

LICENCIA DE CONSTRUCCION / PRUEBAS – Dictamen pericial como prueba anticipada / NORMAS URBANISTICAS – Escritura pública, no necesariamente es el documento llamado a determinar el cumplimiento de normas

En este orden, la Sala infiere que no le asiste razón a la administración al aducir que el actor violó las medidas estipuladas en la licencia de construcción, y en consecuencia las normas urbanísticas, por no encontrar coincidencia entre las dimensiones del predio expresadas en la escritura pública y las de la licencia de construcción señaladas en la resolución No. 001 del 2002. Al respecto, se recalca que no es necesariamente la escritura pública el documento llamado a determinar el cumplimiento de las normas urbanísticas alusivas a la ocupación del espacio público, sino la constatación física de que la construcción, como tal, no traspase los límites estipulados en la licencia, y que a su turno corresponden a los señalados en el certificado de alineamiento del respectivo predio. Aceptar lo contrario, llevaría al absurdo de asumir que toda discrepancia entre las dimensiones de un predio consignadas en la escritura pública y las de la licencia de construcción sean interpretadas como ocupación del espacio público cuando aquellas sean mayores, lo cual deviene en desconocimiento de las medidas reales a que debe obedecer la construcción, a fin de no ocupar las áreas de uso común. Así las cosas, la Sala estima que el demandante desvirtuó, mediante el dictamen pericial practicado y aportado como prueba anticipada, la legalidad de los actos acusados toda vez que este da cuenta de que las medidas de la construcción elevada en la Calle 96 A No. 47 – 43 se ajustan al alineamiento de que trata la licencia de construcción, no presentándose, en consecuencia, vulneración alguna de ésta por parte del administrado. Ello hace reparar, además, en el desatino en que incurre el juez de instancia al aducir que las fotografías aportadas en el dictamen pericial muestran que se presentó ocupación del espacio público, pues es evidente que una representación fotográfica no aporta los parámetros demostrativos de un hecho cuya comprobación se halla en mediciones técnicas y reales sobre los retiros, franjas o espacios señalados en el alineamiento del predio y en la respectiva licencia.

SUSPENSION OBRA – Efectos / DAÑO EMERGENTE / LUCRO CESANTE – Deben ser debidamente soportados

Así las cosas, para la Sala es constatable, de las pruebas obrantes en el expediente, que se materializó una actuación irregular del Distrito de Barranquilla consistente en la emisión de un acto administrativo que ordena la suspensión de una obra y su consecuente ajuste a la licencia de construcción, que conllevó a que esta fuere demolida, cuando se comprobó que el demandante había levantado su construcción conforme a la licencia que le fue concedida, la cual a su turno, no presentó error alguno en su emisión, como equivocadamente concluyó el a quo. De lo anterior, es evidente que se generó un daño al administrado asociado a la suspensión y posterior demolición de la obra. En este orden, se halla probada la existencia de un menoscabo que debe ser reparado por la administración, pero respecto del cual el demandante no probó su cuantía en lo que hace al daño emergente, atendiendo a que el dictamen pericial aportado al proceso no sustenta valderamente los rubros a él atinentes e incluyó sumas que no se admiten como objeto de resarcimiento, según se anotó; y, en lo que concierne al lucro cesante, los montos en él incluidos no merecen estimación alguna por no corresponder a la noción misma de este concepto indemnizatorio y tampoco se probó que se hubiere generado un perjuicio por este ítem, como elemento esencial para ordenar una condena genérica tendiente a cubrir una reparación al respecto, para ser liquidada mediante el trámite incidental de que trata el artículo 172 del C.C.A.

**LICENCIA DE CONSTRUCCION / RESTABLECIMIENTO EFECTOS JURIDICOS –
Licencia de construcción se autoriza conforme a normas vigentes /
LIQUIDACION COSTAS**

Ahora, el demandante solicita que se ordene el restablecimiento de los efectos jurídicos de la licencia de construcción No. 001 de 2002, en los términos del artículo 24 del decreto 1052 de 1998, frente a lo cual es de aclarar que un pronunciamiento en tal sentido no procede en la medida que la legalidad de dicho acto administrativo no fue objeto de discusión en el presente proceso, y además, como lo ha sostenido esta Sección, la licencia de construcción se autoriza conforme a las normas vigentes al momento de su expedición, por lo que es factible que al solicitar una nueva licencia, las reglamentaciones urbanísticas hubieren sido objeto de alguna modificación sin que sea de recibo ordenar al curador conservar los mismos términos de la licencia inicial. Por todo lo anotado, y reconociendo que el no haber aportado los elementos probatorios requeridos para la tasación del daño irrogado al actor por cuenta de la actuación irregular de la administración, no implica que su reparación deba ser desconocida. En materia de costas del proceso a cargo de la entidad demandada, las mismas no se ordenarán por cuanto de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, la condena en costas sólo procede cuando la parte vencida ha actuado de manera temeraria o abusiva y, en el caso concreto, no se advierte ninguna actuación procesal que pueda calificarse de temeraria, irrazonable, infundada, desleal o dilatoria, que justifique dicha condena.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 066 DE 11 DE JUNIO DE 2003 - SECRETARÍA DE PLANEACIÓN DEL DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA / RESOLUCION 231 DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2003 - SECRETARÍA DE PLANEACIÓN DEL DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA (ANULADAS)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C. veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 08001-23-31-000-2004-00422-01

Actor: ANIBAL MARCIAL CASTRO OTERO

Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Referencia: RECURSO DE APELACION

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del señor Aníbal Marcial Castro Otero contra la sentencia de 11 de abril de 2007,

proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que decidió declarar la nulidad de las Resoluciones 066 de 11 de junio de 2003 y 231 de 11 de noviembre de 2003, expedidas por la Secretaría de Planeación del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, en demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

I-. ANTECEDENTES

1.1-. El señor Aníbal Marcial Castro Otero, actuando por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, tendiente a que mediante sentencia, se decretara la nulidad de la Resolución No. 066 de 11 de junio de 2003, por la cual se ordena la suspensión inmediata de una obra que se desarrolla en zona distrital y de la Resolución No. 231 de 11 de noviembre de 2003, por medio de la cual se decide el recurso de reposición, confirmando la anterior, proferidas por la Secretaría de Planeación Distrital.

Solicitó que, a título de restablecimiento del derecho, se declare lo siguiente: i) Que el señor Aníbal Marcial Castro Otero no adelantó en el inmueble de su propiedad ubicado en la calle 96 A No. 47 -43 de la ciudad de Barranquilla, obras en contravención a la licencia otorgada por la Curaduría Urbana No. 2 de Barranquilla mediante resolución No. 1 de 2002, y en consecuencia, no tiene el carácter de contraventor; ii) Ordenar la devolución de la multa por valor de ochenta (80) SMMLV impuesta al señor Castro Otero, en caso que esta se haga efectiva, reconociendo los correspondientes intereses legales e indexación desde su pago hasta el momento en que se produzca su devolución; iii) Restablecer los efectos jurídicos de la licencia de construcción No. 001 de 2002, otorgada por el curador urbano No. 1 de Barranquilla y en consecuencia, mantener su vigencia en los términos previstos en el artículo 24 del decreto 1052 de 1998; iv) Se condene al Distrito de Barranquilla al pago del daño

emergente ocasionado en virtud de la demolición de las obras de construcción de la vivienda ubicada en la calle 96 A No. 47-43 y que comprende no sólo las obras demolidas y el costo de la demolición sino el costo total de la construcción adelantada teniendo en cuenta que el porcentaje cuya demolición se ordenó inhabilita el proyecto originalmente aprobado; v) se condene al Distrito de Barranquilla al pago del lucro cesante generado desde la suspensión de las obras hasta la ejecutoria de la providencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y que comprende los beneficios y utilidades dejadas de percibir representados en el incremento del avalúo de la propiedad y en el valor correspondiente a los cánones de arrendamiento que hubiere cancelado desde la fecha en que se programó la terminación de las obras hasta el momento en que la decisión de este Tribunal quede ejecutoriada; vi) Se condene al Distrito de Barranquilla en costas de acuerdo a lo previsto en el artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998; vii) se ordene liquidar las indexaciones a que legalmente hubiere lugar; viii) se reconozcan los intereses comerciales y moratorios sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia desde su ejecutoria y hasta que se haga efectivo el pago correspondiente, como lo ordena el artículo 177 del C.C.A.

1.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.2.1.- Al señor Aníbal Marcial Castro Otero, previa solicitud de licencia y cumplido el procedimiento previsto en el artículo 17 del decreto 1052 de 1998, se le otorgó la licencia contenida en la resolución No. 001 de 2002, cuyo artículo 1º de la parte resolutive señala: *“otórguese licencia al señor Aníbal Marcial Castro Otero, identificado con la cédula de ciudadanía (...) para construir: vivienda unifamiliar de dos (2) niveles, en un predio ubicado en esta ciudad en la calle 96 A No. 47-43 esquina, según planos P-001 de 2002 aprobados por esta oficina y alineamiento A-3023 expedido el 13 de diciembre de 2001”*.

1.2.2. Dentro de los considerandos de la resolución 001 de 2002 se determinó que: *“...según certificado de alineamiento No. 06509 de diciembre 13 de 2001 (A-3023-zona residencial 5-03), exige que se debe conservar lo requerido, por la calle 96 A, del eje de la vía a línea de bordillo, una franja de 5.25 metros. De línea de bordillo a línea de propiedad, una franja de 3.00 metros, zona en la cual no se puede construir estacionamientos ni hacer ocupación del espacio público, (ley 9ª de enero de 1989). De línea de propiedad a línea de construcción, una franja de 3.00 metros, zona en la cual no se pueden construir estacionamientos ni hacer ocupación de espacio público (Ley 9ª de enero de 1989). De línea de propiedad a línea de construcción, una franja de 6.00 metros. VOLADIZO: 1/3 DEL ANTERJARÍN (por la calle 96ª y por la carrera 48: 2.00 metros máximo)...” (SIC).*

1.2.3. El 18 de junio de 2003, el señor Castro Otero presentó una petición a la curaduría urbana No. 2 de Barranquilla, en el sentido de aclarar que la licencia se había otorgado con base en el plano de alineamiento identificado con el No. A-3042 y no el A-3023, frente a lo cual el curador mediante oficio OCU-0919 de junio 24 de 2003 señaló: *“...en efecto, al realizar la evaluación del proyecto este despacho no alcanzó a percibir que el documento de delineación urbana aportado presentaba identificaciones diferentes en las hojas a folios que lo conforman, entendiéndose lo que el señor Aníbal Marcial Castro Otero, identificado con cédula de ciudadanía (...) afirma en el oficio mencionado en el considerando anterior. 12. Que el predio objeto de la solicitud se encuentra enmarcado y referenciado con la misma dirección en ambas hojas, esto es, calle 96 A carrera 48 Esq, que conforman el documento en comento, significando con ello que la inconsistencia es mas de forma y no de fondo, en razón a que su localización y las normas urbanas que lo afectan, son las que corresponden al predio que sirvió de marco para el otorgamiento de la licencia*

correspondiente. En este orden de ideas, el alineamiento que verdaderamente referencia el predio es el A-3042 de fecha enero 22 de 2002...". (SIC)

1.2.4. La licencia de construcción expedida se encontraba vigente según el artículo 24 del decreto 1052 de 1998, por el término de 24 meses prorrogables por una sola vez por un plazo adicional de 12 meses, contados a partir de la fecha de su ejecutoria.

1.2.5. Adelantado el proceso de construcción en más de un ochenta por ciento (80%) el demandante recibió el acta de informe de infracción urbanística No. 759, fundada en un informe según el cual el inmueble ubicado en la calle 96 A No. 47-43 esquina, se estaba construyendo por fuera de la línea de construcción, frente a lo cual el señor Castro Otero presentó los respectivos descargos y aportó los documentos del caso.

1.2.6. No obstante, el Jefe del Departamento Social, Competitividad e Innovación de la Secretaría de Planeación Distrital, expidió la Resolución No. 066 de junio 11 de 2003, por la cual se ordena la suspensión inmediata de una obra que se desarrolla en zona distrital y declaró contraventor al señor Aníbal Marcial Otero, se le impuso una multa equivalente a ochenta (80) SMMLV, se le ordenó al presunto infractor adecuar las obras a la licencia contenida en la resolución 01 de 2002 expedida por el curador segundo de Barranquilla, se ordenó la suspensión inmediata de las obras y se ofició a las empresas de servicio público la suspensión de los servicios.

1.2.7. Contra la decisión anterior, se interpuso recurso de apelación y en subsidio de apelación, con fundamento en que el señor Francisco Gallardo era el jefe del Departamento Social, Competitividad e Innovación, y el mismo no sólo había vendido al señor Castro Otero el inmueble correspondiente, como constaba en escritura

pública No. 1890 de 20 de diciembre de 2001 de la Notaría 8ª del Círculo de Barranquilla sino que era vecino colindante como co-propietario y residente del Conjunto Residencial El Crisol, localizado en la carrera 48 No. 96 A – 47.

Por lo señalado, el expediente fue enviado al despacho del Alcalde Distrital de Barranquilla el cual, mediante resolución No. 0566 de agosto 4 de 2004 declaró fundada la causal de recusación y designó a la Secretaria de Planeación encargada, la investigación del expediente.

1.2.8. La Secretaria de Planeación Distrital, mediante resolución 231 de 11 de noviembre de 2003 negó el recurso de reposición confirmando en todas sus partes la resolución No. 06 de 11 de junio 2003. En el mismo acto fue rechazado el recurso de apelación por considerarlo improcedente.

1.3. Las normas que se consideran violadas, fueron clasificadas por el demandante así: i) En relación con la violación al principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos, se violó el artículo 73 del C.C.A, artículo 24 del decreto 1052 de 1998, artículo 58 constitucional; ii) En cuanto al principio de neutralidad, hubo violación al artículo 100 de la ley 388 de 1987; iii) En relación con la falta de graduación de la sanción, se incurrió en violación del artículo 104 de la ley 388 de 1997 y 35 del C.C.A; iv) En relación con la violación al debido proceso, se violaron los artículos 59 y 3º incisos 6, 7 y 8 del C.C.A.

1.4. El concepto de violación fue expuesto así:

1.4.1. Luego de hacer el actor una extensa exposición de consideraciones preliminares relativas al procedimiento de expedición, vigencia, naturaleza jurídica, efectos de la licencia de construcción y su contenido, precisa que la naturaleza del

conflicto obedeció a una circunstancia de carácter personal y también a otra de carácter técnico jurídico.

En cuanto a la primera, expone que el señor Gallardo Rosillo, valiéndose de su condición de jefe del Departamento Social, Competitividad e Innovación de la Secretaría de Planeación Distrital adelantó la actuación correspondiente en contravención del régimen de impedimentos y expidió la resolución 066 de 2003, caso en el que tenía interés directo, en los términos del artículo 150 numeral 1º del C. de P.C.

La designación del funcionario ad hoc que recayó en la Directora de Planeación Encargada, compañera de trabajo del señor Gallardo, no ofreció ninguna imparcialidad, por lo que no se cumplió con dicho principio en los términos del artículo 3º inciso 5º del C.C.A.

En lo que respecta a las precisiones técnico jurídicas del conflicto, hace una relación de los alineamientos que en la resolución 066 de 11 de junio de 2003 se tuvieron en cuenta para aducir que la construcción a pesar de contar con la licencia respectiva, se adelantó en forma irregular; y luego, aduce que los alineamientos que se consideraron en la resolución 231 de 2003 no son los que sirvieron de base y que se encuentran en la licencia de construcción sino que son diferentes, justificándose en el hecho de que los alineamientos no son actos administrativos sino que son actos meramente declarativos.

1.4.2. Los actos acusados violan los derechos adquiridos del demandante que garantiza el artículo 73 del C.C.A e incurrir en tres violaciones que consisten en falsa motivación, desviación de poder y violación directa a las especificaciones y

alineamientos establecidos en la licencia frente a los contenidos en la resolución 231 de 2003.

En lo que respecta a la falsa motivación, señala que se establece que en la construcción se incurrió en una presunta violación del espacio público a partir de consideraciones que no se relacionan con los alineamientos vigentes, por lo que se desconoce la licencia otorgada.

La desviación de poder, se presenta en la medida en que la autoridad profirió las decisiones con una intención distinta a la que la ley prevé en el artículo 209 de la C.N., por el interés directo que tenía el señor Gallardo Rosillo, como jefe del Departamento Social, Competitividad e Innovación de la Secretaría de Planeación, en los resultados de la decisión.

En cuanto a la violación directa de las especificaciones y alineamientos establecidos, señala que la decisión contenida en la resolución 231 de 2003 que resolvió el recurso de reposición se sustentó en un alineamiento distinto como consta en la parte motiva en la cual se hace referencia al certificado A-4205 expedido por la misma Secretaría de Planeación.

1.4.3. Se incurre en violación del artículo 24 del decreto 1052 de 1998, por cuanto el jefe del Departamento Social, Competitividad e Innovación de la Secretaría de Planeación desconoció la vigencia de la licencia No. 001 de 2002.

1.4.5. También aduce violación al principio de neutralidad, falta de graduación en la sanción, violación al debido proceso y al de reformatio in pejus.

1.5. La parte demandada, dentro de la oportunidad procesal pertinente no contestó la demanda, aun cuando alegó de conclusión manifestando que la construcción se viene adelantando con 4,50 metros por fuera de la línea de construcción ocupando espacio público en una distancia de 0,60 metros por el oeste y de 6,0 metros por el lateral este, y que por ello el demandante violó el artículo 46 del Estatuto Urbano de la Ciudad, el numeral 3º del artículo 86 del decreto 1052 de 1998 y el artículo 103 de la ley 388 de 1997.

II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo decidió declarar la nulidad de los actos demandados por considerar, en esencia, lo siguiente:

2.1.- Señala que se debe, como primera medida, entrar a resolver los planteamientos del demandante alusivos a la falsa motivación, desviación de poder, debido proceso, derechos adquiridos y principio de neutralidad.

En cuanto a la falsa motivación, señala que no se configuró por cuanto dentro del proceso se demostró que en la construcción realizada en el lote ubicado en la calle 96 A – 47-43, si existió violación al espacio público tal y como da cuenta el acta de inspección y el informe técnico producto de la inspección. La Administración Distrital debía iniciar la actuación y hacer los estudios del caso con los alineamientos establecidos en la resolución que otorga la licencia de construcción, independientemente de que los alineamientos verdaderos hayan sido otros.

Tampoco hubo desviación de poder porque si bien el señor Francisco Gallardo Rosillo, se encontraba incurso en una causal de impedimento para conocer del asunto o actuación administrativa seguida contra el demandante contraventor, una

vez se le advirtió tal circunstancia se declaró impedido para seguir conociendo de dicho trámite. Además, no hay prueba de que el funcionario impedido, hubiere ejercido o movido influencia alguna en la toma de decisiones dentro de la actuación, luego de declarado su impedimento.

No hubo violación al debido proceso porque se encuentra demostrado que en todas y cada una de las etapas administrativas adelantadas en la actuación, se le dio la oportunidad al demandante de controvertir las pruebas que obraban en su contra, se le escuchó en descargos y se le notificó de todas las diligencias de inspección sobre el inmueble, asimismo tuvo la oportunidad de interponer todos los recursos en vía gubernativa.

En lo que se refiere a la violación de los derechos adquiridos, el a quo sostiene que no se presentó porque es obligación de la administración ejercer los controles sobre violación de normas urbanísticas, y el que se hubiere concedido una licencia para realizar una construcción en su propiedad, cuando el Estado presume que el particular está ocupando el espacio público, tiene la facultad emanada de la constitución y de la ley para corregir el defecto en que se hubiere incurrido, recuperando el espacio público y ordenando adecuar la obra a la licencia concedida, en consecuencia el pago de multas y/o demoliciones a que haya lugar. Ahora, diferente es cuando el error en el que incurre el particular es atribuible al Estado. En el presente caso, la Administración actuó conforme al decreto 1600 de 2005 artículo 78.

El principio de neutralidad no fue transgredido por cuanto no se probó que se hubiere seguido una actuación administrativa diferente frente al demandado con respecto a otros administrados en similar situación.

2.2.- El apoderado del demandante solicitó ante el Despacho del doctor Cristobal Christiansen Martelo la práctica de una prueba anticipada, con el objeto de establecer si la construcción llevada a cabo por el demandante en un lote ubicado en la calle 96 A No. 47-43 se ha ajustado a los alineamientos determinados en la licencia de construcción contenidos en la resolución No. 001 de 4 de febrero de 2002, como también determinar los perjuicios ocasionados al demandante por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Decretada la prueba, los peritos la llevaron a cabo el día 15 de marzo de 2004 teniendo en cuenta los documentos que obraban en el proceso como son, entre otros, la resolución No. 001 del 04 de febrero de 2002, mediante la cual se concede la licencia de construcción, el certificado de alineamiento urbano A-3042 del 22 de enero de 2002, la escritura pública 1890 del 20 de diciembre 2001 y se dejó constancia por parte de los peritos "que de acuerdo a estos parámetros (alineamiento y licencia de construcción), esta edificación se levantó sin ninguna contravención a estas normas".

El apoderado de la parte demandada formuló objeción por error grave, por considerar que los peritos sin soporte técnico ni jurídico agrandaron el área del inmueble del accionante en 89.22 m² cuando ello sólo lo puede realizar el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Igualmente, los peritos efectuaron sus mediciones desde el eje de la vía de la carrera 48, cuando en el alineamiento no se señaló el eje vial por esa carrera, luego partieron de un punto de referencia inexistente para efectos del alineamiento. Las mediciones debieron efectuarlas a partir de las líneas limítrofes de propiedad con los predios vecinos y no a la inversa. Concluye que la construcción del accionante se encuentra por fuera de la línea de construcción en la cuadra de la carrera 48.

El demandante se opuso a las objeciones formuladas, al sostener que el apoderado de la demandada incurre en dos errores, uno al momento de definir el concepto de alineamiento y dos, al decir que la construcción debe someterse a las reglas de la escritura pública y no a las reglas de la licencia de construcción otorgada.

Frente a lo anterior, el a quo señala que el objeto de la prueba recaía sobre los tópicos planteados en el peritaje, y su labor era verificar si la obra construida en la calle 96 A No. 47 – 43 de la Ciudad de Barranquilla se realizó conforme a los alineamientos de la licencia de construcción otorgada para tales efectos, lo que se puede colegir con la simple comparación de los alineamientos indicados en la resolución que concede el permiso con el área construida y los espacios ocupados por la construcción.

Obra en el expediente que la licencia de construcción se concedió teniendo en cuenta el alineamiento No. 06509 de diciembre 13 de 2001 (A-3023 - zona residencial R-5-03) y que la obra fue construida con fundamento en el alineamiento A – 3042, por lo que el juez de instancia infiere que al desarrollarse el dictamen con fundamento en el alineamiento A -3042, distinto al de la resolución por el cual se concede la licencia de construcción es cuestionable la prueba trasladada y le resta mérito en cuanto a que responda el interrogante referente a que la obra se hubiere ajustado a los alineamientos determinados en la licencia de construcción.

2.3. Por lo señalado, el a quo analiza todos y cada uno de los medios de prueba allegados al proceso, exponiendo en síntesis lo siguiente:

En primer lugar, está demostrada la propiedad del demandante sobre el inmueble ubicado en la Calle 96 A No. 47 – 43, según escritura pública 1890 de 20 de diciembre de 2001 y certificado de registro de instrumentos públicos. Igualmente,

está demostrado que mediante resolución 001 de 04 de febrero de 2002 se concedió al actor una licencia de construcción y que la parte resolutive de dicha resolución precisó: *“según certificado de alineamiento No. 06509 de diciembre 13 de 2001 (A-3023 – zona residencial – 5-03), exige que se debe observar lo requerido por la calle 96ª, del eje de la vía de bordillo, una franja de 3.00 metros, zona en la cual no se puede construir estacionamientos ni hacer ocupación del espacio público (ley 9ª de enero de 1989). De línea de propiedad a línea de construcción, una franja de 3.00 metros, zona en la cual no se puede construir estacionamientos ni hacer ocupación de espacio público (ley 9ª de enero de 1989). De línea de propiedad a línea de construcción, una franja de 6.00 metros VOLADIZO: 1/3 DEL ANTEJARDÍN (por la calle 96ª y por la carrera 48: 2.00 metros máximos)”* (SIC).

Al demandante se le endilga la realización de una obra fuera de la línea de construcción, teniendo como fundamento el informe técnico producto de la inspección realizada por el ingeniero Samuel Acevedo, según señala la resolución 066 del 11 de junio de 2003, al ocupar un área de propiedad distrital en una medida de 0.60 centímetros por fuera de la línea de propiedad, lado este; y 0.40 centímetros por el lado oeste, que en el alineamiento se indica que hacia la carrera 48 deben dejarse 6.00 metros de la línea de propiedad a la línea de construcción y según el informe técnico producto de la última visita, se viene adelantando sin dejar esa medida.

El a quo indica que es innegable que el accionante ocupó en su construcción espacio público y ello se demuestra también con fotografías aportadas al peritaje.

Señala que de acuerdo con la respuesta del curador urbano No. 2 a la solicitud del demandante de aclarar, adicionar o corregir la resolución 001 de 04 de febrero debido a que en la resolución el plano de alineamiento se identifica con el número A-

3023, cuando es el A-3042, se demuestra que el alineamiento que verdaderamente referencia al predio es el A-3042 de enero 22 de 2002.

Este argumento, a pesar de ser planteado en la actuación administrativa no fue tenido en cuenta por parte de la administración distrital, que alude a una inconsistencia con respecto al alineamiento A-3023.

El proceder del demandante se llevó a cabo por un error de la Administración Distrital, al señalarle que el alineamiento que verdaderamente referencia el predio es el A-3042 de enero 22 de 2002, y por tanto, la inconsistencia a la que se refiere la Secretaria de planeación en la resolución 231 es de la Curaduría Urbana.

Así las cosas, está probado dentro del proceso el error del curador urbano en los alineamientos de la licencia de construcción, por lo que el demandante al construir su vivienda de dos niveles en el lote ubicado en la calle 96 A No. 47 - 43 de la Ciudad de Barranquilla ocupó espacios públicos pero por el mencionado error, al señalarse en la licencia que otorga la autorización un alineamiento distinto al que le correspondía a su predio. Por tal motivo, y en virtud de los principios de la confianza legítima y de la buena fe, al advertir el demandante esa circunstancia a la administración, se declarará la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho se ordenará la devolución del pago de la multa que se le impuso.

En lo que respecta a los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante, señala que con atención al principio de equidad no se condenará a la Entidad al pago de los mismos, puesto que se demostró en el proceso que la actuación administrativa que siguió la Administración contra el demandante se llevó a cabo conforme a la ley al demostrarse que sí hubo ocupación del espacio público.

En esa medida, una condena por tal concepto sería desproporcionada y no consulta la realidad fáctica del caso.

Tampoco condena en costas a la sociedad demandada por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tal como haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora presenta recurso de apelación para solicitar que se revoque el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, según el cual se deniegan las demás súplicas de la demanda, y en consecuencia solicita que se conceda a título de restablecimiento del derecho todas las pretensiones contenidas en la demanda y especialmente las siguientes: i) Restablecer los efectos jurídicos de la licencia de construcción No. 001 de 2002, otorgada por el curador urbano No. 1 de Barranquilla y en consecuencia, mantener su vigencia en los términos previstos en el artículo 24 del decreto 1052 de 1998; ii) Se condene al Distrito de Barranquilla al pago del daño emergente ocasionado en virtud de la demolición de las obras de construcción de la vivienda ubicada en la calle 96 A No. 47-43 y que comprende no sólo las obras demolidas y el costo de la demolición sino el costo total de la construcción adelantada teniendo en cuenta que el porcentaje cuya demolición se ordenó inhabilita el proyecto originalmente aprobado; iii) se condene al Distrito de Barranquilla al pago del lucro cesante generado desde la suspensión de las obras hasta la ejecutoria de la providencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y que comprende los beneficios y utilidades dejadas de percibir representados en el incremento del avalúo de la propiedad y en el valor

correspondiente a los cánones de arrendamiento que debió cancelar desde la fecha en que se programó la terminación de las obras hasta el momento en que la decisión de este Tribunal quede ejecutoriada; iv) Se condene al Distrito de Barranquilla en costas de acuerdo a lo previsto en el artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998; v) se ordene liquidar las indexaciones a que legalmente hubiere lugar; vi) se reconozcan los intereses comerciales y moratorios sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia desde su ejecutoria y hasta que se haga efectivo el pago correspondiente, como lo ordena el artículo 177 del C.C.A.

El recurso lo fundamenta el apelante, principalmente en lo siguiente:

3.1. Violación al principio legal y constitucional de protección a los derechos adquiridos.

Señala que todo proceso de construcción debe estar antecedido de una licencia otorgada por los curadores urbanos. La licencia es un acto administrativo de carácter particular y concreto definido para ese entonces en el artículo 1º del decreto 1052 de 1998, como *“el acto por el cual se autoriza a solicitud del interesado la adecuación de terrenos o la realización de obras”*. Ese acto tiene el carácter de reglado al requerir la verificación de los requisitos previstos en la ley y en las normas urbanísticas que integran el Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad.

En la Resolución 001 de 2002 se indicaron los retiros y alineamientos que debían tenerse en cuenta al momento de efectuar la construcción, conforme a los planos debidamente aprobados. Dichas medidas se encontraban en el alineamiento A-3042 de enero 22 de 2002 expedido por la Secretaría de Planeación Distrital.

Ejecutoriada o en firme el acto, por mandato legal se creó a favor de su titular un derecho adquirido, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 del C.C.A, concordante con el artículo 58 constitucional. La primera disposición establece que los actos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho y la segunda, protege el derecho a la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. El recurrente cita la sentencia C-672 sobre los derechos adquiridos.

La situación jurídica que se consolida a través de la licencia expedida, genera un derecho para el titular del acto, no solo respecto de la autoridad que profirió la decisión, sino respecto de las demás autoridades y respecto de terceros, teniendo en cuenta la presunción de legalidad que recae sobre éste.

Aunque la Resolución 066 de 2003 y posteriormente la 231 de 2003 no dispuso expresamente la revocatoria de la licencia, sus efectos tienen ese carácter como quiera que desconociendo los términos de la autorización concedida, ordenaron la suspensión de la obra e impusieron sanciones económicas por la contravención de disposiciones distintas a las contenidas en la licencia.

3.2. Error de apreciación del Tribunal fundamentado en el tema del alineamiento.

El artículo 83 del decreto 1052 de 1998 establecía que *“En desarrollo del artículo 61 del Decreto 2150 de 1995, corresponde a los alcaldes municipales o distritales directamente o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las demás normas y especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento territorial...”*. Por ello, el Departamento Social, Competitividad e Innovación de la Alcaldía Distrital debía verificar si la

construcción se ajustaba a la licencia y en tal sentido a las normas contenidas en el alineamiento A-3042 de enero 22 de 2002. Si a criterio de la oficina, existía discrepancia entre la licencia y las normas urbanísticas debía demandar la licencia y no simplemente entrar a desconocerla, ordenando su suspensión e imponiendo sanciones, lo que le confiere el mismo efecto de una revocatoria.

Señala el apelante que quedó plenamente demostrado en el proceso que la construcción se estaba adelantando conforme a los retiros y medidas contenidas en el alineamiento A-3042 de enero 22 de 2002, de acuerdo con informe del perito, el cual fue aceptado por la sentencia que se apela.

Sobre los alineamientos, precisa el recurrente que la resolución 001 de 2002, aludía al certificado No. A-3023, pero que posteriormente la curaduría aclaró que el alineamiento que correspondía al inmueble del demandante era el A-3042 y no el A-3023, este último perteneciente al inmueble de esquina de la acera de enfrente del lote. No obstante, los alineamientos eran los mismos. Sobre esto señala que el artículo 73 del C.C.A dispone que la autoridad, en este caso el curador, puede efectuar correcciones a los actos administrativos que no incidan en el fondo del asunto, por lo que curador aclaró el alineamiento del inmueble del demandante señalando que se trataba de una inconsistencia más de forma y no de fondo.

De lo anterior surgen dos conclusiones: la primera, la inexistencia de sustento en la decisión del Tribunal de no valorar la prueba pericial supuestamente por haberse elaborado de acuerdo al alineamiento A-3042 cuando los retiros eran los mismos a los establecidos en el A-3023. La segunda, el hecho que si los dos predios, uno en frente del otro, cuentan con los mismos alineamientos, la licencia de construcción se otorgó a favor del señor Castro de conformidad con estos y la construcción se

adelantó de acuerdo a la licencia, no siendo posible considerar violación a las normas de espacio público.

Sostiene que el Tribunal no entra a comparar las medidas de retiros contenidas en los alineamientos A-3042 y A-3023 y ni siquiera se percata que en ambos dichas medidas son idénticas. Adicionalmente, tampoco menciona el alineamiento A-4205 que es el que finalmente el Departamento Social, Competitividad e Innovación de la Alcaldía Distrital utiliza como sustento para la imposición de la ilegal sanción.

El actor precisa que el fondo del asunto recae en que las medidas correspondientes a los retiros, están contenidas en el texto de la licencia y en los alineamientos. No obstante, la Alcaldía Distrital en su actuación efectuó la medición no a partir del eje de vía de la carrera 48 sino de las dimensiones del predio contenidas en la escritura pública No. 1890 de diciembre 20 de 2001.

Las medidas del predio contenidas en la escritura pública no correspondían con las reales. Así, en la medición contenida en la inspección realizada por el funcionario de la Secretaría de Planeación, se toman las medidas del predio de acuerdo a las escrituras y la diferencia con las medidas reales, pretenden establecerlas como predios públicos. Sin embargo, la zona pública o privada afectada como espacio público, desde el punto de vista jurídico y técnico se define no por el tamaño del predio sino por las medidas establecidas en la licencia, tomadas a partir del eje de vía, como efectivamente se construyó y como se refleja en el informe pericial.

3.3. En cuanto a los interrogantes que se responde el Tribunal sobre los cargos planteados por el demandante, el actor los refuta comenzado por el relativo a si existió falsa motivación en la expedición de los actos. Allí concluye el Tribunal que no la hubo, frente a lo cual afirma el actor que sí se presentó considerando que la actuación es iniciada de oficio por el Señor Gallardo Rosillo, quien había vendido al

señor Castro el predio y quien además tiene el carácter de vecino y opositor. Es éste el que ordena la práctica de la visita y el consecuente informe que sirve de sustento para la decisión y en el que se apoya como prueba irrefutable el Tribunal, para considerar que la construcción sí se hizo en espacio público. Es el señor Gallardo quien expide el acto de suspensión e imposición de la sanción. Posteriormente y frente a la recusación presentada, se declara impedido y la Alcaldía designa a un subordinado de la misma oficina para que resuelva la reposición.

En lo que se refiere a la violación de los derechos al debido proceso, los derechos adquiridos y el principio de neutralidad, el actor trae a colación el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”*. Al respecto, sostiene que el hecho de que el funcionario que ordenó oficiosamente la actuación se hubiere declarado impedido posteriormente, deja en entredicho la imparcialidad de la actuación, más cuando la única actuación que se adelantó con posterioridad a su recusación, la adelantó un funcionario ad-hoc que tenía carácter subordinado y a través del recurso único de recusación.

En cuanto a si se probó dentro del proceso error por parte del curador urbano en los alineamientos de la licencia de construcción, considera que allí estuvo esencialmente el error del Tribunal debido a la falta de comprensión del problema planteado. El actor acota nuevamente el tema de la licencia y de los alineamientos, de lo que se resalta que la inconsistencia de la licencia radicó en el número de alineamiento, que era el A-3042 y no el A-3023, por lo que esta fue formal y no de fondo teniendo en cuenta que los retiros indicados respecto de la carrera 48 eran los mismos.

Recalca que lo que se le intentó aclarar al tribunal y que el peritaje desarrolla de manera clara y contundente es que los alineamientos frontales se miden no en función de la dimensión del predio sino a partir del eje de vía que es una distancia única y realmente pública y que adicionalmente, conforme al Estatuto Urbanístico, es el punto legal de partida para efectuar las mediciones.

La prueba anticipada estaba encaminada a establecer, en primer lugar, si la construcción se había adelantado o no de acuerdo a la licencia otorgada pues el derecho conculcado por la actuación sancionatoria adelantada por el Departamento Social, Competitividad e Innovación de la Alcaldía Distrital vulneraba el derecho particular emanado de la licencia. Y en segundo lugar, determinar el monto de los perjuicios ocasionados por tal violación.

El Tribunal desestima la prueba pericial por cuanto el peritaje se hizo a partir del alineamiento A-3042 y no el A-3023 a que hace referencia la resolución 01 de 2002, pero esta objeción no tiene fundamento teniendo en cuenta que el mismo curador aclaró que el alineamiento aplicable a la licencia era el A-3042. Pero como lo señala también el mismo curador, el alineamiento A-3023 correspondía al predio de la esquina de enfrente y los retiros eran los mismos. Agrega que la valoración de las pruebas que hace el tribunal es subjetiva y sin sustentación alguna, lo que se demuestra cuando señala que el accionante ocupó en su construcción espacio público, lo que se demuestra también con las fotografías aportadas al peritaje, sin que quede claro cómo llegó a esa convicción innegable. La curaduría expresamente señala, y el Tribunal resalta, que el alineamiento que verdaderamente referencia al predio es el A-3042 de enero 22 de 2002, sin embargo, el Tribunal desestima tal constancia dándole valor probatorio a una afirmación contenida en el texto de la parte resolutive del acto acusado. Advierte el actor que si se compara los retiros de los dos alineamientos se encuentra que mantienen la misma distancia respecto a la

carrera 48, y esos retiros se encuentran expresamente establecidos en el texto de la resolución No. 001 de 2002 que otorgó la licencia, lo que reafirma el hecho de que el Tribunal no entendió las causas de la divergencia.

Ahora cuando el Tribunal afirma que el error del asunto estuvo en la licencia expedida por la Curaduría y que el particular construyó sobre ese error de la licencia, es tanto como aceptar que la construcción sí se hizo de acuerdo a la licencia, lo que, por otra parte, constituye una aceptación a la violación en la que incurrió la Administración Distrital en relación con el derecho adquirido por el señor Castro. Además, el demandante sí demostró a través del peritaje, que la construcción se adelantó de acuerdo a la licencia.

Por otra parte, si existió error por parte del curador, sería necesario que el acto que contiene la licencia se hubiere declarado nulo y no así el acto que ordena la suspensión de la obra, lo que constituye una decisión abiertamente contradictoria. Pero más aún, la licencia realmente no contiene error alguno pues si bien el curador aclaró que el alineamiento aplicable al predio era el A-3042 y no el A-3023, los retiros eran los mismos pues ambos incluían la carrera 48.

Recalca que el problema en sí mismo no eran los alineamientos sino la forma de medición de los mismos. De allí que el resultado del peritaje entrara en abierta contradicción con el informe técnico elaborado por la Alcaldía Distrital, lo que el Tribunal utiliza en forma infundada para decidir motu proprio que el correcto es el informe.

Posteriormente, el actor hace un extenso recuento de la prueba pericial, del que se resalta, en el punto de las objeciones por error grave presentadas por el apoderado del Distrito, la referente a que en el dictamen los peritos ampliaron el área del

inmueble, indicando que tal competencia le corresponde al IGAC y a la oficina de instrumentos públicos. Advierte el actor que el peritazgo señala que su objeto es establecer si la construcción adelantada en el lote de la calle 96 A, carrera 48 esquina, acera sur occidental de la ciudad de Barranquilla con nomenclatura No. 47 – 43 *“se ha ajustado estrictamente a los alineamientos determinados en la licencia de construcción contenida en la resolución No. 001 del 4 de febrero de 2002 proferida por la Curaduría Urbana No. 2 de Barranquilla, con fundamento en el certificado de alineamiento A-3042 del 22 de enero del mismo año.”* En ningún momento se solicitó a los peritos establecer si la construcción correspondía o no a la escritura pública de compra venta. No obstante, en el dictamen se establece que la propiedad tenía una cabida superficial de 599.60 m² y según levantamiento, 688.82 m², pero la diferencia entre la cabida contenida en el título y la real, en nada afecta la delineación urbana. Por definición contenida en el Estatuto Urbanístico, ésta constituye la información que permite establecer la línea de separación entre el inmueble privado y los bienes públicos. Esas líneas que son la de propiedad y la de construcción, se establecen a partir de la determinación del eje de la vía por lo que la dimensión del predio no las afecta. Reitera que tanto la línea de bordillo como la de propiedad y la de construcción parten del eje de la vía, es decir, el punto medio del ancho de la carrera 48, situación que se mantiene inmutable independientemente de la dimensión del predio. Agrega que la definición del eje de la vía se encuentra en el Estatuto Urbanístico y no necesariamente en los alineamientos, como equivocadamente señala el apoderado del Distrito.

3.4. Inconsistencia de la decisión frente al restablecimiento del derecho.

Señala que en el proceso se declaró la ilegalidad de la actuación administrativa adelantada por la Administración, y por tanto se decretó la nulidad de la misma y durante su tramitación se estableció, mediante peritazgos plenamente válidos que el

particular afectado sufrió un detrimento patrimonial y sin embargo, el Tribunal decidió no restablecer dicho daño porque a su juicio, y en equidad, no lo consideraba justo, sin sustentar siquiera sumariamente la razón de la supuesta injusticia.

El recurrente alude a que el razonamiento de la decisión se encuentra en que la Administración actuó conforme a derecho en la medida en que quedó plenamente probado la ocupación del espacio público, sin embargo, declaró la nulidad por haber sido ilegal la actuación, lo que conlleva una contradicción.

El Tribunal decide negar lo certificado en un peritazgo que él mismo ordenó sin explicar las razones.

Cuestiona que se hubiere comprobado que se construyó en espacio público cuando los peritos dijeron una cosa diferente, y si el Tribunal no estaba de acuerdo con lo señalado en el peritazgo debió explicar las razones.

También señala que el Tribunal reconoce la existencia de perjuicios, sólo que declara su decisión de no condenar al pago de los mismos en aplicación al principio de equidad.

Sostiene que la decisión es inconsistente en el tema del restablecimiento del derecho pues no se entiende como, luego de indicar erradamente que la falla estuvo en la licencia, se procede a declarar la nulidad del acto que impuso la sanción, disponiendo un restablecimiento parcial.

La decisión de negar el restablecimiento pleno se sustenta en razones de equidad, como quiera que a juicio del Tribunal, resultaría desproporcionada y no adecuada a la realidad fáctica del caso, no obstante reconoce que la culpa es imputable a la

administración. Ese mismo criterio no expresa en relación con el hecho que tal situación derivó perjuicios económicos graves para el demandante, cuantificadas en una suma claramente determinada en el peritaje.

La equidad fue incluida en el artículo 230 constitucional como un criterio auxiliar de la actividad judicial. Como tal, tiene un carácter esencialmente supletorio pues su aplicación en ningún caso puede subordinar o sustituir la aplicación de la ley y al respecto trae a colación la Sentencia C-536 de 1995.

Concluye señalando que es claro el escenario que impone modificar la sentencia recurrida y reconocer plenamente el restablecimiento del derecho solicitado: un particular adquiere un predio para construir una vivienda, ajustándose a las disposiciones legales, adelanta el trámite para la obtención de la respectiva licencia, asumiendo la erogación pertinente y obteniendo a su favor la Resolución No. 001 de 2002 del curador urbano No. 2 de Barranquilla.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Según la potestad que tiene el ad quem para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de

apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

2.- La apelación cuestiona el fallo impugnado en torno a los siguientes aspectos esenciales: i) El a quo no señaló las razones por las cuales desconoció el peritazgo practicado como prueba anticipada en el proceso, el cual demostró que el demandante construyó conforme a los parámetros indicados en la resolución 001 de 2002 contentiva de la licencia de construcción, sin que se hubiere ocupado el espacio público; ii) No es de recibo, como fundamento para no reconocer la totalidad del restablecimiento del derecho solicitado, el que se hubiere presentado un error en la licencia de construcción concedida al demandante, pues la inconsistencia en ella observada fue de forma y no de fondo, respecto de la identificación del certificado de alineamiento. De ahí que la construcción hubiere obedecido el alineamiento correspondiente al predio, por lo que ante la ilegalidad de la actuación de la administración se deba reconocer la reparación del daño en su totalidad.

3.- Para proceder la Sala a decidir sobre el reconocimiento del restablecimiento del derecho en los términos que solicita el actor, es menester determinar si, en efecto, la construcción levantada por el demandante se ajustó a la legalidad; y para ello, se hace necesario evaluar en esta instancia las pruebas allegadas al proceso tendientes a establecer si la construcción observó los términos de la licencia otorgada y/o si la misma ostentó un error que conllevará a la violación de las normas urbanísticas sobre ocupación del espacio público, tal como concluyó el a quo, pues de una u otra situación se derivarán consecuencias jurídicas que incidirán en la solicitud del actor.

Pues bien, el artículo 99 de la ley 388 de 1997 establecía lo siguiente, en sus apartes pertinentes:

“Licencias. Se introducen las siguientes modificaciones y adiciones a las normas contenidas en la Ley 9ª de 1989 y en el Decreto Ley 2150 de 1995 en materia de licencias urbanísticas:

1. *Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos especiales, el Distrito Capital, el departamento especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según sea del caso.*
Igualmente se requerirá licencia para el loteo o subdivisión de predios para urbanizaciones o parcelaciones en toda clase de suelo, así como para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento¹.
2. *Dichas licencias se otorgarán con sujeción al Plan de Ordenamiento Territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan...* (Subrayado fuera de texto).

En concordancia con la norma señalada, el decreto 1052 de 1998², estipula en su artículo 4º, que la licencia de construcción es la autorización para desarrollar un predio con construcciones, acordes con el plan de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas del municipio o distrito³. Por su parte, el artículo 5º del mismo cuerpo normativo⁴, dispone la obligatoriedad de la misma para efectos de llevar a cabo la correspondiente obra, de forma tal que la principal norma que ha de acatar el constructor es precisamente lo dispuesto en la respectiva licencia de construcción.

¹ Numeral vigente con anterioridad a la modificación introducida por el decreto 19 de 2002, artículo 182.

² Por el cual se reglamentan las disposiciones referentes a licencias de construcción y urbanismo, al ejercicio de la curaduría urbana, y las sanciones urbanísticas.

³ “Artículo 4º. Licencia de construcción y sus modalidades. Se entiende por licencia de construcción la autorización para desarrollar un predio con construcciones, cualquiera que ellas sean, acordes con el plan de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas del municipio o distrito. Son modalidades de la licencia de construcción las autorizaciones para ampliar, adecuar, modificar, cerrar y demoler construcciones.

Las licencias de construcción y sus modalidades están sujetas a prórroga y modificaciones”.

⁴ “Artículo 5º. Obligatoriedad. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos de expansión urbana y rurales, se requiere la licencia correspondiente expedida por la persona o autoridad competente antes de la iniciación...”

Al respecto, vale la pena traer a colación lo señalado en Sentencia de 04 de agosto de 2005, Expediente No. 08948-01, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

“De otra parte, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 388 de 1997 las licencias se otorgan con sujeción al plan de ordenamiento territorial, planes parciales y a las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan. De ahí que la principal norma urbanística la constituya la licencia, pues, de su contenido se colige que una de sus finalidades es garantizar los elementos constitutivos del espacio público, conforme se deduce de los artículos 37 de la Ley 388 de 1997 y 19 del Decreto 1052 de 1998. (Subrayado fuera de texto).

En el proceso consta que el demandante cumplió con su deber legal de obtener la respectiva licencia. Además, en los términos del artículo 10º de la Ley 388 de 1997 y 4º del decreto 1052 de 1998 referenciados, es presumible que aquella observe las disposiciones urbanísticas consagradas en el plan de ordenamiento territorial del municipio⁵.

De este modo, lo que debe efectivamente constatar la autoridad administrativa es si el constructor, al elevar su obra, obedeció los señalamientos de la respectiva licencia, pues de no ser así, proceden las sanciones que sea menester aplicar frente a la violación de normas urbanísticas.

⁵ En Sentencia de esta Sección de 28 de enero de 2010, Expediente No. 2002-00950-01, M.P. Dra. Maria Claudia Rojas Lasso se precisó:

“...la licencia de urbanismo es una autorización que debe estar de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial -POT- del respectivo municipio y por ello se conceden para ser ejecutadas dentro de un tiempo determinado, que de conformidad con el artículo 24 del Decreto 1052 transcrito, es de 24 meses so pena de que pierdan su vigencia; la misma norma permite que la licencia se pueda prorrogar por una sola vez por un plazo adicional de 12 meses contados a partir de la fecha de su ejecutoria, siempre y cuando la solicitud se formule dentro de los 30 días calendario anteriores al vencimiento de la respectiva licencia y se certifique la iniciación de la obra. Para que se conceda una licencia de construcción, de conformidad con el artículo 4 ídem se requiere que esté conforme con el Plan de Ordenamiento Territorial y con las normas urbanísticas del municipio o distrito. La Ley 388 de 1997 en su artículo 99 establece que para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rural, se requiere de la respectiva licencia...”

En efecto, el artículo 83 del decreto 1052 de 1998, vigente para la época de ocurrencia de los hechos⁶, preceptuaba lo siguiente:

“Artículo 83. Control. En desarrollo del artículo 61 del Decreto 2150 de 1995, corresponde a los alcaldes municipales o distritales directamente o por conducto de sus agentes, ejercer la vigilancia y control durante la ejecución de las obras, con el fin de asegurar el cumplimiento de la licencia de urbanismo o de construcción y de las demás normas y especificaciones técnicas contenidas en el plan de ordenamiento territorial...”

Por su parte, el artículo 86 del mismo cuerpo normativo, citado como violado en el acto acusado, señalaba:

Artículo 86. Sanciones urbanísticas. De acuerdo al artículo 104 de la Ley 388 de 1997, las infracciones urbanísticas darán lugar a la aplicación de las sanciones que a continuación se determinan, por parte de los alcaldes municipales y distritales y el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quienes las graduarán de acuerdo con la gravedad de la infracción y la reiteración o reincidencia en la falta, si tales conductas se presentaren:

(...)

3. Para quienes parcelen, urbanicen o construyan en terrenos aptos para estas actuaciones, en contravención a lo preceptuado en la licencia, o cuando ésta haya caducado, se aplicarán multas sucesivas que oscilarán entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, además de la orden policiva de suspensión y sellamiento de la obra y la suspensión de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo señalado por la Ley 142 de 1994.

(...)

5. La demolición total o parcial de las obras desarrolladas sin licencia o de la parte de las mismas no autorizada o ejecutada en contravención a la licencia...” (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, procede la Sala a esclarecer si la obra levantada por el demandante contravino lo dispuesto en la Resolución 001 de 2002, para lo cual es necesario valorar en esta instancia la prueba pericial anticipada a que aludió el actor y los

⁶ Las normas del Capítulo V del decreto 1052 de 1998, sobre Sanciones Urbanísticas, fueron derogadas por el decreto 1600 de 2005, en su artículo 78.

fundamentos fácticos y legales invocados por la administración para concluir que el actor violó las normas urbanísticas sobre ocupación del espacio público.

Previo a ello, no sobra anotar que la Sala considerará el referido dictamen en lo que hace a la verificación física efectuada por los peritos de las medidas de la construcción, pues comparte lo señalado por el a quo, en el sentido que este se circunscribió a determinar si la obra en cuestión cumplió con lo dispuesto en la licencia de construcción, y las objeciones a aquel planeadas por la Entidad demandada no prosperaron, toda vez que se refirieron a aspectos que no fueron objeto del peritaje, tal como lo indica la sentencia de primera instancia⁷. Además, la prueba fue admitida por el Tribunal Administrativo del Atlántico⁸, designando para el efecto al arquitecto Georgy Armando Aldana Polo y al ingeniero civil Jairo Luis Ahumada Camacho, ambos pertenecientes a la lista de auxiliares de la justicia, por lo que la Sala aduce que los peritos contaban con la idoneidad profesional requerida para conceptuar sobre lo solicitado; y los fundamentos expresados en su dictamen, sobre la materia arriba señalada, constan de suficiente firmeza y precisión.

⁷ A folio 236 del cuaderno No. 2 del expediente se lee lo siguiente sobre la prueba pericial anticipada:

"... se infiere que verdaderamente el objeto de la misma recaía sobre los tópicos planteados en el peritaje, de eso no hay duda, también está plenamente demostrada que los peritos en su experticio se basaron en la Resolución que otorgó la licencia de construcción, en la escritura pública del inmueble, y en el alineamiento A-3042, en igual sentido no era deber de los peritos hacer comparaciones con predios aledaños ni determinar el área o superficie del lote en cuestión, ni determinar si la extensión del mismo estaba conforme al establecido en la Escritura Pública o en el registro de Instrumentos Públicos, su labor era verificar si la obra construida sobre la Calle 96 A - No. 47 - 43 de la ciudad de Barranquilla, se realizó conforme a los alineamientos de la licencia de construcción otorgada para tales efectos, y ellos solo se puede colegir con la simple comparación de los alineamientos indicados en la resolución que concede el permiso con el área construida y los espacios ocupados por la construcción..." (SIC).

⁸ Folio 64 del cuaderno No. 3 del expediente.

Pues bien, la resolución 001 de 2002⁹ o licencia de construcción, estableció lo siguiente con respecto a las distancias o retiros a conservar a fin de no incurrir en ocupación del espacio público:

8. "Que según certificado de Alineamiento No. 06509 de Diciembre 13 de 2001 (A-3023- Zona Residencia R-5-03), exige que se debe conservar lo requerido, por la Calle 96 A, del Eje de la Vía a línea de Bordillo, una franja de 5.25 metros. De línea de Bordillo a Línea de Propiedad, una franja de 3.00 metros; zona en la cual no se pueden construir estacionamientos ni hacer ocupación del espacio público, (Ley 9ª de enero de 1989). De línea de Propiedad a Línea de Construcción, una franja de 6.00 metros. Por la carrera 48, de Línea de Bordillo a Línea de Propiedad, una franja de 3.00 metros; zona en la cual no se pueden construir estacionamientos ni hacer ocupación del espacio público, (Ley 9ª de enero de 1989). De Línea de Propiedad a Línea de construcción, una franja de 6.00 metros. VOLADIZO: 1/3 del Antejardín (Por la Calle 96 A y por la Carrera 48: 2.00 metros máximos)". (SIC).

Por su parte, la administración sostiene en los apartes pertinentes, relativos al considerando y al análisis del Despacho del texto del acto acusado, lo que a continuación se expone:

"...Por lo anterior quiero manifestarle que revisado el alineamiento No. A 3023 expedido por la oficina de alineamiento se constató que la obra en mención se encuentra ocupando espacio público en una distancia de 0.60 metros por el lateral oeste, además de estar ocupando el espacio público, esta se encuentra fuera de la línea de construcción en una distancia de 6.0 metros por el lateral este y lateral oeste de la verdadera línea de propiedad.

Nos encontramos frente a un hecho que amerita la pronta intervención de este despacho, teniendo en cuenta que se viene adelantando una construcción, que si bien es cierto cuenta con la correspondiente licencia, el hecho preocupante es que se adelantan las obras irregularmente, ya que la construcción ocupa área de propiedad Distrital según el informe técnico, en una medida de 0,60 centímetros por fuera de la línea de propiedad, lado este; y 0,40 centímetros, por el lado oeste. Pero así mismo, no se viene acatando la distancia que se debe atender entre la línea de propiedad y la de construcción, constituyéndose en una flagrante violación a las normas urbanísticas y a la licencia misma que se concedió. En efecto, el alineamiento indica que hacia la carrera 48, deben dejarse 6.00 metros de la línea de propiedad a la línea de construcción, y según el informe técnico

⁹ Folios 26 a 29 del cuaderno No. 2 del expediente.

producto de la última visita, señala que la obra se viene adelantando sin dejar esa medida”.

El dictamen pericial practicado como prueba anticipada¹⁰, señala que la construcción se adelantó en observancia de la licencia otorgada, concluyendo:

“4.1. Con fundamento en los documentos que obran dentro del proceso, como son:

Resolución 001 de 4 de febrero de 2002 proferida por la Curaduría Urbana No. 2 de Barranquilla y el certificado de Alineamiento Urbano No. A-3042 del 22 de enero 2002 otorgado por la Secretaría de Planeación Distrital, Planos con número de radicación P-001-2002 y Escritura Pública No. 1890 del 20 de diciembre de 2001 Notaría 8ª y Matrícula Inmobiliaria No. 040-50984 de Instrumentos Públicos y Carta Catastral, complementado con el levantamiento planimétrico elaborado por los suscritos, tanto del lote como de la edificación sobre él levantados, que son materia de la controversia, encontramos que de acuerdo a estos parámetros (Alineamiento y Licencia de Construcción), esta edificación se levantó sin ninguna contravención a estas normas, como son:

- a) Por la calle 96 A (lindero este del predio), la construcción está levantada a partir de un eje que se encuentra a 14.25 metros lineales contados desde el eje de la vía de la Calle 96 A y determinados así: 5,25 metros del eje de la vía a la línea de bordillo, 3.00 metros de línea de bordillo a línea de propiedad y 6.00 metros de línea de propiedad a línea de construcción, que además, existe un voladizo de la loza de entepiso sobre este lindero de 1.00 metro, lo que determina que cumple con todas las normas establecidas y solicitadas por estas instancias.*
- b) Por la carrera 48 (lindero norte del predio) la construcción está levantada a partir de un eje que se encuentra a 13.00 metros contados desde el eje de la vía de la carrera 48 y determinado así: 3.50 metros del eje de la vía de la carrera 48 hasta la línea de bordillo, 3.00 metros de la línea de bordillo a la línea de propiedad y 6,50 metros de la línea de propiedad a la línea de construcción, que además, existe un voladizo de la loza de entepiso sobre este lindero de 2.00 metros hacia la línea de propiedad, lo que determina que cumple con todas las normas establecidas y solicitadas por estas instancias.*

Queremos dejar constancia que de acuerdo con nuestro levantamiento planimétrico al compararlo con los títulos, encontramos la existencia de una mayor cabida superficial del lote de terreno, lo que muy respetuosamente consideramos que no nos corresponde emitir opinión”. (SIC).

¹⁰ Folios 79 a 87 del cuaderno No. 3 del expediente.

Cabe advertir que la licencia de construcción hizo referencia al alineamiento A-3023, el cual, según aclaró la curaduría previa solicitud del actor¹¹, no es el que corresponde al predio objeto de la litis, sino que este es el A-3042. Sobre el particular, se observa que el dictamen pericial tuvo como referencia el alineamiento A-3042, esto es, el que en efecto pertenece al predio del demandante, por lo que no le asiste razón al juez de primera instancia al restarle mérito probatorio a dicho dictamen por haber aludido a este último alineamiento, cuando la licencia, de manera imprecisa, menciona el A-3023. Al efecto, se resalta que consta en el expediente la aclaración pertinente por parte del curador, en el sentido que la inconsistencia fue de forma y no de fondo, pues el alineamiento expuesto en la licencia consta de las mismas medidas previstas del que corresponde al predio en cuestión por pertenecer ambos alineamientos, a lotes ubicados uno enfrente del otro, en la esquina de la Calle 96 A con Carrera 48. Así, al hacer la comparación entre los dos certificados de alineamiento, esto es, el A-3023 y el A-3042¹² la Sala observa que ciertamente ambos contemplan las mismas medidas en lo que hace a los retiros que debe respetar la construcción a fin de no afectar el espacio público. De este modo, se estima por la Sala como pertinente, conducente y eficaz el dictamen pericial aportado como prueba anticipada en la primera instancia, en lo que respecta a determinar si la construcción levantada en la calle 96 A No. 47 – 43 de la Ciudad de Barranquilla se ajustó al alineamiento que corresponde a dicho predio y por ende a la licencia de construcción.

De lo anterior, se deriva que tampoco le asiste razón al a quo al señalar que hubo un error en la licencia de construcción consistente en el señalamiento de un alineamiento diferente del que corresponde al predio del demandante, pues como se anotó, esa inconsistencia de forma, relativa a la identificación del alineamiento, fue

¹¹ Folios 64 a 67 del cuaderno No. 2 del expediente.

¹² Folios 61 y 62 del cuaderno No. 2 del expediente.

aclarada por el curador y no incide en las medidas que debe observar el constructor expuestas en la respectiva licencia, por coincidir estas en su integridad en ambos certificados de alineamiento.

Así las cosas, es de acotar que el objeto de la controversia recae en definir si sobre las siguientes medidas se vulneró lo previsto en la licencia de construcción: i) Por el lado este, esto es, el de la calle 96 A, se debe dejar un espacio de 6.00 metros entre la línea de construcción y la línea de propiedad. Al respecto, la administración sostiene que existe una ocupación por fuera de la línea de propiedad en 0.60 centímetros, mientras que el dictamen pericial señala que se respetó el espacio de 6.00 metros que indica la respectiva licencia; ii) Por el lado oeste, que corresponde al de la carrera 48, se debe dejar una franja de 6.00 metros entre la línea de propiedad y la línea de construcción, frente a lo cual señala la administración que existe una ocupación de área de propiedad distrital en 0.40 centímetros, mientras que el peritazgo indica que allí la franja de espacio libre consta de 6.50 metros, esto es, se dejó incluso un espacio mayor al de la distancia autorizada; iii) Adicionalmente, la administración afirma que la obra se encuentra fuera de la línea de construcción en una distancia de 6.0 metros por el lateral este y el lateral oeste de la verdadera línea de propiedad.

Sostiene el actor que las medidas a considerar para efectos de establecer la concordancia de la obra con la licencia de construcción deben ser las reales sobre la respectiva construcción y no las medidas señaladas en la escritura pública, como lo indicó el funcionario de la Secretaría de Planeación, pues estas no siempre reflejan la realidad de la dimensión del predio. De ahí que el mismo se hubiere vendido como cuerpo cierto y que las diferencias entre las medidas reales y las de la escritura pública no constituyan una violación a las normas urbanísticas.

Frente a lo anterior, es pertinente anotar que efectivamente el acta de diligencia de inspección de la Secretaría de Planeación Distrital¹³, da cuenta de que los parámetros de medición se basaron en la escritura 1980 de diciembre 20 de 2001, al indicar la misma lo siguiente en su aparte pertinente:

“verificada, las medidas del lote, en base a la escritura pública 1.089 (se corrige) 1080 la cual estipula una distancia de 29.25 metros por lateral este y 29.25 metros, corrijo 29.85 metros lateral este y por el lateral oeste 29.65 metros. En base a las medidas anteriores se detectó lo siguiente, por el lateral este se presenta una ocupación del espacio público en 060 metros y por el lateral oeste una ocupación de 0.40 metros, además la construcción se encuentra fuera de la línea en 6 (seis) metros en ambos lados, como lo estipula el alineamiento A3042 de enero 22 del 2002 expedido por la oficina de alineamientos” (SIC).

Ahora, a efectos de esclarecer si las medidas expresadas en la escritura pública tienen la vocación de determinar la violación de las normas urbanísticas en razón de una eventual ocupación del espacio público del predio respectivo, resulta pertinente considerar algunas definiciones contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito de Barranquilla, como son la de delineación urbana, área construida y eje de vía¹⁴.

Así, la delineación urbana hace referencia a la fijación de las líneas que determinan el límite entre un lote y las áreas de uso público, expresados a través del documento denominado alineamiento. El área construida alude a la parte edificada dentro de un lote y correspondiente a la suma de la superficie de los pisos, excluyendo azoteas y áreas duras sin cubrir o techar. Por su parte, el eje de vía está conformado por la línea que demarca la separación de carriles de una vía vehicular (si esta cuenta con separador central se considerará como tal la línea que divide su ancho en partes iguales; en igual forma, en vías con un solo carril se considera aquella que divide su

¹³ Folios 105 a 107 del cuaderno No. 2 del expediente.

¹⁴ Anexo número 1, numerales 22, 83 y 101, respectivamente.

ancho en partes iguales), a partir de la cual se determinan distancias a las líneas de construcción de las edificaciones.

Lo anterior, hace colegir que con independencia de las medidas del lote o predio expresadas en la escritura pública, lo que se debe constatar es que la construcción en sí misma no traspase las áreas que, en el alineamiento correspondiente al predio, delimitan las zonas de uso público. En otras palabras, la construcción levantada dentro del lote o predio de que se trate, no ha de exceder las líneas fijadas en el respectivo alineamiento a partir de las cuales se definen las áreas de uso público, aunque estas últimas puedan, eventualmente, llegar a hacer parte de la propiedad privada¹⁵.

Ahora, cabe referirse a la medida establecida sobre la carrera 48, pues allí el certificado de alineamiento no contempla el eje de vía, como sí se señala sobre la Calle 94 A. En este punto reitera la administración que la medida para efectos de determinar si se respetaron los retiros expresados en la licencia de construcción, debe ser la de la escritura pública¹⁶; mientras que los peritos procedieron a hacer la medición física respectiva acudiendo a lo señalado en el Estatuto Urbanístico de la Ciudad de Barranquilla, es decir, tomando como referencia la línea que divide en dos la carretera vehicular, para a partir de ella establecer la distancia hasta la línea de construcción. Como resultado, los peritos señalaron que no se vulneraron los espacios que sobre ese tramo se debían conservar libres de construcción.

¹⁵ Las zonas de uso público pueden contener áreas de propiedad privada que de acuerdo con la regulación urbanística del caso, debe ser destinada a tal fin. Al respecto, léase la Sentencia de esta Sección de 15 de abril de 2010, Expediente No. 2406-01, M.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

Lo anterior corrobora que la cabida del predio no incide necesariamente en que la construcción desconozca áreas de uso público.

¹⁶ Según expone el apoderado del Distrito de Barranquilla en el escrito por medio del cual descorre traslado de la aclaración y complementación presentadas por los peritos. Folios 234 a 242 del cuaderno No. 3 del expediente.

En este punto, siguiendo lo expuesto anteriormente, la Sala considera que se ha de proporcionar prevalencia a la medida física tomada a partir del eje de vía, aunque el mismo no se exprese en el certificado de alineamiento, pues salvo que se tratase de predios en que aquel fuere de imposible localización, se habrá de aplicar criterios auxiliares de determinación de la medida diferentes del expuesto en el Estatuto Urbanístico, lo que no ocurre en el caso sub examine, según se aprecia de las conclusiones del dictamen y del mismo alineamiento, por encontrarse frente a la construcción una carrera (la 48) respecto de la cual hacer la correspondiente medición.

En este orden, la Sala infiere que no le asiste razón a la administración al aducir que el actor violó las medidas estipuladas en la licencia de construcción, y en consecuencia las normas urbanísticas, por no encontrar coincidencia entre las dimensiones del predio expresadas en la escritura pública y las de la licencia de construcción señaladas en la resolución No. 001 del 2002. Al respecto, se recalca que no es necesariamente la escritura pública el documento llamado a determinar el cumplimiento de las normas urbanísticas alusivas a la ocupación del espacio público, sino la constatación física de que la construcción, como tal, no traspase los límites estipulados en la licencia, y que a su turno corresponden a los señalados en el certificado de alineamiento del respectivo predio. Aceptar lo contrario, llevaría al absurdo de asumir que toda discrepancia entre las dimensiones de un predio consignadas en la escritura pública y las de la licencia de construcción sean interpretadas como ocupación del espacio público cuando aquellas sean mayores, lo cual deviene en desconocimiento de las medidas reales a que debe obedecer la construcción, a fin de no ocupar las áreas de uso común.

Así las cosas, la Sala estima que el demandante desvirtuó, mediante el dictamen pericial practicado y aportado como prueba anticipada, la legalidad de los actos

acusados toda vez que este da cuenta de que las medidas de la construcción elevada en la Calle 96 A No. 47 – 43 se ajustan al alineamiento de que trata la licencia de construcción, no presentándose, en consecuencia, vulneración alguna de ésta por parte del administrado. Ello hace reparar, además, en el desatino en que incurre el juez de instancia al aducir que las fotografías aportadas en el dictamen pericial muestran que se presentó ocupación del espacio público, pues es evidente que una representación fotográfica no aporta los parámetros demostrativos de un hecho cuya comprobación se halla en mediciones técnicas y reales sobre los retiros, franjas o espacios señalados en el alineamiento del predio y en la respectiva licencia.

Por lo expuesto, fuerza concluir que la Sala procederá a confirmar la nulidad de los actos acusados, pero no por las razones en que se fundamenta el a quo para el efecto, sino en los motivos señalados en el presente proveído.

4.- En lo que respecta al restablecimiento del derecho en los términos señalados por el actor en su escrito de apelación, la Sala encuentra que como consecuencia de la actuación ilegal adelantada por la administración es menester reparar al administrado en su derecho conculcado, invocando los principios de reparación integral y equidad previstos en el artículo 16 de la ley 446 de 1998¹⁷. Para el efecto, se evaluará la tasación expresada en el dictamen pericial aportado al proceso, la cual incluye rubros de daño emergente y lucro cesante, generados para el demandante con ocasión de la demolición de la obra.

¹⁷ "Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

De este modo, es preciso verificar si los fundamentos del dictamen pericial cuentan con el suficiente soporte probatorio para efectos de definir la existencia del daño en los rubros allí señalados y el valor de la reparación a favor del afectado.

Cabe anotar, no obstante, que esos valores fueron también objetados por la Entidad demandada en la primera instancia, pero el a quo no consideró lo atinente a este aspecto indemnizatorio por cuanto no reconoció derecho alguno a reparar al considerar desacertadamente que el Distrito de Barranquilla actuó en derecho, y que la supuesta ocupación del espacio público en que incurrió el administrado se debió a una equívoca licencia de construcción, lo cual, como se constató, no atiende a la realidad fáctica ni jurídica advertida en el proceso.

De este modo, la liquidación aportada por la parte demandante y que se ha de valorar en esta instancia se refleja en la tasación indicada en el dictamen pericial que obra a folios 79 a 87 del expediente así¹⁸:

“ A) DAÑO EMERGENTE

Causado por la orden de suspensión de la construcción y posterior orden de demolición se han generado por parte del demandante una serie de erogaciones. Además teniendo en cuenta que el área a demoler solicitada por Planeación equivale a un 40% de la obra proyectada nos lleva a reconsiderar en su totalidad el proyecto aprobado. Por lo tanto el análisis anterior trae como consecuencia el siguiente daño emergente:

“DAÑO EMERGENTE

1* VALOR OBRA EJECUTADA A LA FECHA (equivalente al 70% del valor del presupuesto aportado por el demandante)	\$134.580.943.70
2* Almacenista –Ayudante – Celaduría (Servicios públicos de construcción, pago de arriendo apartamento más administración y gestorías varias)	\$17.723.484

¹⁸ Cuaderno No. 3.

3* Pago de demolición	\$2.000.000
4* Pago de nueva licencia	\$2.000.000
5* Multa por contravención	\$28.640.000

(80 SMVLV)

VALOR TOTAL DAÑO EMERGENTE \$191.658.079,70

El peritaje explica cada ítem del daño emergente así:

“a) Se estimó que la obra está ejecutada en un 70% teniendo en cuenta los siguientes criterios: el estado actual de la construcción y el porcentaje de avance de acuerdo con el presupuesto de obra terminada, como fue constatado en nuestra visita efectuada el 15 de marzo de 2004 a las 8:30 a.m.

b) Los gastos de almacenista, ayudante y celaduría se calcularon con fundamento en el salario del mismo y en los gastos relacionados y certificados en los roles de pago de la construcción aportados por el demandante.

Los pagos de arriendo se refieren a la obligada habitación del afectado y se constató con los documentos del pago del mismo, suministrados por el demandante.

c) El pago de la demolición se calculó con fundamento en el giro ordinario de costos en el mercado de la construcción de la ciudad.

d) Al valor aquí calculado debe agregarse, además de de los gastos de abogados, los honorarios que se cancelen por concepto del presente experticio en la cantidad que determine el Tribunal” (SIC).

La Sala encuentra que en lo que respecta al valor de la construcción, obra a folios 113 a 117 del expediente un presupuesto de obras en papel con membrete de los arquitectos Álvaro Gutiérrez y Edgardo Jiménez M, correspondiente a la obra de vivienda unifamiliar, Familia Castro Molina, en la calle 96 A No. 47 – 43 de enero 10 de 2002. En él se señala que el total del presupuesto de la obra es de \$192.258.490,63 y como según los peritos, se había adelantado el 70% de la misma al momento de la orden de la suspensión de los trabajos, el valor que arroja como daño emergente en ese rubro es el arriba anotado. Sin embargo, tal documento no cuenta siquiera con firma alguna por parte de los arquitectos, por lo que para la Sala su autenticidad no resulta verificable atendiendo lo preceptuado por el artículo 252

del C. de P. C., y por tanto, no cuenta con el valor probatorio requerido para otorgarle reconocimiento en el proceso.

Así las cosas, y dado que es incuestionable la existencia de un perjuicio para el demandante consistente en el valor de la obra demolida, que según el peritaje equivale al 70% del presupuesto total de la misma, pero cuyo rubro no fue suficientemente constatado en el proceso, la Sala proferirá una condena en abstracto y ordenará que su cuantía se determine mediante el trámite incidental que debe promover la parte demandante de acuerdo con lo previsto en el artículo 172 del anterior Código Contencioso Administrativo¹⁹, en armonía con lo dispuesto en los artículos 178 del mismo cuerpo normativo y 137 del Código de Procedimiento Civil, a fin de establecer el monto de la indemnización pertinente a dicho ítem.

Por otro lado, en lo que respecta a los rubros relativos a almacenista, ayudante, celaduría y servicios públicos de construcción, la Sala observa que además de constar como soporte de su monto unos comprobantes y recibos de pago por dichos conceptos, en copias informales que no prestan mérito probatorio alguno en los términos del artículo 252 y 254 del C. de P. C.²⁰, estos ítems no deben integrar el valor del daño emergente, por cuanto los mismos debían ser cubiertos por el demandante con independencia de la actuación administrativa, luego no es de recibo

¹⁹ Es esta la normativa aplicable por haberse radicado la demanda con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según se indica en su artículo 308.

²⁰ Esta Sección en Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Expediente 2009-00201-01, M.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso, señaló lo siguiente aludiendo a jurisprudencia anterior de esta Sala:

"La Sala tiene determinado que las copias informales carecen de valor probatorio en los términos del artículo 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, dado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado.»

pretender trasladarle al Distrito de Barranquilla el deber de asumir unos valores en los que, en todo caso, debía incurrir el actor.

Ahora, frente a los contratos de arrendamiento a que alude el peritazgo es de considerar que estos constan autenticados en el expediente²¹; y, el monto por este concepto, se refiere, según los peritos, a la obligada habitación del afectado, presumiendo que este, una vez la construcción fuere habitable viviría allí, obviando en su presupuesto personal el pago de un arriendo. Pues bien, según los peritos, la suspensión de la obra se efectuó el 11 de junio del año 2003, fecha de la resolución 066, luego es de asumir que en un momento posterior, para cuando la obra estuviere terminada, el demandante hubiere trasladado su residencia allí. Así, el peritaje soporta este rubro en dos contratos de arrendamiento, a saber: uno, cuyo plazo es de seis (6) meses contados a partir del 23 de noviembre de 2002, es decir, corresponde a un periodo anterior a la resolución en que se ordena la suspensión de las obras, por lo que no puede estimarse en el proceso como parte del daño emergente al no coincidir con un momento aproximado en el que la construcción deviniere habitable; y, el otro contrato de arrendamiento consta de un plazo de seis (6) meses, desde el 10 de enero de 2004 hasta el 10 de julio del mismo año, de modo que aunque corresponde a una fecha posterior a la suspensión de las obras, en el expediente no consta prueba alguna del momento o fecha probable de entrega de la construcción, como para asumir que desde ese momento el inmueble se encontraba en condiciones habitables, y por tanto, a partir de ahí el demandante se exoneraría del pago de los arriendos que venía sufragando. Por tal motivo, este contrato tampoco es de recibo como soporte de los rubros que por concepto de arriendo tuvo que soportar el demandante al verse impedido para ocupar su casa de habitación una vez construida, dada, se reitera, la incoherencia de los plazos contractuales estipulados y la inexistencia de una fecha probable de entrega de la

²¹ Folios 217 a 223 del cuaderno No. 3 del expediente.

casa de habitación construida. Frente a este punto, se recalca que la carga de la prueba corresponde al demandante por ser a él a quien interesa demostrar fehacientemente el perjuicio del cual se deriva un menoscabo patrimonial a cuenta de la actuación ilegal del Estado, de forma tal que ese deber procesal no fue debidamente observado como para reconocer el ítem en comento como integrante del daño emergente.

En cuanto al pago de la demolición por \$2.000.000, la Sala observa que tampoco obra en el expediente un factor probatorio que refiera a lo que en el giro ordinario de costos en el mercado de construcción en la Ciudad de Barranquilla, según indican los peritos, debió sufragar el actor por dicho concepto. En este orden, y aunque es de admitir que al demandante se le debe reconocer el rubro que por la demolición se vio obligado a cancelar, el mismo será objeto del trámite incidental de liquidación de perjuicios, debiendo aportarse la prueba de lo que efectivamente se pagó por el desmonte de la obra.

En lo que hace al valor de una nueva licencia, el expediente no da cuenta de que esta estuviere en trámite o se hubiere obtenido, por lo que al no hallarse probada la existencia de tal rubro, no ha de ser aceptado como parte del daño emergente.

Finalmente, dentro de los montos por concepto de daño emergente se encuentra la multa por la contravención urbanística indebidamente impuesta al actor por valor de \$28.640.000, cuya devolución fue ordenada por el juez de primera instancia, de modo que en este ítem la Sala acogerá lo así decretado por el a quo, debiendo la Entidad demandada reintegrar dicha suma actualizada al actor.

En lo que respecta al lucro cesante, el peritaje señala lo siguiente en su parte pertinente:

"LUCRO CESANTE

Se calcula a partir de los gastos puntuales que efectuó el demandante, desde la fecha de suspensión de los trabajos hasta el 19 de abril de 2004, tales como el valor del terreno y los gastos indirectos del proyecto (licencias, estudios, honorarios y derechos) que generarían una rentabilidad o intereses aplicándole la tasa del 10.69% efectivo anual del fondo de pensiones voluntarias que anexamos.

- a) Ver el valor del lote según promesa de compraventa junto con los recibos de la propiedad, los cuales anexamos.
Diciembre 14 de 2001: \$70.000.000.

Este valor se indexó desde diciembre 14 de 2000 hasta la fecha de suspensión de los trabajos el 11 de junio del 2003, según la variación del IPC de la oficina del DANE.

$$\text{Valor indexado} = \text{Valor a indexar} \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$\$70.000.000 \times 1.12352 = \$ 78.647.083,30$$

- b) Lucro cesante del valor del lote de terreno.

*Valor del lote = \$78.647.083,30 de acuerdo con la indexación hecha de diciembre 14 de 2001 a junio 11 de 2002.

*Interés efectivo anual (fondo de pensiones voluntarias) = 10.69% efectivo anual (EA).

*Días transcurridos desde la fecha de suspensión de la obra hasta la fecha de este peritazgo = 314 días.

*Interés equivalente diario: $(1 + 0.1069) - 1 = 0.0278\%$

(...)

- (1) LUCRO CESANTE DEL LOTE = \$7.180.704.49.

- c) Valor de los honorarios de diseños, licencia, estudios y derechos (4 de febrero de 2002)
\$6.713.652,00. Se indexó desde el 4 de febrero de 2002 con la variación respectiva del IPC hasta la fecha de junio 11 de 2003.

$$(\dots) = \$7.391.731.00.$$

- d) Valor lucro cesante de honorarios y otros desde el 11 de junio de 2003 hasta la fecha de presentación del este peritazgo (314 días).

(...)

- (2) LUCRO CESANTE HONORARIOS = 674.886.26

- e) Valor del lucro cesante de la inversión en la construcción.

$$\text{VALOR OBRA EJECUTADA A LA FECHA} \quad \$134.580.943.70$$

*(equivalente al 70% del valor del
Presupuesto aportado por el demandante)*

(...)

*(3) LUCRO CESANTE CONSTRUCCIÓN,
(...) = \$11.752.308,50.
(...)*

*VALOR TOTAL DEL LUCRO CENSANTE = (1) + (2) + (3) = 7.180.704.49
+ 674.886.26 + \$11.752.308,50 = 19.607.899,25.*

(...)

*VALOR TOTAL = VALOR DAÑO EMERGENTE + VALOR LUCRO
CESANTE.*

VALOR TOTAL = \$192.885.869.70 + 19.607.889,25.

VALOR TOTAL = \$212.493.768,95..."

Para la Sala, el dictamen pericial aportado como prueba anticipada al proceso en lo que atañe a los rubros sobre daño emergente y lucro cesante, no se halla debidamente soportado ni muestra fundamentos técnicos de calidad, firmes ni precisos que permitan reconocer la reparación del daño en los términos expuestos por los peritos.

Nótese que el concepto de lucro cesante expresado en el peritaje, no alude siquiera a los elementos razonablemente integrantes de lo que éste constituye, el cual es entendido como la ganancia o provecho que deja de producir el bien en razón del hecho dañino, como sería, por ejemplo en el caso bajo examen, la imposibilidad de haber percibido el incremento del valor patrimonial generado en la obra. Así, el valor que medianamente hace referencia a éste en el ítem número tres (3) arriba transcrito por valor de \$11.752.308,50, no cuenta con un soporte válido de estimación pues, según se anotó a propósito del valor de la obra a la fecha de su suspensión en el aparte alusivo al daño emergente, el documento en que este se basa es un simple presupuesto de obra sin firmar, en papel membretado de los arquitectos, por lo que

su autenticidad no resulta certera y de ahí que la indexación de ese monto, no parta de una base valorativa confiable.

En lo que respecta al lucro cesante sobre el lote de terreno señalado en el ítem número uno (1) del dictamen, se observa que tal rubro tampoco puede ser de recibo para la Sala, por cuanto el demandante no se vio afectado en su derecho de propiedad sobre el predio como para aducir que lo dejado de percibir patrimonialmente por el valor del mismo, deba ser objeto de resarcimiento por parte de la administración. En este orden, lo que se constata es que la actuación irregular de la administración incidió en el derecho de uso del lote de propiedad del actor al verse impedido para elevar la obra en los términos señalados en la licencia de construcción, pero ello no significa que su derecho de propiedad sobre el lote se afectare pues la actuación administrativa no fue expropiatoria, conservándose incólume la titularidad del derecho de dominio sobre el predio, por lo que, se reitera, no es admisible el reconocimiento de una reparación por concepto de lucro cesante sobre el valor de aquel.

No sobra anotar, en todo caso, que el peritaje sustenta el valor del predio en el precio expresado en la promesa de compraventa, lo que en modo alguno expresa su valor comercial, pues es bien sabido que el precio de negociación o venta no necesariamente corresponde a los valores comerciales de los lotes o predios que puede certificar una entidad acreditada para el efecto, como sería la Lonja de Propiedad Raíz de Barranquilla para el caso en cuestión; y lo propio cabe aducir frente a la indexación que señalan los peritos, pues el soporte valorativo del cálculo en sí mismo resulta carente de fundamento, por lo aquí señalado.

Finalmente, los demás ítems relacionados con honorarios de diseños, licencia, estudios y derechos tampoco son susceptibles de aceptación para reparar un

eventual lucro cesante, pues tales conceptos no integran la noción de este rubro indemnizatorio, que como su expresión literal lo sugiere, se trata de valores dejados de percibir, sin que quepan en él los costos propuestos por los peritos, observando en este punto un evidente yerro en el que se confunden los conceptos de lucro cesante y daño emergente.

Así las cosas, para la Sala es constatable, de las pruebas obrantes en el expediente, que se materializó una actuación irregular del Distrito de Barranquilla consistente en la emisión de un acto administrativo que ordena la suspensión de una obra y su consecuente ajuste a la licencia de construcción, que conllevó a que esta fuere demolida, cuando se comprobó que el demandante había levantado su construcción conforme a la licencia que le fue concedida, la cual a su turno, no presentó error alguno en su emisión, como equivocadamente concluyó el a quo.

De lo anterior, es evidente que se generó un daño al administrado asociado a la suspensión y posterior demolición de la obra. En este orden, se halla probada la existencia de un menoscabo que debe ser reparado por la administración, pero respecto del cual el demandante no probó su cuantía en lo que hace al daño emergente, atendiendo a que el dictamen pericial aportado al proceso no sustenta valederamente los rubros a él atinentes e incluyó sumas que no se admiten como objeto de resarcimiento, según se anotó; y, en lo que concierne al lucro cesante, los montos en él incluidos no merecen estimación alguna por no corresponder a la noción misma de este concepto indemnizatorio y tampoco se probó que se hubiere generado un perjuicio por este ítem, como elemento esencial para ordenar una condena genérica tendiente a cubrir una reparación al respecto²², para ser liquidada

²² La Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio y otra la falta de los elementos para hacer su tasación. Al respecto, léanse las Sentencias de la Sección Tercera de 10 de septiembre de 1993, Expediente No. 6144, M.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández y 14 de septiembre de 1990, Expediente 5707, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

mediante el trámite incidental de que trata el artículo 172 del C.C.A. De hecho, al aceptar un resarcimiento consistente en el valor debidamente actualizado de la obra demolida, como en efecto se dispondrá, resulta inadmisibile el reconocimiento adicional de un lucro cesante en aquella generado, que no es soportado por el actor en el proceso.

Ahora, el demandante solicita que se ordene el restablecimiento de los efectos jurídicos de la licencia de construcción No. 001 de 2002, en los términos del artículo 24 del decreto 1052 de 1998, frente a lo cual es de aclarar que un pronunciamiento en tal sentido no procede en la medida que la legalidad de dicho acto administrativo no fue objeto de discusión en el presente proceso, y además, como lo ha sostenido esta Sección, la licencia de construcción se autoriza conforme a las normas vigentes al momento de su expedición²³, por lo que es factible que al solicitar una nueva licencia, las reglamentaciones urbanísticas hubieren sido objeto de alguna modificación sin que sea de recibo ordenar al curador conservar los mismos términos de la licencia inicial.

Por todo lo anotado, y reconociendo que el no haber aportado los elementos probatorios requeridos para la tasación del daño irrogado al actor por cuenta de la actuación irregular de la administración, no implica que su reparación deba ser desconocida, la Sala procederá a establecer las bases con arreglo a las cuales se efectuará la liquidación incidental de la condena a cargo del Distrito de Barranquilla y a favor del demandante, no sin antes advertir que los montos a reconocer por concepto del resarcimiento obedecen al daño efectivamente probado en el proceso, de acuerdo con las conclusiones que sobre los rubros del dictamen pericial indicó la Sala y en observancia de los siguientes parámetros:

²³ Léase la Sentencia de 02 de marzo de 2000, Expediente No. 5608, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- (i) Para determinar el valor de la obra a 11 de junio de 2003, fecha de la resolución 066, y para la cual, según los peritos, se encontraba la obra adelantada en un 70%, se allegará liquidación fundada en el presupuesto aportado por los arquitectos Álvaro Gutiérrez Consuegra, con matrícula profesional No. 08700-05686 Seccional Atlántico y Edgardo Jiménez Martínez, con matrícula profesional No. 08700-17560 Seccional Atlántico, los cuales son designados como responsables de la obra en la resolución 001 de 2002. Igualmente, de ser viable, se anexará liquidación proveniente de la Firma PUCCINI THERAN LTDA, ingeniero civil Pedro Theran Cabello con matrícula profesional No. 938 Seccional Atlántico, como calculista responsable, también allí señalado.
- (ii) La liquidación así aportada se actualizará a valor presente por parte de la Entidad demandada desde la fecha de la resolución 066, esto es, el 11 de junio del 2002, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, y el índice de precios al consumidor debidamente certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.
- (iii) Se aportará prueba del valor efectivamente pagado por parte del demandante por la demolición de la obra, mediante las facturas pertinentes. Este monto también será actualizado de acuerdo con el IPC certificado por el DANE, desde la fecha del respectivo pago hasta la ejecutoria de esta providencia.
- (iv) Por concepto de honorarios de los peritos, debe allegarse factura o comprobante de lo pagado por el demandante y esta suma también

será actualizada conforme a los parámetros señalados, contando su término desde la fecha del correspondiente pago hasta la ejecutoria de este proveído.

En materia de costas del proceso a cargo de la entidad demandada, las mismas no se ordenarán por cuanto de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, la condena en costas sólo procede cuando la parte vencida ha actuado de manera temeraria o abusiva y, en el caso concreto, no se advierte ninguna actuación procesal que pueda calificarse de temeraria, irrazonable, infundada, desleal o dilatoria, que justifique dicha condena.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala confirmar parcialmente la sentencia apelada, y en lo que atañe a la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a la restitución de la multa injustificadamente pagada por el actor, se confirmará la decisión del juez de instancia, pero, se reitera, no con fundamento en las razones por él señaladas, sino en atención a lo anotado en el presente proveído.

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

F A L L A

PRIMERO. REVÓQUESE el numeral tercero de la sentencia de 11 de abril de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y en su lugar **ORDÉNASE** al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla pagar al demandante, señor Aníbal Castro Otero por concepto de reparación del daño generado en las resoluciones 066 de 11 de junio de 2003 y 231 de 11 de noviembre de 2003, la

suma que se acredite en el incidente que promueva el demandante dentro del término previsto en la ley, conforme a los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONFÍRMASE en lo demás la sentencia de 11 de abril de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en esta providencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO