ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA JURÍDICA DISTRITAL

Secretaría Jurídica Distrital
Alcaldía Mayor de Bogotá
Rad. No. 2-2016-93024
Fecha: 16/11/2016 14:34:05
Destino: SECRETARIA DISTRITAL DE GOBIERNO
Copia: S
Anexos: N/A

2310460
Bogotá D.C.,

Doctora
ADRIANA LUCÍA JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
Directora Jurídica
Secretaría Distrital de Gobierno
Calle 11 Nº 8 - 17
Ciudad

Asunto: Posturas diferentes en el Consejo de Justicia frente a la improcedencia de la caducidad en los procesos de restitución de espacio público. Radicado 1-2016-93493.

Respetada Doctora Jiménez:

Esta Subsecretaría recibió la comunicación del asunto, en la cual manifiesta que *"(...) el Alcalde Local de Usme eleva consulta con el fin que se emita un concepto con relación a "¿Procede el silencio administrativo positivo del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 en las actuaciones administrativas tendientes a la restitución del espacio público?/¿Cómo proceder cuando se pierde la competencia para resolver los recursos interpuestos contra el acto administrativo de cierre que ordena la restitución del espacio público?", se procedió a emitir el respectivo concepto de conformidad con lo establecido en el artículo 8° del Decreto Distrital 539 de 2006.*

No obstante a lo anterior y teniendo en cuenta el sentido del concepto, se hace necesario un pronunciamiento por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. - Dirección Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos, toda vez que el concepto esta en concordancia con lo señalado por la Alcaldía Local de Usme y en discrepancia con la providencia del Consejo de Justicia (...)"

Al respecto, antes de emitir el pronunciamiento de esta Subsecretaría es necesario tener en cuenta lo siguiente:

POSICIÓN DEL ALCALDE LOCAL DE USME

El Alcalde Local de Usme mediante la comunicación 20160530007243 del 22 de julio de 2016, señaló *"(...) que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardos, el patrimonio arqueológico, el espacio público y demás bienes que establezca la ley contarán con la protección del Estado como titular, son bienes inembargables, inalienables e imprescriptibles, están destinados al uso común y sobre ellos prevalece el interés general sobre el interés particular.*

Se considera que de obedecer de plano la disposición legal del artículo 52 del CPACA, se viola las disposiciones constitucionales señaladas puesto que, si lo que se impugna es el acto administrativo de cierre que ordena la restitución del espacio público y este no se resuelve en el término de un (1) año aparte, que perdemos la competencia para resolverlo, al acto ficto que se crea por el silencio administrativo positivo se convertirá en el modo y el título de propiedad para que los recurrentes se hagan propietarios de los bienes del Estado, esto vulneraría el interés general y lo dispuesto por la constitución en el entendido que estos bienes no pueden salir del patrimonio del Estado por la posesión que los particulares ejerzan sobre estos. Agregado a lo anterior en el artículo 4 de la constitución que expresa que: "...En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales." Por considerar que esta disposición legal va en contravía de la constitución y por los motivos antes expuestos, solicitamos sírvase pronunciarse sobre el particular. (...)"

POSICIÓN DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Gobierno mediante la comunicación N.º 20163810560193 del 29 de septiembre de 2016, manifestó: *"(...) si bien es cierto la norma señala el termino de un (1) año para resolver el recurso, y el cual en un estado ideal y armónico se debe cumplir, el estricto cumplimiento de la norma para estos casos en particular; es decir para las actuaciones administrativas de recuperación de espacio público generan un efecto o impacto abismal, toda vez que estamos hablando Espacio público el cual tiene unas características diferentes y por ende es protegido por normas de rango constitucional, siendo una de sus principales características el ser imprescriptible, lo cual es señalado en el artículo 63 de la Constitución Política de Colombia, como lo insinúa la Alcaldía Local de Usme, por ende se la aplicación de "en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el termino fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente" del artículo 52 de la ley 1437 de 2011 resultaría incompatible para estos casos (...)"*

POSICIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ

En el Concepto 19 de 2007 de la Secretaría General se trató el tema de la improcedencia de la caducidad en antejardines por considerar que la posibilidad de gozar del espacio público se elevó al rango de derecho colectivo específicamente consagrado en la Constitución, la cual exige al Estado velar por su protección y conservación impidiendo, entre otras cosas, (*i.*) la apropiación por parte de los particulares de un ámbito de acción que le pertenece a todos, (*ii.*) decisiones que restrinjan su destinación al uso común o excluyan a algunas personas del acceso a dicho espacio (*iii.*) la creación de privilegios a favor de los particulares en desmedro del interés general.

De igual forma, se hizo referencia al Acto Administrativo No. 1017 de fecha 31 de agosto de 2005, Número de radicación: 037-00 (2004-0936) de la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia donde se concluyó: *"...respecto de infracciones urbanísticas por intervenciones que afectan el espacio público como es el área de **antejardín**, no es predicable la caducidad de la facultad sancionadora de la administración."*

En el citado concepto se compartió la misma línea del Consejo de Justicia como máximo organismo de administración de justicia policiva en el Distrito Capital, que adoptó ésta posición sobre la improcedencia de la caducidad en antejardines. Toda vez que para adelantar obras de construcción se requiere Licencia o permiso de la autoridad competente, quien infrinja este requerimiento se hace acreedor a la sanción respectiva, y para aplicar las sanciones no debe operar el fenómeno de la caducidad, por tratarse de zonas que hacen parte del sistema de espacio público.

POSICIONES DEL CONSEJO DE JUSTICIA

PRIMERA

En el Acto Administrativo N.º 1090 del 28 de junio de 2011, frente al problema jurídico *"¿Es aplicable el fenómeno de la caducidad en el caso de infracciones urbanísticas que involucren elementos arquitectónicos constitutivos de espacio público?"*

La Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia consideró: *"En relación con la caducidad sancionadora*

respecto de infracciones que involucren elementos constitutivos de espacio público, el Consejo de Estado en Sección primera, con ponencia del doctor Manual Santiago Urueta Ayola, en sentencia del 20 de marzo de 2003, expediente N.º 8340, dijo:

> *"En ese orden de ideas, conviene aclarar que cuando la obra compromete o afecta elementos constitutivos de espacio público, el término en comento no empieza a correr, es decir, que la acción sancionadora en esta materia no caduca, mientras no cese la conducta o desaparezca el hecho respectivo." (Negrilla no original)*

Ahora la misma Sala del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la situación específica de la improcedencia de la caducidad de la facultad sancionadora respecto de obras construidas en área de antejardín. Analizando el citado problema jurídico con ocasión de la construcción de tres locales comerciales en área de antejardín, esa Corporación en Sección Primera, el 14 de junio de 2001 con ponencia del doctor Manuel Santiago Urueta Ayola profirió sentencia dentro del expediente No. 6569, en la cual dijo:

> *"Como con acierto lo considera el a quo, las normas que regulan en forma especial la materia urbanística (Leyes 9ª de 1989 y 338 de 1997 y los Códigos de Policía Nacional y Distrital), no prevén específicamente un término dentro del cual deba ejercerse la facultad que detenta la administración para controlar conductas como la que origina este debate. Por ello, la Sala advierte que el asunto sub examine debe analizarse desde un punto de vista distinto, aquel determinado por la clase de acción ejercida por los querellantes en procura de la restitución del espacio público.*
>
> *Ese espacio, por mandato constitucional (art. 102), pertenece a la Nación y su uso a todos los habitantes del territorio, por consiguiente, está amparado por la ley en el sentido de que: "Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión", señala el artículo 679 del Código Civil, circunstancia que, a su vez, hace que la legislación contemple unas acciones especiales, de naturaleza eminentemente pública, destinadas a la protección de derechos e intereses colectivos, como es el caso del amparo del espacio público, las cuales, en un principio, fueron reguladas por el Código Civil y, posteriormente, elevadas a rango constitucional por el artículo 88 de la Constitución Política.*
>
> (...)
>
> *La Ley 472 de 1998, que desarrolló el mencionado artículo 88 de la Constitución Política, señalaba en su artículo 11 que las acciones de las cuales se ha venido tratando, caducaban a los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, término declarado inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, decisión que permite su ejercicio en cualquier tiempo con el fin de retornar las cosas a su estado anterior, con la única condición de que subsista la vulneración del derecho o interés colectivo.*
>
> *En tratándose, entonces, de unas acciones de tal estirpe, mal podría decirse que las decisiones adoptadas como resultado de su trámite puedan ser calificadas como sanciones y, por ende, afectadas por el término señalado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, cuando su objeto, como ya quedó dicho, está dirigido a la cesación de la perturbación del espacio público y a que, como consecuencia de ello, las cosas regresen al estado original en el cual los habitantes del territorio gocen de ese espacio, creado y concebido para su beneficio.*

Así, la garantía del derecho al espacio público, está consagrada como un derecho humano de carácter colectivo elevado a categoría constitucional, respecto del cual no puede predicarse la extinción.

De lo anterior se colige que no siendo aplicable en fenómeno de la caducidad de la facultad sancionadora para el caso de infracciones urbanísticas que involucren espacios arquitectónicos constitutivos de espacio público, como son los antejardines, (...)"

SEGUNDA

La Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia en el Acto Administrativo N.º 80 del 12 de febrero de 2016, frente al problema jurídico de la pérdida de competencia del Consejo de Justicia para decidir el recurso de apelación, de cara a la configuración de la condición establecida en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, señaló que frente a la Resolución N.º 388 del 29 de agosto de 2014 la Alcaldía Local de Usme que ordenó al Presbítero xxxx, en su calidad de párroco representante legal de la Parroquia xxxx, restituir la zona de espacio público, a lo cual interpuso recursos de reposición y subsidio el de apelación, y respecto de los cuales la Administración sólo decidió oportunamente el primero de los citados, más no el segundo, resolvió declarar la pérdida de competencia de la administración para decidir el recurso de apelación.

