

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por decisión que ordenó lanzamiento por ocupación de hecho / ACTO ADMINISTRATIVO - Proferido dentro de querella policiva ordenó lanzamiento por ocupación de hecho de poseedores / LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO - Solicitado por funcionario del Distrito de Santa Marta / LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO DE PREDIO DEL ESTADO - De bien inmueble ubicado en Santa Marta / LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO - Por tratarse de bien público / MEJORAS – Indemnización a favor de poseedores de bien inmueble de propiedad del Estado

La parte actora alegó, como fuente del perjuicio que supuestamente le fue irrogado, la decisión contenida en la Resolución del 29 de agosto de 2000, mediante la cual se ordenó el lanzamiento por ocupación de hecho que, según la entidad pública demandada, venían ejerciendo los demandantes respecto de un bien inmueble ubicado en la ciudad de Santa Marta y su posterior ejecución. En cuanto al primer de los eventos originadores del perjuicio – la Resolución que ordenó el lanzamiento por ocupación de hecho-, la parte actora señaló que dicha decisión se constituyó en una vía de hecho, por cuanto: i) se adoptó sin que el querellante hubiere actuado con poder previamente otorgado por la entidad pública competente, ii) la querella se dirigió contra personas indeterminadas a pesar de que el Distrito conocía la identidad de los ocupantes; iii) no se constituyó previamente prueba sumaria que se exige en esta clase de procedimientos; frente al segundo hecho generador del daño –esto es, la ejecución de la medida de desalojo-, la parte demandante señaló que: i) se ejecutó por fuera del término legal de prescripción de la medida, determinado por la ley en 30 días, ii) se practicó en un día distinto, al día siguiente, del que se indicó en el aviso.

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio / PROCESOS EJECUTIVOS - Título ejecutivo debe constar en original o copia auténtica / PROCESOS ORDINARIOS - Prueba documental puede obrar en copia simple para acreditar responsabilidad de entidad demandada / VALOR PROBATORIO DE COPIAS SIMPLES - Unificación jurisprudencial

Para la Sala resulta pertinente realizar una precisión en cuanto al alcance de la sentencia de unificación jurisprudencial (...) puesto que si bien se estableció en ella que en tratándose de procesos ejecutivos el título de recaudo que soporte la obligación debe obrar en original o en copia auténtica en los eventos autorizados por la ley, no es menos cierto que dicha restricción al ámbito de aplicación de la jurisprudencia transcrita sólo opera para aquellos procesos que se tramiten de esa forma, esto es para los denominados procesos ejecutivos, excluyéndose por lo tanto de tal carga a los procesos ordinarios como el de reparación directa que ahora se decide en segunda instancia, puesto que lo que se pretende en este último no es otra cosa que acreditar la configuración de la responsabilidad de la entidad pública demandada, de allí que aunque la prueba documental respectiva corresponda a un título ejecutivo o, incluso, a un título valor, sí podrá apreciarse y valorarse en cuanto hubiere sido aportada o recaudada en copia simple. Así, en aplicación del precedente jurisprudencial en cita, la Sala valorará los documentos aportados por la parte actora en copia simple. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la valoración de copias simples, consultar sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, MP. Enrique Gil Botero.

BIENES PUBLICOS - Se clasifican en bienes de uso público y bienes fiscales

En el derecho nacional, el sistema de los bienes públicos se encuentra marcado por la distinción que al respecto realizó el codificador civil en el artículo 674, por

cuya virtud los patrimonios públicos se dividen en bienes de uso público –aquellos de propiedad pública cuyo “uso pertenece generalmente a todos los habitantes”- y bienes fiscales –categoría de naturaleza residual, pues si el bien no cumple las características para ser clasificado como de uso público será, necesariamente, fiscal.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 674

BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES - Similitudes

Las diferencias y puntos en común entre una y otra categoría son evidentes. En cuanto a los puntos en común, se puede afirmar que: i) ambas categorías se encuentran sometidas a un régimen de propiedad pública, tal y como lo reconoce el propio artículo 674 del Código Civil, en el entendido en que la expresión dominio contenida en el inciso primero de la referida disposición normativa debe entenderse como propiedad a la luz de lo dispuesto en el artículo 669 ejusdem, régimen de propiedad pública marcado por la pertenencia a una persona de derecho público; ii) en punto a su régimen jurídico, los bienes de uso público y los fiscales son imprescriptibles atendiendo lo prescrito en los artículos 2519 del Código Civil y 407 del C. de P. C. –ahora 375 C.G.P.-; iii) de igual manera, en lo que atañe a su inalienabilidad e inembargabilidad, el legislador ha establecido que los bienes de uso público y los fiscales destinados a un servicio público son inembargables –artículo 684 del C. de P. C.-, y serán inalienables aquellos que el constituyente o el legislador hayan calificado como tales, es el caso del subsuelo y del espectro electromagnético; y, iv) tanto los bienes de uso público como los fiscales se encuentran sometidos de manera general a un régimen de derecho público en cuanto a su gestión y administración.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 674 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 669 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2519 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 407 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 684 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 375

BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES - Diferencias

Sus diferencias son, también, evidentes: i) los bienes de uso público se caracterizan jurídicamente porque el ordenamiento jurídico los ha puesto a disposición de los particulares para su uso directo, mientras que los bienes fiscales se encuentran, general pero no exclusivamente, destinados para el uso por parte de las entidades públicas, así se encuentren algunas porciones de ellos “abiertos al público”; ii) el régimen jurídico de los bienes de uso público es de naturaleza constitucional (art. 63 C.P.), mientras que el de la mayoría de los bienes que componen la categoría de fiscales es de carácter legal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 63

BIENES PUBLICOS - Mecanismos de protección / RESTITUCION DE BIENES DE USO PUBLICO - Instrumento policivo utilizado para recuperar bienes de uso público / LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO - Acción policiva para recuperar bienes fiscales

Con el fin de recuperar sus bienes, la Administración Pública tiene a su disposición dos tipos de instrumentos policivos según la naturaleza jurídica del bien, en tratándose de bienes de uso público se podrá hacer uso del mecanismo de la restitución de bienes de uso público, mientras que si lo que se busca es recuperar

un bien fiscal se habrá de acudir al mecanismo del lanzamiento por ocupación de hecho. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la restitución de bienes fiscales, consultar concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 29 de noviembre de 1995, Rad. 745, MP. Javier Henao Hidrón.

JUICIOS CIVILES DE POLICIA - Tienen naturaleza jurisdiccional, se encuentran excluidos del control de la jurisdicción contenciosa administrativa por cuanto la administración actúa como tercero / JUICIO POLICIVO DE CARACTER ADMINISTRATIVO - Es objeto de control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por tratarse de actuaciones emprendidas por autoridad administrativa en desarrollo de su función de policía

Las distintas normas que le atribuyen competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo han excluido de su conocimiento “las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”, según la redacción que se adoptó en el artículo 82 C.C.A.; disposiciones normativas que se han entendido tradicionalmente como exclusivamente referidas a aquellos procedimientos policivos en los que la autoridad de policía interviniera como un tercero en la disputa, catalogándose así, como una actividad jurisdiccional de la Administración Pública, mientras que aquellos referidos a actividades propiamente de policía administrativa –en la que se incluye la restitución de bienes de uso público- se entendieron como sometidos al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...) tienen naturaleza jurisdiccional y, por tanto, escapan al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los juicios policivos en los que la Administración actúe como un tercero respecto de las partes en litigio, en caso contrario, se entenderá que el juicio policivo es de carácter administrativo y, por lo tanto, se debe entender como objeto del control judicial en esta Jurisdicción; se ha decantado, entonces, una regla general por cuya virtud los procedimientos policivos de protección de la tenencia y/o de la posesión son de aquellos en los que el Estado ostenta la calidad de un tercero respecto del querellante y del querellado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 82

LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO DE BIENES FISCALES - Naturaleza jurídica / LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO - Procedimiento policivo emanado del poder público / LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO DE BIENES FISCALES - Es objeto de control por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por tratarse de una medida policiva de carácter administrativa

Ocurre que en el caso del lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales, la entidad territorial no actúa como un tercero frente a la parte querellada; por el contrario, dado el carácter de la protección que requieren los bienes públicos -en general, por su inclusión en el patrimonio público-, esa medida policiva, al erigirse en una prerrogativa del poder público, detenta un evidente carácter administrativo, cuyo control le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según la línea jurisprudencial antes reseñada. Esta competencia administrativa encuentra pleno sustento normativo en los artículos 2, 88, 102, 313 de la Constitución Política, en el Decreto 1333 de 1986 –contentivo del Código de Régimen Político y Municipal- y en el artículo 679 del Código Civil. (...) la decisión del lanzamiento por ocupación de hecho que se realizó mediante la Resolución del 29 de agosto de 2000 se debe calificar como una medida de carácter

administrativo. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la naturaleza jurídica del lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales, consultar sentencia de 02 de mayo de 2013, Exp. 28158, MP. Mauricio Fajardo Gómez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 88 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 102 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 313 / DECRETO 1333 DE 1986 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 679

ILEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Se controvierte a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procede contra perjuicios originados por operación administrativa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procede cuando el acto administrativo es la fuente del perjuicio pero no se ataca su legalidad

La jurisprudencia consolidada de la Sala es clara en distinguir los actos administrativos –cuyo contencioso corresponde por regla general al de las nulidades, en la medida en que se discuta su legalidad- de las medidas de ejecución de esos actos administrativos, las cuales se enmarcan en la definición de operación administrativa –siendo el cauce procesal adecuado para conocer de esos litigios, la acción, ahora medio de control, de reparación directa-, permitiéndose acudir a la acción de reparación directa en aquellos casos en que se haya ejecutado el acto administrativo antes de su notificación, con prescindencia de ella o cuando se notificó indebidamente. Así, lo que se entiende por vía de hecho debe ser enmarcada ya sea en la producción del acto administrativo, cuyo análisis se realiza en sede de las acciones de nulidad, o en su ejecución, correspondiéndole el cauce procesal de la reparación directa. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la escogencia del medio de control de acuerdo a la fuente del daño antijurídico, consultar sentencia del 2 de febrero de 2005, Exp. 28454, MP. María Elena Giraldo Gómez.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedente para atacar legalidad de acto administrativo que admitió querella de lanzamiento por ocupación de hecho / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCION - La acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho / FALLO INHIBITORIO - Por indebida escogencia de la acción / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Operó fenómeno de la caducidad por presentación extemporánea de la demanda

La Sala encuentra que la parte actora centró sus pretensiones resarcitorias, en parte, en la ilegalidad de la Resolución del 29 de agosto de 2000, proferida por la entidad territorial demandada y notificada por aviso a los ocupantes el día 8 de septiembre del mismo año, en los términos del artículo 6 del Decreto 992 de 1930; en efecto, como se indicó en el acápite correspondiente, los demandantes afirmaron que el referido acto administrativo se emitió sin el cumplimiento de los requisitos que la ley estableció para el efecto, esto es ausencia de poder especial, fraude procesal –falsa motivación-, arbitrariedad, todas ellas razones que atacan la validez del acto administrativo, razón por la cual, en criterio de la Sala, el origen del perjuicio alegado por la parte actora lo constituyó un acto administrativo, cuyo análisis de legalidad debe ser realizado en sede de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no en el de la reparación directa, razón por la cual la Sala se declarará inhibida para resolver de fondo acerca de las pretensiones resarcitorias en cuanto tiene que ver con la expedición de la Resolución del 29 de agosto de 2000, frente a lo cual no sobra precisar que operó el fenómeno de

caducidad de la acción correspondiente, al interponerse la demanda por fuera del término de los 4 meses que estableció el ordenamiento jurídico para tal efecto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 992 DE 1930 - ARTICULO 6

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR OPERACION ADMINISTRATIVA - Improcedente por cuanto no se acreditó afectación de derechos de los actores

Los hechos así descritos, en criterio de la Sala, no son constitutivos de una falla del servicio que se hubiere podido producir con ocasión de la operación administrativa llevada a cabo por el Inspector de Policía del barrio La Paz, del Distrito de Santa Marta, puesto que de su ocurrencia no se evidencia violación alguna de los derechos de los demandantes. Sin embargo, aun cuando no se evidencia en el sub lite la mencionada falla, para la Sala sí se produjo un desequilibrio de las cargas públicas frente a los hoy demandantes.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO - No procede frente a los bienes públicos / OCUPACION DE BIENES PUBLICOS - Da lugar al reconocimiento de indemnización por mejoras hechas al bien / MEJORAS A BIEN PUBLICO - Tienen su fundamento en el principio de protección de la confianza legítima

Aun cuando los demandantes hayan, como en efecto lo hicieron, realizado actos de señor y dueño respecto de alguna porción del predio objeto de la demanda, dicha situación fáctica no podía tener por efecto servir de base para la configuración de la prescripción adquisitiva del dominio, es decir, para esos efectos y frente a bienes públicos, los particulares no pueden considerarse como legítimos poseedores sino como titulares de mejoras; la anterior afirmación encuentra pleno sustento normativo, pues desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en su artículo 407, el ordenamiento jurídico colombiano excluyó de plano la posibilidad de que un particular pudiera considerarse como poseedor de un bien público, al proscribirse la prescripción extintiva respecto de bienes de titularidad pública –tanto frente a los de uso público, como a los bienes fiscales-. De esta manera, existe una regla absoluta de imprescriptibilidad de los bienes públicos, que en consecuencia impide la configuración de la posesión en cabeza de particular alguno, en la medida en que resultan contrarios a derecho los actos de señor y dueño en un predio público, razón por la cual no se hará referencia a una pretendida posesión de los demandantes sino a su situación jurídica en calidad de titulares de unas mejoras. (...) Aun cuando la jurisprudencia ha dudado en catalogar la posesión como un derecho fundamental, en algunas ocasiones atendiendo las especiales características de las personas que ocupen bienes públicos, se ha reconocido que cuando se hayan realizado edificaciones o mejoras en este tipo de bienes procede el reconocimiento de su indemnización, cuyo fundamento se encuentra en el principio de protección de la confianza legítima.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 407

MEJORAS EN BIENES PUBLICOS - Elementos para su reconocimiento / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DISTRITO TURISTICO, CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA - Por pago de mejoras realizadas por actores a bien público objeto de lanzamiento por ocupación de hecho / PAGO DE MEJORAS – No corresponde a pago del predio / INDEMNIZACION POR MEJORAS – Se condena al Estado, pero las mismas no equivalen al valor del predio / MEJORAS – Indemnización por edificaciones levantadas en predio

de propiedad del Estado

Los titulares de mejoras en bienes públicos, cuando ocurran mecanismos de restitución de dichos bienes –en los que se enmarca el lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales- pueden solicitar el reconocimiento de las mejoras por ellos realizados, en la medida en que se acredite: i) su duración en el tiempo, ii) la efectiva realización de las mejoras y iii) su titularidad. Los anteriores elementos se encuentran debidamente acreditados en el expediente en cabeza de los demandantes, razón por la cual la Sala declarará la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada y la condenará al pago de las mejoras realizadas por los demandantes, con la precisión de que bajo ningún concepto dicho pago puede corresponder al valor del predio pues, como se ha indicado, la parte actora no adquirió, ni pudo hacerlo, el bien inmueble objeto de la litis por prescripción, como tampoco los demandantes tenían siquiera una expectativa legítima de llegar a convertirse en propietarios, razón por la cual la indemnización deberá versar exclusivamente respecto del valor de las edificaciones que hubieren construido en el predio, cuya realización se hubiere acreditado en el expediente.

PERJUICIOS MORALES - No se presumen, deben acreditarse / PERJUICIOS MORALES - No hay lugar a su decreto por insuficiencia probatoria

Ocurre que en el expediente que se examina no obra prueba alguna de la ocurrencia del mencionado perjuicio moral cuya reparación solicitan los demandantes, razón por la cual la Sala no decretará su indemnización.

DICTAMEN PERICIAL - Prueba para determinar valor de perjuicios materiales por falla de la administración en el lanzamiento por ocupación de hecho / DICTAMEN PERICIAL - No tiene valor probatorio por incumplir requisitos esenciales

La Sala encuentra pertinente resaltar que, a diferencia por lo considerado por el Tribunal a quo, el dictamen pericial en cuestión no cumple los mínimos requisitos de claridad, completud y credibilidad que rigen este tipo de medios probatorios para que puedan ser valorados por el Juez. (...) en criterio de la Sala, se reitera el dictamen pericial allegado al expediente no reúne los más elementales requisitos de firmeza, precisión, calidad, técnicos y científicos de los fundamentos en los que se basó ni de las conclusiones a las que se arribó, razón por la cual la Sala no lo valorará a efectos de determinar los perjuicios causados.

PERJUICIOS MATERIALES - Reconocimiento por mejoras realizadas a bien público / MEJORAS REALIZADAS - Casa de vivienda, cerca de púas y pozo artesanal / PERJUICIOS MATERIALES - No se acreditó valor de mejoras / TASACION DE PERJUICIOS MATERIALES - Se tomó como base de liquidación valor de vivienda y cerca demolida. Actualización

La Sala reitera que los perjuicios irrogados a la parte demandante no corresponden ni pueden corresponder al valor del predio objeto de la medida administrativa de lanzamiento por ocupación de hecho, puesto que, al no disponer de un título de propiedad ni tener los demandantes la potencialidad de adquirirlo, sólo se deben reconocer las mejoras que hubieren hecho en el predio, es decir las correspondientes a la casa de vivienda, a la cerca de púas y al pozo artesanal, en la medida en que se hubieren acreditado en el expediente. (...) y teniendo en cuenta que la parte actora no cumplió con su carga probatoria en cuanto al monto correspondiente a una parte de las mejoras que realizó y/o de las actividades económicas que supuestamente se ejercían en el predio de propiedad del Distrito

de Santa Marta, la Sala tomará como base de liquidación de los perjuicios materiales el valor de la vivienda y de la cerca que se debió demoler con ocasión de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, que practicó la entidad territorial demandada el 12 de septiembre de 2000, suma que será actualizada siguiendo la fórmula que para el efecto ha establecido la jurisprudencia de la Sala.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E)

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 47001-23-31-000-2002-00443-01(31612)

Actor: WILBERTH GUSTAVO PAREJA LOPEZ Y OTROS

Demandado: DISTRITO TURISTICO, CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Magdalena, el día 16 de diciembre de 2004, mediante la cual se decidió:

“1. Declarar no probada la excepción de prescripción de las acciones posesorias formulada por el procurador judicial del Distrito de Santa Marta.

“2. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Distrito de Santa Marta por los perjuicios causados a los señores Wilberth Pareja y Nalvis Araujo Núñez con ocasión del lanzamiento ilegal del cual fueron objeto por parte de funcionarios del precitado órgano territorial de el (sic) predio denominado ‘La ilusión’, ubicado en el Distrito de Santa Marta, margen derecha de [la] carretera que conduce a Ciénaga, que mide y linda así: Norte 200 metros con predios de la Corporación Nacional de Turismo, SUR: 225 metros con el Hotel Irotama, ESTE: 534 metros con línea férrea y terrenos de Máximo Campo y OESTE: 513 metros con el mar Caribe, que poseían con ánimo de señor y dueño.

“3. Condenar al Distrito de Santa Marta a pagar a favor de los demandantes señores Wilberth Pareja y Nalvis Araujo Núñez, la suma de

veintisiete mil cincuenta y siete millones setecientos sesenta mil pesos (27.057'760.000.00), por concepto de perjuicios materiales.

La suma descrita deberá cancelarse debidamente indexada, conforme a la fórmula enunciada en el punto 7º de esta providencia.

“3. Condenar a la parte vencida en esta litis al pago de las costas causadas en el mismo. Tásense.

“4. Negar las restantes pretensiones de la demanda.

“5. Consultar esta sentencia.

“6. La entidad demandada dará cumplimiento a la presente providencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 175, 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 22 de marzo de 2002¹, los señores Wilberth Gustavo Pareja López y Nalvis Araujo Núñez, mediante apoderado judicial, formularon demanda de reparación directa contra el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados con ocasión del lanzamiento por ocupación de hecho de un predio que los demandantes afirman haber poseído desde 1963. Adicionalmente la parte actora solicitó, a título de perjuicios materiales, el pago de \$27.056'000.000 y tasó los perjuicios morales en una suma equivalente a 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, que por una sucesión ininterrumpida de tradiciones desde 1963, los señores Wilberth Araujo López y Nalvis Araujo Núñez adquirieron los derechos posesorios respecto de un predio ubicado en la ciudad de Santa Marta, con una superficie de 13 hectáreas 5.280 metros cuadrados, cuyos linderos definieron así: *“NORTE, con cercas de alambre y terrenos de la Corporación de Turismo, en extensión de 200 metros, SUR con terrenos del Hotel Irotama, en 225 metros; ESTE, con la línea férrea y terrenos que eran de la*

¹ Fl. 2 a 10 c 1.

Nación o la sucesión de Máximo Campo Campo, en 534 metros; OESTE, con las playas del mar Caribe, en 513 metros”².

Los demandantes indicaron, sin embargo, que el 29 de agosto de 2000, un funcionario del Distrito de Santa Marta presentó una querrela por la ocupación del referido predio, sin que se le hubiere otorgado poder especial para hacerlo; agregaron que la entidad territorial querellante erró al presentar su petición contra personas indeterminadas pues sus funcionarios conocían perfectamente la situación de los hoy demandantes, máxime si se tiene en cuenta que las autoridades públicas actuaron por fuera del ámbito temporal de las normas que regulan el lanzamiento por ocupación de hecho, el cual restringe dicha posibilidad a un máximo de 30 días con posterioridad al inicio de la ocupación.

La parte actora señaló que aun cuando el aviso fijado para el lanzamiento indicaba que la fecha de su práctica sería el 11 de septiembre de 2000, dicha diligencia se realizó el día siguiente, con lo que, en su criterio, se violó el debido proceso.

3.- Contestación de la demanda.

Notificada del auto admisorio de la demanda³, la entidad territorial demandada, actuando a través de apoderado judicial, la contestó para oponerse a las pretensiones de la parte actora⁴; en su libelo contestatorio se limitó a pronunciarse escuetamente acerca de los hechos de la demanda y señaló la configuración de la caducidad de la acción, argumentando en lo general que las acciones posesorias prescriben al cabo de 1 año desde que se presente la perturbación de la posesión.

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

4.1.- En sus alegatos de conclusión⁵, la parte actora, a la luz de las pruebas recaudadas en el expediente, reiteró los argumentos que sustentaron sus pretensiones resarcitorias.

4.2.- La parte demandada no intervino en esta oportunidad procesal.

² Fl. 4 c 1.

³ Fl. 94 c 1.

⁴ Fl. 97 a 99 c 1.

⁵ Fl. 198 a 203 c 1.

4.4.- El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Magdalena accedió a las pretensiones de la parte actora⁶.

En criterio del Tribunal *a quo* no se configuró la caducidad de la acción incoada, pues el hecho de que prescriba la acción posesoria no cercena el derecho que tienen los particulares de acudir a la acción de reparación directa para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados, como en este caso, del lanzamiento por ocupación de hecho. En cuanto a la procedencia de la acción de reparación directa, señala que la situación fáctica que dio lugar a la demanda no puede enmarcarse dentro de la definición de operación administrativa sino en la de la vía de hecho y que el resarcimiento de los perjuicios que de ella se deriven *“necesariamente ha de reclamarse mediante la acción de reparación directa”*⁷.

El fallador de primera instancia señaló que el procedimiento administrativo que dio lugar a la expedición de la Resolución del 29 de agosto de 2000 adoleció de diversos vicios, entre los que se encuentran la ausencia de poder debidamente otorgado para iniciar la querella, aunado al hecho de que la Administración no disponía de la tenencia material del predio, requisitos necesarios para que se pudiera producir tal decisión; indicó, además, que la referida Resolución de lanzamiento debió haberse notificado personalmente y no por estado como ocurrió en el *sub lite*.

Agregó, finalmente, algunas consideraciones en cuanto a que el lanzamiento por ocupación de hecho se realizó en una fecha distinta (un día después) a la señalada en el auto que se fijó el predio, situación que vulneró el debido proceso de los demandantes, como también ocurrió con el hecho de que el Inspector de Policía comisionado para realizar la diligencia fuera un funcionario de la Alcaldía, la que, a su vez, alegaba ser la propietaria del predio, configurándose así una confusión entre el *“juez y la parte”*⁸.

⁶ Fl. 205 a 226 c ppal.

⁷ Fl. 214 c ppal.

⁸ Fl. 218 c ppal.

El Tribunal *a quo* concluyó, entonces, que se configuró una vía de hecho por parte de la entidad territorial demandada que afectó a los demandantes y procedió a reconocer los perjuicios materiales causados en una cuantía de \$27.057'760.000, sin embargo denegó el reconocimiento de perjuicios morales y el de las construcciones que supuestamente se realizaron en dicho predio.

El magistrado Adonay Ferrari Padilla salvó su voto en el *sub lite*, por cuanto consideró que las pretensiones de la demanda debieron tramitarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁹.

6.- Las apelaciones.

6.1.- La parte actora.

La parte actora se mostró inconforme para con el fallo de primera instancia, por cuanto consideró que, a diferencia de lo señalado por el Tribunal *a quo*, en el *sub lite* procedía el reconocimiento de los perjuicios morales que se causaron con la actuación indebida de la entidad territorial demandada¹⁰.

6.2.- La parte demandada.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra dicho proveído¹¹, el cual se concedió por el Tribunal *a quo*, en auto del 29 de marzo de 2005¹², y se admitió por esta Corporación mediante auto del 18 de noviembre de 2005¹³.

Sustentó su inconformidad en el hecho de que, en su criterio, por una parte, las pretensiones de la parte actora se debieron tramitar mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, por la otra, que la condena no es proporcional al daño irrogado, por cuanto los demandantes no perdieron el derecho de propiedad¹⁴.

⁹ Fl. 227 a 228 c ppal.

¹⁰ Fl. 239 c ppal, medio de impugnación que se concedió por el Tribunal *a quo*, en auto del 29 de marzo de 2005, y se admitió por esta Corporación mediante auto del 18 de noviembre de 2005.

¹¹ Fl. 229 c ppal.

¹² Fl. 241 a 242 c ppal.

¹³ Fl. 253 a 254 c ppal.

¹⁴ Fl. 244 a 245 c ppal.

Por lo anterior, la parte demandada solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1.- La parte actora reiteró, en esta oportunidad procesal, los argumentos que le sirvieron de soporte a la decisión del Tribunal *a quo*¹⁵.

7.2.- El Distrito de Santa Marta guardó silencio en esta oportunidad procesal.

8. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público, por medio de la Procuradora Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, intervino en esta oportunidad procesal con el fin de solicitar la revocatoria del fallo de primera instancia¹⁶.

En criterio del agente del Ministerio Público, no se acreditó la situación de poseedores del predio en cuestión por parte de los demandantes, pues los documentos que aportaron para tal efecto dan cuenta de la compraventa de unas mejoras que no de la posesión respecto del aludido predio, razón por la cual debe declararse la falta de legitimación por activa, a lo que añadió que tampoco se acreditó el daño alegado por los demandantes.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir sobre los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, proferida el 16 de diciembre de 2004, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda.

1.- La competencia de la Sala.

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2004, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, comoquiera que la demanda se presentó el 22 de marzo de 2002 y la pretensión

¹⁵ Fl. 267 a 274 c ppal.

¹⁶ Fl. 275 a 284 c ppal.

mayor se estimó en la suma de \$27.056'000.000 por concepto de perjuicios materiales, la cual supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época, esto es \$36'950.000.

2.- Las pruebas aportadas al proceso

- Copia simple del memorial del 29 de agosto de 2000¹⁷, mediante el cual el señor Ariel Barrios Hernández, actuando en el interés del Distrito, elevó ante el Secretario de Gobierno Distrital de Santa Marta una querella con el fin de que se iniciara el trámite correspondiente al lanzamiento por ocupación de hecho; los hechos que motivaron la querella se narraron así:

“Atendiendo el poder debidamente conferido, Ariel José Barrios Hernández, abogado titulado e inscrito... pongo ante su despacho en conocimiento de la ocupación de hecho que se viene suscitando por parte de personas indeterminadas, lo anterior con el fin de que se le adelante el trámite de la Acción administrativa sumaria de lanzamiento por ocupación de hecho ante la Alcaldía Distrital de Santa Marta, teniendo en cuenta que el día 24 de agosto del año en curso un grupo de personas indeterminadas procedió a ocupar por las vías de hecho parte del lote #3 ubicado en el sector de Pozos Colorados colindante con el tanque de Metroagua y predios del Hotel Irotama, frente al paso de la línea férrea de acuerdo al plano que anexo en la presente querella.

“Cabe anotar que dichos actos desplegados por las personas indeterminadas no contaron con orden judicial o Administrativa competente y antes por el contrario en forma clandestina y de mala fe procedieron a levantar cambuches con el ánimo de constituir asentamientos ilegales, ya que dicho predio es de propiedad del Distrito Turístico, cultural e Histórico de Santa Marta y no existe entre el Distrito y los ocupantes una resolución de adjudicación de parte de dicho lote que legitime la permanencia dentro del mismo.

“Además de lo anterior, anexo dos declaraciones, extraproceso, como prueba siquiera sumaria del derecho que invoco, la Escritura Pública #3603 de la Notaría 3ª del Círculo de Santa Marta, el certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria No. 080-64683 expedida el 25 de agosto del año 2000 y el poder debidamente conferido para actuar a favor de los intereses del Distrito de Santa Marta.

“COMPETENCIA.

“Es usted señor Secretario competente para admitir y avocar el conocimiento de la presente querella de lanzamiento por ocupación

¹⁷ Fl. 19 c 1.

de hecho por vía administrativa al tenor de lo establecido en la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930”.

- Copia simple de la Resolución del 29 de agosto de 2000¹⁸, mediante la cual se admitió una querella de lanzamiento por ocupación de hecho por parte de la Secretaría de Gobierno Distrital de Santa Marta; en el mencionado acto administrativo se indicó:

“De acuerdo a los hechos de la querella, el Distrito de Santa Marta atendiendo el certificado de tradición y libertad #080-64680 expedido el 25 de agosto de 2000, con última anotación No. 6 de fecha 21 de enero/1998, radicación 1998-609, mediante oficio #98-07 del 19 de enero de 1998, emanado del Consejo de Estado de Bogotá (sic) sobre demanda de cuerpo cierto de éste y otros inmuebles entre Inversiones Gorsira y Cía. S. en C., a favor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa [Marta], dicho lote identificado dentro de la carta catastral anexada al proceso se puede establecer que la invasión de hecho se encuentra afectando el lote 3, lote 26, colindante con el tanque de Metro Agua en el sector de Pozos Colorados de la carretera troncal del caribe [que] conduce a Barranquilla, siendo igualmente colindante con predios del Irotama.

“Además se aporta la escritura pública No. 3603 del 15 de diciembre de 1997, contentivo de una división material de un bien inmueble teniéndose como parte al D.T.C. e H. De Santa Marta bajo el No. catastral 0110063001000.

“La ocupación de hecho por parte de los invasores se presentó el 24 de agosto de 2000, sin que mediara orden de autoridad judicial o administrativa competente, es decir por las vías de hecho.

“De acuerdo [con] la ley 57 de 1905 reglamentada por el Decreto 992 de 1930 los hechos planteados en la querella encajan dentro de la competencia del Alcalde Mayor de Santa Marta tanto por los hechos como por el tiempo que llevan ocupando de hecho los invasores el lote de propiedad del Distrito, se presentan títulos que acreditan el derecho y la prueba siquiera sumaria de acuerdo al art. 3º del Decreto que reglamenta el art. 5 de la Ley 57 de 1905 y que deroga el decreto 115 de 1923; estando dentro del término del Art. 15 ibídem que establece ‘la acción administrativa sumaria de lanzamiento, prescribe a los treinta (30) días contados desde el primer acto de ocupación o desde el día en que tuvo conocimiento del hecho el querellante según el caso, este despacho:

“Resuelve:

“Artículo primero.- Admitir la presente querella civil policiva de lanzamiento por ocupación de hecho, instaurada por la alcaldesa (E) Dra. Zully David Hoyos, representada legalmente por el dr. Ariel

¹⁸ Fl. 20 y 22 c 1.

Barrios Hernández por la indebida ocupación de hecho por parte de personas indeterminadas.

“Artículo segundo.- Reconocer la personería jurídica del dr. Ariel Barrios Hernández ... para los efectos y los términos conferidos.

“Artículo tercero.- Decreta este Despacho el lanzamiento por ocupación de hecho de las personas indeterminadas que se encuentran ocupando de hecho un lote de terreno de propiedad del Distrito ocupando de hecho un lote de terreno de propiedad del Distrito, ubicado en el sector de Pozos Colorados, Lote #3 colindante con el tanque de Metroagua, predio del Hotel Irotama, procediendo en dicha diligencia a la demolición o asentamiento que se encuentre ya que dichos actos son constitutivos de las vías de hecho y no a mediados (sic) orden de autoridad judicial competente.

“Artículo cuarto.- Comisionar al Inspector de Policía de la Paz para que notifique personalmente o en su defecto mediante la fijación de un aviso al tenor del Código de Procedimiento Civil, informando los términos de la presente providencia fijando dentro de dicha notificación la fecha y la hora exacta en la cual se dará cumplimiento al Art. 3º del presente proveído, igualmente deberán oficiar a la Personería Distrital, a la Secretaría de Obras Públicas, en caso de haber niños, a la Defensoría del Pueblo y a la Cruz Roja Colombiana con el fin de garantizar la integridad física de los ocupantes de hecho y en aras de dar término a la diligencia de lanzamiento sin alteración del orden público y garantizando el cumplimiento de los principios que rigen el debido proceso.

“Artículo quinto.- Notificar al señor agente del Ministerio Público.

“Artículo sexto.- Advertir a las personas indeterminadas que contra la presente providencia no procede ningún recurso”.

- Copia simple del Estado, del 30 de agosto de 2000, en que fue fijada la Resolución del 29 de agosto de 2000¹⁹.
- Copia simple del poder especial que le otorgó la Alcaldesa Mayor (E) del Distrito de Santa Marta, al profesional del Derecho Ariel José Barrios Hernández, del 30 de agosto de 2000²⁰.
- Copia simple del oficio DJ-474, mediante el cual se remitió al Inspector de Policía de La Paz el Despacho Comisorio No. 090, contentivo de la solicitud de llevar a cabo el lanzamiento por ocupación de hecho decretado mediante la Resolución del 29 de agosto de 2000²¹.

¹⁹ Fl. 21 c 1.

²⁰ Fl. 23 c 1.

²¹ Fl. 24 c 1.

- Copia simple del Despacho Comisorio No. 090, del 31 de agosto de 2000, mediante el cual se le solicitó al Inspector de Policía de La Paz que auxiliara al Despacho del Secretario de Gobierno Distrital en la ejecución de la Resolución del 29 de agosto de 2000²².
- Aviso a personas indeterminadas del 8 de septiembre de 2000, mediante el cual se les informó del contenido de la Resolución del 29 de agosto de 2000 y que la diligencia tendría lugar el 11 de septiembre de ese año²³.
- Acta de la Diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho²⁴, que se realizó el 12 de septiembre de 2000, en cumplimiento del Despacho Comisorio No. 090; en el referido documento se indicó:

“... En este estado de la diligencia se procede a verificar el lanzamiento ordenado por la Alcaldía Distrital no sin antes solicitar el uso de la palabra el señor Wilberth Pareja, al que se le concede y manifiesta: Me opongo a la realización de esta diligencia ordenada por la Alcaldía pudiendo demostrar que no es una invasión sino una propiedad privada de dicho lote con posición escrita (sic) en el círculo de instrumentos públicos (sic) de Santa Marta y servidumbre ejercida desde el año 1963 como reposa en la escritura del 24 de septiembre de 1963, documentos que han tenido tradiciones de ventas como la de Prudencio Camargo, según la escritura 1266 de 1996, y por último la de Wilberth Pareja y Nalvis Araujo, compraventa que se hizo el 23 de julio del año dos mil (2000), como complemento de esto anexo cuatro escrituras pertenecientes a la tradición y venta de dicho terreno como también anexo plano y registro de todas las ventas hechas quedando demostrado así su tradición, hace tres meses construí una pieza como punto de vigilancia para vigilar el cerramiento que se le han robado por varias veces, como también puedo demostrar que estos trámites vienen desarrollándose hace mucho tiempo como por ejemplo la oferta de compra hecha por la Alcaldía según Resolución No. 312 donde reconoce el derecho real y servidumbre como también puedo demostrar que la posesión con la primera escritura se llevan de diferencia 15 años inscribiendo la escritura en el año 1963 y la segunda escritura hecha por el familiar como compra a la Corporación de turismo en 1978, demostrando así la posesión y servidumbre de 37 años, hay que recalcar que la Alcaldía está enterada de la posesión, servidumbre y el derecho real que tenemos porque se lleva un proceso ante el Consejo de Estado radicado bajo el número 16131, donde el cual se da la suspensión a la extinción del dominio, lógicamente no tienen vida jurídica y se extraña que la alcaldesa encargada no está laborando lógicamente, tenían que renovar [el] poder, si se comete alguna arbitrariedad por

²² Fl. 25 c 1.

²³ Fl. 40 a 41 c 1.

²⁴ Fl. 16 c 1.

parte de todos los funcionarios es a sabiendas de que no pueden abusar de la autoridad porque la misma Alcaldía reconoce que este es de nuestra propiedad porque si no fuera así en base de qué nos ofrecen comprarnos (sic), lógicamente la caseta es nueva porque por estos sectores se están produciendo muchas invasiones y nos rebasan las cercas. En este estado de la diligencia solicita la palabra el abogado de la parte querellante, a la que se le concede y manifiesta: En uso del poder a mi conferido por parte de la Dra. Zully David Hoyos, alcalde encargado del Distrito de Santa Marta, me permito manifestarle al señor Inspector de Policía que en el proceso de la referencia, no es del caso controvertir el derecho de propiedad en razón a que existen las autoridades competentes (justicia ordinaria), quien es el ente competente para dirimir esta clase de conflicto, por ello de acuerdo a la escritura No. 3603 del 15 de diciembre de 1997, otorgada por la Notaría 3ª de este círculo notarial me permito manifestarle respetuosamente al señor Inspector que el señor Wilberth Pareja López se encuentra en posesión en terrenos, según se desprende de la escritura antes mencionada, en terrenos que son del Distrito de Santa Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, y es tanto así como se puede apreciar que la mejora construida sobre los terrenos en referencia es absolutamente nueva, construida en bloques de cemento con una ventana de madera, y una puerta principal construida en material metálico, techo de eternit-asbesto, cuya extensión y/o medida son de 4.50 metros de ancho por 4.0 mts. de largo. Observándose de igual manera un cerramiento de alambre de púa y postes y/o madrinas de madera, con cuatro hilos de alambre en una extensión de 900 metros lineales, la cual fue construida recientemente, se puede también apreciar la limpia (sic) tanto desde la puerta de acceso a la mejora antes descrita [que] es totalmente nueva], por todo lo anteriormente descrito en líneas anteriores solicito al señor inspector se sirva proceder, si se ajusta a derecho, la diligencia de lanzamiento. En este estado de la diligencia procede el señor Inspector a resolver la oposición presentada teniendo en cuenta lo aseverado por las partes dentro de la diligencia y en atención a que según lo establecido en la normatividad que rige el proceso por lanzamiento por ocupación de hecho, no es menester de éste dirimir los conflictos concernientes a la propiedad sino aquellos que se relacionan con la posesión o tenencia material de los inmuebles, por tanto en esta diligencia el funcionario no puede referirse a tal hecho. También anotamos que a las claras se observa que la mejora construida en el inmueble y la cerca que delimita el lado ESTE del mismo son recientemente construidas lo cual no nos indica una posesión continua y pacífica desde hace mucho tiempo atrás por parte de quien la alega, también es de notar que en lo concerniente a la limpia del lote de terreno que es otro hecho que a la luz de la ley puede generar posesión, obsérvase que ésta también se realizó recientemente, ya que podemos observar aquí maleza recién quemada como también plantas recién sembradas y un camino de acceso al lugar recién limpiado, la vegetación para que pueda ser transitable cabe anotar también que los bienes fiscales no son objeto de posesión dentro de estos procesos. Por todo lo anterior procede el inspector de policía a desechar la oposición presentada y verificar el lanzamiento ordenado por la Alcaldía Distrital para lo cual se solicita a la parte querellada y se le concede 10 minutos para desalojar los elementos o utensilios que estuvieren dentro de la

mejora aquí construida para proceder con el lanzamiento decretado por la Alcaldía Distrital, también debemos anotar que se deja en libertad a las partes para que diriman los conflictos a que haya lugar y que no corresponde a lo aquí tratado o debatido ante la justicia ordinaria, teniendo en cuenta lo anterior y ante la negativa de la parte querellada de retirar los enceres se procede con concurso de los obreros de obras públicas distritales a ... el retiro de los enceres y proceder con el lanzamiento decretado para lo cual se le da orden a los empleados de obras públicas aquí presentes. Ya levantadas las construcciones dentro del inmueble dejamos constancia también y en debido acuerdo con el abogado de la parte querellante se otorga un plazo de 5 días para que la Secretaría de Obras Públicas levante el tramo de cerca que no se pudo, se corrige, que quedó en pie, ya que al momento de la diligencia no se contaban con las herramientas necesarias por parte de los obreros de obras públicas, para que lleven a cabo lo antes referenciado, habiéndose retirado todo lo que estaba ocupando el lote materia de la diligencia, se procede a la entrega del mismo al abogado de la parte querellante Dr. Ariel Barrios Hernández quien la recibe a entera satisfacción” [el documento se encuentra firmado por los señores Nalvis Araujo Núñez, Wilberth Pareja López y los funcionarios públicos que intervinieron en la diligencia].

- Copia simple del folio de matrícula inmobiliaria No. 080-58712²⁵, correspondiente a un predio cuyos linderos se encuentran definidos en la escritura pública No. 2440 del 22 de octubre de 1996, extendida ante la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Santa Marta; en el referido documento se encuentran las siguientes anotaciones:
 - a. Anotación No. 1: Declaración de mejora mediante escritura pública No. 880 del 24 de septiembre de 1963, extendida ante la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Santa Marta, por parte de los señores Prudencio Camargo Manjarrés y Olga de Jesús Camargo (registrada el 22 de octubre de 1963).
 - b. Anotación No. 2: Compraventa de mejoras, mediante escritura pública No. 2440 del 22 de octubre de 1996, extendida ante la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Santa Marta, en la cual aparece como vendedor el señor Prudencio Antonio Camargo Manjarrés y como comprador el señor Hermócrates Segundo Araujo Iriarte (registrada el 31 de octubre de 1996).

²⁵ Fl. 32 c 1.

c. Anotación No. 3: Aclaración de compraventa, mediante escritura pública No. 2495 del 29 de octubre de 1996 (registrada el 31 de octubre de 1996).

d. Anotación No. 4: Falsa tradición, compraventa de derechos herenciales 50% (mejoras); que se realizó mediante Escritura Pública No. 1266 del 8 de mayo de 2000, extendida en la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Santa Marta, mediante la cual se perfeccionó la venta del 50% de los derechos herenciales del señor Prudencio Antonio Camargo Manjarrés a favor del señor Hermócrates Segundo Araujo Iriarte (registrada el 22 de mayo de 2000).

e. Anotación No. 5: Falsa tradición, compraventa de mejoras 50%, que se realizó mediante escritura pública No. 1725 del 23 de junio de 2000, mediante la cual se perfeccionó la venta de las referidas mejoras del señor Hermócrates Araujo Iriarte a los señores Wilberth Pareja López y Nalvis Araujo Núñez (registrada el 11 de julio de 2000).

En el documento se lee la siguiente aclaración:

“Para los efectos del numeral 5 del Art. 407 del C. de P.C., se hace constar que no existen inscritos Derechos Reales relacionados con el inmueble a que se refiere la presente certificación. Se aclara que todas las anotaciones visibles en el folio se refieren a las mejoras levantadas sobre un terreno en relación con el cual no existe propiedad privada”.

- Copia simple de la Escritura Pública No. 880 del 24 de septiembre de 1963, extendida ante la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Santa Marta²⁶, mediante la cual se protocolizó *“una información de nudo hecho para probar la posesión de un lote de terreno”*; en el mencionado instrumento público se indicó:

(...)

“En la ciudad de Santa Marta, cabecera del Distrito Municipal del mismo nombre, Departamento del Magdalena, República de Colombia, a los veinticuatro (24) días del mes de septiembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), ante mi, Antonio Beltrán Viana, Notario Público Segundo Principal de este Primer Circuito y con asistencia de los testigos instrumentales señores César A. Correa y

²⁶ Fl. 61 a 66 c 1.

Fernando Fernández, mayores y vecinos de este circuito notarial, de buen crédito, de mi conocimiento personal y en quienes no concurre ninguna causal de impedimento legal para serlo en este acto, compareció la señora Olga de Jesús Camargo, mujer, mayor de edad, vecina de esta ciudad, de estado civil soltera, a quien conozco personalmente, portadora de la cédula de ciudadanía número ... expedida en Santa Marta, de todo lo cual doy fe y dijo: PRIMERO.- Que para su guarda, custodia y conservación en esta Notaría y con el objeto de que en ella sea protocolizada, entrega al señor Notario, constante de cuatro hojas de papel sellado, para probar la posesión por parte de la exponente y del señor Prudencio Antonio Camargo Manjarrés, de un lote de terreno ubicado en el corregimiento de Gaira, municipio de Santa Marta y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por un costado, cerca de alambre de la urbanización micro-refugio; por otro costado, playas del Mar Caribe; por otro costado, con terrenos del Irotama; y por el último costado, cerca de alambre al medio y con terrenos de la Nación o Salinas de Pozos Colorados y encierra. SEGUNDO.- Que espera del señor Notario le expida copia de este público instrumento con los insertos del caso.- En consecuencia, yo, el Notario, procedo a protocolizar tales documentos y para el efecto los coloco en el lugar y bajo el número que les corresponda en el Libro del Protocolo de los presentes mes y año, para que desde ahora y para siempre formen parte integrante de él; para que en todo tiempo puedan los interesados obtener las copias que soliciten y para que el presente acto surta todos los demás efectos legales”.

- Copia simple de la Escritura Pública No. 3743 del 23 de octubre de 1995, extendida ante la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Santa Marta²⁷, mediante la cual el señor Prudencio Antonio Araujo otorgó poder general a la señora Nalvis Araujo Núñez.
- Copia simple de la Escritura Pública No. 2440 del 22 de octubre de 1996, extendida ante la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Santa Marta²⁸, mediante la cual se perfeccionó la venta de unas mejoras por parte del señor Prudencio Camargo Manjarrés al señor Hermócrates Araujo Iriarte; en el mencionado documento se indicó:

(...)

“PRIMERO: Que por medio de este público instrumento transfiere a título de compraventa a favor del señor Hermócrates Segundo Araujo Iriarte el pleno derecho de dominio que tiene y ejerce sobre la mejora que más adelante se identificará. Inmueble que se determina por los siguientes área, linderos y medidas: Lote de

²⁷ Fl. 76 a 78 c ppal.

²⁸ Fl. 33 c ppal.

terreno, ubicado en el corregimiento de Gaira, Municipio de Santa Marta, comprendido dentro de las siguientes medidas y linderos: Por un costado, cerca de alambre de la Urbanización Micro Refugio; por otro costado, playas del mar Caribe; por otro costado, con terrenos de Irotama y por último costado cerca de alambre al medio y con terrenos de la nación o salinas de Pozos Colorados y encierra. PARÁGRAFO: No obstante la cabida y las medidas de los linderos acabados de expresar la venta se hace como cuerpo cierto.

“SEGUNDA. ADQUISICIÓN. EL VENDEDOR adquirió el inmueble descrito anteriormente tal y como consta en la escritura pública de mejoras ochocientos ochenta (880) de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos sesenta y tres (1963) otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, la cual fue inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Santa Marta al (sic) libro 1º. Tomo 1º. Folio 15, Partida 1151 del 22 de octubre de 1963”.

- Copia simple de la Escritura Pública No. 1266 del 22 de octubre de 1996, extendida ante la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Santa Marta²⁹, mediante la cual se protocolizó la venta de unas mejoras por parte del señor Prudencio Camargo Manjarrés al señor Hermócrates Araujo Iriarte; en el mencionado documento se indicó:

(...)

“PRIMERO: Que por medio de este instrumento público transfiere a título de compraventa a favor del señor Hermócrates Segundo Araujo Iriarte, los derechos herenciales que le puedan corresponder en la sucesión de su hermana Olga de Jesús Camargo sobre el cincuenta por ciento (50%) de una mejora ubicada en el corregimiento de Gaira, Distrito de Santa Marta, comprendida dentro de los siguientes linderos: Por un costado o sea el norte, con la Urbanización Micro-refugio hoy con Hernando Padawy Anaya; con doscientos ochenta y ocho metros (288.00 mts), por otro costado o sea el oeste, con playas del mar Caribe con cuatrocientos trece metros (413 mts), por otro costado, o sea el SUR, con terrenos del Hotel Irotama, hoy de Inversiones Gorsira con ciento cincuenta y tres punto cincuenta metros (153.50 mts) y por el último costado o sea el ESTE, con terrenos de la Nación o Salinas de Pozos Colorados, con trescientos veintiséis punto veinte metros (326.20 mts). Con una extensión total de cincuenta y siete mil quinientos sesenta y dos metros cuadrados (57.562 mts²).

“SEGUNDO: Que el cincuenta por ciento (50%) de la mejora descrita anteriormente fue declarada según escritura pública número ochocientos ochenta (880) del veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos sesenta y tres (1963) otorgada en la

²⁹ Fl. 70 a 71 c ppal.

Notaría Segunda de Santa Marta, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Santa Marta...

- Copia simple de la Escritura Pública No. 2115 del 9 de agosto de 2000, extendida ante la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Santa Marta³⁰, mediante la cual se aclaró lo contenido en la Escritura Pública No. 1725 precitada; en el mencionado instrumento se indicó:

(...)

“PRIMERO: Que mediante escritura pública número mil setecientos veinticinco (1725) del veintitrés de junio del año dos mil (2000) celebraron un contrato de compraventa donde el primero de los comparecientes transfirió a favor de los segundos el cincuenta por ciento (50%) que tenía y ejercía sobre un lote de terreno y la mejora construida en él, ubicado en Pozos Colorados, corregimiento de Gaira, cuyos linderos y demás especificaciones aparecen consignados en la mencionada escritura.

“SEGUNDO: Que mediante este instrumento público aclaran los linderos del mencionado inmueble, los cuales son los siguientes: NORTE: salinas de Pozos Colorados en doscientos metros (200.00 mts).

“SUR, con el Hotel Irotama en doscientos veinticinco metros (225.00 mts).

“ESTE, con terrenos de la Nación y línea férrea en quinientos trece metros (513.00 mts).

“OESTE, con playas del mar Caribe en quinientos trece metros (513.00 mts)”.

La Sala advierte que algunos documentos que adjuntó la parte demandante como soporte probatorio de sus pretensiones fueron aportados en copia simple, sin embargo a propósito del valor probatorio de este tipo de copias se impone la necesidad de traer a colación lo decidido en sentencia de unificación que de manera reciente profirió la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la cual se produjo una importante modificación jurisprudencial, de conformidad con los siguientes términos:

“Por consiguiente, desconoce de manera flagrante los principios de confianza y buena fe el hecho de que las partes luego del trámite del

³⁰ Fl. 72 a 74 c 1.

proceso invoquen como justificación para la negativa de las pretensiones de la demanda o para impedir que prospere una excepción, el hecho de que el fundamento fáctico que las soporta se encuentra en copia simple. Este escenario, de ser avalado por el juez, sería recompensar una actitud desleal que privilegia la incertidumbre sobre la búsqueda de la certeza procesal. De modo que, a partir del artículo 228 de la Constitución Política el contenido y alcance de las normas formales y procesales – necesarias en cualquier ordenamiento jurídico para la operatividad y eficacia de las disposiciones de índole sustantivo– es preciso efectuarse de consuno con los principios constitucionales en los que, sin hesitación, se privilegia la materialización del derecho sustancial sobre el procesal, es decir, un derecho justo que se acopla y entra en permanente interacción con la realidad a través de vasos comunicantes”³¹.

Para la Sala resulta pertinente realizar una precisión en cuanto al alcance de la sentencia de unificación jurisprudencial cuyos apartes se vienen de transcribir, puesto que si bien se estableció en ella que en tratándose de procesos ejecutivos el título de recaudo que soporte la obligación debe obrar en original o en copia auténtica en los eventos autorizados por la ley, no es menos cierto que dicha restricción al ámbito de aplicación de la jurisprudencia transcrita sólo opera para aquellos procesos que se tramiten de esa forma, esto es para los denominados procesos ejecutivos, excluyéndose por lo tanto de tal carga a los procesos ordinarios como el de reparación directa que ahora se decide en segunda instancia, puesto que lo que se pretende en este último no es otra cosa que acreditar la configuración de la responsabilidad de la entidad pública demandada, de allí que aunque la prueba documental respectiva corresponda a un título ejecutivo o, incluso, a un título valor, sí podrá apreciarse y valorarse en cuanto hubiere sido aportada o recaudada en copia simple.

Así, en aplicación del precedente jurisprudencial en cita, la Sala valorará los documentos aportados por la parte actora en copia simple.

3.- Lo que se debate, la acción incoada y su caducidad.

3.1.- El objeto de la demanda.

La parte actora alegó, como fuente del perjuicio que supuestamente le fue irrogado, la decisión contenida en la Resolución del 29 de agosto de 2000, mediante la cual se ordenó el lanzamiento por ocupación de hecho que, según la

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

entidad pública demandada, venían ejerciendo los demandantes respecto de un bien inmueble ubicado en la ciudad de Santa Marta y su posterior ejecución. En cuanto al primer de los eventos originadores del perjuicio –la Resolución que ordenó el lanzamiento por ocupación de hecho-, la parte actora señaló que dicha decisión se constituyó en una vía de hecho, por cuanto: *i)* se adoptó sin que el querellante hubiere actuado con poder previamente otorgado por la entidad pública competente, *ii)* la querella se dirigió contra personas indeterminadas a pesar de que el Distrito conocía la identidad de los ocupantes; *iii)* no se constituyó previamente prueba sumaria que se exige en esta clase de procedimientos; frente al segundo hecho generador del daño –esto es, la ejecución de la medida de desalojo-, la parte demandante señaló que: *i)* se ejecutó por fuera del término legal de prescripción de la medida, determinado por la ley en 30 días, *ii)* se practicó en un día distinto, al día siguiente, del que se indicó en el aviso.

El Tribunal *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la parte actora pues, en su criterio, el conjunto de la actuación desarrollada por la entidad territorial demandada constituyó una “vía de hecho”, razón por la cual consideró procedente la acción de reparación directa incoada y procedió a resolver de fondo acerca de las pretensiones de la demanda. Salvó su voto, sin embargo, el Magistrado Adonay Ferrari Padilla, puesto que consideró que en el *sub lite* se está cuestionando la legalidad de un acto administrativo.

3.2.- La procedencia de la acción incoada. La naturaleza jurídica del lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales.

Para resolver la cuestión planteada acerca de la acción procedente, la Sala debe, en primer lugar, analizar la naturaleza jurídica de la Resolución del 29 de agosto de 2000, mediante la cual se ordenó el lanzamiento por ocupación de hecho en contra de los demandantes, a la luz del marco normativo del lanzamiento por ocupación de hecho de bienes públicos, para luego realizar algunas precisiones en torno los conceptos jurisprudencialmente decantado de *vía de hecho* y de *operación administrativa*.

En el derecho nacional, el sistema de los bienes públicos se encuentra marcado por la distinción que al respecto realizó el codificador civil en el artículo 674, por cuya virtud los patrimonios públicos se dividen en bienes de uso público –aquellos de propiedad pública cuyo “*uso pertenece generalmente a todos los habitantes*”- y bienes fiscales –categoría de naturaleza residual, pues si el bien no cumple las

características para ser clasificado como de uso público será, necesariamente, fiscal³².

Las diferencias y puntos en común entre una y otra categoría son evidentes. En cuanto a los puntos en común, se puede afirmar que: *i)* ambas categorías se encuentran sometidas a un régimen de propiedad pública, tal y como lo reconoce el propio artículo 674 del Código Civil, en el entendido en que la expresión *dominio* contenida en el inciso primero de la referida disposición normativa debe entenderse como *propiedad* a la luz de lo dispuesto en el artículo 669 *ejusdem*, régimen de propiedad pública marcado por la pertenencia a una persona de derecho público; *ii)* en punto a su régimen jurídico, los bienes de uso público y los fiscales son imprescriptibles atendiendo lo prescrito en los artículos 2519 del Código Civil y 407 del C. de P. C. –ahora 375 C.G.P.-; *iii)* de igual manera, en lo que atañe a su inalienabilidad e inembargabilidad, el legislador ha establecido que los bienes de uso público y los fiscales destinados a un servicio público son inembargables –artículo 684 del C. de P. C.-, y serán inalienables aquellos que el constituyente o el legislador hayan calificado como tales, es el caso del subsuelo y del espectro electromagnético; y, *iv)* tanto los bienes de uso público como los fiscales se encuentran sometidos de manera general a un régimen de derecho público en cuanto a su gestión y administración.

Sus diferencias son, también, evidentes: *i)* los bienes de uso público se caracterizan jurídicamente porque el ordenamiento jurídico los ha puesto a disposición de los particulares para su uso directo, mientras que los bienes fiscales se encuentran, general pero no exclusivamente, destinados para el uso por parte de las entidades públicas, así se encuentren algunas porciones de ellos “abiertos al público”; *ii)* el régimen jurídico de los bienes de uso público es de naturaleza constitucional (art. 63 C.P.), mientras que el de la mayoría de los bienes que componen la categoría de fiscales es de carácter legal.

En cuanto a los mecanismos de protección, el régimen jurídico es particularmente complejo puesto que involucra normas de distinto nivel y mecanismos jurisdiccionales y administrativos. Desde el punto de vista judicial, los bienes públicos encuentran una protección intensa y completa, así junto a las tradicionales acciones –o medios de control- contencioso administrativas, que no

³² Cf. J. Pimiento, “Reflexiones en torno a la división de bienes públicos en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, No. 21, julio-diciembre de 2011, U. Externado, p. 207 a 232.

caducan por expresa disposición del CPACA (art. 164.1.b), se encuentran las acciones populares que permiten la protección ya sea específicamente del uso de los bienes de uso público o, más generalmente, del patrimonio público (art. 4 de la Ley 472 de 1998). Pudiéndose, además, en ambos casos, iniciar los trámites correspondientes al proceso reivindicatorio civil.

La protección administrativa de los bienes públicos es aquella que las normas policivas han decantado tradicionalmente, en el que coexisten las normas propias de la restitución de los bienes de uso público con las de la protección de la tenencia material de bienes inmuebles.

Así, por una parte, para los bienes de uso público, se previó un régimen de protección policiva denominado restitución de bienes de uso público, contenido en el Decreto 640 de 1937 y en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, contenido en el Decreto 1355 de 1970, sin embargo, en dichas normas nada se estableció acerca de la posibilidad de restituir bienes fiscales, asunto que fue estudiado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual, en concepto de 1999, afirmó:

“En relación con los bienes fiscales, si bien la ley les otorgó desde 1971 el carácter de imprescriptibles, coetánea o subsiguientemente no estableció un procedimiento especial para su protección y eventual restitución, ni remitió tampoco al trámite dispuesto para los bienes de uso público. Por ello la entidad estatal, propietaria de bienes que por estar afectados a la prestación de un servicio público son considerados como fiscales o patrimoniales, deberá acudir a los medios ordinarios que brinda la ley para la defensa, protección o restitución de la propiedad privada. Las acciones serán entonces de carácter policivo o judicial. En este último caso habrá que estudiar la procedencia de acciones tales como la posesoria, la reivindicatoria, y la de tenencia.

(...)

“Los bienes fiscales o patrimoniales pertenecen al Estado como una especie de propiedad pública destinada real o potencialmente a la prestación de servicios públicos. Aunque dotados de la prerrogativa de ser imprescriptibles y generalmente inembargables, como norma general se rigen por la legislación común.

En el caso de que bienes fiscales se encuentren en poder de terceras personas, el procedimiento que se debe seguir para su recuperación dependerá de circunstancias de tiempo, modo y hasta de lugar, como que el tratamiento difiere según su situación geográfica, distinguiéndose entre predios urbanos y rurales.

“De manera que, inicialmente, procederán las acciones policivas, por perturbación o por despojo, según el caso. Y con posterioridad, es decir, una vez transcurrido el término de prescripción que la ley establece para el ejercicio de aquéllas, habrá que acudir ante las autoridades judiciales. Las acciones de protección jurisdiccional fueron, tradicionalmente, la posesoria y la de reivindicación o acción de dominio. Hoy en día, dotados los bienes fiscales de la prerrogativa de la imprescriptibilidad, el ocupante de hecho del bien fiscal ya no podrá alegar posesión. A lo sumo se convertirá en un mero tenedor que por ministerio de la ley está reconociendo dominio ajeno. Por ello, en sede jurisdiccional lo pertinente será el ejercicio por la entidad estatal propietaria del bien fiscal, de la acción correspondiente al proceso de lanzamiento, con fundamento en los artículos 425 y 426 del Código de Procedimiento Civil; en tratándose de bienes agrarios, el lanzamiento por ocupación de hecho compete a los juzgados agrarios como consecuencia de la creación de la jurisdicción agraria por el Decreto - ley 2303 de 1989 y lo preceptuado en sus artículos 2º, numeral 6, 3º y 8º, numeral 2”³³.

Por manera que, en principio, con el fin de recuperar sus bienes, la Administración Pública tiene a su disposición dos tipos de instrumentos policivos según la naturaleza jurídica del bien, en tratándose de bienes de uso público se podrá hacer uso del mecanismo de la restitución de bienes de uso público, mientras que si lo que se busca es recuperar un bien fiscal se habrá de acudir al mecanismo del lanzamiento por ocupación de hecho con las particularidades que se explicarán más adelante.

Las diferencias entre uno y otro mecanismo son sustanciales y con evidentes consecuencias desde el punto de vista de su control jurisdiccional, en atención a que desde 1913, las distintas normas que le atribuyen competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo han excluido de su conocimiento *“las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”*, según la redacción que se adoptó en el artículo 82 C.C.A.³⁴; disposiciones normativas que se han entendido tradicionalmente como exclusivamente referidas a aquellos procedimientos policivos en los que la autoridad de policía interviniera como un tercero en la disputa, catalogándose así, como una actividad jurisdiccional de la Administración Pública, mientras que aquellos referidos a actividades propiamente de policía administrativa –en la que se incluye la restitución de bienes de uso público- se entendieron como sometidos al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

³³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de noviembre de 1995, Exp. 745, C.P. Javier Henao Hidrón.

³⁴ Exclusión que se reiteró en el artículo 105.3 del CPACA.

A propósito de ello en reciente sentencia, esta Subsección analizó la naturaleza jurídica del lanzamiento por ocupación de hecho y sus relaciones con otras actividades propias de la policía administrativa; al respecto afirmó:

“ii) La naturaleza jurídica del proceso policivo de lanzamiento por ocupación de hecho: La jurisprudencia de esta Corporación ha calificado la función policiva en el marco del lanzamiento por ocupación de hecho como una función de carácter jurisdiccional realizada por autoridades administrativas. En este sentido ha afirmado:

‘Lo hasta aquí afirmado es a todas luces concordante con los principios tutelares que guían nuestro Estado de Derecho, dentro de los cuales brilla aquél que afirma la separación de los poderes públicos, y que incluye a la policía en la Rama Ejecutiva, llamada por tanto a proferir normalmente actos administrativos, y en muy contadas excepciones, a proferir sentencias judiciales.

(...)

‘3o. Así las cosas, observa la Sala que en el caso de autos no se trata de juicios policivos, pues no hay conflicto entre dos partes que sea dirimido por la autoridad policiva, como bien puede suceder en los amparos posesorios. En el evento de restitución de bienes de uso público, la autoridad administrativa no actúa como juez, entendiendo esta institución en su sentido lato, es decir como aquella que dirime imparcialmente, controversia entre dos partes que persiguen intereses opuestos’³⁵.

‘Por otra parte, en sentencia 2001, la Sección Primera de la Corporación afirmó:

‘Sobre este punto, la Sala considera necesario distinguir los actos que ponen fin a actuaciones administrativas correspondientes a procedimientos de policía, esto es, las que obedecen al ejercicio de las facultades de control, vigilancia y sanción de las autoridades sobre las actividades de los particulares, las cuales constituyen el ejercicio de una potestad administrativa, conocida como policía administrativa, de aquellas decisiones señaladas en el inciso tercero del artículo 82 del C.C.A, resultantes de juicios policivos, especialmente regulados por la ley y en donde la autoridad policiva actúa como juez frente a determinados conflictos jurídicos causados por conductas de los particulares en su relaciones cotidianas o de vecindad, que la doctrina y la jurisprudencia han tendido a tratar como actos jurisdiccionales. Mediante esas decisiones, las autoridades de policía (inspecciones, alcaldes o gobernadores, según el caso) dirimen contiendas entre particulares sobre asuntos de incidencias

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 3 de mayo de 1990, Exp. 5911, C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo.

*jurídicas menores, especialmente señalados y regulados por la ley*³⁶.

“En el mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación:

*‘Las autoridades policivas por regla general ejercen funciones propiamente administrativas, inherentes al **poder de policía***³⁷ *del cual se encuentran investidas, dentro de los precisos límites legales, actos que están sujetos al control jurisdiccional como cualquier acto administrativo. Así mismo y excepcionalmente actúan en función jurisdiccional*³⁸*, cuando dirimen los procesos civiles de policía dirigidos a amparar la posesión, la tenencia o la servidumbre, eventos en los cuales, sus actos, por ser de carácter judicial, escapan al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*

*‘Son estas las razones por las cuales el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 82*³⁹*, ha previsto que los actos expedidos en los juicios civiles de policía, entre otros, no son objeto de control ante la justicia de lo Contencioso Administrativo.*

*‘La jurisprudencia de la Sección Tercera en distintos pronunciamientos ha determinado que los juicios civiles de policía y especialmente el amparo policivo posesorio*⁴⁰ *tienen carácter judicial; igualmente ha diferenciado entre la función propiamente administrativa que cumplen las autoridades de policía y la función judicial ejercida por las mismas. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional*⁴¹*; en sus diferentes fallos ha*

³⁶ Ver también las sentencias: exp. No. 6854 de 17 de mayo de 2001, exp. No. 5507 de 5 de diciembre de 2002 y Exp. No. 0207 de 17 de agosto de 2006 de la Sección Primera del Consejo de Estado.

³⁷ Cita textual del fallo: La Corte Suprema de Justicia definió **el poder de policía** como la competencia jurídica asignada, la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos, de expedir normas generales impersonales y preexistentes, normadoras del comportamiento ciudadano que tienen que ver con el orden público y la libertad; y que **la Función de Policía** es la gestión administrativa concreta del poder de policía ejercida dentro de los marcos jurídicos impuestos por éste. Sentencia del 21 de abril de 1982, Exp. No. 893, M.P. Manuel Gaona Cruz.

³⁸ Cita textual del fallo: El artículo 116 de la Constitución Política establece en su inciso tercero: *“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas; sin embargo no les está permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.”*

Por su parte el artículo 13, numeral 2 de La ley 270 de 1996, también establece que la función jurisdiccional será ejercida, entre otros, por: *“**Las autoridades administrativas**, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal.”*

³⁹ Cita textual del fallo: En las diferentes reformas de que ha sido objeto el Código Contencioso Administrativo, el legislador ha mantenido el mismo lineamiento; así se evidencia del contenido de artículo 73, inc. 2, de la Ley 147 de 1964; luego en el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, norma que fue modificada primeramente por el artículo 12 del Decreto-ley 2304 de 1989 y posteriormente por el artículo 30 de la Ley 446 de 1989.

⁴⁰ Cita textual del fallo: Sentencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado de 3 de mayo de 1990; Exp. 5.911; de 5 de mayo de 1995, Exp. 3130 y de 5 de septiembre de 1996, Exp. 3960 de 1996.

reiterado que los juicios civiles de policía, iniciados para protección del “statu quo”, constituyen manifestaciones del poder judicial del Estado.

‘Bajo este contexto es claro que cuando las autoridades policivas adelantan un juicio de lanzamiento, actúan en función jurisdiccional, como un verdadero juez, quien actúa imparcialmente frente a los intereses opuestos de las partes en conflicto’⁴².

“De la misma forma, la Corte Constitucional ha concordado con el criterio del Consejo de Estado y en variados pronunciamientos ha precisado que las decisiones emitidas por las autoridades de policía en procesos de policía de amparo a la tenencia, posesión o servidumbre son manifestaciones del poder judicial del Estado y por ello no constituyen actos administrativos:

‘... Cuando se trata de procesos policivos para amparar la posesión, la tenencia, o una servidumbre, las autoridades de policía ejercen función jurisdiccional y las providencias que dicten son jurisdiccionales, excluidas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no actos administrativos...’⁴³.

“En sentencia T-091 de 2003, esa Corporación también expresó:

‘Los amparos policivos han sido asimilados a controversias de naturaleza jurisdiccional, hasta el punto que la providencia que culmina la actuación tiene idéntica naturaleza. Desde esta perspectiva, encuentra la Sala que el procedimiento policivo si bien guarda autonomía e independencia, al establecer los trámites que se deben tener en cuenta en cada caso tramitado bajo sus disposiciones, inexorable resulta que debe nutrirse de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil para llenar sus vacíos y no a la legislación de lo Contencioso administrativo. Por consiguiente, unos y otros actos resultan de naturaleza jurisdiccional, y por lo tanto regidos por los Códigos de Policía y Procedimiento Civil, sin ser susceptibles de quedar comprendidos en la legislación contencioso administrativa’⁴⁴.

“De manera más reciente, la Corte Constitucional destacó los fundamentos jurídicos de la distinción entre el ejercicio de funciones administrativas de policía y los procesos policivos:

‘En términos generales, la función de policía, envuelve una naturaleza meramente administrativa. El ordenamiento jurídico ha

⁴¹ Cita textual del fallo: Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias dictadas por la Corte Constitucional: T- 048 del 14 de febrero de 1995; T - 289 del 5 de julio de 1995; T-149 del 23 de abril de 1998; T- 127 del 1 de marzo de 1999 y T- 629 del 30 de agosto de 1999.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, Exp. 15883.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T- 149 de 1.998, M. P. Antonio Barrera Carbonel.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

radicado en cabeza de las autoridades administrativas, la conservación, el mantenimiento y el restablecimiento de las diversas facetas del orden público. Sin duda, las actuaciones emprendidas por la administración en ejercicio de este poder constituyen verdaderos actos administrativos, sometidos a control jurisdiccional por parte del Contencioso Administrativo. En efecto, si la Administración en ejercicio de la función de policía que le fue conferida, va en contravía del orden legal, o infringe perjuicios a particulares, dichas actuaciones podrán ser atacadas ante la jurisdicción competente. Ello, porque la regla general, en materia de policía, es que las determinaciones adoptadas son de carácter administrativo.

‘Sin embargo, no todas las actuaciones emprendidas por la Rama Ejecutiva en ejercicio de la función de policía, tienen control ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto las decisiones adoptadas en desarrollo de juicios de policía de naturaleza civil, como cuando se interviene en asuntos destinados a amparar provisionalmente la posesión, la tenencia o una servidumbre o los asuntos de carácter penal, se encuentran expresamente excluidos de dicho control en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, según el cual tal Jurisdicción carece de competencia para juzgar las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados por la ley. Lo anterior se justifica si se tiene en cuenta que, en estos casos, las medidas de policía son de efecto inmediato en punto a evitar que se perturbe el orden y la tranquilidad pública. Se trata de medidas de carácter precario y provisional, cuya única finalidad es devolver el statu quo mientras el juez ordinario competente para decidir sobre la titularidad de los derechos reales en controversia, decide definitivamente sobre ellos. Por esta razón, la doctrina ha afirmado que estas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada ‘formal’⁴⁵⁴⁶.

De esta manera, según la jurisprudencia consolidada de la Corporación –y de la Corte Constitucional- tienen naturaleza jurisdiccional y, por tanto, escapan al control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo los juicios policivos en los que la Administración actúe como un tercero respecto de las partes en litigio, en caso contrario, se entenderá que el juicio policivo es de carácter administrativo y, por lo tanto, se debe entender como objeto del control judicial en esta Jurisdicción; se ha decantado, entonces, una regla general por cuya virtud los procedimientos policivos de protección de la tenencia y/o de la posesión son de aquellos en los que el Estado ostenta la calidad de un tercero respecto del querellante y del querellado.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-240 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. 28158, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Sin embargo, ocurre que en el caso del lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales, la entidad territorial no actúa como un tercero frente a la parte querellada; por el contrario, dado el carácter de la protección que requieren los bienes públicos -en general, por su inclusión en el patrimonio público-, esa medida policiva, al erigirse en una prerrogativa del poder público, detenta un evidente carácter administrativo, cuyo control le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según la línea jurisprudencial antes reseñada. Esta competencia administrativa encuentra pleno sustento normativo en los artículos 2, 88, 102, 313 de la Constitución Política, en el Decreto 1333 de 1986 –contentivo del Código de Régimen Político y Municipal- y en el artículo 679 del Código Civil, a cuyo tenor:

*“ARTICULO 679. Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, **terrenos fiscales**, y demás lugares de propiedad de la Unión”*
(negritas por fuera del texto).

Así las cosas, la decisión del lanzamiento por ocupación de hecho que se realizó mediante la Resolución del 29 de agosto de 2000 se debe calificar como una medida de carácter administrativo, la cuestión que se debe dilucidar a continuación es la de establecer si se trata de un acto administrativo o de una operación administrativa.

3.3.- Acto administrativo, vía de hecho y operación administrativa.

El Tribunal *a quo*, se reitera, consideró que la decisión del lanzamiento por ocupación de hecho y su ejecución constituyeron una operación administrativa cuya resolución se debe realizar por la vía de la acción de reparación directa.

En su jurisprudencia constante la Corporación ha distinguido los conceptos de acto administrativo y operación administrativa con el fin de determinar la acción procedente; así:

*“Y no puede aceptarse la calificación jurídica que hace el demandante **“de operación administrativa”** a esa conducta de la Administración (acto administrativo) por lo siguiente: La jurisprudencia del Consejo de Estado después de la reforma introducida al Código Contencioso Administrativo por el decreto ley 2.304 de 1989 advirtió la forma diferencial de tratamiento que el legislador dio a las conductas **de operación administrativa** y de **acto administrativo**; así en sentencia dictada el 17 de agosto de 1995 precisó:*

‘Aunque ya en el derecho administrativo colombiano, a partir de la vigencia del art. 13 del decreto ley 2.304 de 1.989, **la operación administrativa no se asimila al acto administrativo, como lo hacía el art. 82 in fine del C. C. A.**, sino que más bien **se trata como un hecho o un conjunto de hechos de ejecución de un acto administrativo**, sigue pesando en la definición de la figura la concurrencia de los dos fenómenos anotados (los actos y los hechos u omisiones) en forma sucesiva o encadenada, hasta el punto que muchas veces el perjuicio lo produce el acto, dada su ilegalidad, o el conjunto de los mismos unidos a otros trámites o actuaciones dentro de un procedimiento del cual puede deducirse, en ciertos eventos, un daño no particularizado en alguno o algunos de los pasos cumplidos; y en otras, aunque la ilegalidad de la decisión no se observe, **el daño solo surge de la ejecución irregular de la misma**. Y existen casos, aún más excepcionales, en que el daño se produce pese a la legalidad del acto administrativo.

‘En otras palabras, en la actualidad, la operación administrativa es comprensiva de las medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sin que aquéllas puedan considerarse desligadas de éstas, ni en su legalidad ni en sus alcances o contenidos. **Pero es claro, se repite, que cuando el perjuicio nace de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser [la] de restablecimiento**; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su legalidad, **la acción será de reparación directa y deberá centrarse su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa**, pero sin omitir en esa evaluación el alcance de dicha decisión, por ser, en definitiva, la que delimita los poderes de ejecución de la administración; **como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar rompimiento del principio de la igualdad ante las cargas públicas.**’⁴⁷

‘La confusión que se observa en estos asuntos se deriva de la errónea interpretación que se le está dando a la figura de la operación administrativa, la cual en el derecho colombiano, en unas hipótesis, se tiene como el conjunto de hechos de ejecución de un acto o decisión administrativa, que permite o justifica, cuando causa daños, una acción de reparación directa; y en otras, que compartan un acto administrativo y que admiten el ejercicio de una acción de nulidad y restablecimiento. ‘La operación administrativa’ para los efectos del antecitado artículo 86, no es otra cosa que un conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa. Excepcionalmente la doctrina ha aceptado también la figura de la ‘operación’ frente a actuaciones administrativas fallidas o que se dejan sin culminación. En la actualidad, pues, subsiste la noción

⁴⁷ Cita textual del fallo: “Expediente No. 7.095; Actor: Sociedad DURAN MUÑOZ Y COMPAÑIA LTDA”.

de operación de los sentidos anotados, los cuales aparecían ya en la Ley 167 de 1941. Y es tan cierto ese alcance multicomprendivo que el Decreto 2304 de 1989 subrogó el artículo 83 del C. C. A. que establecía la equivalencia entre operación administrativa y acto administrativo, por no corresponder ni a realidad ni a los alcances que la doctrina le había dado a dicha figura.

*“Por consiguiente como la Resolución que reprocha el actor no comprende un hecho o conjunto de hechos de ejecución de un acto administrativo, sino que recae **en un acto administrativo**, es obvio jurídicamente que no se trata de conducta de operación administrativa pues ella no versa sobre medidas de ejecución de una o varias decisiones administrativas, sino, se repite, de la medida decisoria (la expresión de voluntad administrativa)”⁴⁸.*

Idéntica postura se asumió, paradójicamente, en la decisión que el Tribunal de primera instancia utilizó para sustentar, indebidamente a juicio de la Sala, la existencia de una operación administrativa en el *sub lite*, puesto que en la mencionada providencia se indicó:

“La pertinencia de una u otra acción, como lo ha manifestado el Consejo de Estado, está ligada directamente con la causa jurídica y con el objeto jurídico de la (s) pretensión (es).

“Entonces dependiendo de si la lesión sufrida por el particular hubiera sido producida por el hecho (lato sensu), por un acto administrativo particular en firme, o por un contrato, la acción pertinente sería en su orden, la de reparación directa, la de nulidad o restablecimiento del derecho, o finalmente la acción relativa a contratos.

*“En este punto es importante aclarar que no obstante el antiguo artículo 83 del C. C. A señalaba que las operaciones administrativas y las vías de hecho serían consideradas en adelante y para todos los efectos como actos administrativos, la jurisprudencia del Consejo de Estado al comprender e interpretar ese contenido **con el sistema jurídico coligió que si la lesión afirmada, en la demanda, la había producido el acto administrativo particular atacado por su ilegalidad la acción pertinente era la de ‘nulidad y de restablecimiento del derecho’; en tanto que si el daño tenía como causa inmediata la ejecución irregular – entre otras anticipada - de un acto administrativo la acción procedente era la reparación directa.***

*“Así, esta Sección del Consejo de Estado en sentencia proferida el día 31 de agosto de 1995 manifestó al efecto que si bien en la operación administrativa, confluyen actos y hechos administrativos, es claro que si la acción se dirige al establecimiento de la responsabilidad derivada de las vías de hecho o irregularidades en que incurrió la Administración para **ejecutar su decisión**, la acción procedente no es otra que la acción de reparación directa, denominada anteriormente acción de reparación directa y cumplimiento.*

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 2005, Exp. 28454, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

“En este punto es importante aclarar que no necesariamente los actos de ejecución de una decisión de la Administración deben ser irregulares, para que surja la obligación de indemnizar por parte del Estado. En efecto, en el evento en el cual con la ejecutoria de una decisión se rompa el equilibrio que debe existir ante las cargas públicas y se grave en forma injusta y desigual a una persona o grupo de personas, es posible acudir a la acción de reparación directa con el fin de obtener la indemnización de perjuicios originada en dicha operación administrativa, aunque esta haya sido completamente regular.

“Por otra parte, entre las múltiples situaciones que dan lugar a la figura de la operación administrativa susceptibles de ser demandadas por vía de reparación directa, se encuentra la relativa a la ejecución anticipada de un acto administrativo, o por no notificarse debidamente, o por falta de notificación o antes de quedar en firme la decisión que desató un recurso, o antes de que transcurra, según su caso, el término para quedar debidamente ejecutoriada” (negritas por fuera del texto)⁴⁹.

Del texto literal de las providencias transcritas y particularmente de aquella que sirvió de base para que el Tribunal *a quo* asumiera el conocimiento del fondo del asunto, en criterio de la Sala se impone la conclusión opuesta. En efecto, la jurisprudencia consolidada de la Sala es clara en distinguir los actos administrativos –cuyo contencioso corresponde por regla general al de las nulidades, en la medida en que se discuta su legalidad- de las medidas de ejecución de esos actos administrativos, las cuales se enmarcan en la definición de operación administrativa –siendo el cauce procesal adecuado para conocer de esos litigios, la acción, ahora medio de control, de reparación directa-, permitiéndose acudir a la acción de reparación directa en aquellos casos en que se haya ejecutado el acto administrativo antes de su notificación, con prescindencia de ella o cuando se notificó indebidamente. Así, lo que se entiende por *vía de hecho* debe ser enmarcada ya sea en la producción del acto administrativo, cuyo análisis se realiza en sede de las acciones de nulidad, o en su ejecución, correspondiéndole el cauce procesal de la reparación directa.

La Sala encuentra que la parte actora centró sus pretensiones resarcitorias, en parte, en la ilegalidad de la Resolución del 29 de agosto de 2000, proferida por la entidad territorial demandada y notificada por aviso a los ocupantes el día 8 de septiembre del mismo año, en los términos del artículo 6 del Decreto 992 de 1930; en efecto, como se indicó en el acápite correspondiente, los demandantes afirmaron que el referido acto administrativo se emitió sin el cumplimiento de los

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de agosto de 2001, Exp. 13344, C.P. María Elena Giraldo Gómez; citada por el Tribunal *a quo* a fl. 214 c ppal.

requisitos que la ley estableció para el efecto, esto es ausencia de poder especial, fraude procesal –falsa motivación-, arbitrariedad, todas ellas razones que atacan la validez del acto administrativo, razón por la cual, en criterio de la Sala, el origen del perjuicio alegado por la parte actora lo constituyó un acto administrativo, cuyo análisis de legalidad debe ser realizado en sede de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no en el de la reparación directa, razón por la cual la Sala se declarará inhibida para resolver de fondo acerca de las pretensiones resarcitorias en cuanto tiene que ver con la expedición de la Resolución del 29 de agosto de 2000, frente a lo cual no sobra precisar que operó el fenómeno de caducidad de la acción correspondiente, al interponerse la demanda por fuera del término de los 4 meses que estableció el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Lo mismo no puede predicarse, sin embargo, de los eventuales perjuicios que se pudieren haber derivado de la ejecución de la Resolución del 29 de agosto de 2000, esto es los actos que concretaron en cabeza de los ahora demandantes la decisión de la Administración Pública de ordenar el lanzamiento por ocupación de hecho del predio en cuestión.

En conclusión, la Sala, por una parte, se declarará inhibida para pronunciarse acerca de la supuesta “falla en el servicio”⁵⁰ en el procedimiento que llevó a la expedición de la Resolución del 29 de agosto de 2000, puesto que tal pretensión corresponde a las que se ventilan por el cauce procesal de la nulidad y restablecimiento del derecho y, por la otra, pasará a analizar la alegada responsabilidad patrimonial de la entidad territorial demandada que se hubiere podido derivar de su ejecución.

4.- La responsabilidad de la entidad pública demandada.

A manera de cuestión previa, la Sala encuentra pertinente traer a colación la sentencia del 26 de julio de 2011, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación⁵¹, en la medida en que, por un lado, en dicha providencia el litigio giró en torno a la extinción del dominio de, entre otros, el predio objeto de la presente demanda y, por el otro, que el acto administrativo allí cuestionado le sirvió de base jurídica a la decisión del 29 de agosto de 2000; en aquella ocasión se desestimaron las pretensiones anulatorias de la demanda por

⁵⁰ Fl. 8 c 1.

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de julio de 2011, Exp. 16131, C.P. Enrique Gil Botero.

haber sido presentada por fuera del término de caducidad y del tercero coadyuvante por no encontrarse argumentos suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo. Es de resaltar que, de la lectura de la providencia surge con claridad meridiana que en dicha ocasión no se ventilaron cuestiones relativas a la situación de los titulares de las mejoras o de los poseedores.

En segundo lugar, resulta pertinente señalar que los demandantes se encuentran legitimados en la causa para actuar en el presente proceso, puesto que acreditaron de manera fehaciente su calidad de titulares de una situación jurídica concreta frente al predio y que fueron sujetos pasivos de la medida de lanzamiento por ocupación de hecho⁵².

Frente a la operación administrativa consistente en la ejecución del lanzamiento por ocupación de hecho, en el expediente se acreditó que: *i)* en el aviso mediante el cual se notificó el lanzamiento por ocupación de hecho se indicó como fecha de la diligencia el 11 de septiembre de 2000, pero se realizó el 12 del mismo y año, es decir el día siguiente; *ii)* el funcionario ejecutor ordenó la realización de la diligencia sin haber expedido un acto mediante el cual se “*auxiliara*” lo ordenado por el superior o se emitiera una providencia acatando la Comisión proferida por la autoridad de policía.

Los hechos así descritos, en criterio de la Sala, no son constitutivos de una falla del servicio que se hubiere podido producir con ocasión de la operación administrativa llevada a cabo por el Inspector de Policía del barrio La Paz, del Distrito de Santa Marta, puesto que de su ocurrencia no se evidencia violación alguna de los derechos de los demandantes. Sin embargo, aun cuando no se evidencia en el *sub lite* la mencionada falla, para la Sala sí se produjo un desequilibrio de las cargas públicas frente a los hoy demandantes.

En efecto, en el expediente se encuentra acreditado que los señores Wilberth Pareja López y Nalvis Araujo Núñez, adquirieron unas mejoras en el predio en cuestión de parte del señor Hermócrates Araujo Iriarte, quien a su vez las había adquirido de Prudencio Camargo, directamente y a través de la compra de

⁵² Tal y como se evidencia del contenido mismo del acta correspondiente a la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, de las escrituras públicas citadas en el acápite de pruebas y de las declaraciones de los señores José Luis López Rocha (fl. 147 a 149 c 1), Carlos Fernández de Castro (fl. 150 a 151 c 1), Rodolfo Martínez Florín (fl. 152 a 53 c 1).

derechos herenciales de la señora Olga de Jesús Camargo, quienes, a su turno, protocolizaron su posesión en septiembre de 1963. También se encuentra acreditado que al momento de la ejecución del lanzamiento por ocupación de hecho, los demandantes se encontraban en el predio ejerciendo actos de ocupación.

Ahora bien, más allá del debate teórico en torno a la autonomía de la posesión respecto de la prescripción adquisitiva del derecho de propiedad y del reconocimiento de aquella institución como una situación de hecho⁵³ respecto de la tenencia material de determinado bien, no se puede perder de vista que según el tenor literal del artículo 2512 del Código Civil, “[l]a *prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, **por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales***” (negritas por fuera del texto).

Así, aun cuando los demandantes hayan, como en efecto lo hicieron, realizado actos de señor y dueño respecto de alguna porción del predio objeto de la demanda, dicha situación fáctica no podía tener por efecto servir de base para la configuración de la prescripción adquisitiva del dominio, es decir, para esos efectos y frente a bienes públicos, los particulares no pueden considerarse como legítimos poseedores sino como titulares de mejoras; la anterior afirmación encuentra pleno sustento normativo, pues desde la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en su artículo 407⁵⁴, el ordenamiento jurídico colombiano excluyó de plano la posibilidad de que un particular pudiera considerarse como poseedor de un bien público⁵⁵, al proscribirse la prescripción extintiva respecto de

⁵³ Cf. Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho Civil. Bienes*, 11ª ed., Temis, Bogotá, 2007, capítulo IV.

⁵⁴ Artículo 413 en su nomenclatura original.

⁵⁵ Esta postura fue criticada por Jaime Arteaga Carvajal, para quien se debe aplicar de manera preferente el artículo 2517 del Código Civil –por cuya virtud se permite la prescripción en contra de la Nación– frente al artículo 407 del C. de P. C., por cuanto “el artículo 2517 es una norma de sustantiva, mientras que el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil es una norma adjetiva, que sólo se refiere a una de las maneras de hacer efectiva la usucapión: la acción de declaración de pertenencia, y la prescripción, se ha visto, se puede hacer valer como acción y también como excepción”, por ello concluye que “todavía pueden adquirirse por usucapión los derechos reales radicados sobre bienes muebles e inmuebles de propiedad del Estado, las municipalidades y los departamentos y en general, de las entidades de derecho público que no sean bienes de uso público, sino simplemente bienes fiscales, aunque ya no puede hacerse efectiva la usucapión de esos bienes por vía de excepción” (*De los bienes y su dominio*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1994, p. 351).

Sin embargo, resultan, para el efecto, más adecuadas las reflexiones del doctrinante Luis Velásquez Jaramillo, en cuanto a que “*La Corte Suprema de Justicia en varias providencias ha interpretado el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil en el sentido finalista ... de borrar para siempre la diferencia entre bienes fiscales y de uso público en materia posesoria y prescriptiva. Es inadmisibile*

bienes de titularidad pública –tanto frente a los de uso público, como a los bienes fiscales-. De esta manera, existe una regla absoluta de imprescriptibilidad de los bienes públicos, que en consecuencia impide la configuración de la posesión en cabeza de particular alguno, en la medida en que resultan contrarios a derecho los actos de señor y dueño en un predio público, razón por la cual no se hará referencia a una pretendida *posesión* de los demandantes sino a su situación jurídica en calidad de titulares de unas mejoras.

También es cierto que como resulta de la providencia del 26 de julio de 2011, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de esta Corporación⁵⁶, la cesión de la situación jurídica respecto del predio por parte del señor Prudencio Camargo al señor Hermócrates Araujo Iriarte, así como su posterior venta a favor de los demandantes, se realizaron con posterioridad a la medida de extinción de dominio que afectó el predio que, según se señaló en dicha providencia, le pertenecía a la Corporación Colombiana de Turismo, pero en tales actos no se hizo referencia alguna a la situación de los titulares de mejoras o de los poseedores.

Aun cuando la jurisprudencia ha dudado en catalogar la posesión como un derecho fundamental, en algunas ocasiones atendiendo las especiales características de las personas que ocupen bienes públicos, se ha reconocido que cuando se hayan realizado edificaciones o mejoras en este tipo de bienes procede el reconocimiento de su indemnización, cuyo fundamento se encuentra en el principio de protección de la confianza legítima; así, en una sentencia de 2010, en la que se cuestionaba la situación de un ocupante de una zona urbana de uso público que había ejercido la tenencia material del bien durante un período de 15 años, la Corte Constitucional ordenó:

“... a la Alcaldía Municipal de Floridablanca que, antes de proceder al desalojo, llegue a un acuerdo con el peticionario en el que, en todo caso, se le reconozcan las mejoras que éste hubiere hecho sobre el inmueble, con el fin de proteger sus derechos al trabajo y al mínimo vital. Esta decisión tendrá efectos inter comunis por lo que se hará extensiva a

frente a ellos la presencia de estas instituciones jurídicas ... No se ve razón práctica para que exista en un mismo poseedor, de acuerdo con su situación procesal, una posesión con efecto prescriptivo para la excepción y otra sin este efecto para la acción”, por ello el autor afirma “sobre ellos no se admite la posesión” (aun cuando en este último punto se refiere a los bienes de uso público, al encontrarse sometido al mismo régimen jurídico de la imprescriptibilidad, se aplican indistintamente esas reflexiones a los bienes fiscales), Bienes, 11ª ed., Comlibros, Medellín, 2008, p. 84 y 69, respectivamente.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de julio de 2011, Exp. 16131, C.P. Enrique Gil Botero.

*todos aquellos ocupantes del bien de uso público, objeto del proceso policivo de restitución No. 106 de 2006, que se encuentren en una situación similar a la del peticionario, en la medida en la que subsistan gracias a los recursos derivados de la explotación económica del predio y/o que tengan su vivienda en dicho terreno*⁵⁷.

Si bien es cierto que en el caso en cita se estaba debatiendo la ocupación de un bien que se había transformado en bien de uso público por una cesión obligatoria gratuita que debió hacer su propietario lo que, en criterio de la Corte Constitucional, afectó la expectativa del ocupante de adquirir por prescripción el inmueble en cuestión, no lo es menos que en dicho pronunciamiento se reconoce que los titulares de mejoras en bienes públicos, cuando ocurran mecanismos de restitución de dichos bienes –en los que se enmarca el lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales- pueden solicitar el reconocimiento de las mejoras por ellos realizados, en la medida en que se acredite: *i)* su duración en el tiempo, *ii)* la efectiva realización de las mejoras y *iii)* su titularidad.

Los anteriores elementos se encuentran debidamente acreditados en el expediente en cabeza de los demandantes, razón por la cual la Sala declarará la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada y la condenará al pago de las mejoras realizadas por los demandantes, con la precisión de que bajo ningún concepto dicho pago puede corresponder al valor del predio pues, como se ha indicado, la parte actora no adquirió, ni pudo hacerlo, el bien inmueble objeto de la *litis* por prescripción, como tampoco los demandantes tenían siquiera una expectativa legítima de llegar a convertirse en propietarios, razón por la cual la indemnización deberá versar exclusivamente respecto del valor de las edificaciones que hubieren construido en el predio, cuya realización se hubiere acreditado en el expediente.

5.- La liquidación de los perjuicios.

5.1.- Los perjuicios morales.

En cuanto al reconocimiento de la indemnización de los perjuicios morales, cuyo reconocimiento solicitó la parte actora, supuestamente generados por la falla en el servicio de la entidad pública demandada, resulta importante resaltar que esta Corporación ha encontrado posible derivar la configuración de perjuicios morales

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-210 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

por situaciones diferentes a la pérdida de seres queridos o por lesiones personales⁵⁸, por ejemplo, por la pérdida de bienes, por el incumplimiento de obligaciones o por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, entre otros eventos, siempre y cuando en el expediente obre prueba que los acredite fehacientemente en tanto no se presumen; así lo manifestó en sentencia del cinco de octubre de 1989:

“Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiendo por éstos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño, pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume”⁵⁹.

De igual forma se reiteró en sentencia del 13 de abril de 2000 y posteriormente en sentencia del 7 de junio de 2006⁶⁰:

“El desarrollo del tema en la jurisprudencia nacional ha ido en evolución, al punto que hoy se admite inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume”^{61,62}.

Sin embargo ocurre que en el expediente que se examina no obra prueba alguna de la ocurrencia del mencionado perjuicio moral cuya reparación solicitan los demandantes, razón por la cual la Sala no decretará su indemnización.

5.2.- Los perjuicios materiales.

El Tribunal *a quo*, además de encontrar probada la responsabilidad de la entidad pública por los hechos objeto de la demanda que ahora se decide en segunda instancia, condenó a la entidad territorial demandada al pago de la suma de

⁵⁸ Se reiteran los planteamientos esgrimidos al respecto en: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de noviembre 11 de 2009, Exp. 17119.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 5 de 1989, Exp. 5320, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

⁶⁰ Expediente AG- 001. C.P. Alíer Hernández Enríquez. Criterio reiterado en sentencia junio 5 de 2008, Exp. 14526.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de octubre 5 de 1989, Exp. 5320; de noviembre 9 de 1994, Exp. 9367, C.P. Carlos Betancur Jaramillo y de noviembre 11 de 1999, Exp. 12652, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 13 de 2000, Exp. 11892, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

\$27.057'760.000, decisión que se sustentó en las siguientes reflexiones en torno al dictamen pericial rendido en el proceso:

“El rendido por los peritos en este proceso y respecto del cual se surtió el traslado ordenado en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil para efectos de que fuese controvertido, sin que las partes lo hicieran, informa claramente a la Sala de las características del predio ‘La Ilusión’ a que se refiere esta litis y establece en veintisiete mil cincuenta y seis millones de pesos (\$27.056'000.000,00) el valor comercial del mismo, en atención a su extensión (135.280 metros cuadrados), su situación legal (falta de titulación idónea), a la destinación turística del sector en el cual está ubicado y cuyo metro cuadrado debidamente titulado tiene un valor aproximado de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000,00), a las vías de acceso que lo rodean, al estrato social que se le ha asignado y a la infraestructura de servicios públicos con que cuenta; de igual forma, cuantifica en diecinueve millones quinientos diez mil pesos (\$19'510.000,00) el valor de los daños causados con ocasión del lanzamiento efectuado irregularmente por agentes del Distrito de Santa Marta, los cuales infieren de la destrucción de una casa de material, cercas en mampostería y alambre de púas y el valor de un pozo artesanal, para un gran total por perjuicios materiales de veintisiete mil setenta y cinco millones doscientos treinta y tres mil pesos (\$27.075'233.000,00).

“Las pruebas apreciadas en el numeral anterior logran el convencimiento de la Sala sobre la posesión alegada por los demandantes e ilustran respecto de los perjuicios causados con el proceder irregular de la Administración Distrital de Santa Marta, que ya se había establecido con los otros medios de probanza analizados, por lo que se declarará al ente territorial demandado responsable de los referidos perjuicios, los cuales no obstante la absoluta credibilidad que le merece el avalúo presentado por los peritos por la veracidad de las fuentes y validez de la metodología con que fue obtenido, no se fijarán con total sujeción al peritazgo en razón de que el Tribunal aunque tiene certeza de la existencia de la casa derribada, no encontró que las pruebas ilustraran en forma completa sobre las características de dicha construcción, y por tanto considera que los auxiliares de la justicia nombrados no tuvieron suficientes elementos de juicio para determinar su valor, que fijaron en 9'750.000,00, como tampoco fueron explícitos en señalar el concepto correspondiente al monto de \$8'000.000,00, con que se relaciona al ‘pozo artesano’, dichas sumas se deducirán del avalúo de los daños en infraestructura”⁶³.

Pues bien, frente a las anteriores consideraciones la Sala encuentra pertinente resaltar que, a diferencia por lo considerado por el Tribunal *a quo*, el dictamen pericial⁶⁴ en cuestión no cumple los mínimos requisitos de claridad, completud y credibilidad que rigen este tipo de medios probatorios para que puedan ser valorados por el Juez.

⁶³ Fl. 224 c ppal.

⁶⁴ C 3, rendido por los señores Manuel Ceballos y Víctor Noguera, el 27 de mayo de 2003.

En efecto: *i)* los peritos se limitaron a señalar un precio de mercado del predio, pero omitieron cualquier justificación técnica o financiera que les permitiera llegar al valor de \$200.000 por metro cuadrado en la zona, brilla por su ausencia, en las 7 hojas que componen el informe, algún tipo de “*análisis de valor de mercado*”, como se indica en el acápite titulado *metodología de valuación*, puesto que en el dictamen los peritos se limitaron a determinar subjetivamente dicho valor; *ii)* Los peritos y, así lo avaló el Tribunal *a quo*, inexplicablemente valoraron la posesión como si tuviera los mismos efectos y consecuencias que los de la propiedad, es decir se determinó el valor del predio, con los problemas jurídicos que tenía, como si los poseedores fueran titulares del derecho de propiedad y pudieran realizar los mismos actos jurídicos que el propietario; *iii)* Los peritos, sin razón alguna, omitieron indicar que el predio en cuestión había sido objeto de una medida de extinción del dominio y que el predio, para mayo de 2003 –fecha en que se produjo el dictamen pericial- había ingresado al patrimonio del Distrito de Santa Marta, frente al cual resultaba imposible oponer alguna excepción prescriptiva del dominio; *iv)* En la valoración de la situación de los demandantes, sólo se tuvo en cuenta lo que estaba contenido en las diversas escrituras públicas pero no la realidad del predio ocupado, pero no se analizó el hecho de que en dichos documentos públicos sólo se indicaron de manera general los linderos del predio, pero no constituían prueba de la materialidad de los actos de señor y dueño para efectos de determinar los perjuicios que se pudieren derivar de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, por el contrario tanto en ésta diligencia como en la que practicó el Tribunal *a quo* sólo se da cuenta de la existencia de una cerca de púas, de una casa y de un pozo artesanal, pero no de la realización de otro tipo de actos en los 135.280 metros cuadrados de superficie del predio.

La Sala, en oportunidades anteriores, se ha pronunciado acerca de los poderes del juez en la valoración del dictamen pericial, así⁶⁵:

“Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica respecto de la pericia convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa.

“Ahora bien, la doctrina ha sostenido que es necesario que el dictamen pericial, para ser apreciado por el Juez reúna una serie de requisitos de fondo o de contenido para poder ser valorado, entre ellos los siguientes:

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, Exp. 15911.

“f) Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada ‘razón de la ciencia del dicho’, en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (...) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable. (...)”

“g) Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos (...) puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo... (...)”

“h) Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles (...) no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión ...”

“i) Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto. Es obvio que si en el proceso aparecen otras pruebas que desvirtúen las conclusiones del dictamen o al menos dejen al juez en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca, luego una crítica razonada y de conjunto, aquél no puede tener plena eficacia probatoria”⁶⁶.

En este orden de ideas, el dictamen pericial no puede ser considerado como una camisa de fuerza, sino que constituye un medio probatorio que debe ser analizado en los términos del artículo 187 del C. de P.C.; por otra parte, el artículo 241 del C. de P.C., dispone:

⁶⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo segundo, Temis, Bogotá, 2002, pp. 321-326.

“Artículo 241. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

“Si se hubiere practicado un segundo dictamen, éste no sustituirá al primero pero se estimará conjuntamente con él, excepto cuando prospere objeción por error grave”.

Así las cosas, en criterio de la Sala, se reitera el dictamen pericial allegado al expediente no reúne los más elementales requisitos de firmeza, precisión, calidad, técnicos y científicos de los fundamentos en los que se basó ni de las conclusiones a las que se arribó, razón por la cual la Sala no lo valorará a efectos de determinar los perjuicios causados.

La Sala reitera que los perjuicios irrogados a la parte demandante **no** corresponden ni pueden corresponder al valor del predio objeto de la medida administrativa de lanzamiento por ocupación de hecho, puesto que, al no disponer de un título de propiedad ni tener los demandantes la potencialidad de adquirirlo, sólo se deben reconocer las mejoras que hubieren hecho en el predio, es decir las correspondientes a la casa de vivienda, a la cerca de púas y al pozo artesanal, en la medida en que se hubieren acreditado en el expediente.

Al respecto, en la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, practicada el 12 de septiembre de 2000, se indicó:

“se puede apreciar que la mejora construida sobre los terrenos en referencia es absolutamente nueva, construida en bloques de cemento con una ventana de madera y una puerta principal construida en material metálico, techo de eternit-asbesto, cuya extensión y medida son de 4.50 metros de ancho por 4.00 metros de largo. Observándose de igual manera un cerramiento en alambre de púa y postes y/o madrinas de madera, con cuatro hilos de alambre en una extensión de 900 metros lineales, la cual fue construida recientemente, se puede también apreciar la limpieza tanto desde la puerta de acceso de la mejora antes descrita es totalmente nueva ...”⁶⁷.

Los demandantes aportaron, para acreditar la construcción y el valor de la vivienda construida en predio ajeno, un documento del 8 de marzo de 1998, que da cuenta del pago de \$2'605.000 por parte del señor Hermócrates Araujo al señor

⁶⁷ Fl. 42 c 1.

Adalberto Rodríguez⁶⁸, la cual corresponde al lugar y a las dimensiones de la construcción reseñada en la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho.

De igual manera, se allegó un documento del 18 de junio de 1997 en el que el señor Euclides Crespo recibió \$3'500.000 “*por hacer un cerramiento en los terrenos de Pozos Colorados de la parte sur con una dimensión de 13 hectáreas en cerca de madera con 4 hilos de alambre de púas*” a todo costo⁶⁹.

Sin embargo, de los distintos medios probatorios allegados al expediente no se puede establecer con certeza el valor del pozo artesanal que existía en el predio, como tampoco de la existencia y cuantificación de otro tipo de actividades económicas en el predio.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la parte actora no cumplió con su carga probatoria en cuanto al monto correspondiente a una parte de las mejoras que realizó y/o de las actividades económicas que supuestamente se ejercían en el predio de propiedad del Distrito de Santa Marta, la Sala tomará como base de liquidación de los perjuicios materiales el valor de la vivienda y de la cerca que se debió demoler con ocasión de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, que practicó la entidad territorial demandada el 12 de septiembre de 2000, suma que será actualizada siguiendo la fórmula que para el efecto ha establecido la jurisprudencia de la Sala; así:

$$\begin{array}{rcl} \text{RA} = \text{VH} & & \frac{\text{Ind. final (octubre 2014)}}{\text{Ind. inicial (noviembre 1998)}} \\ & & \text{Ind. final (117,68)} \\ \text{RA} = \$6'105.000 & & \frac{\text{Ind. final (117,68)}}{\text{Ind. inicial (51,62)}} \\ \text{RA} = \$13'917.792,00. & & \end{array}$$

6.- Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

⁶⁸ Fl. 89 c 1.

⁶⁹ Fl. 88 c 1.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: Modifícase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el día 16 de diciembre de 2004, la cual quedará así:

“1.- Inhibirse de pronunciarse acerca de las pretensiones relativas a la nulidad de la Resolución del 29 de agosto de 2000, proferida por el Distrito Cultural, Histórico y Turístico de Santa Marta.

“2.- Declarar administrativa y patrimonialmente responsable al Distrito de Santa Marta por los perjuicios materiales causados a los señores Wilberth Pareja y Nalvis Araujo Núñez, en calidad de titulares de unas mejoras, con ocasión del lanzamiento por ocupación de hecho practicado el 12 de septiembre de 2000, respecto del predio objeto de las pretensiones de la demanda”.

“3. Condenar al Distrito de Santa Marta a pagar a favor de los demandantes señores Wilberth Pareja y Nalvis Araujo Núñez, la suma de trece millones novecientos diecisiete mil setecientos noventa y dos pesos (\$13'917.792,00), por concepto de perjuicios materiales

“4.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

“5.- Sin condena en costas.”.

SEGUNDO: Expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA