

AREAS DE CESION GRATUITA OBLIGATORIA - Concepto

Las áreas de cesión obligatoria gratuita son definidas por el artículo 5o. de la ley 9 de 1989, como "el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes", señalando en su inciso segundo, entre otras, las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, los parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, etc, y en general "todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo". Las cesiones gratuitas constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles por la plusvalía que genera las diferentes actuaciones urbanísticas de los municipios. Se trata de bienes que se incorporan al patrimonio municipal, con ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público. Están destinadas a regular, con fundamento en el art. 82 de la Constitución, la integración del espacio público y de los bienes colectivos de uso común. Por lo demás, dichas cesiones gratuitas, con ocasión de la actividad urbanística, comportan una carga a los propietarios que se enmarca dentro de la función social de la propiedad y su inherente función ecológica, que requiere regulación legal en los términos del art. 58 de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58 / LEY 9 DE 1989 - ARTICULO 5

AREAS DE CESION OBLIGATORIA GRATUITA - Concejos municipales no pueden variar su destinación al uso común

No es dable a los Concejos municipales variar el destino de las áreas de cesión obligatoria gratuita, pues por mandato de la Constitución y de la ley, estas se reservan al uso común o colectivo. Por tratarse de normas de superior jerarquía, las autoridades locales están obligadas a acatarlas, al ejercer sus competencias de regulación normativa. La competencia que constitucionalmente habilita a los Concejos a modificar los usos del suelo o a variar la destinación de un bien de uso público mediante canje por otro equivalente, en modo alguno conlleva la de mutar el destino de las áreas de cesión obligatoria gratuita, pues se reitera, por determinación de la Constitución Política y de la Ley estas se reservan al uso común o colectivo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las áreas de cesión obligatoria gratuita, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 19 de noviembre de 2009, Rad. 2004-0955, MP. Marco Antonio Velilla.

DERECHO COLECTIVO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PUBLICO - Vulneración por transferencia de dominio de zona de cesión obligatoria

La Escritura Pública No. 1030, de 14 de mayo de 1990 constituye prueba ad substantiam actus de que el área en controversia es zona de uso público y no un bien fiscal, como en aras de la prosperidad de sus pretensiones, argumenta erróneamente el municipio. La Sala halla fundamento en el cargo que alega la

violación al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, pues la transferencia de dominio a título gratuito que hizo el municipio de Tunja a la Arquidiócesis de Tunja, de un predio comprendido “dentro de los siguientes linderos: NORTE con vía local V-5 al medio y Manzana Q; ORIENTE, con vía local V-5 al medio y Manzana N; SUR, con vía V-3 Acceso Principal al Barrio el Medio y Manzana P; OCCIDENTE con vía local V-3 al medio y Manzana V y U.”, desconoce las disposiciones constitucionales y legales que han sido materia de análisis.

NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA - Improcedencia de la Acción Popular

Empero, revocará el numeral 4º de la sentencia apelada, comoquiera que el *a quo* carecía de competencia para haber declarado la nulidad del negocio jurídico de cesión formalizado en la Escritura Pública No. 1699 de 2000 (26 de octubre), otorgado en la Notaría Tercera del Círculo de Tunja, pues es jurisprudencia reiterada de ésta Sección, que la jurisdicción ordinaria es la competente para decidir la nulidad de escrituras públicas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 15001-23-31-000-2002-02582-01(AP)

Actor: OLEGARIO SUAREZ VILLAREAL

Demandado: MUNICIPIO DE TUNJA

Se decide la impugnación interpuesta por el municipio y la Arquidiócesis de Tunja, contra la sentencia de 21 de noviembre de 2005, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá estimó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 22 de julio de 2002, el ciudadano Olegario Suárez Villareal, entabló acción popular contra el municipio de Tunja, para reclamar protección a los derechos colectivos al goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, que estimó violados por haber cedido

el municipio a título gratuito el área en que se ubica el Polideportivo del barrio Villa Luz y la zona pública adyacente, a la Arquidiócesis de Tunja.

Mediante Auto de 15 de noviembre de 2002¹, se vinculó como entidad demandada a la Arquidiócesis de Tunja.

1.1. Hechos

Afirma el demandante que mediante escritura pública No. 1699 de 26 de octubre de 2000, el municipio de Tunja transfirió a la Arquidiócesis de Tunja, a título de cesión gratuita el dominio y posesión del terreno donde está ubicado el Polideportivo del Barrio Villa Luz y la zona pública adyacente

1.2. Pretensiones

El actor solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se decreten las medidas cautelares necesarias por parte de su Despacho a fin de que cese la vulneración y agravio sobre los derechos colectivos que tiene la comunidad del barrio Villa Luz sobre la zona pública o polideportivo y que se suspenda o prohíba iniciar la construcción del complejo arquitectónico del cual ya se tienen la maqueta en la Curia (apartamentos, locales comerciales, salas de conferencias, parqueaderos, y una pequeña capilla) por parte de la Arquidiócesis de Tunja y con base en la Escritura Pública 1699 de fecha 26-10-2000, mediante la cual el municipio transfirió a la Arquidiócesis de Tunja el mencionado bien, violando la Constitución y la Ley.

2. El Honorable Magistrado mediante providencia que ponga fin al agravio injustificado de que fuimos víctimas la comunidad del barrio Villa Luz, por parte del municipio de Tunja, quien mediante acto administrativo de otorgamiento de la Escritura Pública No. 1699, del 26 de octubre de 2000, de la Notaría Tercera de Tunja, transfirió el dominio y posesión, a título de cesión, a favor de la Arquidiócesis de Tunja, el Polideportivo y la zona pública adyacente a nuestro barrio, ordene al funcionario (Alcalde municipal de Tunja) REVOCAR el acto administrativo mencionado anteriormente, por ser contrario a la Constitución Política y a la Ley, y en su aplicación del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

*3. Que como consecuencia de lo anterior, el municipio de Tunja restituya a su favor el bien de uso público mencionado y que vinimos poseyendo desde el año de 1990, y **en el cual se construyó hace 9 años un Polideportivo y es en el que nuestros niños, la juventud y la comunidad de los barrios circunvecinos y de nuestro barrio hacen deporte, se recrean y desarrollan actividades culturales.***

4. Sírvase, Honorable Magistrado decretar la celebración de una

¹ Folio 216.

Audiencia Especial, para lo cual se ha de fijar fecha y hora, con anuencia del señor Alcalde de Tunja, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo (como coadyuvantes en interés colectivo), y el suscrito.

5. Si fuere fallida la Audiencia Especial, el Honorable Magistrado producirá sentencia en la que ordene volver las cosas a su estado anterior, que se puede dar mediante la restitución del inmueble por parte del municipio, ya sea mediante acuerdo y consiguiente cancelación o anulación de la Escritura Pública No. 1699 del 26 de octubre de 2000, de la Notaria Tercera del Circuito de Tunja.

6. Se condene al municipio de Tunja a pagar las costas y gastos procesales, y los honorarios profesionales (incentivos, artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998) y a dar cumplimiento al fallo que ponga fin a la presente demanda, dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria (artículos 176 y 177 del C.C.A).”²

2. LAS CONTESTACIONES

2.1 El municipio de Tunja, mediante apoderado, manifestó que no ha violado los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y a la defensa del patrimonio público, por la transferencia del Polideportivo del barrio Villa Luz y la zona pública adyacente a la Arquidiócesis de Tunja.

Indicó que el Alcalde de Tunja decidió modificar la escritura pública No. 1699, del 26 de octubre de 2000, en el sentido de transferir el 40% del dominio del Polideportivo y del predio adyacente, ubicados en los linderos: Por el norte: con vía local V-5 al medio y Manzana Q; Por el oriente: con vía local V-5 al medio y Manzana N; Por el Sur: con vía V-3 Acceso Principal al Barrio el Medio y Manzana P; Por el occidente: con vía local V-3 al medio y Manzana V y II, a la Arquidiócesis de Tunja.

Propuso la excepción de “*falta de legitimación en la causa por activa*”, toda vez que el actor no cuenta con el respaldo de la comunidad del barrio Villa Luz, para interponer la acción popular.

2.2. La Arquidiócesis de Tunja, mediante apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Indicó que la cesión que el municipio de Tunja le hizo, del Polideportivo y del predio adyacente, ubicados en los linderos: Por el norte: con vía local V-5 al medio

y Manzana Q; Por el oriente: con vía local V-5 al medio y Manzana N; Por el Sur: con vía V-3 Acceso Principal al Barrio el Medio y Manzana P; Por el occidente: con vía local V-3 al medio y Manzana V y II, con el fin de construir una parroquia para la comunidad, se encuentra ajustada a derecho.

Adujo que el Tribunal no es competente para ordenar, a través de acción popular, la cancelación o anulación de la escritura pública No. 1699, de 26 de octubre de 2000.

3. LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Tuvo lugar el 12 de noviembre de 2005 con la asistencia del Procurador 45 Delegado para Asuntos Administrativos, el Delegado de la Defensoría del Pueblo, del actor y del Alcalde de Tunja. Se declaró fallida debido a que no se arribó a fórmula de pacto de cumplimiento.

4. ALEGATOS DE CONCLUSION

4.1 El actor señaló que la vulneración de los derechos colectivos invocados se debe a que la cesión realizada a la Arquidiócesis de Tunja, mediante escritura pública No. 1699, de 26 de octubre de 2000, es ilegal.

4.2 La Junta de Acción Comunal del barrio Villa Luz, coadyuvó la demanda y señaló que la vulneración de los colectivos invocados es ocasionada por la cesión ilegal que de una zona pública hizo el Alcalde de Tunja a la Arquidiócesis de Tunja.

4.3 El municipio de Tunja se opuso a las solicitudes del actor, argumentando que la Alcaldía de Tunja, el 4 de junio de 2002, se comprometió con la comunidad del barrio Villa Luz a garantizar que la Arquidiócesis de Tunja construyera una capilla en el Barrio, y a respetar las zonas de recreación y deporte utilizadas por los habitantes del sector.

Adujo que el Alcalde de Tunja presentó a consideración del Concejo del mismo

² Folios 1 a 2.

municipio un proyecto de acuerdo encaminado a obtener las modificaciones y autorizaciones necesarias para conciliar las diferencias presentadas entre la comunidad del barrio Villa Luz y la Arquidiócesis de Tunja, el cual no fue aprobado.

4.4 La Arquidiócesis de Tunja, mediante apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la comunidad del barrio Villa Luz, a través de la Junta de Acción Comunal, solicitó al Alcalde y a varios Concejales de Tunja que le cedieran el Polideportivo y el predio adyacente, ubicados en los linderos: Por el norte: con vía local V-5 al medio y Manzana Q; Por el oriente: con vía local V-5 al medio y Manzana N; Por el Sur: con vía V-3 Acceso Principal al Barrio el Medio y Manzana P; Por el occidente: con vía local V-3 al medio y Manzana V y II, a la Arquidiócesis, para la construcción de una capilla para el barrio.

4.5 La comunidad del barrio Villa Luz se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no hay vulneración a los derechos colectivos invocados, pues existe destinación específica de la cesión del terreno a la construcción de una capilla. Manifestó que no permitir la construcción de una iglesia en el barrio viola los derechos de los feligreses que desean tener un templo.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá estimó las pretensiones de la demanda, pues consideró que se violaron los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y la defensa del patrimonio público.

Argumentó que del material allegado al expediente se demuestra que el municipio de Tunja cedió a la Arquidiócesis de Tunja, a título gratuito, un lote de terreno en donde se encuentra ubicado el Polideportivo del barrio Villa Luz. Arguyó que la actuación adelantada por el municipio desconoce los artículos 63³, 82⁴ y 102⁵ de la

³ Artículo 63. *Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.*

⁴ Artículo 82. *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo en defensa del interés común.*

⁵ Artículo 102. *El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.*

Constitución Política, los artículos 41 numeral 7⁶ y 91 numeral 2⁷ de la Ley 136 de 1994, los artículos 1⁸, 2⁹, 4¹⁰ y 19¹¹ del Decreto 1504 de 1998.

⁶ Artículo 41. Es prohibido a los concejos:

1. Obligar a los habitantes, sean domiciliados o transeúntes a contribuir con dineros o servicios para fiestas o regocijos públicos.
2. Aplicar o destinar los bienes y rentas municipales a objetos distintos del servicio público.
3. Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, por medio de acuerdos o de resoluciones.
4. Dar votos de aplauso o de censura a actos oficiales; pero podrán pedir la revocación de los que estimen; ilegales o inconvenientes, exponiendo los motivos en que se funden.
5. Privar a los vecinos de otros municipios de los derechos, garantías o protección de que disfruten los de su propio municipio.
6. Decretar actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas.
7. Decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas.
8. Tomar parte en el trámite o decisión de asuntos que no son de su competencia.

⁷ Artículo 91. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

A) En relación con el Concejo:

1. Presentar los proyectos de acuerdo que juzgue convenientes para la buena marcha del municipio.
2. Presentar oportunamente los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, y de obras públicas, que deberá estar coordinado con los planes departamentales y nacionales.
3. Presentar dentro del término legal el proyecto de acuerdo sobre el presupuesto anual de rentas y gastos.
4. Colaborar con el Concejo para el buen desempeño de sus funciones; presentarles informes generales sobre su administración en la primera sesión ordinaria de cada año, y convocarlo a sesiones extraordinarias en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado.
5. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.
6. Reglamentar los acuerdos municipales.
7. Enviar al gobernador, dentro de los cinco (5) días siguientes a su sanción o expedición los acuerdos del Concejo, los decretos de carácter general que expida, los actos mediante los cuales se reconozca y decrete honorarios a los concejales y los demás de carácter particular que el gobernador le solicite.
8. Aceptar la renuncia o conceder licencia a los concejales cuando el concejo esté en receso;

B) En relación con el orden público:

1. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones del Presidente de la República y del respectivo gobernador. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.
2. Dictar para el mantenimiento del orden público o su restablecimiento de conformidad con la ley, si fuera del caso, medidas tales como:
 - a) Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos;
 - b) Decretar el toque de queda;
 - c) Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes;
 - d) Requerir el auxilio de la fuerza armada en los casos permitidos por la Constitución y la ley;
 - e) Dictar dentro del área de su competencia, los reglamentos de policía local necesarios para el cumplimiento de las normas superiores, conforme al artículo 9o., del Decreto 1355 de 1970 y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

(...)

⁸ Artículo 1. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo.

⁹ Artículo 2 El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

¹⁰ Artículo 4. El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público no podrá ser variado sino por los Concejos Municipales o Distritales a través de los planes de ordenamiento territorial o de los instrumentos que los desarrollen aprobados por la autoridad competente, siempre que sean sustituidos por otros de características y dimensiones equivalentes o superiores.

Concedió el incentivo a favor del actor en cuantía de diez (10) salarios mínimos mensuales, en consonancia con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, a cargo del municipio de Tunja.

Dispuso en la parte resolutive:

“1.- Decláranse no probadas las excepciones de “incongruencia entre la petición y la realidad” y “falta de legitimación en la causa por pasiva”, propuestas por el apoderado del municipio de Tunja.

2.- Ampárense los derechos colectivos al goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público y la defensa del patrimonio público, de los que son titulares los habitantes del Barrio Villa Luz del municipio de Tunja.

3.- Declárase la excepción de ilegalidad respecto del Acuerdo municipal No. 023 de 16 de agosto de 2000, expedido por el Concejo de Tunja, por medio del cual facultó al Alcalde para ceder el lote de terreno donde se encuentra ubicado el Polideportivo del barrio Villa Luz, en favor de la Arquidiócesis de esta ciudad.

4.- Declárase la nulidad del contrato de cesión contenido en la escritura pública No. 1699, de fecha de 26 de octubre de 2000, otorgada en la Notaría Tercera del círculo de Tunja. Comuníquese esta decisión al señor Notario Tercero de Tunja y al Registrador de Instrumentos Públicos de esta misma ciudad, para lo de su cargo.

5.- Prevéngase al representante de la Arquidiócesis de Tunja que, si a la fecha de ejecutoria de esta sentencia aún no lo han hecho, dentro de un plazo no mayor a treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, proceda a restituir al municipio de Tunja el área de terreno que le fuera cedida mediante la escritura pública No. 1699, de 26 de octubre de 2000, otorgada en la Notaría Tercera del círculo de Tunja.

6.- Por su parte, el Alcalde del municipio de Tunja procederá a adelantar las actuaciones administrativas o judiciales que sean necesarias en orden a la restitución del bien inmueble que fuera cedido a la Arquidiócesis de Tunja, para lo cual dispondrá de un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

7.- Prevéngase al Alcalde del municipio de Tunja para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en las actuaciones que dieron origen a ésta acción.

8.- Para la verificación del cumplimiento de éste fallo, confórmase un Comité que estará integrado por el Defensor del Pueblo Regional Boyacá, el Personero de Tunja, el Procurador Regional de Boyacá y el Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio Villa Luz de Tunja, el cual rendirá informes bimensuales ante la Secretaría General de la Corporación. Líbrense las comunicaciones respectivas.

9.- Para los efectos relacionados con el registro público de acciones populares y de grupo, por la Secretaría General de la Corporación

La sustitución debe efectuarse atendiendo criterios, entre otros, de calidad, accesibilidad y localización.

¹¹ Artículo 19. En el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos. En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular.

compúlsese copia de esta providencia con destino a la Defensoría Regional del Pueblo. Así mismo, con destino a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para lo de su cargo.

10. Fíjese como incentivo a favor del actor popular, y con cargo al municipio de Tunja, una suma equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales.

11.- Niéganse las demás suplicas de la demanda.¹²

III. IMPUGNACION

3.1 El municipio de Tunja replicó la decisión manifestando que el bien cedido constituye un bien fiscal.

Sostuvo que el bien cedido a la Arquidiócesis de Tunja se utilizará para la construir la capilla del barrio Villa Luz, por lo cual no existe vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público, máxime si la misma comunidad ha solicitado su construcción.

3.2 La Arquidiócesis de Tunja replicó la decisión del Tribunal por cuanto viola los derechos constitucionales y legales de los asociados del barrio Villa Luz, pues ya que impide el libre desarrollo al culto de los ciudadanos.

Adujo que no es posible predicar que vulneró los derechos colectivos invocados, pues los actos jurídicos en virtud de los cuales se cedió el Polideportivo y la zona adyacente, gozan de presunción de legalidad.

Agregó que la acción popular no es el medio idóneo para perseguir la nulidad de contratos estatales.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

4.1 El actor y el municipio de Tunja no realizaron manifestación alguna.

4.2 La Arquidiócesis de Tunja reiteró los argumentos presentados en el recurso de apelación y argumentó que no existe vulneración de los derechos colectivos invocados, por cuanto la construcción de la capilla en el barrio Villa Luz no representa amenaza para los habitantes.

¹² Folios 322 a 323.

4.3 La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, sostuvo que la sentencia recurrida debe ser confirmada, por cuanto el bien cedido al municipio de Tunja a través de escritura pública No. 1030 del 14 de mayo de 1990, es de uso público, por tanto su transferencia, a título gratuito, a la Arquidiócesis de Tunja, vulnera los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y la defensa del patrimonio público.

V. CONSIDERACIONES

El artículo 88 de la Constitución Política dispone:

“Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella”

En desarrollo de este precepto constitucional se expidió la Ley 472 de 1998 (25 de agosto) cuyo artículo 2° define las acciones populares así:

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

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

Ahora, en el caso que nos ocupa, los derechos cuyo amparo se pretende son, ciertamente, derechos colectivos, contemplados en los literales d) y e), del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante la interposición de la acción popular.

5.1. Planteamiento del problema jurídico

En el presente caso, el actor pretende que se amparen los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, y la defensa del patrimonio público, los cuales estima vulnerados por el municipio de Tunja por la transferencia del Polideportivo del barrio Villa Luz y la zona pública adyacente a la Arquidiócesis de Tunja.

Con miras a dilucidar el problema jurídico planteado, la Sala estima pertinente comenzar por caracterizar la naturaleza jurídica de las áreas de cesión obligatoria gratuita sobre las cuales recae la controversia y seguidamente reiterar los criterios jurisprudenciales de diferenciación de los bienes de uso público respecto de los bienes fiscales, pues de ello dependerá la decisión por adoptarse en este fallo.

Las cesiones obligatorias gratuitas

Las áreas de cesión obligatoria gratuita son definidas por el artículo 5o. de la ley 9 de 1989, como "el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes", señalando en su inciso segundo, entre otras, las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, los parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, etc, y en general "todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas **para el uso o el disfrute colectivo**".

Las cesiones gratuitas constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles por la plusvalía que genera las diferentes actuaciones urbanísticas de los municipios. **Se trata de bienes que se incorporan al patrimonio municipal, con ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público.** Están destinadas a regular, con fundamento en el art. 82 de la Constitución, la integración del espacio público y de los bienes colectivos de uso común. Por lo demás, dichas cesiones gratuitas, con ocasión de la actividad urbanística, comportan una carga a los propietarios que se enmarca dentro de la función social de la propiedad y su inherente función ecológica, que requiere regulación legal en los términos del art. 58 de la Constitución.

El POT del Municipio de Tunja (Acuerdo 14 de 2001¹³) plasma estos conceptos, con el mismo alcance que viene decantándose desde la Ley 9ª de 1989, según lo evidencian sus artículos 51, 54 y 56 del siguiente tenor:

¹³ Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Tunja

“Artículo 51. Areas de Cesión. Se definen como aquellas áreas que son entregadas al municipio de manera obligatoria y a título gratuito por efecto de las diferentes actuaciones urbanísticas realizadas por el propietario y que son destinadas a la conformación de zonas verdes, de protección ambiental, vías, equipamiento colectivo y espacio público en general.

Parágrafo 1. Toda persona natural o jurídica que realice obras de urbanización o construcción deberá ceder a favor del Municipio a título gratuito las áreas requeridas para vías públicas tanto peatonales como vehiculares, incluyendo andenes, separadores de vías y bahías de acceso a parqueaderos públicos.

Parágrafo 2. Así mismo, **se cederán al Municipio, las zonas verdes y recreativas**, tanto como las destinadas para servicios colectivos que han de ser de uso público, junto con los equipamientos que se construyan sobre estas de conformidad con las normas establecidas por el presente acuerdo, salvo en los casos expresos en que por disposición de este mismo no se exija su cesión.

Parágrafo 3. Las áreas de cesión deberán ser diseñadas, equipadas, construidas y entregadas por el urbanizador, para lo cual en el diseño deberá incluir: unidad integral recreativa, senderos peatonales, bancos y lugares de descanso, amoblamiento urbano, señalización visual, sistema de iluminación, sistema de recolección de basura y sistema de arborización y ornato.”

“Artículo 54. Parámetros de aplicación para determinación de cesiones gratuitas en zona urbana: Para la determinación de las áreas de cesión se tendrá en cuenta los siguientes parámetros sin importar la clasificación del territorio. La Oficina Asesora de Planeación Municipal o quien haga sus veces velará para que las áreas de cesión obligatorias cumplan con los siguientes parámetros.

1. Que su localización coincida con el Sistema de Espacios Públicos y Equipamientos Colectivos si es del caso.

2. Sea contigua a una vía pública vehicular o peatonal

3. No podrán ubicarse en zonas de afectación de líneas de alta tensión, en canales abiertos ni cárcavas, tampoco en terrenos inundables o en terrenos ideológicamente inestables.

4. El área a ceder en lo posible deberá concentrarse en un solo globo de terreno. Cuando sea necesario el fraccionamiento del área a ceder, no se sumarán los residuos por irregularidad en el manzaneo.

5. Podrá ubicarse un porcentaje de la cesión de Zonas Verdes para la conformación de Parques Urbanos aledaños a las Rondas de los Río Jordán y la Vega, siempre y cuando sea dotada y adaptada como espacio recreativo.

6. Cuando parte del terreno a urbanizar este destinado a los programas de zonas verdes públicas, por el Sistema de Espacio Público deberá cederse en dicha parte el área exigida para tal fin por las normas y se negociara con el urbanizador la diferencia que resultare. A falta de acuerdo, la parte del terreno afectada conservara la destinación prevista y la parte restante del mismo será la considerada para el proyecto de urbanización y sobre ella se aplicaran todas las normas mínimas establecidas.”

“Artículo 56. Recibo de zonas de cesión por el municipio. La Administración Municipal por intermedio de la Oficina Asesora de

Planeación, o la que haga sus veces, recibirá las áreas de cesión perfectamente terminadas y equipadas, mediante escritura pública, la cual se deberá perfeccionar mediante registro de la escritura en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, previa confrontación por parte de ésta de las áreas cedidas sobre plano a escala apropiada, donde se reverencien éstas áreas y según lo estipulado en la minuta correspondiente. Si no se acreditare el cumplimiento de estos requisitos, la Administración Municipal, se abstendrá de suscribir la escritura de cesión correspondiente. Sin el cumplimiento de éste requisito no se podrá expedir permiso de ventas.
Parágrafo: Las escrituras a que hace referencia el presente artículo, reposarán en el lugar adecuado que para tal fin designe la Administración Municipal y cuyo proceso debe contar con el control de la Personería Municipal."

En términos coincidentes, el artículo 37 de la Ley 388 de 1997 preceptúa:

*"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 a lo dispuesto en el capítulo XI de esta ley".

"También deberán especificar, si es del 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 o la urbanización y construcción en terrenos con tratamientos de renovación urbana, deberán 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".

Las cesiones obligatorias gratuitas son una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar o edificar, y al aceptar las condiciones que exigen las autoridades competentes, dados los beneficios que pueden obtener con tal actividad, las que se imponen en desarrollo de la función social urbanística de la propiedad, consagrada en el artículo 58 de la Carta, y en ejercicio del poder de intervención del Estado en el uso del suelo "con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano" (art. 334 C.N.), como también

del artículo 82 ibidem que faculta a las entidades públicas para "regular la utilización del suelo" en defensa del interés común.

Para la Sala es claro que las regulaciones urbanísticas cumplen una función social y ecológica, pues tienen como propósito la ordenación y planificación del desarrollo urbano y el crecimiento armónico de las ciudades, con el fin de garantizar una vida adecuada a las personas que las habitan, teniendo en cuenta no sólo los derechos individuales sino

también los intereses colectivos en relación con el entorno urbano. Y es por ello que se regula la propiedad horizontal, se establecen normas que reglamentan la construcción de viviendas señalando el volumen y altura de los edificios, imponiendo la obligación de dejar espacio suficiente entre un edificio y otro, la de construir determinadas zonas para jardines, parques, áreas verdes, calles peatonales, vías de acceso a las viviendas, etc., con el fin de lograr la mejor utilización del espacio habitable, para beneficio de la comunidad.

Cabe agregar aquí que de conformidad con el artículo 313-2 de la Constitución Nacional compete a los Concejos Municipales "adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas"; planes que al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 339 ib., deben elaborar y adoptar "de manera concertada" con el Gobierno Nacional, "con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley". Igualmente les corresponde "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" (art. 313-7 C.N.).

De lo expuesto, se concluye:

- Las áreas gratuitas de cesión obligatoria por mandato de las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997 tienen la naturaleza de bien de uso público pues integran el espacio público comoquiera que están destinadas al uso común o colectivo.
- No es dable a los Concejos municipales **variar el destino de las áreas de cesión obligatoria gratuita, pues por mandato de la Constitución y de la ley, estas se reservan al uso común o colectivo. Por tratarse de normas**

de superior jerarquía, las autoridades locales están obligadas a acatarlas, al ejercer sus competencias de regulación normativa. La competencia que constitucionalmente habilita a los Concejos a modificar los usos del suelo o a variar la destinación de un bien de uso público mediante canje por otro equivalente, **en modo alguno conlleva la de mutar el destino de las áreas de cesión obligatoria gratuita**, pues se reitera, **por determinación de la Constitución Política y de la Ley estas se reservan al uso común o colectivo.**

Así lo dejó claramente definido la Sección en sentencia del 19 de noviembre de 2009 (M.P. Marco Antonio Velilla Moreno), al amparar el derecho al goce del espacio público y a su destinación al uso común, en una acción popular de supuestos similares a los del caso presente,

*“En el caso bajo estudio, la actora le atribuye al municipio de Pereira la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público por tolerar el cerramiento que se hizo de la Urbanización Alfa y el Barrio Gamma III, edificados en el lote de terreno que le fue cedido por el antiguo Instituto de Crédito Territorial, con destinación exclusivamente para zonas verdes y la construcción de servicios comunales tales como parques, guarderías, puestos de salud, establecimientos públicos, etc. **Conforme al acervo probatorio, no hay duda que las zonas de cesión del Barrio Alfa y los sectores gamma III y IV, antes urbanizaciones abiertas, quedaron en el interior de la obra pública de cerramiento ordenada por el Concejo Municipal de Pereira, impidiendo que el resto de la comunidad que gozaba de ella siguiera haciéndolo, para convertirlo en un derecho exclusivo de quienes habitan allí. En estos términos, el espacio público - del cual son parte integrantes las áreas de cesión gratuitas al municipio, las vías, los parques urbanos, plazas, plazoletas, escenarios deportivos, culturales y de espectáculos al aire libre-, se encuentra***

***vulnerado, pues se ha permitido la apropiación por parte de los particulares de un ámbito de acción perteneciente a todos y se han proferido decisiones que restringen su destinación al uso común o excluyen a algunas personas del acceso a dicho espacio, creando privilegios a favor de los particulares en detrimento del interés general prevalente. También está conculcando el derecho colectivo al goce del espacio público porque si bien el lote de terreno cedido al municipio de Pereira es un bien fiscal, en su área se realizaron obras con destinación al uso público, - (escenarios deportivos y recreativos al aire libre)-, que constituyen bienes de uso público.”**¹⁴ (Se resalta)*

¹⁴ Sentencia de 19 de noviembre de 2009, Rad.: 66001-23-31-000-2004-00955-01(AP), Actor: Mallely Mejía Quintero, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno

Fuerza es, entonces, concluir que las cláusulas que pretendieron determinar la destinación del área en controversia a la Capilla, son absolutamente ineficaces.

- La Escritura Pública No. 1030, de 14 de mayo de 1990 constituye **prueba ad substantiam actus** de que el área en controversia es zona de uso público y no un bien fiscal, como en aras de la prosperidad de sus pretensiones, argumenta erróneamente el municipio. En esta consta:

“ESCRITURA NUMERO MIL TREINTA (1030)

En la ciudad de Tunja, Capital del Departamento de Boyacá, República de Colombia a los catorce (14) días de mayo de mil novecientos noventa (1990), ante mí, HERNAN A. OLANO CORREA, Notario Primero del Círculo de Tunja, compareció el doctor LUIS ANTONIO FIGUEREDO SANCHEZ, varón mayor de edad, vecino de Tunja, mayor de 50 años, obrando en su carácter de Gerente y, por consiguiente, representante legal de la sociedad INVERSIONES ACUÑA MARIÑO LTDA (ACUFISA LIMITADA, Acuña Mariño Figueredo Sánchez Limitada) y con sigla “ACUFISA LIMITADA”, constituida mediante escritura número diez (10) de fecha cuatro (4) de enero de mil novecientos noventa (1990), de la Notaría Segunda de Tunja, inscrita en la Cámara de Comercio de Tunja, bajo el número 38-0800085890-01 de fecha nueve (9) de febrero de 1990, como lo acredita con el certificado de constitución y gerencia que se

*protocoliza junto con la copia del acta de JUNTA DE SOCIOS No. 02, de abril 28/90, en la cual lo autorizan para este acto, dijo:
(...)*

SEPTIMO.- AREAS DE CESION AL MUNICIPIO: Los comparecientes por medio de éste mismo instrumento proceden,

**como en efecto lo hacen a transferir, a favor del MUNICIPIO DE TUNJA, a título de cesión, conforme a las normas legales, las áreas señaladas en el plano de la URBANIZACION, como de uso público distribuidas así: 1. ZONAS VERDES INSTITUCIONALES: AREA GLOBAL SEGUN PLANO: 2.810 m2. 1.1 ESCUELA “VILLA LUZ” comprendida dentro de los siguientes linderos: NORTE, con vía pública V-5 al medio y Manzana G; ORIENTE, con Vía Local V-3 al medio y Manzana E; SUR, con Vía Pública V-3 Acceso principal al barrio al medio y Manzana I.; OCCIDENTE, con Vía Local V-5 al medio con Manzana H; 1.2. CAPILLA “VILLA LUZ” comprendida dentro de los siguientes linderos: NORTE, con vía local V-5 al medio y Manzana Q; ORIENTE, con vía local V-5 al medio y Manzana N; SUR, con vía V-3 Acceso Principal al barrio el Medio y Manzana P; OCCIDENTE, con vía local V-3 al medio y Manzana V y II. 1.3.
(...)¹⁵**

La Sala halla fundamento en el cargo que alega la violación al derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, pues la transferencia de dominio a título gratuito que hizo el municipio de Tunja a la Arquidiócesis de Tunja, de un predio comprendido “*dentro de los siguientes linderos: NORTE con vía local V-5 al medio y Manzana Q; ORIENTE, con vía local V-5 al medio y Manzana N; SUR, con vía V-3 Acceso Principal al Barrio el Medio y Manzana P; OCCIDENTE con vía local V-3 al medio y Manzana V y U.*”, desconoce las disposiciones constitucionales y legales que han sido materia de análisis.

Empero, revocará el numeral 4º de la sentencia apelada, comoquiera que el *a quo* carecía de competencia para haber declarado la nulidad del negocio jurídico de cesión formalizado en la Escritura Pública No. 1699 de 2000 (26 de octubre), otorgado en la Notaría Tercera del Círculo de Tunja, pues es

jurisprudencia reiterada de ésta Sección, que la jurisdicción ordinaria es la competente para decidir la nulidad de escrituras públicas.

De otra parte, para garantizar la equidad y la justicia que atañe el particular

que nos concierne, se adicionará la sentencia apelada en el sentido de ordenar al municipio de Tunja que restituya a la Arquidiócesis de Tunja, como propietaria de buena fe que fue, los gastos notariales y de registro de instrumentos públicos en los que incurrió, producto de la cesión que el municipio le realizó, así como el valor de las mejoras útiles que haya realizado la Arquidiócesis al predio, y que hayan aumentado su valor.

En mérito de 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:

1º.- CONFIRMANSE los numerales 1º, 2º, 3º y 5º a 11 de la sentencia apelada.

2º.- REVOCASE el numeral 4º de la sentencia apelada.

¹⁵ Folios 7 a 11.

3º.- ADICIONASE la sentencia apelada en el sentido de ordenar al municipio de Tunja que restituya a la Arquidiócesis de Tunja, como propietaria de buena fe que fue, los gastos notariales y de registro de instrumentos públicos en los que incurrió, producto de la cesión que el municipio le realizó, así como el valor de las mejoras útiles que haya realizado la Arquidiócesis al predio, y que hayan aumentado su valor.

4º.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO