

132

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012)

Ref.: Expediente 110010324000200500195-01
Autoridades Nacionales
Actores: MARIO SUAREZ MELO Y OTROS

Se decide en única instancia, la acción de nulidad interpuesta por los ciudadanos MARIO SUÁREZ MELO, MARÍA ISABEL NIETO JARAMILLO, DARIO FERNANDO CEPEDA PEÑA y GUILLERMO CORTÉS CASTRO contra el parágrafo 3º del artículo 10 del Decreto 1600 de 20 de mayo de 2005¹, *"Por el cual se reglamentan las disposiciones sobre licencias urbanísticas, reconocimiento de edificaciones y legalización de asentamientos humanos"*.

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

Que se declare la nulidad del parágrafo 3º del artículo 10 del Decreto 1600 de 20 de mayo de 2005², *"Por el cual se reglamentan las disposiciones sobre licencias urbanísticas, reconocimiento de edificaciones y legalización de asentamientos humanos"*.

1.2. Hechos

El artículo 2 numeral 2º de la Ley 510 de 2003 *"por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones"*

¹ Publicado en el Diario Oficial No. 45.917 de 23 de mayo de 2005.
² Publicado en el Diario Oficial No. 45.917 de 23 de mayo de 2005.

de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones” estableció una serie de multas para aquellos que intervengan u ocupen, con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público.

La misma norma señaló expresamente, que la autorización podía concederse “únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual de los parques o zonas verdes y que no se vulnere su destinación al uso de (sic) común”.

El 20 de mayo de 2005, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1600 de 2005 *“por el cual se reglamentan las disposiciones sobre las licencias urbanísticas, reconocimiento de edificaciones y legalización de asentamientos humanos”*, en el cual el parágrafo 3º del artículo 10 del Decreto 1600 de 2005, dispuso una limitación que no establecía el artículo 2º de la Ley 810 de 2003, consistente en establecer que *“solo se permitirá el cerramiento de aquellas zonas de uso público, como parques y áreas verdes distintas de las resultantes de los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística”*.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Los ciudadanos MARIO SUÁREZ MELO, MARÍA ISABEL NIETO JARAMILLO, DARIO FERNANDO CEPEDA PEÑA y GUILLERMO CORTÉS CASTRO consideran que la norma acusada viola los artículos 4, 189 numeral 11 y 237 numeral 2º de la Constitución Política, y 2º de la Ley 810 de 2003, pues el Presidente de la República excedió su potestad reglamentaria al restringir el alcance del artículo 2º de la Ley 810 de 2003 y establecer que *“solo se permitirá el cerramiento de aquellas zonas de uso público, como parques y áreas verdes distintas de las resultantes de los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística”*.

133

Expresaron que cuando el parágrafo 3º del artículo 10 del Decreto 1600 de 2005 (norma acusada) se refiere a parques y áreas verdes de uso público distintas de las resultantes de los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística, se está modificando y limitando el alcance del artículo 2 numeral 2 de la Ley 810 de 2005, el cual tiene un contenido mucho más amplio por que al referirse en términos generales al cerramiento de parques y zonas verdes, sin hacer distinción alguna.

Afirman que si bien es cierto, la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible e inagotable, no es absoluta y su límite se encuentra en la Constitución Política y en la Ley, y es por ello que el Presidente de la República no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni reglamentar leyes.

II. CONTESTACIÓN

El MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, mediante apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando la improcedencia de la demanda, toda vez que el acto acusado fue derogado por el artículo 136 del Decreto 564 de 2006 (22 de febrero).

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. La parte actora no alegó de conclusión.

3.2. El MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación puso de presente que el Gobierno Nacional, al expedir la disposición acusada no excedió su competencia sino que, por el contrario, reiteró el contenido normativo de la

prohibición del cerramiento del espacio público, con excepción de los parques y zonas verdes por motivos de seguridad, determinando que la transparencia del cerramiento mínimo debía ser de un noventa (90%), sin afectar su destinación al uso común.

Aclaró que lo pretendido por el Gobierno Nacional, es precisamente que no se vulnere el espacio público, ni se afecte éste, a favor de algunos particulares.

Consideró que la legalización del cerramiento de parques y zonas verdes por motivos de seguridad, tiene que ser la excepción, como lo previó el legislador, puesto que de lo contrario, se tendería a acabar con los pocos espacios públicos de integración e igualdad de nuestra sociedad, con lo cual en un futuro se haría nugatoria la existencia del espacio público, así como imposible la existencia de parques y zonas verdes.

Afirmó que debe prevalecer el interés general sobre el particular, principio del cual el espacio público, es de relevancia inusitada, en la medida en que la calidad y cantidad de éste refleja el grado de democracia de una sociedad.

El artículo 2º de la Ley 810 de 2003 prevé un régimen sancionatorio, para quienes intervengan u ocupen con cualquier tipo de amueblamiento, instalación o construcción los parques, las zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización, por lo que encuentra que la norma acusada, no deja en evidencia violación alguna, en la medida en que fue el propio legislador quien facultó a la autoridad administrativa, para aplicar las referidas sanciones y otorgar autorización de cerramiento sólo de parques y zonas verdes por razones de seguridad y bajo determinadas condiciones, porque se trata de una excepción frente al espacio público.

Los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística, sin lugar a dudas no se refieren a los parques o zonas verdes, son conceptos diferentes y por lo tanto, no los cobija la excepción. La norma acusada, se limita a reiterar el contenido de la norma objeto de reglamentación y la excepción sólo opera para parques y zonas verdes, sin incluir las resultantes de los proceso de

134

urbanización, parcelación o legalización urbanística, que carezcan de tal carácter

V. CONSIDERACIONES

5.1. El acto acusado

Los demandantes solicitaron que se declare la nulidad del parágrafo 3° del artículo 10 del Decreto 1600 de 2005 "por el cual se reglamentan las disposiciones sobre licencias urbanísticas, reconocimiento de edificaciones y legalización de asentamientos humanos", proferido por el Presidente de la República, cuyo texto es el siguiente:

"DECRETO 1600 DE 2005 (mayo 20)

Por el cual se reglamentan las disposiciones sobre licencias urbanísticas, reconocimiento de edificaciones y legalización de asentamientos humanos.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 48 de la Ley 9ª de 1989, el artículo 99 y el numeral 3 del artículo 101 de la Ley 388 de 1997, el parágrafo del artículo 7º y el numeral 3 del artículo 9º de la Ley 810 de 2003, el artículo 108 de la Ley 812 de 2003,

DECRETA: TITULO I LICENCIAS URBANISTICAS CAPITULO I

Definición y tipos de licencia

(...)

Artículo 10. Licencia de intervención y ocupación del espacio público. Es la autorización previa para ocupar o para intervenir bienes de uso público incluidos en el espacio público, de conformidad con las normas urbanísticas adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente.

Parágrafo 1º. Las entidades del nivel central o descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal y distrital, salvo las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de

economía mixta, no están obligadas a obtener licencias de intervención y ocupación del espacio público cuando en cumplimiento de sus funciones, ejecuten obras o actuaciones expresamente contempladas en los planes de desarrollo nacional, departamentales, municipales o distritales, en el Plan de Ordenamiento Territorial o en los instrumentos que lo desarrollen y complementen.

Parágrafo 2°. La intervención de los elementos arquitectónicos o naturales de los bienes de propiedad privada que hagan parte del espacio público del municipio o distrito, tales como cubiertas, fachadas, paramentos, pórticos o antejardines, no requieren de la obtención de licencia de intervención y ocupación del espacio público. No obstante, deben contar con la licencia de construcción correspondiente en los casos en que esta sea requerida de conformidad con las normas municipales o distritales aplicables para el efecto.

Parágrafo 3°. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2° de la Ley 810 de 2003 o la norma que lo adiciona, modifique o sustituya, sólo se permitirá el cerramiento de aquellas zonas de uso público, como parques y áreas verdes distintas de las resultantes de los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística" (negrita fuera de texto)

5.2. Consideración preliminar

El Decreto 1600 de 2005 (20 de mayo) "*Por la cual se reglamentan las disposiciones sobre licencias urbanísticas, reconocimiento de edificaciones y legalización de asentamientos humanos*" fue derogado por el artículo 136 del Decreto 564 de 2006 (24 de febrero)³.

Para la Sala es necesario advertir, que pese a que la vigencia del acto demandado (Decreto 1600 de 2005) fue por nueve (9) meses y cuatro (4) días, esto es, desde el 20 de mayo de 2005 hasta el 24 de febrero de 2006, la Sala entrará a su análisis de fondo, ya sea estimatorio o desestimatorio de las pretensiones, en razón a las consecuencias y efectos jurídicos producidos dentro de ese lapso.

³ "Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos; a la legalización de asentamientos humanos constituidos por viviendas de Interés Social, y se expiden otras disposiciones".

135

5.3. La norma legal reglamentada

La norma reglamentada es el artículo 2 numeral 2 de la Ley 810 de 2003, "*Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones*". El precepto en mención establece textualmente lo siguiente:

"Artículo 2°. El artículo 104 de la Ley 388 de 1997 quedará así:

Artículo 104. *Sanciones urbanísticas.* El artículo 66 de la Ley 9ª de 1989 quedará así:

Las infracciones urbanísticas darán lugar a la aplicación de las sanciones a los responsables que a continuación se determina, por parte de los alcaldes municipales y distritales, el gobernador del departamento de San Andrés y Providencia o el funcionario que reciba la delegación, quienes las graduarán de acuerdo con la gravedad y magnitud de la infracción y la reiteración o reincidencia en la falta, si tales conductas se presentaren: (...)

2. Multas sucesivas que oscilarán entre doce (12) y veinticinco (25) salarios diarios vigentes por metro cuadrado de intervención u ocupación, sin que en ningún caso la multa supere los cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para quienes intervengan u ocupen, con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, los parques públicos zonas verdes y demás bienes de uso público, o los encierren sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público, además de la demolición de la construcción o cerramiento y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado en la Ley 142 de 1994. Esta autorización podrá concederse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, de suerte que se garantice a la ciudadanía el disfrute visual de los parques o zonas verdes y que no se vulnere su destinación al uso de común. (negrilla fuera de texto)

En la misma sanción incurrirán quienes realicen intervenciones en área que formen parte del espacio público que no tengan el carácter de bienes de uso público, sin contar con la debida licencia o contraviniéndolo, sin perjuicio de la obligación de restitución de elementos que más adelante se señala.

(...)"

5.4. El cargo formulado

Los ciudadanos MARIO SUÁREZ MELO, MARÍA ISABEL NIETO JARAMILLO, DARIO FERNANDO CEPEDA PEÑA y GUILLERMO CORTÉS CASTRO

consideran que el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria que le confiere el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, porque el parágrafo 3º del artículo 10 del Decreto 1600 de 2005 restringió el alcance del artículo 2 numeral 2 de la Ley 810 de 2003, al señalar que *"solo se permitirá el cerramiento de aquellas zonas de uso público, como parques y áreas verdes distintas de las resultantes de los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística"*, y la Ley 810 de 2003 permite el cerramiento para los parques y zonas verdes únicamente.

5.5. Análisis del cargo referido a la extralimitación en el ejercicio de las facultades reglamentarias

El Presidente de la República, como primera autoridad administrativa del orden nacional, tiene asignada de manera expresa la facultad de reglamentar las leyes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11º de la Constitución Política de 1991, en los siguientes términos:

"ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes."

Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189 numeral 11 de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades⁴, fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.

⁴ Sentencia de 2 de septiembre de 2010, Expediente: 2007-00265, Actor: Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia -AESA, M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Planeta.

136

En ese contexto, ha de entenderse que las potestades a que alude el artículo 189 numeral 11, no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico. La actividad reglamentaria se encuentra limitada y encausada por la norma legal y por ello debe respetar tanto su texto como su espíritu. Dicho en otras palabras, so pretexto de aclarar y hacer mucho más explícita una norma de carácter legal, el Presidente de la República no puede llegar al extremo de recortar o ampliar lo que en ella se dispone, pues ello, además de constituir un ejercicio desbordado e ilegítimo de dicha función, equivale a desconocer el espíritu del legislador y el principio democrático en el cual se inspira el cumplimiento de la función legislativa por parte del Congreso de la República.

Por lo anterior, la norma reglamentaria debe limitarse a dar vida práctica a la ley y por ello sólo puede desarrollar aquello que explícita o implícitamente esté comprendido en el texto de aquella, lo que involucra la interdicción de introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones legales, so pena de incurrir en una extralimitación de funciones y en una invasión de las competencias del legislador.

Para resolver, la Sala considera necesario hacer referencia a las siguientes disposiciones legales:

5.3.1. Marco Constitucional y legal del espacio público

Sea lo primero resaltar que el derecho al goce del espacio público y los deberes de las autoridades a su respecto están regulados en el artículo 82 de la Constitución Política, que preceptúa:

"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 la acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común."

De los artículos 82, 88 y 102 de la Constitución Política resulta la siguiente

normativa del espacio público:

Es deber del Estado, y, por ende, de sus autoridades, velar por la protección de la integridad del espacio público (1); velar por su destinación al uso común (2); asegurar la efectividad del carácter prevalente del uso común del espacio público sobre el interés particular (3); ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común, entre otros.

Por su parte los artículos 5° y 7° de la Ley 9ª de 1989⁵ definen el espacio público así:

"[...] 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.

[...]

Así, constituyen el Espacio Público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva; para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares [...]"

El artículo 6° *idem*, «por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones»⁶ preceptúa:

"Artículo 6o.- El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el concejo Intendencial, por iniciativa del alcalde o Intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.

El retiro del servicio de las vías públicas continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes.

⁵ «Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compra - Venta y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones.»

⁶ Véase también la Ley 388 de 1997 y el Decreto 1504 de 1998.

139

Los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público, así como las vías públicas, **no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito.**" (negrilla fuera de texto)

Esta disposición debe apreciarse en concordancia con el artículo 2º numeral 2º de la Ley 810 de 2003, la cual prevé la imposición de multas para quienes encierren sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público, los parques públicos, zonas verdes y demás bienes de uso público. Dicha autorización podrá otorgarse únicamente para los parques y zonas verdes por razones de seguridad, siempre y cuando la transparencia del cerramiento sea de un 90% como mínimo, para garantizar a la ciudadanía el disfrute visual de los parques o zonas verdes, con el fin de que no se vulnere su destinación al uso común.

Debe entenderse entonces como regla general, que los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público, sólo podrán ser encerrados en la medida en que tal encerramiento no prive a la ciudadanía del disfrute visual.

Excepcionalmente, los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público pueden encerrarse siempre y cuando se cumplan los siguientes supuestos: (i) autorización por parte de la entidad competente, (ii) motivación de la solicitud de cerramientos por razones de seguridad y (iii) que la transparencia del cerramiento sea de un noventa por ciento (90%) como mínimo, con el fin de garantizar a la ciudadanía el disfrute visual de estos bienes.

Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 1600 de 2005 "por el cual se reglamentan las disposiciones sobre licencias urbanísticas, reconocimiento de edificaciones y legalización de asentamientos humanos" establece que para adelantar obras de urbanización, construcción, ampliación, adecuación, reforzamiento estructural, modificación, demolición de edificaciones; parcelación, loteo o subdivisión de predios, y para la intervención y ocupación del espacio público, se debe solicitar ante el curador urbano o la autoridad competente, una autorización previa denominada licencia urbanística.

A su turno, el artículo 2º *ibidem* hace una clasificación de las licencias urbanísticas existentes y el párrafo de dicha norma dispone:

"Artículo 2º. Clases de licencias. Las licencias urbanísticas serán de:

1. Urbanización.
2. Parcelación.
3. Subdivisión.
4. Construcción.
5. Intervención y ocupación del espacio público.

Parágrafo. La expedición de las licencias de urbanización, parcelación y construcción conlleva la autorización para el cerramiento temporal del predio durante la ejecución de las obras autorizadas." (negrilla fuera de texto)

De lo anterior se deduce que existe otra clase de cerramiento que se concede cuando se expiden las licencias de urbanización, parcelación y construcción, pero de manera temporal, esto es, durante la ejecución de las obras autorizadas.

El párrafo demandado reitera la excepción contenida en el numeral 2º del artículo 2º de la Ley 810 de 2003, al establecer que solo se permitirá el cerramiento de aquellas zonas de uso público, como parques y áreas verdes; dejando en situación distinta a aquellas relativas a los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística, respecto de los cuales se permite el cerramiento temporal, de conformidad con la norma antes transcrita.

Ahora bien, hechas las anteriores acotaciones, estima la Sala que en el asunto *sub examine*, el párrafo 3º del artículo 10 del Decreto 1600 de 2005 no es contrario a lo que dispone el artículo 2º numeral 2º de la Ley 810 de 2003, pues no es dable afirmar que al emplearse la frase "*distintas de aquellas que resultan de los procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística*", el Presidente de la República haya limitado, restringido o modificado la Ley; la alusión a las zonas que resultan de procesos de urbanización, parcelación o legalización urbanística, solo son susceptibles de cerramiento temporal a diferencia de las zonas de uso público como parques y áreas verdes, que pueden cerrarse por razones de seguridad en un 90% como mínimo sin alterar el disfrute visual.

38

En tales circunstancias, el simple cotejo de la norma acusada con el artículo 2 numeral 2º de la Ley 810 de 2003, permite concluir que en realidad lo que está haciendo tal precepto es aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal para facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento.

Se impone en consecuencia, denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

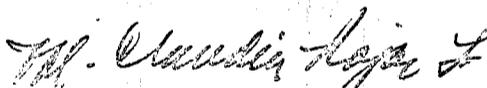
FALLA:

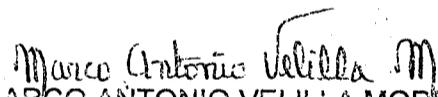
DENÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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


MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO


MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