CONCLUSIÓN

Como se puede observar la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia mediante Acto Administrativo No. 1017 de fecha 31 de agosto de 2005, Número de radicación: 037-00 (2004-0936) al decidir el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por la Alcaldía Local de Antonio Nariño que ordenó la restitución del espacio público correspondiente al área de antejardín, señaló la improcedencia de la caducidad en antejardines, por considerar que *"...respecto de infracciones urbanísticas por intervenciones que afectan el espacio público como es el área de antejardín, no es predicable la caducidad de la facultad sancionadora de la administración."*

La misma Sala en el Acto Administrativo N.º 1090 del 28 de junio de 2011, fundamentó su decisión así: *"En relación con la caducidad sancionadora respecto de infracciones que involucren elementos constitutivos de espacio público, el Consejo de Estado en Sección primera, con ponencia del doctor Manual Santiago Urueta Ayola, en sentencia del 20 de marzo de 2003, expediente N.º 8340, dijo: "En ese orden de ideas, conviene aclarar que cuando la obra compromete o afecta elementos constitutivos de espacio público, el término en comento no empieza a correr, es decir, que la acción sancionadora en esta materia no caduca, mientras no cese la conducta o desaparezca el hecho respectivo."*

El Consejo de Justicia fundamentó sus decisiones en la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado con ponencia del doctor Manuel Santiago Urueta Ayola, del 14 de junio de 2001 expediente No. 6569, donde se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 21 de julio de 2000, por medio de la cual la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la decisión adoptada por la Alcaldía Local de Suba en la diligencia realizada el 21 de agosto de 1997, revocando la sentencia apelada; y, en su lugar dispuso negar las súplicas de la demanda, por considerar que: *"(...) las normas que regulan en forma especial la materia urbanística (Leyes 9ª de 1989 y 338 de 1997 y los Códigos de Policía Nacional y Distrital), no prevén específicamente un término dentro del cual deba ejercerse la facultad que detenta la administración para controlar conductas como la que origina este debate. Por ello, la Sala advierte que el asunto sub examine debe analizarse desde un punto de vista distinto, aquel determinado por la clase de acción ejercida por los querellantes en procura de la restitución del espacio público.*

Ese espacio, por mandato constitucional (art. 102), pertenece a la Nación y su uso a todos los habitantes del territorio, por consiguiente, está amparado por la ley en el sentido de que: "Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad

competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión", señala el artículo 679 del Código Civil, circunstancia que, a su vez, hace que la legislación contemple unas acciones especiales, de naturaleza eminentemente pública, destinadas a la protección de derechos e intereses colectivos, como es el caso del amparo del espacio público, las cuales, en un principio, fueron reguladas por el Código Civil y, posteriormente, elevadas a rango constitucional por el artículo 88 de la Constitución Política.

(...)

El recuento fáctico muestra a la Sala que, en efecto, en el presente asunto se está en frente del ejercicio de una de las acciones antes comentadas, destinada a la restitución del espacio público ocupado por los demandantes a raíz de la construcción de los locales comerciales a que ya se hizo referencia. Luego, al perseguirse la restitución de ese espacio público para el uso y goce de la comunidad, como ya se advirtió, no puede darse aplicación al artículo 38 del C.C.A."

Y en el fallo que adjunta la Secretaría Distrital de Gobierno la Sala de Decisión de Contravenciones Administrativas, Desarrollo Urbanístico y Espacio Público del Consejo de Justicia en el Acto Administrativo N.º 80 del 12 de febrero de 2016, en un proceso de restitución de espacio público resolvió declarar la pérdida de competencia de la administración para decidir el recurso de apelación, de cara a la configuración de la condición establecida en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

Es de señalar, que la Secretaría Distrital de Gobierno expidió la Resolución 304 de 2005, *"Por la cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Justicia de Bogotá D.C."*, señalando en el numeral 1° del artículo 5° que corresponde a la Sala Plena del Consejo de Justicia de Bogotá, conocer y decidir sobre las ponencias que impliquen cambio y unificación en la doctrina del Consejo de Justicia.

Considerando lo expuesto, la Secretaría Distrital de Gobierno como Secretaría Cabeza de Sector debe solicitar al Consejo de Justicia unificar su doctrina frente al fenómeno de la caducidad en el caso de infracciones urbanísticas que involucren elementos arquitectónicos constitutivos de espacio público, de conformidad con el artículo 2 del Decreto Distrital 411 de 2016, que establece dentro de la estructura organizacional de esa Secretaría, al Consejo de Justicia.

Por lo anterior, una vez el Consejo de Justicia unifique su doctrina la Secretaría Distrital de Gobierno informará a los Alcaldes Locales sobre cómo proceder cuando se pierde competencia para resolver los recursos interpuestos contra el acto administrativo de cierre que ordena la restitución del espacio público.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Subsecretario Jurídico

ANA LUCY CASTRO CASTRO
Directora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos

c.c. Dr. **William Gabriel Jiménez Schroeder**. Presidente del Consejo de Justicia. Avenida Caracas No. 53 -80 Piso 4
Dr. **Jorge Eliécer Peña Pinilla**. Alcalde Local de Usme. Calle 137 B Sur N.º 3-24.

Proyectó: Elvira Liliana Hernández Libreros
Revisó: Ana Lucy Castro Castro
Aprobó: William Antonio Burgos Durango