las mejoras realizadas por los ocupantes **se reputarán de propiedad de la nación**, por estar implantadas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado. El Incoder incurre así en una extralimitación, porque restringe el alcance de las normas que le sirven de fundamento al desconocer el derecho que tiene el ocupante de buena fe al pago de las mejoras que haya realizado sobre el predio.

El párrafo 1 del artículo 74 de la Ley 160 de 1994 preceptúa:

“PARÁGRAFO 1o. En la providencia que ordena la restitución se tomarán las determinaciones que correspondan en relación con las

un instrumento eficaz de fiscalización a la administración e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general. Sobre el alcance de este control judicial de la administración, la Sala ha precisado que:

(...)

“La sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida –por supuesto- la esgrimida por la CREG a lo largo de este proceso.

“La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes²⁹ y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia²⁹.”

³⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de Junio de 2009. M. P. Enrique Gil Botero. Exp. 11001-03-15-000-2009-00305-00

mejoras. Si el ocupante o quien se pretenda dueño puede considerarse como poseedor de buena fe conforme a la presunción de la ley civil, se procederá a la negociación o expropiación de las mejoras". (Subrayado fuera de texto)

La Corte Constitucional, cuando se pronunció sobre la legalidad del precepto, señaló:

"Mientras no se cumplan todos los requisitos exigidos por la ley para tener derecho a la adjudicación de un terreno baldío, el ocupante simplemente cuenta con una expectativa, esto es, la esperanza de que al cumplir con esas exigencias se le podrá conceder tal beneficio. No obstante, quien detenta materialmente un terreno baldío al cual le ha incorporado mejoras o inversiones y ha sido explotado económicamente, si bien no tiene la calidad de poseedor con las consecuencias jurídicas que de tal condición se derivan, sí tiene una situación jurídica en su favor, esto es, un interés jurídico que se traduce en la expectativa de la adjudicación, la que es merecedora de la protección de las autoridades³¹".

Por su parte, el artículo 50 del Decreto 2664 de 1995 dispone:

"ARTICULO 50. DECISION FINAL. Con fundamento en las pruebas aportadas, el Gerente General del Instituto o su delegado, mediante resolución motivada, ordenará si fuere el caso la restitución del predio o terrenos indebidamente ocupados. En la misma providencia se decidirá si hay lugar o no al reconocimiento de mejoras, procediendo a su negociación voluntaria o a la expropiación, de conformidad con las normas establecidas para el caso, siempre que de las pruebas allegadas pueda considerarse al ocupante como "poseedor de buena fe", según las normas del Código Civil". (Subrayado fuera de Texto)

Por otra parte, la interpretación hasta ahora realizada sólo puede abarcar a aquellas personas que en el momento de expedición de la resolución 041 de 2006 ya detentaban la condición de ocupantes. Por consiguiente, la imposibilidad de que las mejoras se reputen de propiedad de la Nación, por estar implantadas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado sin atender a la buena o mala fe del particular se encuentra circunscrita y no opera para supuestos futuros porque en estos casos sólo se puede tener la calidad de arrendatario. La Sala, persiguiendo conservar el efecto útil de norma asumirá la interpretación expuesta, condicionando de este modo la legalidad del precepto acusado.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 097 de 7 de marzo de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. DECLÁRASE la nulidad del inciso primero del artículo 9 del Acuerdo 041 de 2006, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. DECLÁRASE la nulidad condicionada de la expresión *“En todo caso, las mejoras se reputarán de propiedad de la Nación, por estar implantadas en un terreno que constituye reserva territorial o patrimonial del Estado”* contenida en la parte final del segundo inciso del artículo 9 del Acuerdo 041 de 2006, en el entendido que la contradicción con el ordenamiento jurídico sólo se circunscribe al no reconocimiento de mejoras a quienes ya detentaban la condición de ocupante en el momento de expedición de la Resolución 041 de 2006, siempre y cuando éstos comprueben que la posesión detentada es de buena fe.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO