

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Accede. Declara nulidad de resolución por medio de la cual INCORA adjudicó bien baldío a particular, caso Predio El Pelicano o Morro de Gaira en Santa Marta, Magdalena, Isla Morrito de Gaira / ACTO ADMINISTRATIVO - Nulidad por falsa motivación, error en su objeto. Acto de adjudicación de bien baldío, caso Predio El Pelicano o Morro de Gaira / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Accede. Declara nulidad de acto administrativo que adjudicó predio isla, siendo reserva territorial del Estado / REGISTRO INMOBILIARIO - Cancelación de registro por orden judicial. Nulidad de acto administrativo que adjudicó bien baldío siendo reserva legal**

Se tiene que la finalidad del artículo 107 –si bien cuestionada en la época por establecer una regla general de inalienabilidad de determinados bienes, prohibida en principio por la Constitución Política de 1886- era la de garantizar la protección de determinados bienes, manteniéndolos en el patrimonio del Estado, en efecto “la regla de la inalienabilidad [que incluye necesariamente la imposibilidad de adjudicar] existe para proteger la afectación al interés general que esos bienes permiten cumplir de las ambiciones voraces de los funcionarios o de los particulares”. El precitado artículo 107 constituye, entonces, un mecanismo de protección del patrimonio público, por ello la interpretación que se haga de la reserva allí contenida no puede ser, bajo ningún concepto, restrictiva; en efecto, tanto al amparo de la Constitución de 1886 como de la Constitución Política de 1991, la protección del patrimonio público se erige como uno de los principios fundantes del Estado, en cuyo marco el análisis de las disposiciones normativas debe pasar un estricto test para determinar la procedencia de la adjudicación de un bien que pueda ser sustraído argumentativamente -como ocurrió en la Resolución No. 00714 atacada- de la reserva territorial del Estado. En este orden de ideas, si el legislador no distinguió entre islas y rocas o cayos o morros –terminología que no se encuentra en el Código Fiscal de 1912, por su aparición tardía en el derecho del mar- no le corresponde al intérprete realizar una lectura excluyente de las expresiones utilizadas por el legislador, máxime cuando el principio de interpretación a aplicar en casos como el sub lite es el que corresponde a una mayor protección del patrimonio público, en la medida en que en este tipo de eventos el operador jurídico debe propender por ampliar, siempre en el marco de la ley, el espectro de protección de los bienes públicos y, en general, del patrimonio de las personas de derecho público en tanto derecho colectivo y sustento y principio de la función administrativa. Resulta, entonces, evidente la falsa motivación, por error en su objeto, en la que incurrió el INCORA en la expedición de la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, al considerar que el predio denominado “El Pelicano” o “Morro de Gaira” no era una “isla”, con el fin de excluirla del ámbito de aplicación del artículo 107 del Código Fiscal, sustraerla de la reserva territorial del Estado y otorgársela, por la vía de la adjudicación, a un particular. (...) dado el carácter de reserva territorial de la Nación del bien adjudicado, en los términos antes señalados y a la luz del Código Fiscal de 1912, se abre paso la censura planteada por los recurrentes, lo que impone declarar la nulidad de la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, en cuanto dispuso la adjudicación al señor Gustavo Díaz Segovia del predio denominado “El Pelicano” o “Morro de Gaira”, así como de la Resolución número 05547 del 9 de diciembre de 1981, por la cual se puso fin a las diligencias previas de revisión del expediente de titulación de baldíos número 3389, originario del Proyecto Magdalena, proferida por el Subgerente Jurídico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, pues, como ha quedado visto, dicho predio resultaba inadjudicable. De igual manera, se ordenará la cancelación del registro de la matrícula inmobiliaria No. 080-0014311, efectuado

ante la Oficina de Registro de Santa Marta con motivo de la adjudicación dispuesta en el acto cuya nulidad hoy se declara.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04133-01(28210)**

**Actor: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA - INCORA**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, en su condición de parte demandante y Ministerio Público, en contra de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo del Magdalena por medio de la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

**I.-ANTECEDENTES**

La Procuraduría General de la Nación, por conducto de apoderado judicial y, en su momento, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, instaurada en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - INCORA, formuló las siguientes pretensiones:

*“1. Decretar la nulidad de la Resolución 00714 del 11 de diciembre de 1979, proferida por el Director Encargado del Proyecto Magdalena del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA - mediante la cual se adjudicó definitivamente a Gustavo Díaz Segovia, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.794.370 expedida en Santa Marta, ‘el terreno baldío denominado El Pelicano’ ubicado en el Mar Caribe, jurisdicción del corregimiento de Gaira, Municipio de Santa*

*Marta, Departamento del Magdalena, comprendido dentro de los siguientes linderos(...).*

*2. – Declarar que el bien descrito en la pretensión anterior es del dominio de la Nación, por ser un bien declarado de Reserva Nacional, por el artículo 107 de la Ley 110 de 1912.*

*3. – Conforme a lo previsto en el inciso primero del numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, decretar la nulidad de la Resolución número 05547 del 9 de diciembre de 1981, ‘por la cual se pone fin a las diligencias previas de revisión del expediente de titulación de baldíos número 3389, originario del Proyecto Magdalena’, proferida por el Subgerente Jurídico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA -.*

*4. – Oficiar a la Oficina de Instrumentos Públicos del Círculo de Santa Marta, para que cancele el registro de Matrícula Inmobiliaria número 080-0014311 del 9 de febrero de 1981, mediante el cual se registró la adjudicación del baldío con base en la Resolución 00714 del 11 de diciembre de 1979, proferida por el Director Encargado del Proyecto Magdalena del INCORA”.*

Como **fundamentos fácticos** de las pretensiones se expusieron los que la Sala se permite resumir de la siguiente manera:

Se expuso en la demanda que, entre el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– y el señor Gustavo Díaz Segovia se celebró el contrato No. 193 de 5 de septiembre de 1966, el cual tenía como objeto el arrendamiento de una isla marítima conocida con el nombre de “*Isla Morrito de Gaira*”, situada sobre el mar caribe, aproximadamente a un kilómetro de la playa Rodadero de Gaira, contrato pactado inicialmente por un término de duración de diez años, a partir del 5 de septiembre de 1966 y hasta el 5 de septiembre de 1976, con un canon de arrendamiento anual anticipado de mil ochocientos pesos (\$1.800).

Según se afirmó en el libelo, la interventoría del citado Contrato 193 de 1966 se le asignó al “*Director del Proyecto Magdalena número 4*”, lo cual se estipuló en su cláusula décimo primera.

Se manifestó que, en su calidad de arrendatario, el señor Gustavo Díaz Segovia elevó una petición ante el Comandante de la Armada Nacional, mediante la cual solicitó la legalización de unas obras, por lo cual se expidió la Resolución No. 239 del 26 de septiembre de 1969, en donde se dispuso legalizar la construcción de un muelle efectuada por el peticionario en la isla denominada “*El Morrito de Gaira*”, obra que se concesionó por el mismo término de duración del Contrato

No. 193 de 1966, en el que se advirtió que, al final del término fijado, tanto el terreno como la construcción revertirían al Estado, sin perjuicio de establecer una prórroga a petición del interesado y según las condiciones existentes a la fecha de la solicitud.

Adujo la Procuraduría que, con base en la cláusula décimo cuarta del Contrato No. 193 de 1966, el INCORA, de común acuerdo con el arrendatario Gustavo Díaz Segovia, convinieron en prorrogar su vigencia por diez años más, es decir, hasta el 5 de septiembre de 1986, para lo cual se suscribió una adición el 15 de julio de 1975, previo concepto favorable del interventor del contrato, de la Subgerencia Jurídica y la Dirección General Marítima y Portuaria. En dicha adición se autorizó al arrendatario para realizar unas construcciones tendientes a la organización y funcionamiento de una escuela de esquí acuático y tramitar su legalización, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Se aseveró que, a la luz de tales contratos de arrendamiento, el señor Gustavo Díaz Segovia no solo aceptó que tendría la mera tenencia del inmueble sino que, además, reconoció la titularidad del mismo en cabeza de la Nación, perteneciente a la reserva territorial del estado y, como tal, inapropiable, inadjudicable e imprescriptible, tenencia por la cual reconoció y pagó un canon de arrendamiento a favor del fisco nacional.

Se dijo que, a pesar de lo anterior, el señor Gustavo Díaz Segovia presentó ante el Gerente Regional del Incora (Magdalena), una solicitud de adjudicación, como baldío, del bien del cual era arrendatario, conocido como *"El Pelicano"*. En la indicada solicitud, sin hacer referencia al contrato de arrendamiento entonces vigente, adujo que había ejercido posesión del inmueble por más de veinte años, además de realizar una explotación económica del mismo, representada en la construcción de vivienda, el establecimiento de muelles y defensas contra los embates del mar, establecimientos especializados para el montaje de una escuela de esquí acuático, arborización y piscina de agua salada con destino a la cría de langostas y otras especies.

Con fundamento en la mencionada solicitud, el INCORA inició las diligencias administrativas de titulación de baldíos, para lo cual, a través de auto del 24 de abril de 1979, dio apertura al expediente administrativo No. 3389 y ordenó la práctica de varias diligencias administrativas, entre ellas, una inspección ocular sobre el predio.

Cumplidas las diligencias ordenadas, mediante la Resolución 00714 del 11 de diciembre de 1979, el Director Regional del Proyecto Magdalena del INCORA, adjudicó definitivamente a Gustavo Díaz Segovia el terreno baldío denominado "*El Pelicano*", afirmando en dicho acto administrativo que éste quedaba amparado por la presunción establecida en el artículo 6° de la Ley 97 de 1946, por cuanto "*se demostró que el adjudicatario viene explotando el predio desde hace veinte (20) años*".

Expuso la Procuraduría que, mediante "*comunicación 471 No. 000115 del 10 de febrero de 1981*", el entonces Director Regional del Proyecto Magdalena envió al Gerente General del Incora el expediente administrativo No. 3389, junto con la copia del contrato de arrendamiento No. 193 de 1966 para que dispusiera lo pertinente, al considerar que "*el objeto de la adjudicación por tratarse de una isla resultaba inadjudicable*", lo que llevó a que el Gerente General y el Secretario General del Incora dispusieran la revisión y verificación de la actuación administrativa por medio de la cual se había adjudicado al señor Gustavo Díaz Segovia "*el terreno baldío denominado El Pelicano*", todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 38 de la Ley 135 de 1961 y 16 del Decreto Reglamentario No. 389 de 1974.

En vista de lo anterior, se abrió el expediente No. 279280, en el cual se practicó una "*diligencia de visita previa*", en la que los funcionarios comisionados indicaron que la posesión del señor Segovia había sido pacífica e ininterrumpida por un término superior a los veinte años y que, anteriormente, el bien solo había sido ocupado transitoriamente por pescadores. A dicha diligencia se allegó un estudio realizado por un oceanógrafo y un geólogo marino que prestaban sus servicios al Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas, dependiente de la Dirección General Marítima y Portuaria de la Armada Nacional en la ciudad de Cartagena, en donde se concluyó que "*la denominación más apropiada desde el punto de vista geográfico y geológico para definir el morrito de Gaira corresponde a la palabra morro*". No obstante lo anterior, en Oficio de 17 de noviembre de 1992, el Director del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General marítima y Portuaria de la Armada Nacional señaló que dicho estudio tenía el carácter de ser un "*documento personal*".

Se señaló que, conforme a la anterior diligencia, el 13 de noviembre de 1981, el Jefe de la División de Titulación de Tierras rindió al Subgerente Jurídico del Incora un informe relacionado con la adjudicación del predio en cuestión, en el que, a juicio de la parte actora, se transcribió el mencionado estudio elaborado por los profesionales del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas, para concluir que el Islote “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*” correspondía específicamente a tal denominación y, por lo tanto, era un morro baldío cuya adjudicación no estaba prohibida por la ley, al no encontrarse dentro de las manifestaciones insulares que, conforme al artículo 107 del Código Fiscal, constituían reserva territorial del Estado.

De igual manera, en dicho informe se señaló que el expediente No. 3389 fue tramitado con observancia de las exigencias de la Ley 135 de 1961 y el Decreto Reglamentario No. 389 de 1974, sin que se hallaran durante las diligencias administrativas de verificación y revisión, inexactitudes, deficiencias o falsedades que viciaran la resolución de adjudicación, por lo que, a través de la Resolución No. 05547 del 9 de diciembre de 1981, se decidió “*poner fin a las diligencias previas y oficiosas de revisión del expediente de adjudicación de baldíos número 3389 del Proyecto Magdalena*” y ordenar el archivo definitivo de dicho expediente.

Destacó la parte actora, que en el año 1988 el señor Gustavo Díaz Segovia solicitó que se le otorgara “*en concesión para su uso y goce dos lotes de terreno de propiedad de la Nación, ubicados uno en el sector noreste y el otro en la parte sur en el promontorio rocoso denominado “el Morrito de Gaira” o Cerro el Pelicano, frente a la bahía del rodadero en la ciudad de Santa Marta, al igual que la legalización de un espolón en forma de “L” y un atracadero o muelle que tiene construidos en los sectores antes indicados*”, solicitud que fue atendida favorablemente, por lo que, mediante Resolución No. 0391 de 25 de marzo de 1988, el Director General Marítimo y Portuario le otorgó la concesión de los dos lotes en mención por un término de 20 años, vencidos los cuales, tanto los terrenos como las construcciones allí levantadas se revertirían a la Nación.

Se agregó en la demanda que el señor Díaz Segovia otorgó una póliza de seguro por valor de \$500.000, cuyo objeto era “*garantizar la reversión a la Nación-Dirección General Marítima y Portuaria, de los terrenos otorgados en concesión mediante Resolución No. 0391-25 de marzo de 1988, en jurisdicción de la Capitanía del Puerto de Santa Marta*”.

Como normas violadas y concepto de la violación, planteó la Procuraduría los siguientes cargos:

❖ ***Violación de los artículos 107 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912), 1602 y 1603 del Código Civil y 83 de la Constitución Política de 1991***

Tras hacer referencia al contenido de las normas señaladas, manifestó la parte actora que resultaba errado considerar que la naturaleza jurídica del predio adjudicado fuera la de un “morro”, toda vez que, desde el principio de la relación jurídica que puso en contacto al señor Díaz Segovia con el bien del Estado, se precisó que el objeto del arrendamiento era una isla marítima que pertenecía a la Nación, que era parte de la reserva territorial del Estado, inapropiable, inadjudicable e imprescriptible, de conformidad con los artículos 45 y 107 de la Ley 110 de 1912, situación que se consignó de manera explícita en las cláusulas segunda y tercera del contrato de arrendamiento, negocio jurídico que le permitió iniciar actos de tenencia sobre el mismo, para alegar, años más tarde, la explotación del bien, requisito indispensable en la adjudicación de baldíos. No obstante lo dicho, se obvió que en el contrato se admitió expresamente la condición de isla del bien tomado en arrendamiento, con lo que se desconoció igualmente el principio de buena fe que rige la contratación en general.

Señaló que la validez del “*dictamen pericial*” que calificó como “morro” el bien objeto de adjudicación se encontraba cuestionada, pues el Director del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas de la Dirección General Marítima y Portuaria de la Armada Nacional lo calificó como un “*documento personal*”, por lo que era claro que respecto de la naturaleza jurídica del bien no existía un dictamen pericial oficial, allegado de manera legal y oportuna al proceso y sometido al principio de contradicción, de manera que tenía plena vigencia y fuerza normativa la disposición contractual que lo caracterizó como una isla, pues el contrato es ley para las partes. Además, en la concepción del legislador de 1912, son islas los promontorios de tierra que emergen del mar.

❖ ***Violación de los artículos 5 y 6 de la Ley 97 de 1946***

A la luz de las normas señaladas, relacionadas con los requisitos y el trámite de adjudicación de baldíos, concluyó la demandante que el bien no

era enajenable, prescriptible ni susceptible de posesión, porque se trataba de un baldío reservado de propiedad de la Nación, a lo que debía agregarse que, al tiempo de la adjudicación y 15 años atrás, el señor Díaz Segovia tenía la mera tenencia del bien, respetando, como lo hizo, la titularidad del mismo en cabeza de la Nación, según el Contrato No. 193 de 1966, que expiró el 5 de septiembre de 1986.

Enfatizó en que la titularidad de la Nación no fue controvertida y, por el contrario, fue reconocida por el señor Díaz Segovia antes y después de la adjudicación, pues solicitó en 1988 una concesión para el uso y goce de dos lotes de terreno ubicados en el "*Morrito de Gaira*" y, concedida ésta, otorgó una póliza de seguro para garantizar la reversión de dichos terrenos a favor de la Nación.

Finalmente, se expuso que los dictámenes periciales que obraban en el expediente de adjudicación daban cuenta sobre la ausencia de explotación del bien, pues no era apto para ninguna clase de cultivos ni para cría de ganado alguno, no tenía pastos ni artificiales ni naturales y no había fuentes de agua, por lo que no se dieron los supuestos fácticos exigidos por la ley para la adjudicación, cosa que evidenciaba una falsa motivación en la resolución de adjudicación.

Como una cuestión particular, se refirió la accionante a la procedibilidad de la acción de simple nulidad incoada en el presente caso, para lo cual reconoció inicialmente que la acción pertinente era la de nulidad y restablecimiento del derecho pero que la misma se encontraba caducada. No obstante lo anterior, señaló que la acción de simple nulidad resultaba procedente frente a los actos administrativos de carácter particular, en especial ante la existencia de un interés público, dada la discusión sobre la propiedad de un bien de la Nación, como lo era la isla materia de la adjudicación.

La demanda así formulada y radicada el 16 de septiembre de 1994<sup>1</sup> fue remitida mediante auto del 17 de noviembre de 1994<sup>2</sup> al Tribunal Administrativo del Magdalena, al considerar el Magistrado ponente de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se trataba de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, decisión que fue suplicada por la parte actora, no obstante, con auto

---

<sup>1</sup> Folio 189 vto. del cuaderno No. 1

<sup>2</sup> Providencia visible a folio 193 del cuaderno No. 1.



del 9 de marzo de 1995<sup>3</sup> el resto de la Sala consideró improcedente el recurso de súplica.

En consecuencia de lo anterior, se envió el expediente por competencia al Tribunal Administrativo del Magdalena, Corporación que, mediante auto del 23 de abril de 1995<sup>4</sup>, rechazó la demanda por estimar ocurrida la caducidad de la acción; sin embargo, dicha decisión fue revocada en virtud del recurso de apelación formulado por la parte actora, oportunidad en la que la Sección Tercera de esta Corporación, en auto de 25 de enero de 1996<sup>5</sup> expuso lo siguiente:

*“(…) como se ve, la sola confrontación de las fechas mostraría la concurrencia de tal fenómeno [la caducidad]. **Pero el asunto revela un aspecto que no se puede dejar de lado y que impone el trámite del proceso para su definición en la sentencia, cual es el de la calificación del predio, pues parece ser un bien de uso público, bien que por definición es imprescriptible y no enajenable.***

*Esta calificación muestra de primer intento que la caducidad de la acción contra el acto que adjudica un bien de esa naturaleza como baldío estaría desconociendo indirectamente las aludidas notas. Así, para acabar en la imprescriptibilidad bastaría que transcurriera el término de dos años sin que nadie hubiera impugnado el acto de adjudicación.*

*Se sigue en este proveído la orientación marcada por la jurisprudencia de la Sala en su sentencia de 10 de junio de 1994 (Proc 7200. Ministerio Público contra el Incora) (...).*

**La Sala no encuentra en este momento razón alguna para variar su posición jurisprudencial. Como es obvio, el asunto deberá estudiarse de fondo en la sentencia, ya con los supuestos de hecho que permitan la aplicación o no del derecho pretendido”**  
(Se destaca).

El Tribunal *a quo* dictó auto de obediencia el 5 de marzo de 1996<sup>6</sup> y el 25 de abril del mismo año ordenó la vinculación del señor Gustavo Díaz Segovia, en calidad de tercero interesado<sup>7</sup>.

Las notificaciones al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria<sup>8</sup>, al Ministerio Público<sup>9</sup> y al tercero interesado<sup>10</sup> se cumplieron en legal forma.

<sup>3</sup> Folios 199 a 201 del cuaderno No. 1.

<sup>4</sup> Folio 204 a 206 del cuaderno No. 1.

<sup>5</sup> Folios 225 a 231 del cuaderno No. 1.

<sup>6</sup> Folio 235 del cuaderno No. 1.

<sup>7</sup> Folio 237 del cuaderno No. 1.

<sup>8</sup> Folio 239 del cuaderno principal No. 1.

<sup>9</sup> Folio 237 del cuaderno principal No. 1.

El señor Gustavo Díaz Segovia, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda para oponerse a las pretensiones<sup>11</sup>, al estimar que el denominado “*Morro de Gaira*” no era una isla, sino un morro o morrito y que la legalización tramitada se remitía única y exclusivamente a los muelles y no a las otras construcciones.

Expuso, igualmente, que la solicitud de adjudicación se presentó porque en la superficie se venía desarrollando una explotación económica que ameritaba un pronunciamiento del Estado para reconocer o negar el derecho de dominio, lo que hizo el INCORA al encontrar reunidos todos los requisitos legales pertinentes.

Dijo que la apreciación del Director Regional del Proyecto Magdalena, al señalar que el bien era inadjudicable, era errada, pues en la Resolución No. 05547 de 1981, con la cual se culminó la actuación de revisión, se dijo que el accidente geográfico no se encontraba dentro de las manifestaciones insulares que constituían reserva territorial de la Nación, de conformidad con el artículo 107 del Código Fiscal.

Precisó que nunca hizo un reconocimiento del dominio de la Nación con ocasión de la solicitud de concesión elevada en 1988, pues, en razón de la inexactitud en que se incurrió en la Resolución No. 0391 de 25 de marzo de 1988, se interpuso un recurso que fue resuelto con la Resolución No. 0801 de 27 de mayo del mismo año, en donde la Dirección Marítima y Portuaria aclaró que las construcciones estaban realizadas sobre aguas marítimas adyacentes al “*Morrito de Gaira*” o Cerro “*El Pelicano*”, de manera que lo garantizado con la póliza de seguro fue la reversión del muelle y el espolón edificados sobre tales aguas y no las construcciones que se realizaron en el mencionado islote.

Propuso como excepción la de caducidad, para lo cual manifestó que el acto de adjudicación definitiva del baldío denominado “*Morro de Gaira*” fue notificado al Ministerio Público el 13 de diciembre de 1979, entidad que también se hizo parte en todo el proceso de revisión de la actuación que adelantó el INCORA después de adjudicar el inmueble al señor Díaz Segovia, trámite en el cual se concluyó que el bien no era objeto de reserva, por lo que se dispuso el archivo

---

<sup>10</sup> Folio 238 del cuaderno principal No. 1.

<sup>11</sup> Folios 240 a 247 del cuaderno No. 1.

de las diligencias, decisión que no fue controvertida por el Ministerio público en su momento, ni tampoco se consideró que existiera mérito para su revocatoria directa ni para instaurar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En vista de lo anterior, señaló que después de quince años no era viable iniciar un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pues se atentaría contra la seguridad jurídica que se deriva de los términos fijados por la ley.

Por su parte, el INCORA contestó la demanda para oponerse de igual manera a las pretensiones incoadas<sup>12</sup>, para lo cual señaló que todas las actuaciones realizadas a efectos de adjudicar el baldío al señor Díaz Segovia se ajustaron a las normas vigentes, comoquiera que el predio “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*”, según los estudios realizados, no estaba comprendido dentro de la caracterización de reserva territorial alegada en la demanda.

Expuso que no existía vicio alguno en el trámite de titulación por la calidad de arrendatario que ostentaba el señor Gustavo Díaz Segovia al momento de solicitar la adjudicación del inmueble, por el contrario, la preexistencia del contrato de arrendamiento lo legitimaba para solicitar la adjudicación del baldío. Dijo que resultaba inocuo que el peticionario se hubiera postulado como poseedor, pues también pudo aducir su condición de simple ocupante o tenedor. Asimismo, que el tiempo de ocupación hubiera podido ser menor (5 años), para los efectos de la presunción de derecho prevista por el artículo 6° de la Ley 97 de 1946.

La entidad propuso la excepción de caducidad de la acción, la que sustentó al señalar que la clasificación dada al inmueble en el acto administrativo de adjudicación definía su adjudicabilidad, por lo que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho estaba caducada.

De igual manera planteó como excepción la falta de legitimidad para actuar, fundamentada en que eran los Procuradores Agrarios los facultados por la Ley 160 de 1994 para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones de adjudicación de baldíos, disposición que también se consagró en la Ley 135 de 1961, por lo que no podía la Procuraduría Delegada en lo Civil arrogarse tal facultad, situación que deslegitimaba la acción impetrada.

---

<sup>12</sup> Folio 257 a 262 del cuaderno No. 1.

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante auto de 20 de marzo de 1997 abrió el proceso a pruebas<sup>13</sup> y una vez concluido el término probatorio, mediante proveído de 29 de marzo de 2001, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo<sup>14</sup>.

En esta oportunidad procesal se pronunció la parte actora<sup>15</sup>, el señor Gustavo Díaz Segovia<sup>16</sup> y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria<sup>17</sup>, quienes reiteraron, en esencia, los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, respectivamente.

El agente del Ministerio Público rindió concepto de fondo<sup>18</sup> y en él solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda, por estimar que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 45 del Código Fiscal, expedido a través de la Ley 110 de 1912, son baldíos pertenecientes a la Nación *“las islas de uno y otro mar pertenecientes al estado, que no estén ocupadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio”*, mientras que el artículo 107 del mismo estatuto señala que *“las islas nacionales, de uno y otro mar de la República”* constituyen reserva territorial del Estado y no son enajenables.

Destacó que en el contrato de arrendamiento, celebrado entre el INCORA y el señor Gustavo Díaz Segovia, se especificó que la naturaleza del bien arrendado era la de una isla marítima situada sobre el mar caribe, bien baldío de propiedad del Estado, perteneciente a su reserva territorial y, como tal, inapropiable, inadjudicable e imprescriptible.

Señaló que, tanto los funcionarios del INCORA, como el señor Díaz Segovia, desconocieron el principio de la buena fe, toda vez que el segundo utilizó la tenencia del bien para alegar la explotación económica, mientras que los primeros le adjudicaron el bien a pesar de que en el contrato suscrito se reconoció expresamente su condición de inadjudicable.

Recalcó que los dictámenes practicados determinaron que el predio no era apto para ninguna clase de cultivos o cría de ganados, por lo que no pudo existir

---

<sup>13</sup> Folios 274 y 275 del cuaderno No. 1.

<sup>14</sup> Folio 335 del cuaderno No. 1.

<sup>15</sup> Folio 347 a 350 del cuaderno No. 1.

<sup>16</sup> Folio 336 a 343 del cuaderno No. 1.

<sup>17</sup> Folio 344 a 345 del cuaderno No. 1.

<sup>18</sup> Folio 352 a 360 del cuaderno No. 1.

ninguna clase de explotación económica, ya que la citada explotación requerida por la Ley 97 de 1946 se enmarcaba en la contemplada en el artículo 2° de la Ley 4° de 1973, atinente a la agricultura, ganadería u otra de igual significación. Dijo que la explotación económica constituía requisito indispensable para la adjudicación y que su ausencia también era causal para que se revirtieran al Estado los predios adjudicados.

### **I. I.-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Magdalena, mediante sentencia proferida el 12 de marzo de 2004<sup>19</sup>, resolvió declarar probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada y el tercero interesado.

Consideró el *a quo* que, a la luz del artículo 72 de la Ley 160 de 1994, las resoluciones de adjudicación de baldíos proferidas por el INCORA podían ser demandadas por la misma entidad, por los procuradores agrarios o cualquier persona, norma de la cual no podía concluirse que la legitimación fuera restringida, pues se llegaría al evento en que el mismo Procurador General de la Nación *-del cual el procurador agrario era su delegado-*, no tuviera dicha legitimación, de manera que, en calidad de agente del Ministerio Público, cualquier procurador podría ejercer la acción.

En cuanto al fondo del asunto, señaló el Tribunal que la controversia giraba en torno a la naturaleza jurídica del “*Morro de Gaira*”, en cuanto a si se trataba de un bien baldío o si era un bien de uso público.

Se refirió en primer lugar a las conclusiones vertidas en el informe presentado durante el trámite de revisión y verificación de la adjudicación, en el cual se indicó que la denominación más apropiada desde el punto de vista geográfico para definir el “*Morro de Gaira*” correspondía a la palabra “*Morro*”, por lo que no era una isla, dada la igual conformación que tenía con los cerros cercanos de tierra firme. Señaló que, durante el trámite administrativo, el citado informe había sido puesto en traslado al adjudicatario y al Procurador Agrario delegado ante el INCORA, oportunidad que transcurrió en silencio.

Destacó que en el presente proceso también se rindió un dictamen pericial *-el que tampoco fue materia de objeción durante el término de traslado correspondiente-*, experticia que determinó que el “*Morro de Gaira*” era un “*islote continental*”, por lo

---

<sup>19</sup> Folios 366 a 386 del cuaderno de segunda instancia.

que dentro de las categorías de islotes era un “Morro” que hacía parte de la plataforma continental.

En segundo lugar, abordó el análisis correspondiente para establecer si el “Morro de Gaira” podía considerarse como un bien de uso público, de lo cual dependería su carácter enajenable, prescriptible y, por tanto, adjudicable. En desarrollo del estudio propuesto, concluyó el *a quo* que, a la luz de las normas del Código Civil, las islas no estaban señaladas como bienes de uso público. En este sentido se expuso lo siguiente:

*“Nótese como ninguna de las disposiciones transcritas del Código Civil menciona las islas como bienes de uso público, lo que parece tener sentido en cuanto no están destinadas al uso general de los habitantes del territorio. Si a lo anterior se agrega que en el caso de El (sic) Morro de Gaira no se trata de una isla sino de un promontorio rocoso que hace parte de la misma cadena de montañas de tierra firme, ha de concluirse que este bien en definitiva no es de uso público, por lo que, por este aspecto ha de tenerlo por baldío y por tanto podía ser adjudicado. Esto se infiere, además, de los artículos 47 y 49 del Código Fiscal, donde aparece que los bienes de uso público no son adjudicables, o sea que los baldíos que no son de uso público si se pueden adjudicar”.*

En tercer lugar, concluyó el Tribunal que, de conformidad con el análisis anterior, el “Morro de Gaira” no constituía reserva territorial del Estado, pues no era una isla, lo que reafirmaba su naturaleza de ser un bien baldío adjudicable, de manera que la acción procedente en contra de los actos acusados era la de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo había definido esta Corporación en el auto que revocó el rechazo de la demanda.

Recordó el Tribunal que en dicha providencia la Sección Tercera de esta Corporación señaló que no podía operar la caducidad si se determinaba en la sentencia que el bien adjudicado era de uso público, por lo que en vista de las conclusiones antes citadas respecto del estudio de fondo, señaló que a la fecha de presentación de la demanda había transcurrido en exceso el término de dos años contemplado en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para incoar la acción.

### **I.II.- EL RECURSO DE APELACION**

De manera oportuna, tanto la apoderada constituida por la Procuraduría General de la Nación en su calidad de demandante<sup>20</sup>, como el agente del Ministerio Público delegado ante el Tribunal de primera instancia<sup>21</sup> interpusieron sendos recursos de apelación en contra de la providencia de primera instancia, para solicitar su revocatoria y que en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda.

La apoderada de la Procuraduría afirmó que en el fallo apelado se adoptó de manera inexplicable el concepto equivocado de los peritos, para considerar que el “*Morro de Gaira*” no era una isla y que, por ende, no era parte de la reserva nacional, lo que estimó contrario a lo dispuesto en el Código Fiscal de 1912, para lo cual insistió en que dicho estatuto partió de la concepción jurídica y geográfica de que el concepto de isla correspondía a toda porción de tierra que emerge del mar y está rodeada de agua por todas partes, con independencia de la forma o extensión del terreno y sin distinguir la composición del suelo, de manera que el término isla era una denominación genérica para todas las formaciones geográficas existentes en los mares, ríos o lagos que estuvieran rodeadas de agua por todas partes.

A juicio de la recurrente, el concepto pericial llegó a una conclusión errada, aunque con una fundamentación cierta, la misma que permitía clasificar al “*Morro de Gaira*” como una isla continental, pues, en criterio de los geógrafos, las islas pueden ser oceánicas o continentales, por lo que el mencionado Morro si tenía la condición de ser una reserva territorial del Estado y un bien de uso público, con carácter inapropiable, inadjudicable e imprescriptible, de manera que no podía operar la caducidad de la acción invocada.

Por su parte, el agente del Ministerio Público interviniente en el proceso sustentó la apelación con fundamento en los mismos argumentos consignados en el concepto de fondo presentado de manera previa al fallo cuestionado. En este sentido reiteró que en el contrato de arrendamiento, celebrado entre el INCORA y el señor Gustavo Díaz Segovia, se especificó que la naturaleza del bien arrendado era la de una isla marítima situada sobre el mar caribe, bien baldío de propiedad del Estado, perteneciente a su reserva territorial y, como tal, inapropiable, inadjudicable e imprescriptible.

---

<sup>20</sup> Obrante a folios 388 a 391 del cuaderno de segunda instancia.

<sup>21</sup> Obrante a folios 392 a 395 del cuaderno de segunda instancia.

Enfatizó en que los dictámenes practicados determinaron que el predio no era apto para ninguna clase de cultivos o cría de ganados, por lo que no pudo existir ninguna clase de explotación económica, lo que llevaba a concluir que la adjudicación vulneró el postulado de la buena fe y la normatividad prevista en la Ley 97 de 1946.

Señaló que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3° de la Constitución de 1886 *-sustituido por el artículo 1° del Acto Legislativo No. 1 de 1968-*, forman parte de Colombia las islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen en los mares, por lo que de admitirse que la formación rocosa adjudicada no corresponde a una isla, sí concurren todas las propiedades y características de un morro, el cual es un bien de la República, de uso público.

### **3. El trámite de segunda instancia**

Los recursos planteados en los términos expuestos fueron admitidos mediante providencia del 29 de octubre de 2004<sup>22</sup>. Posteriormente, por auto del 24 de junio de 2005 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo<sup>23</sup>.

El señor Gustavo Díaz Segovia solicitó que se confirmara la sentencia apelada en su integridad<sup>24</sup>, por estimar que la naturaleza jurídica del bien adjudicado había sido suficientemente analizada por el tribunal, con fundamento en pruebas de indiscutible relevancia, las que le permitieron concluir que el *“Morro de Gaira”* era una conformación rocosa de origen continental, definida como un islote continental o morrito, categoría distinta a la de isla marítima, la cual no constituía reserva territorial del Estado y, por ende, se trataba de un predio baldío de naturaleza adjudicable, de manera que los actos acusados no vulneraron el artículo 107 del Código Fiscal, puesto que lo que prohíbe dicha norma es la enajenación o adjudicación de islas nacionales, categoría a la cual no pertenece el *“Morro de Gaira”*, ya que hace parte de la plataforma continental, por ser una prolongación del continente, específicamente del Macizo de la Sierra Nevada de Santa Marta.

---

<sup>22</sup> Folio 401 del cuaderno de segunda instancia.

<sup>23</sup> Folio 426 del cuaderno de segunda instancia.

<sup>24</sup> Folios 428 a 443 del cuaderno de segunda instancia.



La Procuraduría General de la Nación<sup>25</sup>, en calidad de parte demandante, se ratificó en su posición respecto de la naturaleza imprescriptible e inadjudicable del predio materia del litigio, lo que, a su juicio, permitía que se tramitara el proceso a través de la nulidad simple, para lo cual referenció las normas en las cuales soportó sus argumentos.

Expuso que la teleología de las normas de la Ley 110 de 1912, atinentes al caso, imponen buscar la protección de los bienes reservados del Estado, tales como las islas, siendo que su definición geográfica expresa que “*es toda porción de tierra rodeada de agua por todas partes*” y para el legislador de 1912 la palabra “*Islas*” constituyó un vocablo omnicomprensivo de islotes, cayos, morros, etc., sin tener en cuenta el tamaño o su extensión, pues el ordenamiento colombiano sobre derecho del mar no contenía una definición legal que permitiera diferenciar las porciones de tierra rodeadas de agua en función de su tamaño, razón por la cual no era posible distinguir donde el legislador no lo hizo.

Agregó a lo anterior que, a la luz del estudio elaborado en el año 1981, incorporado a la actuación administrativa adelantada por el Incora para la titulación de baldíos No. 3389, se manifestó que las características geológicas y petrográficas de la costa, en la punta “*cabeza de negro*”, siguen siendo las mismas hasta el Morrito de Gaira, por lo que no existía duda en cuanto a su pertenencia al Macizo de la Sierra Nevada de Santa Marta, la cual era una reserva de la biosfera constituida en el año 1979 y, por lo tanto, patrimonio ecológico de la Nación, circunstancia que reafirmaba su condición de bien de uso público, imprescriptible e inenajenable.

El INCORA<sup>26</sup> se pronunció para señalar que, a través de los estudios realizados por los expertos en el tema, se tenía plena certeza sobre la naturaleza del inmueble, lo que permitió que se siguiera el procedimiento de adjudicación, trámite en el cual el Ministerio Público estuvo al tanto durante todo el proceso, toda vez que fue notificado en legal forma, por lo que se convirtió en un tercero en la actuación administrativa de adjudicación, lo que dejaba ver que la Procuraduría acudió de forma tardía ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, cuando ya había operado el término de caducidad.

---

<sup>25</sup> Folios 444 a 476 del cuaderno de segunda instancia

<sup>26</sup> Folios 477 a 479 del cuaderno de segunda instancia.

Finalmente, el agente del Ministerio Público<sup>27</sup> rindió concepto de fondo, para solicitar que la sentencia de primera instancia fuera revocada en su integridad y, en consecuencia, se declarara la nulidad de los actos administrativos acusados, dado que la acción mediante la cual debía tramitarse el proceso era la de nulidad simple, sin que fuera pertinente aplicar el término de caducidad consagrado en la ley agraria. Manifestó, además, que una de las funciones de la Procuraduría General de la Nación era la preservación del orden jurídico, por lo que debía evitar que un bien de uso público, catalogado como reserva territorial del Estado, con carácter imprescriptible e inadjudicable, fuera traspasado a particulares con un proceso de adjudicación abiertamente ilegal.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **1. La competencia**

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, en su doble calidad de parte demandante y Ministerio Público, en contra de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, comoquiera que la Sección Tercera, en los anteriormente señalados autos de 17 de noviembre de 1994<sup>28</sup> y 25 de enero de 1996<sup>29</sup> proferidos en este proceso, definió la naturaleza de la acción impetrada y la competencia para su trámite en primera instancia en cabeza del mencionado Tribunal Administrativo, por lo que debe estarse a lo ya resuelto sobre el particular por parte de esta Corporación.

### **2. Ejercicio oportuno de la acción**

La Sala encuentra pertinente reiterar y resaltar que en el caso concreto no se configuró, como no podría configurarse, el fenómeno procesal de la caducidad pues, por una parte, en cualquier caso, el bien objeto de la demanda, por su carácter de público *—trátese de un bien de uso público o de un bien fiscal—* tiene el carácter de imprescriptible desde antes de la interposición de la demanda que

---

<sup>27</sup> Folios 483 a 497 del cuaderno de segunda instancia.

<sup>28</sup> Providencia visible a folio 193 del cuaderno No. 1.

<sup>29</sup> Folios 225 a 231 del cuaderno No. 1.

ahora se decide en segunda instancia, de manera que las acciones tendientes a su protección y/o recuperación no podrían entenderse caducadas<sup>30</sup>; por otra parte, la Sala considera necesario darle plena aplicación al precedente establecido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en la providencia del 29 de octubre de 1996, Exp. S-404<sup>31</sup>, según el cual:

*“[L]a acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico.*

*Se propone por parte de los opositores a las pretensiones de los demandantes, que en el sub iudice hay lugar a declarar la caducidad de la acción, o la prescripción del derecho en contra de la Nación. Sobre el particular estima la Sala que en tratándose de la propiedad del subsuelo y de las minas, estas figuras jurídicas resultan inaplicables, en razón a que por expresa disposición de la ley, tales bienes son imprescriptibles, inalienables e inembargables, características éstas que le impiden a los particulares hacerse al dominio de los mismos ya sea mediante la usucapión o por cualquier otro medio que pretenda la transferencia del derecho de propiedad de la Nación a aquellos”.*

Pues bien, en el caso *sub lite*, como en aquél que se cita, el objeto de la controversia gira en torno a la protección del patrimonio público y del territorio, en general, pero en particular de los bienes públicos que, para la época de los hechos, por disposición legal gozaban de la prerrogativa de la imprescriptibilidad en los precisos términos del numeral 4 del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, que a la sazón rezaba: *“La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”*, disposición normativa que se encontró ajustada a la Constitución Nacional de 1886 por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1978<sup>32</sup>, como a la Constitución Política de 1991 por la Corte Constitucional en providencia de 1996<sup>33</sup>, en la que se afirmó sin matices que:

---

<sup>30</sup> En este sentido, el numeral 4 del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil dispuso que: *“La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”*.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de octubre de 1996, Exp. No. S-404, C.P. Daniel Suárez Hernández. Cf. El comentario a dicho fallo por J. Pimiento Echeverri en A. Ospina Garzón (ed.), *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, U. Externado, Bogotá, 2013, p. 47 a 59.

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 16 de noviembre de 1978, M.P. Luis Carlos Sábica.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia C-530 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía.

*“Uno de los fines esenciales del Estado es el de “servir a la comunidad”, finalidad que se cumple cuando se prestan los servicios públicos. Y los bienes fiscales, en general, están destinados a garantizar la prestación de los servicios públicos. Tanto los bienes afectos a un servicio público, como aquellos que no lo están pero podrían estarlo en el futuro”.*

A renglón seguido, concluyó la Corte Constitucional: “[c]omo, en últimas, esos bienes pertenecen a la comunidad, merecen un tratamiento especial que los proteja, en bien de toda la sociedad”<sup>34</sup>.

Precisamente, en razón del tratamiento especial que se prodiga a la clase de bienes en mención, el legislador modificó en su momento el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo a través del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, para incluir un párrafo que excluía la ocurrencia de la caducidad cuando el objeto del litigio lo constituyeran bienes estatales imprescriptibles e inenajenables<sup>35</sup>, previsión que fue replicada en el artículo 164, numeral 1, literal b) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido mediante la Ley 1437 de 2011<sup>36</sup>.

En suma, tanto por la imprescriptibilidad que caracteriza de manera general a los bienes públicos, como porque en el presente caso la demanda del Ministerio Público no tiene otra finalidad que proteger los bienes públicos que componen el territorio nacional, la demanda incoada debe tenerse como presentada en tiempo y se pasará a analizar el fondo del asunto.

### **3. El objeto de los recursos de apelación**

Previo a abordar el análisis de fondo resulta necesario señalar que los recursos de apelación formulados en contra del fallo de primera instancia están encaminados a que se revoque la providencia y se acceda a las pretensiones de la demanda, afirmando, en síntesis, que la naturaleza jurídica del “Morro de Gaira” es la de ser una isla y, por tanto, como parte de la reserva territorial del Estado, es un bien de uso público, con carácter inapropiable, inadjudicable e imprescriptible.

---

<sup>34</sup> Al respecto ver, también, J. Pimiento, *Derecho Administrativo de Bienes*, U. Externado de Colombia, 2015, p. 375 y s.

<sup>35</sup> Dice la norma: “Parágrafo 1º. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables **la acción no caducará**”. (Se destaca).

<sup>36</sup> “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables”.

Al respecto, es del caso reiterar<sup>37</sup> que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –*en este caso la que contiene una sentencia*–, por lo cual corresponde al apelante confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez *ad quem* que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia.

En este orden de ideas, el marco de competencia para el juez de segunda instancia se encuentra delimitado por las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior<sup>38</sup>, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>39</sup> de la sentencia como el principio dispositivo<sup>40</sup>, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’*”<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Sobre el particular se puede consultar, entre otras providencias, la sentencia de 26 de enero de 2011, Expediente: 20.955, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez y la sentencia proferida por esta Subsección el 9 de julio de 2014, expediente: 29.404.

<sup>38</sup> La Sala Plena de la Sección se pronunció en tal sentido en la sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21060, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>39</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse la sentencia de 1° de abril de 2009, proferida dentro del expediente 32.800, en la cual se puntualizó:

*“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.*

<sup>40</sup> Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

*“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”*

*“Son características de esta regla las siguientes:*

*“(…). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado”* (Se destaca). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

<sup>41</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

Así las cosas, la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, se circunscribirá al estudio de los motivos de inconformidad planteados en los mencionados recursos de apelación.

#### **4. La naturaleza jurídica del bien objeto de la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979**

Como ya se puso de presente, el objeto de la controversia se contrae a determinar si el bien inmueble adjudicado mediante la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, predio conocido como “*El Pelicano*”, “*Morro de Gaira*”, “*Morrito de Gaira*” o “*Isla del Pelicano*” era, efectivamente, un bien adjudicable; en otras palabras, se debe determinar si el referido acto administrativo se encuentra viciado de nulidad en cuanto el objeto sobre el cual recayó no era adjudicable, para lo cual en el marco del estudio del punto central de la censura se analizarán las distintas posturas que se han esbozado al respecto en los distintos memoriales y documentos allegados al expediente, para luego analizar la cuestión a la luz de las normas aplicables al caso concreto.

##### **4.1. Los argumentos esgrimidos en el proceso en torno a la naturaleza jurídica del predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*”**

Como se desprende de lo expuesto en acápites precedentes, en el expediente se encuentran dos posturas contradictorias: por una parte, la del INCORA, contenida en la Resolución No. 00714 de 1979 impugnada y, por la otra, la de la demanda, propuesta por el Ministerio Público, las cuales se analizarán por separado.

##### **4.1.1. El predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*” es un bien adjudicable**

La decisión contenida en la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, hoy atacada, se fundamentó en una razón principal: que a la luz del Código Fiscal el bien objeto del acto administrativo de adjudicación era plenamente adjudicable. Los argumentos técnicos y jurídicos utilizados para llegar a tal conclusión fueron los siguientes.

Desde el punto de vista jurídico, llegar a tal aserto no resultaba en extremo complicado, puesto que la norma que regulaba la materia, el Código Fiscal - contenido en la Ley 110 de 1912-, no solo determinó -sin ánimo de exhaustividad- los bienes que debían considerarse baldíos sino que calificó algunos de ellos

como una reserva patrimonial del Estado, convirtiéndolos en *bienes inadjudicables*. Así, según los artículos 44 y 45 del Código Fiscal en cita:

*“ARTÍCULO 44. Son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el Artículo 56.*

*“ARTÍCULO 45. Se reputan baldíos, y, por consiguiente, de propiedad nacional:*

*“a). Las costas desiertas del territorio de la República no pertenecientes a particulares por título originario o traslativo de dominio.*

*“b). Las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio.*

*“c). Las Islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas; y*

*“d). Las márgenes de los ríos navegables, salvo el derecho que tengan los particulares por título traslativo de dominio.*

De otra parte, en el artículo 107 del mismo Código se constituyó lo que la misma Ley denominó la *“reserva territorial del Estado”* y se incluyeron en esa categoría algunos bienes públicos, con la finalidad de que no pudieran ser adjudicados, así:

*ARTÍCULO 107. Constituyen La reserva territorial del estado, y no son enajenables:*

*a). Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c del Artículo 45.*

*b). Las tierras baldías donde se encuentran las cabeceras de los ríos navegables.*

*c). Los lotes intermedios que deben dejarse entre los adjudicados, conforme al Artículo 52; y*

*d). Una porción de veinticinco mil hectáreas en cada Departamento, y de cien mil en cada Intendencia, en los lugares que determine el Gobierno”.*

A la luz de lo anterior, para efectos de resolver sobre la adjudicación, se requería determinar si el bien objeto de la solicitud elevada por el señor Gustavo Díaz Segovia constituía una *“isla”*, en el sentido del citado artículo 107, es decir si era inalienable y, por lo tanto, excluido de la posibilidad de ser adjudicado o si, por el

contrario, no cabía tal calificación, con lo que podría ser válidamente adjudicado a quien venía explotándolo, mediante contrato de arrendamiento, durante 20 años.

Es así como, en punto a determinar la naturaleza jurídica del “Morro de Gaira”, además de los argumentos jurídicos en torno al “derecho del mar” y a la “exégesis del régimen insular colombiano”, el INCORA se apoyó en los conocimientos de los expertos Ricardo Parra Suárez (oceanógrafo) y Georges Vernet (geólogo marino), quienes elaboraron el documento titulado “Criterios relativos a la definición geográfica del ‘Morrito de Gaira’, situado frente al Rodadero, municipio de Santa Marta”, de abril de 1981, en el cual llegaron a las siguientes conclusiones<sup>42</sup>:

*“(…) Debido a su cercanía de la costa y en base a los datos batimétricos que lo incluye en la plataforma continental de la región, el Morrito de Gaira no presenta características típicas de una isla, la cual por definición tiene una superficie más grande y/o está suficientemente alejada del continente para poder tener su plataforma continental propia<sup>43</sup>.*

*(…)*

*El Morrito de Gaira situado a solo unos 350 m. de la costa, está dentro de los límites de la plataforma continental y, por sus características geológicas y petrográficas idénticas a las formaciones vecinas de la costa, pertenece al macizo de la Sierra Nevada de Santa Marta.*

*Por ser tan pequeño, tan abrupto y no tener plataforma continental por sí mismo, el Morrito de Gaira no puede considerarse como isla sino más bien como islote<sup>44</sup>.*

*Dentro de las variedades de términos que incluye islote (Cayo, Arrecife, Banco, Morro, Farallón, etc.), se pueden descartar los siguientes:*

*- Cayo y Arrecife: debido a que el Morrito de Gaira no corresponde a formaciones típicamente arrecifales.*

*- Banco: puesto que éste término sugiere generalmente una forma plana y/o una constitución arenosa, cubierto o no por el agua.*

*Quedan Morro y Farallón que corresponden a Acantilados rocosos otrora formando parte del continente. El farallón, según algunos autores, es además considerado como parte del continente separado de él por la erosión marina. En base a esta definición el Morrito de Gaira no puede ser clasificado como tal debido a que la profundidad actual que existe entre el mismo y el continente excluye el proceso de separación por erosión marina.*

*En conclusión, la denominación más apropiada del (sic) punto de vista geográfico y geológico para definir el Morrito de Gaira corresponde a la*

<sup>42</sup> Folios 60 a 99 del cuaderno No. 1.

<sup>43</sup> Folio 69 del cuaderno No. 1.

<sup>44</sup> Folio 81 del cuaderno No. 1.



*palabra ‘Morro’ que inclusive se usa con frecuencia en la región y lo utiliza también el Instituto Geográfico Agustín Codazzi en su diccionario geográfico”.*

En este orden de ideas, a juicio del INCORA, era claro que el bien en cuestión no podía catalogarse como una “*isla*” en el sentido que le dio el artículo 107 del Código Fiscal y, por lo tanto, podía adjudicarse, lo que se hizo efectivo mediante la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, hoy demandada.

#### **4.1.2. El predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*” no es un bien adjudicable**

En criterio de la Procuraduría Delegada en lo Civil de la Procuraduría General de la Nación, actuando como Ministerio Público, el “*Morro de Gaira*” no podía ser adjudicado, por cuanto se encontraba enmarcado dentro del concepto de reserva territorial del Estado.

Con el fin de sustentar dicha afirmación, la entidad demandante considera que para las partes involucradas en la actuación administrativa -*el INCORA y el adjudicatario*-, siempre resultó claro que el bien en cuestión era una isla, en la medida en que ya se habían celebrado varios contratos de arrendamiento entre ellas, en los que se había catalogado al bien como una “*isla*” y, al respecto, afirmó: “*recobra plena vigencia y fuerza normativa la disposición contractual que lo caracterizó como una isla, conforme al principio según el cual el contrato es ley para las partes (artículo 1602 del Código Civil). Además, en la concepción del legislador de 1910 era[n] una isla los promontorios de tierra que emergen del mar*”<sup>45</sup>.

De esta manera, el bien se debía considerar como una reserva patrimonial del Estado, en tanto por voluntad expresa de las partes fue declarado así, como porque la misma ley lo consideraba de esa manera.

Se indicó, de otra parte, que el adjudicatario no venía ejerciendo la posesión respecto del bien porque era un mero tenedor, en virtud de los contratos de arrendamiento antes suscritos, y que el bien no era susceptible de explotación económica en los términos del propio Código Fiscal, lo que de igual manera imposibilitaba su adjudicación.

---

<sup>45</sup> Folio 182 del cuaderno No. 1.

## **4.2. El predio denominado “El Pelicano” o “Morrito de Gaira” como bien público y su régimen jurídico**

Para decidir de fondo sobre las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica, el régimen jurídico y, por ende, sobre la adjudicabilidad del predio denominado “El Pelicano” o “Morro de Gaira”, se requiere efectuar un análisis previo en torno a las relaciones entre los bienes públicos y el territorio, como parte integrante de él, para luego analizar de manera concreta el régimen jurídico de las islas en el marco del derecho nacional y, finalmente, el régimen jurídico del citado predio.

### **4.2.1. Bienes públicos, territorio y Constitución Política**

La jurisprudencia de la Corporación, de manera reciente *-aunque algunas de estas consideraciones se encuentren en sentencias previas-*, ha evolucionado en la construcción jurisprudencial de un régimen de bienes públicos más adaptado a la Constitución Política de 1991, pero también ha precisado los conceptos que habían sido malinterpretados por una lectura inadecuada de los preceptos contenidos en distintas disposiciones normativas como el artículo 674 del Código Civil o en el Código Fiscal de 1912.

Así, desde 2012 con mayor cohesión, la jurisprudencia ha descrito el régimen jurídico de los bienes públicos en Colombia y al respecto ha afirmado:

*“Para una parte de la jurisprudencia y algún sector de la doctrina, la propiedad pugna con los bienes de uso público. Esta posición clásica para los autores europeos, muy en boga en el siglo XIX, considera que el derecho real de propiedad es incompatible con los bienes de uso público, conclusión que se fundamenta en varias razones: i) los atributos de la propiedad, principalmente el uso y la disposición, no se predicán de los bienes de uso público por cuanto éstos se encuentran puestos a disposición del público y la transmisión de la propiedad está prohibida por el ordenamiento jurídico; ii) la propiedad es un concepto de derecho privado, que no se compadece con la naturaleza esencialmente pública de los bienes de uso público; en este sentido, la propiedad le da a su titular un derecho de aprovechamiento exclusivo, lo cual resulta contrario a la naturaleza y destino de este tipo de bienes; y iii) la propiedad no da cuenta de manera precisa de los derechos que detentan las entidades públicas frente a estos bienes, las cuales se rigen por el principio de atribución de competencias.*

*“Si no existe propiedad, afirma esta teoría, los poderes de la Administración Pública frente a estos bienes se concretan en diversas*

figuras: el dominio eminente<sup>46</sup>, fundamentado en la soberanía; un derecho real institucional<sup>47</sup>; el derecho de guarda y superintendencia<sup>48</sup>; un derecho de administración.

*“Por otro lado, la jurisprudencia y algunos autores modernos han optado por analizar la relación de las entidades públicas desde el punto de vista de la propiedad, desde Maurice Hauriou<sup>49</sup> en Francia y Recaredo Fernández de Velasco<sup>50</sup> en España, se consideró que las entidades públicas detentaban un derecho de propiedad administrativa respecto de los bienes de uso público, propiedad administrativa que veía amplificados (precariedad, restitución unilateral, etc.) o limitados (inalienabilidad y limitación de uso) los atributos de la propiedad. Posteriormente la doctrina optó por identificar un derecho de propiedad pública que se aplicaría con algunos matices a todos los bienes públicos, tanto fiscales como de uso público. Así, la propiedad pública ha sido definida por la doctrina como ‘el derecho que tienen las personas jurídicas de derecho público de gozar y disponer de sus bienes –de uso público o fiscales según la distinción tradicional– en el marco de los principios de ‘igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad’ atendiendo las finalidades del interés general (arts. 2 y 209 C.P.). Las personas de derecho público disponen, con respecto a sus bienes, de todas las prerrogativas del propietario, limitadas o amplificadas, según la destinación que se haya establecido para el bien en cuestión<sup>51</sup>”.*

*“El ordenamiento jurídico colombiano optó por el reconocimiento de la propiedad respecto de los bienes de uso público. Desde un punto de vista exegético, el Código Civil indica en el primer inciso del artículo 674 que ‘[s]e llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República’; por su parte, el artículo 669 C.C., define ‘[e]l dominio que se llama también propiedad...’, por lo tanto y atendiendo las reglas de interpretación de las leyes consagradas en el Código Civil<sup>52</sup>, se debe entender que el artículo 674 C.C., consagra de manera expresa la existencia de esta propiedad<sup>53</sup>”.*

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2005, Exp. 13602; En el mencionado pronunciamiento se afirmó que los bienes de uso público:

*“... No son transmisibles por sucesión ni enajenables, ya que cada habitante del territorio lo tiene como un derecho natural y el Estado ejerce la propiedad de estos bienes con base en un dominio eminente que tiene sobre el territorio nacional, pero no ejerce dicho dominio como si se tratara de un derecho real, sólo ejerce sobre ellos una reglamentación de uso”.*

En los mismos términos, para Luis Velásquez Jaramillo:

*“El Estado ejerce la propiedad sobre estos bienes con base en el dominio eminente que tiene sobre el territorio nacional. Tal propiedad es distinta de la particular, en razón de que los atributos (utendi, fruendi, abutendi) no se presentan en la propiedad pública. Existe una especie de derecho de guarda, tuición y supervigilancia. Cuando se afirma que el Estado ejerce la propiedad sobre tales bienes, no se refiere el término como si fuera un derecho real” (Bienes, Comlibros, 2008, p. 66 a 67).*

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia T-572 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>48</sup> Cf. Consejo de Estado, Sección tercera, 22 de febrero de 2001, Exp. 18503, C.P. Alier Eduardo Enríquez Hernández y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 29 de julio de 1999, Exp. S-029, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

<sup>49</sup> Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, 12ª edición, Sirey, París, 1933, p. 782 y ss.

<sup>50</sup> Fernández de Velasco, Recaredo, *Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1921.

<sup>51</sup> Pimiento Echeverri, Julián Andrés, “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, No. 21, julio-diciembre de 2011, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 226.

<sup>52</sup> Según el artículo 28 C.C.:

*“Sustentan la existencia de la propiedad pública, también, las disposiciones que protegen los bienes de propiedad de las entidades territoriales consagradas tanto en el artículo 362 de la Constitución Política<sup>54</sup> como en el artículo 166 del Código de Régimen Municipal<sup>55</sup>.”*

*“Finalmente, ante el hecho de que en virtud de la desafectación el bien de uso público entra a engrosar la categoría de los bienes fiscales, la posición según la cual la propiedad pública no existe llevaría a considerar que el fenómeno de la desafectación tiene la virtualidad de crear la propiedad donde aquella no existe, lo cual resulta contrario a la noción misma del mencionado derecho real principal y de las competencias administrativas frente a los bienes de uso público.”*

*“Se tiene, entonces, que el ordenamiento jurídico colombiano consagra la propiedad de los bienes de uso público. El titular de dicho derecho real está constituido por la persona jurídica de la Nación, para los bienes de uso público nacionales, mientras que para los demás bienes de uso público serán, en principio, las entidades territoriales en cuya jurisdicción se encuentren”<sup>56</sup>.*

En el mismo sentido, en reciente sentencia<sup>57</sup>, esta Subsección se centró en las diferencias y semejanzas que existen entre las dos categorías de bienes públicos contempladas en la codificación civil: los bienes de uso público y los bienes fiscales; así, en criterio de la Sala:

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

---

*“Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.*

<sup>53</sup> Cf. Pimiento Echeverri, Julián Andrés, *Teoría de los bienes de uso público*, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 134 y ss.

<sup>54</sup> A cuyo tenor:

*“Artículo 362. Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.*

*“Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior”.*

<sup>55</sup> Según el cual:

*“Artículo 166. Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades (Artículo 183 de la Constitución Política)”.*

En el mismo sentido, el artículo 195 de la Ley 4ª de 1913 señala:

*“Artículo 195. Pertenecen a los Municipios los bienes que por cualquier título integran hoy su patrimonio, especialmente los bienes vacantes y mostrencos que se hallen ahora o después dentro de sus límites; los edificios, puentes y demás obras cuya construcción se haya hecho con los fondos del Municipio, y los que les señalen las leyes y ordenanzas.*

*“Los bienes de personas que hayan muerto sin dejar herederos testamentarios o ab intestato, pertenecen al Municipio en el cual tuvieron aquéllas su último domicilio”.*

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2012, Expediente 24780, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, Expediente: 31612.

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<sup>58</sup>.

“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 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 Sala de Consulta y Servicio Civil también acogió este acercamiento al derecho de los bienes públicos en el derecho nacional; así, en concepto del 18 de junio de

---

<sup>58</sup> 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.

2014, tras un extenso recuento del régimen constitucional de los bienes públicos en las diferentes constituciones políticas y nacionales, se expuso lo siguiente:

*“En este orden de ideas se puede afirmar que, por regla general:*

*“i) El artículo 102 de la Constitución, según el cual el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación, prevalece sobre todas las normas.*

*“ii) El título de la propiedad del Estado sobre sus bienes surge directamente de la Constitución y se desarrolla en la ley.<sup>59</sup>*

*“iii) Todos los bienes del Estado tienen por esa razón, una protección especial a su propiedad, se insiste, de rango constitucional, a saber: son imprescriptibles, es decir, no se pueden adquirir por prescripción; de estos bienes, los bienes de uso público y los bienes destinados a un servicio público son inembargables<sup>60</sup> y en principio son inalienables salvo las excepciones que introduzca el legislador para ciertas categorías de bienes, de ahí que algunas están dentro del comercio.*

*“iv) De acuerdo con lo anterior, el Estado puede disponer de los bienes que están dentro del comercio de conformidad con los procedimientos y las limitaciones que le imponga la ley. Normalmente son los que están dentro del patrimonio de las entidades y coinciden con los conocidos comúnmente como fiscales. Sobre los que no están dentro del comercio en virtud de su naturaleza (playas, ríos, lagos, parques naturales, etc.) o de su afectación (puentes, puertos, etc.), el Estado*

---

<sup>59</sup> Código de Recursos Naturales:

*“Artículo 83°.- Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: // a.- El álveo o cauce natural de las corrientes; // b.- El lecho de los depósitos naturales de agua; // c.- La playas marítimas, fluviales y lacustres; // d.- Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; // e.- Las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares; // f.- Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas.”; “Artículo 85°.- Salvo los derechos adquiridos, la Nación se reserva la propiedad de aguas minerales y termales y su aprovechamiento se hará según lo establezca el reglamento.”; “Artículo 168°.- Las pendientes son recurso natural utilizable para generar energía, distinto e independiente del suelo y de las aguas, cuyo dominio se reserva la Nación, sin perjuicio de los derechos adquiridos.” // “Artículo 169°.- Sin perjuicio de derechos adquiridos, la Nación se reserva el dominio y el uso de la energía hidráulica que pueda ser desarrollada por la combinación de aguas y pendientes, aunque aquellas estén concedidas o se hallen afectadas a otros usos. // Así mismo, la Nación se reserva el dominio de la energía que pudiere llegar a generarse con las corrientes marinas o con las mareas, sin perjuicio de derechos adquiridos.”*

<sup>60</sup> Dispone el artículo 684 del C.P.C. que además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse los de uso público, los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos, pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje. Cuando el servicio lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales. Tampoco son embargables las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios; las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnización sociales; ni los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas.

sólo podrá ejercer su derecho de propiedad para gestionarlos, explotarlos económicamente, conservarlos y administrarlos.

*“En suma, puede afirmarse que ‘si el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte pertenecen a la Nación’<sup>61</sup> y que ‘son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño’<sup>62</sup>, la titularidad de los bienes del Estado surge directamente de la Constitución y de la ley, por lo cual, en principio, no es necesario que para ellos exista un registro público para demostrar la propiedad, puesto que la ley se presume conocida por todos. Registro que si resulta necesario para los bienes de los particulares quienes en consonancia con los anteriores postulados, deben probar su propiedad bajo un régimen que involucra la conjunción del título y modo en su adquisición<sup>63</sup> y un sistema de registro público inmobiliario.*

*“La afectación, como criterio para la determinación y clasificación de los bienes públicos dentro del comercio o fuera de él, depende del grado de disposición y la forma de administración de los mismos. De acuerdo con el grado de afectación al servicio o uso público que un bien del Estado tenga, serán proporcionales a ella las protecciones constitucionales dadas a la propiedad pública<sup>64</sup>. Así podrá ser*

---

<sup>61</sup> Artículo 102 de la Constitución.

<sup>62</sup> Artículo 675 del Código Civil.

<sup>63</sup> La propiedad privada de un inmueble se consolida con el título y el modo: i) El título –constitutivo o traslativo de dominio–, entendido como la forma jurídica de concretar alguna de las fuentes de obligaciones: la venta, la permuta, la donación, un aporte social, una sentencia judicial, un acto administrativo, o la ley. ii) El modo, consistente en la entrega efectiva de las cosas: ocupación, accesión, tradición, sucesión, y prescripción o usucapión.

La jurisprudencia nacional ha sido unívoca al respecto: El 28 de abril de 2010 mediante la sentencia 05001-23-26-000-1995-00565-01(18615), la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que para efectos del reconocimiento de perjuicios se debía acreditar la propiedad a través del título y el modo, o en su defecto la posesión, según la calidad que quisieran alegar como perjudicados con los hechos allí debatidos. En la sentencia No. 19001-23-31-000-1995-02012-01(18155) expedida el 9 de junio de 2010, se reiteró la posición anterior al afirmar que la tradición de los derechos reales constituidos sobre inmuebles se realiza con la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el 16 de diciembre de 2004, realizó la diferenciación de los conceptos de título y modo y afirmó que cuando se trata de demostrar la propiedad, ninguno de los dos elementos puede ser suplido por otro medio probatorio. El 28 de septiembre de 2009 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el tema dentro del expediente N° 1523831030032001-00002-01 y al efecto realizó una síntesis cronológica de los pronunciamientos de la Corporación en procesos de reivindicación, caso frente al cual son precisamente los títulos y el ejercicio de dicho derecho los que deben destruir la presunción que se aduce a la posesión. De acuerdo con la jurisprudencia citada, se puede afirmar que ésta ha sido consistente en señalar que: i) En tratándose de inmuebles su prueba debe consistir en la demostración de la existencia del título y el modo. ii) Que dependiendo de las pretensiones de la demanda (reivindicatorias, posesorias, indemnizatorias), el estudio de los documentos o medios de prueba revestirá análisis diferentes.

<sup>64</sup> Pimiento Echeverri, Julián Andrés. Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: Historia, Clasificación, Régimen Jurídico. p. 223: “Para que este nuevo enfoque sea posible, es necesario racionalizar el régimen de los bienes públicos y establecer criterios de protección. Es un análisis en dos tiempos, que implica encontrar los fundamentos del régimen de protección de los bienes públicos. Es posible encontrar dos razones para explicar esta protección: ya sea que se busque proteger las características intrínsecas del bien – un bien de interés cultural, un humedal o cualquier otro bien ambiental – o que se persiga la protección de las funciones administrativas que realizan a través de estos bienes – el caso de los edificios públicos es un buen ejemplo de esto. Salvo que exista una afectación especial, la finalidad aquí es la protección de la continuidad del servicio público y no del bien inmueble que es solamente, el medio físico para la prestación de un servicio público. // El criterio esencial, para diferenciar los dos casos en referencia

*administrado, según dicho interés, por la entidad del Estado que por su perfil y organización sea el más adecuado*<sup>65</sup>.

*“Como la afectación conlleva el rango de acción que tiene el Estado para disponer de los bienes, según la naturaleza del bien<sup>66</sup> y el interés público<sup>67</sup> que sobre el bien recaiga, podrá conservar la propiedad o desafectarla para disponer de ella y enajenar el bien.*<sup>68</sup>

*“En consecuencia, se puede afirmar que directamente la Constitución y la ley se ocuparon de los bienes públicos y desde allí se distinguen sistemas o regímenes que diferencian el ejercicio de la propiedad de dichos bienes y su respectiva acreditación, según el caso.*

*“Para los bienes privados el ordenamiento jurídico utilizó, al amparo del justo título<sup>69</sup> y su combinación con el modo, el sistema de registro de la propiedad por parte de un particular y para los bienes fiscales -bienes que hacen parte del patrimonio de las entidades públicas-, que se ha*

---

*es la irremplazabilidad del bien: Solamente en presencia de un bien irremplazable habrá necesidad de una protección completa a nivel de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Sin embargo, más allá de esta definición legislativa es posible encontrar una definición material de los bienes de uso público.”*

<sup>65</sup> Según el caso, cada entidad territorial determinará la afectación que da a sus bienes según lo indiquen las necesidades públicas de acuerdo con los principios constitucionales: Ver artículos 300 y 313 de la C.P.

<sup>66</sup> Público por naturaleza, como los ríos, las playas o el mar, o público por decisión administrativa, como las vías, las plazas o parques definidos así por el Plan de Ordenamiento Territorial.

<sup>67</sup> Bien de conservación arquitectónica o de interés o conservación ecológica.

<sup>68</sup> En el ámbito local la Ley 9ª de 1989 permite que se cambie la destinación de uso público de los bienes, con autorización de los consejos a iniciativa del alcalde, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes. Así la Ley 9 de 1989 en su Artículo 6º, señala que: *“El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.”* Del mismo modo el artículo 9º de la Ley 388 de 1997 señala que el plan de ordenamiento territorial –POT- es el instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal y lo define como el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Lo anterior, con fundamento en las pautas de la referida ley, entendidas como normas de superior jerarquía en los respectivos ámbitos de competencia territorial, dirigidas a: i) la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales, la prevención de amenazas y riesgos naturales; ii) a la conservación, preservación y uso de las áreas e inmuebles consideradas como patrimonio cultural de la Nación y de los departamentos, incluyendo el histórico, artístico y arquitectónico, de conformidad con la legislación correspondiente; iii) señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, así como las directrices de ordenamientos para sus áreas de influencia; y i) los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano, en cuanto se refieran a hechos metropolitanos, así como las normas generales que establezcan los objetivos y criterios definidos por las áreas metropolitanas en los asuntos de ordenamiento del territorio municipal. De este modo, corresponde a los municipios, a través del Consejo Municipal, definir en el POT el grado de afectación de los bienes ubicados dentro de su territorio. Tal decisión determinará el régimen jurídico que debe aplicársele al bien inmueble respectivo con consecuencias directas como la posibilidad de enajenación o conservación, responsabilidades en su mantenimiento, según el caso. Actualmente el procedimiento para la enajenación, una vez se haya producido la desafectación, es el de selección abreviada de conformidad con el Título II del Decreto 1510 de 2013 *“Enajenación de Bienes del Estado”*.

<sup>69</sup> Código Civil. Artículo 765. Justo título. El justo título es constitutivo o traslativo de dominio. Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. // Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición. // Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión. // Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes no forman un nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado constituyen un título nuevo.



*entendido que se comportan igual a este régimen, con algunas particularidades propias asociadas al interés general.*<sup>70</sup>

*“De acuerdo con lo expuesto, se concluye que: i) el Estado es propietario de distintas categorías de bienes tal como lo disponen la Constitución y la ley; ii) sobre ellos puede disponer de la misma manera que lo hacen los particulares, teniendo como límite el grado de afectación al uso o servicio público del bien en cada caso concreto, lo cual determina que esté dentro o fuera del comercio; iii) dadas las singularidades históricas de los bienes públicos, no es posible, en principio, exigir como prueba de su propiedad un título distinto a la Constitución o la ley, lo cual no significa por supuesto, que si el bien está registrado como los de los particulares, o se adquiere por compraventa para hacer parte del patrimonio de alguna entidad o para afectarlo al uso de todos, no le sirva este registro como prueba de propiedad para ratificarla”*<sup>71</sup>.

Existe, entonces, una tendencia reformadora en el acercamiento que la jurisprudencia le ha dado al tema de los bienes públicos, en esta lógica que se viene de reseñar se analizará lo relativo al régimen jurídico del predio denominado “El Pelicano” o “Morro de Gaira” antes de su adjudicación, frente a lo dispuesto constitucionalmente en torno al territorio nacional.

Se tienen sobre el particular dos tipos de disposiciones que se refieren a la materia en las Constituciones de 1886 y de 1991. En efecto, el primer título de la Constitución de 1886 se ocupó de “La Nación y el Territorio” y al respecto señaló:

---

<sup>70</sup> Es por esto que, por ejemplo, para la adjudicación de bienes baldíos, las normas de registro de instrumentos públicos señalan que para abrir un folio de matrícula inmobiliaria sobre dichos bienes es necesario que exista un acto administrativo ejecutoriado proferido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), o quien haga sus veces; es decir, un pronunciamiento del Estado mediante el cual manifiesta la decisión voluntaria de que la propiedad de uno de sus bienes se transfiera a los particulares bajo ciertas condiciones y por razones de interés general (en el caso concreto la promoción del acceso a la propiedad privada), quienes como se dijo anteriormente, sí necesitan de la publicidad del registro para probarla. La Ley 1579 de 2012 señala: “Artículo 57. Apertura de matrícula inmobiliaria de bienes baldíos. Ejecutoriado el acto administrativo proferido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), o quien haga sus veces, procederá la apertura de la matrícula inmobiliaria que identifique un predio baldío a nombre de la Nación - Incoder, o quien haga sus veces. // En el caso en que dichos bienes baldíos, se encuentren ubicados dentro de las áreas que conforman el Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia, se procederá con fundamento en el acto administrativo proferido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible o quien haga sus veces a la apertura de la matrícula inmobiliaria a nombre de la Nación - Parques Nacionales Naturales de Colombia. En este último caso, y atendiendo a las normas que regulan el derecho de dominio en dichas áreas protegidas, Parques Nacionales Naturales de Colombia deberá adelantar este trámite para todos los bienes ubicados al interior de estas áreas, dejando a salvo aquellos que cuenten con títulos constitutivos de derecho de dominio conforme a las leyes agrarias y que se encuentren debidamente inscritos en el registro inmobiliario. // En caso de que se encuentren debidamente registrados títulos constitutivos de derecho de dominio conforme a las leyes agrarias, dentro de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá solicitar la inscripción de la limitación de dominio en la matrícula inmobiliaria de cada predio. // Parágrafo. La apertura del folio de matrícula, así como las inscripciones a que haya lugar se harán de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para tal fin.”

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Expediente: 2154, C.P. Álvaro Namén Vargas.

*“Artículo 3.- Son límites de la República los mismos que en 1810 separaban el Virreinato de Nueva Granada de las Capitanías generales de Venezuela y Guatemala, del Virreinato del Perú, y de las posesiones portuguesas del Brasil; y provisionalmente, respecto del Ecuador, los designados en el Tratado de 9 de Julio de 1856.*

*“Las líneas divisorias de Colombia con las naciones limítrofes se fijarán definitivamente por Tratados Públicos, pudiendo éstos separarse del principio de uti possidetis de derecho de 1810.*

*“Artículo 4.- **El Territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación**”<sup>72</sup>.*

*“Las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados y Territorios nacionales, continuarán siendo partes territoriales de la República de Colombia, conservando los mismos límites actuales y bajo la denominación de Departamentos.*

*“Las líneas divisorias dudosas serán determinadas por comisiones demarcadoras nombradas por el Senado.*

*“Los antiguos Territorios nacionales quedan incorporados en las secciones a que primitivamente pertenecieron” (Se destaca).*

Por su parte, el Constituyente en 1991 retomó algunos aspectos de la definición aportada en el texto constitucional precedente, pero profundizó en su contenido, así:

*“ARTICULO 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.*

*“Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.*

***Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y Malpelo, además de las islas, islotes, cayos, morros y bancos que pertenecen.***

*“También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.*

*“ARTICULO 102. **El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación**” (Se destaca).*

---

<sup>72</sup> Recuérdese que el artículo 674 del Código Civil denomina los bienes de uso público como bienes públicos del territorio.

Esta relación íntima entre el territorio y los bienes públicos no resulta fácil de analizar, pues bajo una interpretación extensiva –y equivocada- al ser el Estado *propietario del territorio* debería necesariamente ser el propietario de todo lo que allí se encuentre, cuando, en realidad, a lo que se refieren las disposiciones constitucionales en cita –*al menos en parte*- es a la soberanía. En efecto, la más reciente doctrina ha afirmado al respecto:

*“La pregunta que se debe responder es si el Estado puede considerarse como dueño del territorio; sin embargo, la interpretación de esta norma no es sencilla por cuanto tiene una doble connotación: política y jurídica.*

*“El artículo 102 tiene, entonces, un contenido doble. En un primer sentido, la norma se compone de dos proposiciones distintas, una política (‘El territorio [...] pertenece a la Nación’); esta parte de la norma se refiere al concepto corriente del territorio como uno de los elementos del Estado; es claro que el Estado como político no puede ser propietario de uno de sus elementos. El segundo contenido de la norma es jurídico (‘los bienes públicos que de él hacen parte pertenecen a la Nación’); de esta manera, mientras que sobre el territorio ejerce su soberanía, respecto de los bienes públicos que se encuentran en el territorio se predica el derecho de propiedad pública. Este argumento se deriva de la definición de territorio incluida en el artículo 101 constitucional...*

*(...)*

*“Lo anterior quiere decir que las personas públicas son propietarias de los bienes públicos que se encuentran en su territorio y aunque sobre él se ejerce la soberanía, esta solo adquiere pertinencia y validez frente a los demás Estados, porque frente a los ciudadanos la soberanía adquiere el nombre de poder público...”<sup>73</sup>.*

Bajo este supuesto, el hecho de que tanto la Constitución de 1886 como la de 1991, establecieran que el territorio le pertenece al Estado y que de él forman parte las “*islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen*”, no tiene por fundamento, ni por efecto, el establecimiento en cabeza suya de una propiedad general de los bienes que existen dentro del territorio, como tampoco que desde

---

<sup>73</sup> J. Pimiento, *Derecho Administrativo de Bienes*, U. Externado, Bogotá, 2015, p. 248 a 249. La filosofía que inspiró este en la Constitución Política de 1886 artículo también fue reseñada por los autores de la época, tal fue el caso de José María Samper, notorio defensor de aquella Constitución centralista, para quien: “*Una vez determinado de un modo general, pero preciso, el territorio de la nación, era preciso fijar, respecto de él, lógicamente, el principio de soberanía que a su dominio se refiere. Y era esto tanto más necesario, cuanto la Constitución de 1863, desmembrando la nación por completo, había reconocido a cada Estado soberano, como territorio propio, el de su particular demarcación ...*

*“Este artículo declara rotundamente la verdad de las cosas, conforme a los hechos históricos y al derecho natural o de gentes: declara que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte (esto es, tierras baldías, minas salinas, fortificaciones, edificios, etc., que han pertenecido al fisco nacional), pertenece[n] únicamente a la nación. Punto fue éste de absoluto acuerdo entre los constituyentes, por su concordancia perfecta con el principio de unidad de la soberanía y el gobierno político...”* (José Ma. Samper, *Derecho Público Interno*, Bogotá, 1886 (reimpr. Temis, 1982), p. 303).

un punto de vista jurídico sobre dichos bienes se ejerza necesariamente el derecho de propiedad pública; resulta claro, entonces, que la *pertenencia del territorio* contemplada en los artículos 3° de la Constitución de 1886 y 101 y 102 de la Carta de 1991, contemplan una referencia política, para efectos del ejercicio de la soberanía, como uno de los elementos del Estado.

Por otra parte, se tienen los bienes públicos que se encuentran *en* el territorio - *siguiendo la terminología tradicional, de uso público y fiscales*-, cuya propiedad pública no se pone en duda y que esos sí, en sentido jurídico, le pertenecen a las personas de derecho público, no sólo a la Nación -*persona jurídica*- sino a todo aquél centro de imputación de intereses generales que disponga de patrimonio propio.

Esta afirmación encuentra pleno sustento en el régimen del Código Fiscal de 1912 -*artículo 45*- que se ha venido reseñando en esta providencia, puesto que no de otra manera puede entenderse la excepción que se hace en el mismo cuerpo normativo de las “*islas*”, en tanto bienes fiscales, en caso de que en dicho territorio se encuentre asentada una comunidad organizada o los bienes que las componen hayan sido objeto de una legítima traslación del dominio, ya que mientras que el Estado sigue siendo *titular* del territorio -*en el caso en concreto la isla*-, y sobre él ejerce su soberanía, la propiedad del predio en cuestión puede ser privada.

Lo anterior no quiere decir que la “*isla*”, como realidad territorial, geológica y/o morfológica, sea privada, simplemente que los predios que la componen –el suelo- lo son o lo pueden ser; afirmar lo contrario llevaría a desconocer la regla constitucional que existía ya desde la colonia, positivizada en la Constitución de 1886, reafirmada por la legislación y confirmada vehementemente por el artículo 332 de la Constitución Política de 1991, que consagra la indefectible e indiscutible propiedad pública del subsuelo.

#### **4.2.2. Las islas y bienes similares en la legislación nacional**

Resulta pertinente resaltar que, si bien las islas que hacen parte del territorio nacional encuentran su determinación e identificación en los distintos instrumentos internacionales en los que se reconocen los límites territoriales del Estado colombiano, la cuestión de su propiedad depende de factores distintos.

El legislador, aún con anterioridad a la expedición del Código Fiscal –contenido en la Ley 110 de 1912- había declarado las islas como bienes baldíos; así, la Ley 70 de 1866, en el artículo 4, determinó que “[s]e reputan igualmente baldíos de propiedad nacional, los terrenos de las islas de uno y otro mar que no estén ocupados por poblaciones organizadas, o con justo título por pobladores particulares”, disposición normativa que fue reiterada en el artículo 919 del Código Fiscal contenido en la Ley 106 de 1873.

En ese mismo Código Fiscal de 1873, se establecieron algunas presunciones de baldíos que luego serían retomadas de manera idéntica por el de 1912, así en el artículo 878 del referido cuerpo normativo se indicó:

*“Art. 878 Se reputan baldíos y por consecuencia de propiedad nacional:*

*“1. Las tierras incultas situadas en los Territorios que administra la Nación;*

*“2. Las márgenes de los ríos navegables no apropiadas a particulares con título legítimo:*

*“3. Las costas desiertas de la República;*

*“4. **Las islas de uno u otro mar, dentro de la jurisdicción de ésta, que no estén ocupadas por poblaciones organizadas o por poblaciones particulares con justo título;***

*“5. Las tierras incultas de las cordilleras y valles” (Se destaca).*

En idénticos términos, pero con mayor técnica, se mantuvo tal determinación en los artículos 44 y 45 del Código Fiscal de 1912, a cuyo tenor:

*“ARTÍCULO 44. Son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el Artículo 56.*

*“ARTÍCULO 45. Se reputan baldíos, y, por consiguiente, de propiedad nacional:*

*“a). Las costas desiertas del territorio de la República no pertenecientes a particulares por título originario o traslativo de dominio.*

*“b). **Las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio.***

*“c). Las Islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas; y*

*“d). Las márgenes de los ríos navegables, salvo el derecho que tengan los particulares por título traslativo de dominio” (Se destaca).*

Las normas en cita merecen algunas observaciones. En primer lugar, resulta claro que las ***islas*** de uno y otro mar que no hubieren salido del patrimonio del Estado fueron consideradas por el legislador como baldíos nacionales; en segundo lugar, desde un punto de vista conceptual, la Sala debe enfatizar en que, frente a los bienes baldíos, el Estado detenta un derecho de propiedad, no un pretendido, inadecuado y supuestamente existente dominio eminente, sino una propiedad plena y total que se ejerce *–desde siempre y como toda propiedad pública–* en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, según el destino que el legislador y la administración hayan determinado para cada categoría de baldíos, siendo su destinación a la reforma agraria por vía de adjudicación solo uno de los diversos usos permitidos y/o avalados por las leyes, cuyo título y modo se encuentra directamente en esta; finalmente, que el legislador optó por darle un régimen jurídico especial de protección a las *“islas”*.

Se tiene, entonces, que desde un punto de vista jurídico, a pesar de lo previsto en el artículo 3° de la Constitución de 1886 y en el 101 de la Constitución Política de 1991, las *islas, islotes, morros y cayos* que hacen parte del territorio, no necesariamente son de propiedad del Estado, la cuestión que corresponde esclarecer, con el fin de resolver el caso en concreto, es la de determinar en qué casos las *islas, islotes, cayos* y demás bienes de similares condiciones son de propiedad del Estado, si pueden ser adjudicados y a qué título.

Desde mucho antes de la Ley 110 de 1912 *–mediante la cual se expidió el Código Fiscal–*, el legislador instituyó reservas patrimoniales o territoriales a favor del Estado *–o de los Estados, según el momento histórico–* de ciertos bienes, principalmente algunos baldíos y determinadas minas; por ejemplo, desde la época colonial, las leyes españolas se reservaron la propiedad y la explotación de las minas de sal gema<sup>74</sup>, de carbón<sup>75</sup> y de esmeraldas, así como los depósitos de guano. Específicamente, en lo referido a las *“islas”* el Decreto del 7 de enero de 1870, en el numeral 15 del artículo 10, estableció, como una de las reglas de adjudicación de baldíos, que *“[t]ampoco se decretará la adjudicación si las tierras baldías que se solicitaren fueren islas de alguna importancia, o porciones de islas ubicadas en el curso de los ríos navegables o en uno u otro océano cerca de las costas, teniendo presentes en tales casos el Poder Ejecutivo o sus Agentes inmediatos en los Estados, los incisos 5 y 6 del artículo 17 de la Constitución Nacional”*.

---

<sup>74</sup> Por ejemplo, el artículo 939 del Código Fiscal Nacional de 1873.

<sup>75</sup> Cf. Artículo 26 del Decreto del 10 de noviembre de 1860.

En similar dirección, el artículo 2° de la Ley 25 de 1908 estableció que “[n]o podrá ser transferido el dominio de las islas marítimas ni de las tierras que contengan depósitos de sal, fuentes de petróleos, asfalto, garceros, guaneros o fuentes de aguas medicinales, pero podrán concederse en arrendamiento”. El Código Fiscal retomó la idea.

Posteriormente, y de manera más general, en el artículo 107 del Código Fiscal de 1912, en el título denominado *Reserva territorial del Estado*, se dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 107. Constituyen la reserva territorial del estado, y no son enajenables:*

*“a). Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c del Artículo 45.*

*“b). Las tierras baldías donde se encuentran las cabeceras de los ríos navegables.*

*“c). Los lotes intermedios que deben dejarse entre los adjudicados, conforme al Artículo 52; y*

*“d). Una porción de veinticinco mil hectáreas en cada Departamento, y de cien mil en cada Intendencia, en los lugares que determine el Gobierno”. (Se destaca).*

#### **4.2.3. La naturaleza y régimen jurídico del predio denominado “El Pelicano” o “Morro de Gaira”**

En este punto del análisis propuesto por la Sala, la cuestión se concreta, entonces, en la necesidad de determinar si el objeto material de la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979 era adjudicable.

Como se indicó anteriormente, la entidad pública que profirió el acto administrativo tuvo en consideración las conclusiones contenidas en el documento denominado *“Criterios relativos a la definición geográfica del ‘Morrito de Gaira’ situado frente al Rodadero, municipio de Santa Marta”*, en el que se señaló que, *“por ser tan pequeño, tan abrupto y no tener plataforma continental por sí mismo, el Morrito de Gaira no puede considerarse como isla sino más bien como islote”* y dentro de este contexto lo definió como un *morro*. En tal sentido se pronunciaron los expertos en aquella ocasión, lo que abrió paso a la posibilidad de adjudicar el referido bien.

Al respecto, y para tener un pleno entendimiento de los argumentos que llevaron al INCORA a disponer la adjudicación del bien objeto de la Resolución No. 00714 precitada, debe recordarse que los mismos fueron de dos órdenes: de una parte, los argumentos jurídicos, contenidos en el *“Informe relacionado con la adjudicación del predio denominado ‘El Pelicano’ en el proyecto Magdalena”*<sup>76</sup>, preparado por el Jefe de la División de Tierras, con destino al Subgerente jurídico del INCORA; y de otra, los argumentos técnicos, ya citados, vertidos en el documento denominado *“Criterios relativos a la definición Geográfica del ‘Morrito de Gaira’ situado frente al Rodadero, municipio de Santa Marta”*<sup>77</sup>.

Desde el punto de vista técnico, se indicó en el acápite correspondiente que el *“Morro de Gaira”* no constituía una *“isla”*, pues, en cuanto a su naturaleza geológica, era una simple extensión del continente. Sin embargo, si bien *-aunque ello sea discutible-* desde el punto de vista técnico el denominado *“Morro de Gaira”* pudiera ser considerado como algo distinto de una *“isla” –un islote o un morro-*, se debe determinar si jurídicamente cabía dentro de esa categoría, puesto que en la prohibición contemplada en el artículo 107 del Código Fiscal *–y en otros apartados del mismo cuerpo normativo-* se hace referencia a las *islas nacionales de uno y otro mar*, pero no se encuentran referencias a los *islotes, cayos y/o morros*, además, dicha cuestión constituye uno de los argumentos centrales de la demanda.

Al respecto, el informe precitado es profuso en argumentos jurídicos que sirvieron para soportar la adjudicación del predio denominado *“El Pelicano”* o *“Morrito de Gaira”*. Dichos fundamentos se pueden resumir así:

**a.** El argumento del *“nuevo derecho del mar”*, según el cual *“la formulación jurídica internacional condensada en las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el derecho consuetudinario y las legislaciones positivas de los Estados han considerado que debe haber un deslinde conceptual categórico entre los diversos fenómenos geográficos y existe un consenso general para discernir claramente entre islas propiamente dichas, por una parte, e islotes, rocas o morros por otra, ya que no puede darse el mismo tratamiento y alcance técnico, jurídico, económico y social a esas diversas categorías físicas”*<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Folios 39 a 59 del cuaderno No. 1.

<sup>77</sup> Folios 60 a 99 del cuaderno No. 1.

<sup>78</sup> Folio 42 del cuaderno No. 1.



**b.** El argumento del “*régimen jurídico insular interno*” se basa en que poco a poco la legislación interna ha deslindado tres categorías: isla, islote, cayo, morro baldío; las islas de la reserva territorial; y las islas adquiridas a los particulares. En la primera categoría, que es la que interesa para los efectos de la demanda que ocupa la atención de la Sala, se incluyen *“todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”*<sup>79</sup>.

**c.** El argumento de la “*exégesis (sic) del ordenamiento jurídico insular colombiano*”, frente a lo cual se afirmó que *“el régimen de derecho del país sobre esta materia se caracteriza por su claridad teórica y acude a la variada terminología insular usando las adecuadas expresiones, todo lo cual se ha materializado en diversos actos jurídicos y en decisiones jurisprudenciales”*, señaló que, no obstante ello, no se ha decantado un tratamiento jurídico diferenciado respecto de esas realidades físicas y se propone hacerlo, así, en criterio del INCORA:

*“(…) si el artículo 3 de la Constitución recurre al empleo de diversas palabras para referirse y designar varias y distintas manifestaciones insulares, tales expresiones deben entenderse por lo menos en su significación específica, característica y distintiva corriente. De manera que si una ley utiliza una de aquellas expresiones, debe entonces comprenderse e inferirse que ha excluido o descartado las demás. Cuando la Ley 110 de 1912 o Código Fiscal en su Artículo 107 emplea el término islas, está excluyendo los islotes, cayos, morros y bancos, realidades o fenómenos de la geografía marítima que tienen una entidad específica en nuestra Constitución”.*

Concluye la entidad que, desde un punto de vista conceptual y hermenéutico, se debe acudir a la definición técnica de “*isla*” y llenar el vacío normativo con la interpretación que al respecto se ha hecho en el derecho del mar, es decir que el régimen que *“resulta de las prescripciones constitucionales y fiscales, se servirá de las definiciones del nuevo derecho del mar para otorgar un sentido y significado técnico jurídico a las palabras isla, islote, cayo, morro y banco, tomando analógicamente el aspecto representativo o descriptivo de estas formas, ya que las consecuencias jurídicas son exclusivas para cada una de las respectivas ramas del derecho”*<sup>80</sup>.

La motivación de la decisión se edificó, tanto en un particular entendimiento de los conceptos del *nuevo derecho del mar* como en el análisis técnico del bien en

---

<sup>79</sup> Folio 46 del cuaderno No. 1.

<sup>80</sup> Folio 50 del cuaderno No. 1.

cuestión. Resulta pertinente señalar, desde ya, que no existen medios de convicción que obren en el expediente o razones que permitan identificar o elucidar algún error desde el punto geográfico u oceanográfico<sup>81</sup>, ello no implica, sin embargo, que se deba llegar a la misma conclusión a la que arribó el INCORA en aquella oportunidad, utilizando los mismos informes.

Al respecto la Sala acudirá a distintos métodos de interpretación para evaluar la legalidad respecto del enfoque que asumió el INCORA para adjudicar el predio en cuestión.

#### **a. La interpretación histórica.**

Vale señalar que en la exposición de motivos del Código Fiscal no se encuentra información definitiva al respecto, sólo se encuentra la siguiente referencia relativa al título que contiene el artículo 107:

*“Este capítulo, que es nuevo e introducido por el doctor Dávila Flórez, establece una categoría de terrenos baldíos con el carácter de inenajenables.*

*“La claridad con que está redactado nos excusa de hacer explicación alguna, bien que en algunas de sus partes no nos hayamos podido dar cuenta de su conveniencia.*

*“Si existen baldíos en las islas nacionales, ¿cómo puede buscarse el progreso de éstas si esos baldíos no pueden salir del patrimonio nacional, y el Estado no puede convertirse en agricultor?*

*“De otro lado, nos asalta una duda que con suma timidez exponemos:*

*“¿Estará conforme al precepto constitucional de que no habrá en Colombia bienes que no sean enajenables, el principio sentado en el artículo de aquello que él llama ‘Reserva territorial del Estado’ sea inenajenable?”<sup>82</sup>.*

No existe en los trabajos preparatorios del referido Código Fiscal de 1912, una definición concreta frente a la realidad geográfica denominada “*isla*”, razón por la

---

<sup>81</sup> Vale señalar que el dictamen pericial rendido en este proceso -folios 321 a 331 del cuaderno No. 1- reproduce en esencia las mismas conclusiones consignadas en el documento “*Criterios relativos a la definición geográfica del ‘Morrito de Gaira’, situado frente al Rodadero, municipio de Santa Marta*” -Folios 60 a 99 del mismo cuaderno-, el cual fue considerado por el INCORA para expedir el acto de adjudicación hoy demandado.

<sup>82</sup> *Proyecto de Código Fiscal*, presentado al Gobierno por la Comisión de Abogados Auxiliares de los Ministerios, Imprenta Nacional, 1912, p. cxvi, disponible en <http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/92419/brblaa858959.pdf>

cual no se puede determinar con exactitud cuál es el concepto jurídico que sobre el particular se acogió en el cuerpo normativo en cuestión.

### **b. interpretación técnica y jurídica.**

Se podría afirmar, como lo hizo el INCORA –en el informe del 13 de noviembre de 1981- que ante la ausencia de un contenido jurídico unívoco referido a la definición de lo que es una “isla” se debe acudir, de conformidad con el artículo 29 de la Ley 153 de 1887, a criterios técnicos con el fin de dotar a la definición de un contenido claro, a menos que se desprenda del texto que se optó por un sentido diverso.

En esta dirección también quedó establecido que los expertos geólogos descartaron la calificación como “isla” del bien objeto de la demanda, en la medida en que “*por ser tan pequeño, tan abrupto y no tener plataforma continental por sí mismo, el Morrito de Gaira no puede considerarse como isla, sino más bien como islote*”. Sin embargo, y a pesar de que no se estableció la fuente de la que se tomó dicha definición, no parece existir consenso técnico en torno a dicho punto, pues, tal y como se indicó en el apéndice de dicho documento, bajo el título “Glosario”<sup>83</sup> –con la siguiente leyenda: “*se anexa este Glosario al presente informe para facilitar la comprensión de su contenido. Con excepción de aquellas en que así se indica, las restantes definiciones fueron tomadas del Diccionario de la Lengua Española, XIX edición, Madrid – 1970*”-, se acompañaron las siguientes definiciones:

*“Isla: Una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar (Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos Oficiales – Volumen VIII – Sexto Período de sesiones – Nueva York, 23 de mayo de 1977 al 15 de julio de 1977 - Parte VIII – Régimen de Islas – Art. 121).*

*“Isla: zona de tierra firme de dimensiones continentales o inferiores, totalmente rodeada de mar (‘Gran Enciclopedia Salvat. El Mar’, Volumen VI – Salvat S.A. Ediciones, Pamplona, 1973 – página 200).*

*“Isla: Geogr. e Hidrog., Porción de tierra más o menos grande, rodeada de agua por todas partes (‘Enciclopedia General del Mar’ Tercer Volumen – Ediciones Garriga, S.A., Madrid – Barcelona, 1957).*

*“Isla: Un terreno más pequeño que un continente rodeado de agua; normalmente se halla en un océano, un mar, un lago o un río (‘Diccionario de términos científicos y técnicos’ – McGraw Hill, Nueva York, 1976).*

---

<sup>83</sup> Folios 90 a 99 del cuaderno No. 1.

*“Isla: Porción de tierra rodeada por todas partes”.*

Como se puede evidenciar, ninguna de las definiciones que el mismo Informe técnico aporta resulta contradictoria con las características morfológicas del predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*”, por el contrario, todas las definiciones parecen especificar con claridad la naturaleza del bien objeto del presente proceso.

En el mismo sentido, se puede acudir a la definición contemplada en el Glosario del Diccionario Geográfico de Colombia, realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, que, con los mismos elementos con los que contaba en su momento el INCORA, definió recientemente las islas así:

*“1) Área localizada dentro del cauce de un río grande. Es de origen sedimentario, derivada de la dinámica fluvial y posee vegetación arbustiva. 2) **Porción de tierra rodeada por todos lados de agua**”<sup>84</sup>.*  
(Destaca la Sala).

En este contexto, en criterio de la Sala no resulta posible afirmar que la realidad física y morfológica del predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*” sea incompatible científica y técnicamente con la definición de “*isla*”, al contrario, se encuadra en ella completamente, así la conclusión a la que llegaron los expertos sea otra. Resta entonces determinar la naturaleza jurídica de dicho predio.

Desde el punto de vista jurídico, se pueden encontrar diversas definiciones correspondientes a la voz “*isla*”. En los diccionarios jurídicos, por ejemplo, en el diccionario de J. Escriche, una *isla* es “[c]ierta porción de tierra rodeada enteramente de agua por el mar o por algún río. La isla formada de nuevo en el mar debe ser del que primero la ocupare; y sus pobladores han de obedecer al príncipe del lugar en que se formó; ley 28 tit. 28, Part. 3”<sup>85</sup>.

En el diccionario de Cabanellas la voz en comento tiene diferentes acepciones: se considera una “*porción de tierra que no sea continente, rodeada de agua en todo su contorno*”, pero, por otro lado, se define *islote* como una “*pequeña y deshabitada isla, en ocasiones poblada si acaso por un torrero de faro, ermitaño de las soledades y de la seguridad de los mares*”<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Disponible en [http://www.igac.gov.co/digeo/app/Glosario\\_17-09-15.pdf](http://www.igac.gov.co/digeo/app/Glosario_17-09-15.pdf)

<sup>85</sup> Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de la Vda. De C. Bouret, París-México, 1903, p. 934, voz *Isla*.

<sup>86</sup> B. Cabanellas et al., *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, T. III, 12ª ed., Ed. Heliosta, Buenos Aires, 1979, p. 809 y 810, respectivamente, voces *isla* e *islote*.

Significa todo lo anterior que jurídicamente el concepto de isla parece ser más amplio que la contrapartida técnica geográfica adoptada por el INCORA en la Resolución atacada. Ello queda en evidencia desde las diferentes disciplinas jurídicas que estudian la materia.

En el derecho del mar, por ejemplo, a la luz de los distintos instrumentos internacionales que se han producido al respecto –*algunos ratificados por Colombia, otros no*– el concepto de “isla” es más global e inclusivo de lo que se pretende en otras disciplinas no jurídicas, puesto que la cuestión relevante en dicho subsistema jurídico es la extensión del mar territorial.

Así, para Pedro Pablo Camargo, “una isla es definida por el derecho internacional como una ‘extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar’”, siendo éstas las que dan lugar a la garantía del mar territorial, por lo que el autor en cita concluye “Es el caso de los islotes, cayos o morros enclavados en el mar, los cuales, la mayor parte del tiempo, permanecen cubiertos por las aguas”<sup>87</sup>, mientras que para el doctrinante Enrique Gaviria Liévano, “[d]e acuerdo con la Convención de Ginebra, por isla se entiende ‘toda extensión natural de tierra que emerge en forma permanente en pleamar’, y según las Naciones Unidas, es ‘una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar’. Pero tanto en uno como en otro instrumento se les reconoce en las islas el derecho de explotar los recursos naturales que se encuentran en su plataforma continental”<sup>88</sup>.

Cabe agregar, sin embargo, que, a diferencia de lo considerado por el INCORA, en la Convención de Ginebra de 1958 se contempló una “interpretación amplia del término isla”<sup>89</sup>, que permite incluir en ella conceptos tales como islote, cayo o morro, puesto que según el artículo 10.1 de dicho instrumento “[u]na isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”. Tal y como lo señala José Luis Meseguer Sánchez:

“... se recogen en esta definición cuatro importantes elementos de los que se derivan otras tantas consecuencias. En primer lugar, se trata de una extensión natural, de forma que quedan eliminadas del concepto jurídico las extensiones artificiales; en segundo lugar, esta extensión

---

<sup>87</sup> Pedro Pablo Camargo, *La Convención sobre Derecho del Mar*, Temis, 1984, p. 66

<sup>88</sup> Enrique Gaviria Liévano, *La plataforma continental colombiana y el nuevo derecho del mar*, Temis, Bogotá, 1986, p. 21.

<sup>89</sup> Alfredo Vásquez, “Las zonas marinas y submarinas según la Convención Internacional de Montego Bay”, en *El nuevo derecho del mar*, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1983, p. 57.

*natural tiene que estar formada de tierra, se eliminan por consiguiente, las rocas, arrecifes, etc.; en tercer lugar, se trata de extensiones de tierra permanentemente por encima del mar, con lo que quedan eliminadas del concepto de isla las elevaciones que emergen en bajamar aunque sean de tierra; y, en cuarto lugar, que estén rodeadas de agua para distinguirlas de otras extensiones terrestres. De la conjunción de los cuatro elementos nace el concepto de isla en Derecho internacional”<sup>90</sup>.*

Se desvirtúa, en consecuencia, la argumentación sobre la cual se edificó la adopción de la Resolución No. 00714 de 1979, en torno a un supuesto consenso respecto de la diferenciación fundamental entre el concepto de “roca” y de “isla” en el derecho internacional, el cual, si bien ha asumido esa tendencia desde 1982<sup>91</sup>, no ha sido adoptado de consuno por la comunidad internacional y ciertamente no por las autoridades nacionales<sup>92</sup>. En cualquier caso, dicha solución solo tiene cabida para efectos de acordar plataforma continental y no para determinar la procedencia de su adjudicación.

Esta Corporación, por otra parte, también se ha encargado de darle contenido y aplicación al concepto de “isla” aportado por el Código Fiscal; por ejemplo, en un caso relacionado con el concepto de “isla fluvial” que constituye también, en los términos del artículo 104 del referido Código, reserva territorial del Estado, se consideró que el sólo hecho de que se tratara de una isla ubicada en el Río Magdalena y que se acreditara que no era objeto de propiedad privada, no sólo lo convertía en bien baldío, sino que, además, hacía imposible su adjudicación<sup>93</sup>.

Probablemente, el caso en el que más se ha ocupado la Corporación del asunto de la definición y alcance de la expresión “islas de uno y otro mar” contenida en el Código Fiscal de 1912, fue en la sentencia del 13 de octubre de 1989<sup>94</sup>, en la cual se afirmó que: “no se diga, como lo hace equivocadamente el tribunal, que se está frente al dominio eminente que el Estado ejerce sobre dichas islas, pues no se trata de ello sino de bienes baldíos de contenido eminentemente patrimonial con reserva territorial que se hace de ellos a favor de la Nación y sobre los cuales está

---

<sup>90</sup> José Luis Meseguer Sánchez, *Los espacios marítimos en el nuevo derecho del mar*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 196.

<sup>91</sup> En la Tercera Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, celebrada en Montego Bay Jamaica, surgió la CONVEMAR, una reglamentación dirigida eminentemente a impulsar el fomento y el desarrollo sostenible mediante los beneficios otorgados por el mar, teniendo en cuenta las formas de uso y conservación del mismo.

<sup>92</sup> Toda vez que la mencionada CONVEMAR no ha sido ratificada por Colombia.

<sup>93</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de mayo de 1923, C.P. Daniel Villa.

<sup>94</sup> En dicha providencia se analizó la legalidad de un acto administrativo que incluía en el perímetro urbano de Cartagena los predios denominados las Isleta, La Isletica, Isla Grande, Macavi, Roberto, Isla del Rosario, Pavito, Los Palacios, Pirata, Los Caguamos, Bonaire, No te vendo o Islote de la Fiesta, Isla del Tesoro, Arenas todos pertenecientes al archipiélago de las Islas del Rosario.

*revestida ésta de potestad para regular su uso, conservación y mantenimiento con fines de beneficio exclusivo para la comunidad a través de sus distintos organismos (Ministerios, Institutos y entidades descentralizadas, etc. INDERENA)”<sup>95</sup>.*

De otra parte, en cuanto a la gestión de estas islas, como bienes integrantes de un parque natural, la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró:

*“El propio Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dictó la Resolución 4698, del 27 de septiembre de 1984. En ella determinó que no han salido del patrimonio nacional y, por tanto, son baldíos reservados las islas del Rosario, entre las cuales se encuentran la Isleta, la Isletica, Isla Grande y otras, situadas en jurisdicción del municipio de Cartagena. Lo hizo en aplicación de las normas pertinentes del Código Fiscal. Debe entenderse, dentro de todo este contexto, que las islas mencionadas son bienes del Estado, no son de uso público y sí inalienables, inembargables e imprescriptibles. Es al Incora al que, en principio, corresponde su administración. Sin embargo, por razones prácticas y de interés social esta entidad puede delegar, para el caso en el Ministerio del Medio Ambiente, la administración de esas islas por ser ésta la entidad que administra el Parque Nacional Los Corales del Rosario y cuenta, además, con una dependencia especializada que se denomina Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales”<sup>96</sup>.*

La Sala de Consulta y Servicio Civil también conceptuó acerca de la imposibilidad de titular propiedades colectivas a favor de grupos comunidades afrocolombianas en dichos territorios, por cuanto *“al tener la calidad de bienes baldíos reservados, o baldíos de reserva de la Nación, los predios de las Islas del Rosario, entre las que se cuenta la Isla Grande, no son adjudicables y por consiguiente, no es factible para el INCODER la adjudicación de la propiedad colectiva de algunos de ellos, a una comunidad negra, que la solicite con base en la ley 70 de 1993”<sup>97</sup>.*

Se tiene entonces que existe una interpretación jurisprudencial amplia del concepto de *“isla”* que, aun cuando no lo define de manera concreta, no excluye, ciertamente, otro tipo de formaciones como los islotes, cayos o morros.

Lo cierto, sin embargo, es que los argumentos aportados por el INCORA para establecer el carácter de *“morro”* y no de *“isla”* del bien adjudicado no resultan

---

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 13 de octubre de 1989, Exp. 805, C.P. Simón Rodríguez Rodríguez. Cf., también, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, Exp. 37258, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>96</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 28 de mayo de 1998, Exp. 1101, C.P. Augusto Trejos Jaramillo.

<sup>97</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de marzo de 2007, Expediente 1814, C.P. Gustavo Aponte Santos.

adecuados, toda vez que, en primer lugar, no le corresponde a la administración reinterpretar el ordenamiento jurídico para acomodarlo a una supuesta versión moderna del “*derecho del mar*”, sino buscar el alcance de los conceptos vertidos en la ley al momento de su expedición, así como su inserción en un sistema normativo y la finalidad deseada por el legislador; en segundo lugar, se debió utilizar la lógica de lo razonable para establecer qué bienes hacían parte de la reserva territorial del Estado.

### **c. La interpretación sistemática del Código Fiscal de 1912.**

Hasta este punto resulta entonces que ni el contenido de los textos normativos ni la historia de la norma permiten establecer con precisión si el predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*” constituía o no una “*isla*” en el sentido del Código Fiscal de 1912, pero quedó claro que tal calificación no podía excluirse según las normas vigentes al momento de la expedición del referido Código, de la adjudicación del bien o aún hoy en día<sup>98</sup>, por el contrario, el bien adjudicado reúne las características de una “*isla*” en el sentido del mencionado Código Fiscal.

A juicio de la Sala no existe duda alguna en cuanto a que, para el legislador de 1912 resultaba del todo irrelevante que las “*islas*” compartieran o no la misma plataforma continental. En efecto, el artículo 45 de la Ley 110 de 1912, en lo que atañe al tema objeto de la demanda parece deslindar las “*islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio*” y las “*Islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas*”, sin embargo en el literal a) del artículo 107 se les da exactamente el mismo tratamiento, es decir las considera *—a las islas marítimas y las fluviales dependiendo del calado del río—* como una reserva territorial del Estado y las declaró inadjudicables sin distinción alguna<sup>99</sup>, se reitera. En toda lógica es un exabrupto considerar que las islas fluviales no comparten la plataforma continental, como lo es la afirmación que por el sólo hecho de compartirla pierden jurídicamente el carácter de “*isla*”, cuando lo que le interesa al ordenamiento jurídico es que se encuentren rodeadas de agua<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> No es de sorprender que en el Proyecto de Ley 08 de 2014 (Senado), de la llamada Ley de Costas, se haya definido isla como la “*porción de tierra rodeada por agua*”.

<sup>99</sup> La distinción se produjo por la exclusión que el legislador realizó, mediante el artículo 13 de la Ley 97 de 1946 que excluyó las islas fluviales de la reserva territorial del Estado.

<sup>100</sup> Esta similitud en el tratamiento normativo también se ha puesto de relieve por la doctrina especializada en la materia que agrupa las islas para efectos demostrativos. Cf. J. Amézquita de Almeida y W. Tovar Mozo,



Desde este punto de vista, entonces, el concepto jurídico de “*isla*” contenido en el Código Fiscal se desliga de la estricta determinación geológica para enmarcarse en la decisión que hace el Estado de reservarse para sí determinados bienes con el fin de protegerlos.

#### **d. La finalidad de la norma.**

Se tiene que la finalidad del artículo 107 –*si bien cuestionada en la época por establecer una regla general de inalienabilidad de determinados bienes, prohibida en principio por la Constitución Política de 1886*<sup>101</sup>- era la de garantizar la protección de determinados bienes, manteniéndolos en el patrimonio del Estado, en efecto “*la regla de la inalienabilidad [que incluye necesariamente la imposibilidad de adjudicar] existe para proteger la afectación al interés general que esos bienes permiten cumplir de las ambiciones voraces de los funcionarios o de los particulares*”<sup>102</sup>.

El precitado artículo 107 constituye, entonces, un mecanismo de protección del patrimonio público, por ello la interpretación que se haga de la reserva allí contenida no puede ser, bajo ningún concepto, restrictiva; en efecto, tanto al amparo de la Constitución de 1886 como de la Constitución Política de 1991, la protección del patrimonio público se erige como uno de los principios fundantes del Estado, en cuyo marco el análisis de las disposiciones normativas debe pasar un estricto test para determinar la procedencia de la adjudicación de un bien que pueda ser sustraído argumentativamente –*como ocurrió en la Resolución No. 00714 atacada*- de la reserva territorial del Estado.

En este orden de ideas, si el legislador no distinguió entre *islas* y *rocas* o *cayos* o *morros* –*terminología que no se encuentra en el Código Fiscal de 1912, por su aparición tardía en el derecho del mar*- no le corresponde al intérprete realizar una

---

*Régimen legal de baldíos en Colombia*, Temis, Bogotá, 1961, p. 41 a 42 y 235 y s; J. Martínez Aparicio, *Régimen de baldíos*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2000, p. 45 y s.

<sup>101</sup> En efecto, “*después del período colonial, es posible encontrar un buen número de disposiciones constitucionales sobre el tema. Los textos constitucionales, anteriores a la Constitución de 1991, no proporcionan una regla similar a la del artículo 63 actual. De ello se concluye que la inalienabilidad de los bienes de uso público no tenía sino un rango legislativo. Además, la cuestión de los mayorazgos ha ocultado las pistas sobre dicha prohibición. Así, las constituciones disponían frecuentemente una cláusula según la cual ‘no habrá en el Estado bienes raíces que tengan carácter de inajenables’ (art. 197, Constitución de 1832). Esta fórmula va a ser retomada en las constituciones de 1843 (art. 166) y de 1863 (art. 6). Pero el artículo 37 de la Constitución de 1886 es aún más preciso: estableció que ‘no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles’*”, J. Pimiento, *Derecho Administrativo de Bienes... op. cit.*, p. 395 a 396.

<sup>102</sup> J. Pimiento, *Derecho Administrativo de Bienes. op. cit.*, p. 401.

lectura excluyente de las expresiones utilizadas por el legislador, máxime cuando el principio de interpretación a aplicar en casos como el *sub lite* es el que corresponde a una mayor protección del patrimonio público, en la medida en que en este tipo de eventos el operador jurídico debe propender por ampliar, siempre en el marco de la ley, el espectro de protección de los bienes públicos y, en general, del patrimonio de las personas de derecho público en tanto derecho colectivo<sup>103</sup> y sustento y principio de la función administrativa<sup>104</sup>.

Resulta, entonces, evidente la falsa motivación, por error en su objeto, en la que incurrió el INCORA en la expedición de la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, al considerar que el predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*” no era una “*isla*”, con el fin de excluirla del ámbito de aplicación del artículo 107 del Código Fiscal, sustraerla de la reserva territorial del Estado y otorgársela, por la vía de la adjudicación, a un particular.

Así las cosas, dado el carácter de reserva territorial de la Nación del bien adjudicado, en los términos antes señalados y a la luz del Código Fiscal de 1912,

---

<sup>103</sup> La Sala se ha ocupado en repetidas ocasiones del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público para definir su contenido y aplicación en cada caso concreto; así, recientemente se afirmó: “*Este derecho colectivo es la potestad y expectativa que se radica en cabeza de los asociados, de esperar que el conjunto de bienes, derechos y obligaciones del Estado, estén adecuadamente destinados a la finalidad que se les ha señalado constitucional y legalmente, de tal forma que sean asignados según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico, y con criterios de eficiencia y rectitud.*”

“*La Corporación, acerca del contenido y alcance del derecho objeto de análisis, en oportunidad previa puntualizó:*

“*Por patrimonio público debe entenderse el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen al Estado, tanto los que se hallan en cabeza de la Nación como de las personas jurídicas estatales... El derecho o interés colectivo a su defensa viene a ser, entonces, la aptitud o legitimación que tienen todas las personas en Colombia para esperar que tales bienes se preserven y se apliquen a los fines que corresponden, de modo que su tenencia, uso y disposición se haga con celo y cuidado, por ende con sujeción a las disposiciones y formalidades que los regulan, de suerte que el Estado no sea privado de los mismos de manera contraria al ordenamiento jurídico...*”

“*El derecho colectivo al patrimonio público tiene una doble naturaleza en el ordenamiento jurídico colombiano, de un lado puede hablarse de una dimensión subjetiva, la cual le otorga el calificativo de derecho y que conlleva la posibilidad de que cualquier ciudadano pida su protección mediante la acción popular; de otro, una dimensión objetiva o de principio que se traduce en la obligación de las entidades públicas de gestionarlo de acuerdo con los postulados de eficiencia y transparencia contemplados en el artículo 209 de la constitución y cumpliendo la legalidad presupuestal vigente. Así las cosas, el derecho colectivo estudiado tiene a su vez dos elementos: 1. La existencia de un patrimonio de propiedad de una persona pública, y; 2. El análisis de la gestión de ese patrimonio, de forma tal, que si ésta se hace de forma irresponsable o negligente coloca en entredicho el interés colectivo protegido*”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, Expediente AP-540, C.P. Enrique Gil Botero).

En este sentido, la jurisprudencia también ha señalado que “*con el fin de identificar una posible vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público se debe analizar la conducta imputada a la autoridad administrativa para verificar si constituye un manejo irresponsable, negligente o con una destinación diferente de la legalmente establecida respecto de los bienes y derechos de titularidad pública, concepto éste que incluye pero no se agota con el concepto de propiedad pública*” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, Expediente AP-0413).

<sup>104</sup> Para parafrasear una fórmula ampliamente utilizada en diversos sectores, se podría hablar de un *in dubio pro patrimonio*, a semejanza del modelo ambiental del *in dubio pro ambiente*, que buscaría que en caso de duda frente a las características de determinado bien, ésta se solucione siempre a favor del patrimonio público.

se abre paso la censura planteada por los recurrentes, lo que impone declarar la nulidad de la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, en cuanto dispuso la adjudicación al señor Gustavo Díaz Segovia del predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*”, así como de la Resolución número 05547 del 9 de diciembre de 1981, por la cual se puso fin a las diligencias previas de revisión del expediente de titulación de baldíos número 3389, originario del Proyecto Magdalena, proferida por el Subgerente Jurídico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, pues, como ha quedado visto, dicho predio resultaba inadjudicable.

De igual manera, se ordenará la cancelación del registro de la matrícula inmobiliaria No. 080-0014311, efectuado ante la Oficina de Registro de Santa Marta con motivo de la adjudicación dispuesta en el acto cuya nulidad hoy se declara.

#### **5. No hay lugar a condena en costas**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, como fuera modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a imponerlas.

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 y por autoridad de la ley,

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 12 de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone,

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, proferida por la Dirección Regional Encargada del Proyecto Magdalena del INCORA, por medio de la cual se adjudicó como baldío el predio denominado “*El Pelicano*” o “*Morro de Gaira*”, al señor Gustavo Díaz Segovia, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad de la Resolución número 05547 del 9 de diciembre de 1981, por la cual se puso fin a las diligencias previas de revisión del expediente de titulación de baldíos número 3389, originario del Proyecto Magdalena, proferida por el Subgerente Jurídico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Cancélese el registro de la matrícula inmobiliaria No. 080-0014311, efectuado ante la Oficina de Registro de Santa Marta con motivo de lo dispuesto en la Resolución No. 00714 del 11 de diciembre de 1979, proferida por la Dirección Regional Encargada del Proyecto Magdalena del INCORA.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**SEPTIMO:** Se reconoce personería adjetiva a la doctora **ANA MARCELA CAROLINA GARCIA CARRILLO**, identificada con tarjeta profesional No. 147.429 del C. S. de la J., para actuar como apoderada del **INCODER**, de conformidad con el memorial poder visible a folio 580 del cuaderno de segunda instancia.

**OCTAVO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**