CITESE : 20180114492825EE

Personería de Medellín
Donde todos contamos
NIT 890905211-1

No. 20182620004522
Radicador: LLUNA Fecha: 2018-02-19 09:45:28
Remitente: PERSONERIA DE MEDELLIN
Destino: Comision Primera
Asunto: Jurídico p.a 117-2018
www.concejodemedellin.gov.co
CONCEJO DE MEDELLIN
EL PODER ES TUYO

Medellín, 15 de febrero de 2018

H. Concejala
MARIA PAULINA AGUINAGA LEZCANO
Concejala Ponente
La Ciudad

ASUNTO: Concepto Jurídico Proyecto de acuerdo 117 de 2018.

Respetada Concejala Maria Paulina:

Hallándonos dentro del término legal procedo a dar respuesta al Derecho de petición de consulta en atención a su comunicación de la referencia, donde solicita concepto jurídico con respecto al Proyecto de Acuerdo No. 117 de 2018 "*Por medio del cual se desafecta del uso de zona verde pública unos bienes inmuebles propiedad del municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones*"; me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. Legalidad

a. Análisis constitucionalidad:

Necesario es iniciar invocando la norma constitucional que indica que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables y que por tanto corresponde al Estado velar por el carácter de tales bienes o modificar su destino, en aras del bien común para los habitantes y ciudadanos en general.

Artículo 63

" ***Los bienes de uso público***, *los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación* ***y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables***."

AAGUEVARA Tarea: 41685

PROYECTO		REVISÓ:	
CODIGO	FAR001	VESRION	6
RESOLUCION	304	VIGENCIA	14/06/2016

GESTIÓN DE LA CALIDAD NTCGP 1000:2009 SECTOR PÚBLICO CERTIFICADO
ISO 9001 icontec Certificado N° SC 735 - 1
CERTIFIED IQNet MANAGEMENT SYSTEM

Artículo 82

"Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular".

Artículo 313. Corresponde a los concejos:

"(...) ***7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.***

(...)"

Necesario es aclarar, que todo acto administrativo, debe encontrar su asidero inicial en la norma de normas, siendo ésta la que da el soporte y el blindaje inicial, y deviene de allí, el principal sentido de legalidad.

Para el caso que nos convoca, se trata del Proyecto de Acuerdo Municipal 117 de 2018, al dar lectura del mismo, se desprende la viabilidad constitucional toda vez que el colegiado, no solo actúa cumpliendo unas funciones otorgadas, por la Constitución Nacional, sino que aunado a ello está garantizando la protección y respeto por las zonas verdes públicas, materia que se encuentra también cobijada por la misma carta política.

b. Normas Reglamentarias

Ley 136 de 1994

Artículo 32. *Atribuciones*.
"Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.
(...)

Parágrafo 2°. *Aquellas funciones normativas del municipio para las cuales no se haya señalado si la competencia corresponde a los alcaldes o los concejos, se*

entenderá asignada a estas corporaciones, siempre y cuando no contraríe la Constitución y la ley.

(...)"

Ley 9 de 1989

Artículo 6°

"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.

(...)"

Artículo 7°

"Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores.

(...)"

Artículo 679 Código Civil

"Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la Unión".

En cuanto a la legalidad, las actuaciones y los actos administrativos, se deben regir siempre por los principios de legalidad, y debido proceso teniendo en cuenta la seguridad jurídica, gratuidad, celeridad, economía, sencillez, eficacia, eficiencia, publicidad, buena fe, descentralización,

desconcentración. **Principios, que no significan algo distinto, a la sujeción a un orden jurídico, y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.**

La corporación **Concejo Municipal de Medellín**, no hace algo contrario a cumplir con las leyes vigentes, labrando el bienestar y el servicio al interés común de la comunidad; dentro de los parámetros de facultades legales.

2. Análisis Jurisprudencial

Dada la naturaleza del proyecto de acuerdo, habremos de decir que sobre el tema la Corte Constitucional mediante sentencia T-150 de 1995, hizo un extenso pronunciamiento que resumo a continuación, con el fin de brindar ilustración sobre la materia:

> "*La legislación civil y constitucional distingue con claridad dos clases de dominio, lo que comporta la aplicación de dos regímenes jurídicos diferentes. Por un lado, el* ***dominio privado*** *que regula relaciones de coordinación, por lo tanto se encuentran sometidas al régimen que regula las relaciones entre particulares. Este dominio puede ser individual (artículo 58 de la Constitución) o colectivo, éste con algunas limitaciones para el comercio, el artículo 329 de la Carta la recoge como "no enajenable", el artículo 55 transitorio como enajenable "en los términos que señale la ley". Por otro lado se encuentra el* ***dominio público*** *definido como el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad (artículos 63, 82, 102, 332 de la Carta)1. Dentro de esta última categoría se diferencian dos clases:*
>
> *4. Bienes del Estado cuyo régimen es igual al de los particulares, también se denominan bienes fiscales. Se definen en el artículo 674 del Código Civil como aquellos bienes "cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes..". Son bienes*

patrimoniales del Estado o de sus entes territoriales destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza en forma inmediata.

Dentro de esta especie se encuentran también los bienes fiscales adjudicables, que son aquellos por los cuales el Estado asume la titularidad en la medida que se traslade el uso y explotación a manos particulares, en principio a cambio de una contraprestación económica para el Estado, ejemplo: las minas, los bienes baldíos.

5. Bienes afectados al Uso Público. Se encuentran en cabeza del Estado u otros entes estatales y se caracterizan por ser bienes usados por la comunidad, la cual los puede aprovechar en forma directa, libre, gratuita, impersonal, individual o colectivamente, generalmente tienen que ver con los intereses vitales de la comunidad.

Estos bienes no son res nullius, pero respecto de su titularidad existen dos teorías que vale la pena destacar. Para algunos teóricos, el propietario de los bienes de uso público es el Estado, quien ejerce sobre ellos una reglamentación de uso. Esta posición es la que acoge el artículo 674 del Código Civil, los define como aquellos bienes cuyo "dominio pertenece a la República" y el "uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...". Este listado meramente enunciativo se complementa con varias normas, entre las cuales se encuentra la disposición contenida en el artículo 116 del Decreto 2324 de 1984 donde define como bienes de uso público las playas, terrenos de baja mar y las aguas marinas.

La segunda teoría es acogida por varios doctrinantes (entre los cuales se destaca Bielsa, Marienhoff, José J. Gómez) quienes consideran que el titular de estos bienes es la colectividad o el pueblo, de suerte que el Estado ejerce únicamente la administración a través de su poder administrativo regulador y reglamentario.

El derecho al aprovechamiento de los bienes de uso público encuentra su regulación legal en disposiciones que son el resultado de la obligación constitucional de velar por la protección del espacio público, que comprende los bienes de uso público. Así el Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales consagra los "modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales renovables de dominio público", el Código Nacional y los Códigos departamentales de Policía señalan a las autoridades de policía, conductas a seguir para la preservación de los bienes de uso público.

En este orden de ideas y previo a pronunciarse sobre la desafectación, la Corte Constitucional en la misma sentencia advierte los criterios para la afectación de un bien al uso público:

"a) La existencia de una manifestación de voluntad o de actitudes de la administración que permita asegurar que el uso de un bien se encuentra a disposición del público. Dentro de la primera opción (manifestación de voluntad) se encuentra la facultad de que dispone el ente estatal de obtener un bien (Capítulo III de la Ley 9a. de 1989, el artículo 17 del Decreto 855 de 1994, adquisición de inmuebles por negociación directa) y destinarla al uso público, o la posibilidad de expropiar un bien cuyo uso sea menester ofrecerlo al público (el artículo 58 constitucional faculta al Estado para expropiar bienes por motivos de utilidad pública o de interés social que el legislador defina). Dentro de la segunda opción, o sea, las actitudes de la administración, se cita a guisa de ejemplo la inauguración de una obra que se abre al público o presentar abierta una calle para su uso.

b) Existencia de un título de dominio. Esta formalidad se presenta en forma diversa de acuerdo con el tipo de afectación que se realiza, entonces, si se adquiere un bien, en este caso, se requiere un título traslaticio de dominio que lo respalde, si se expropia es necesaria la Sentencia judicial o el acto administrativo

que lo decrete. Pero también existen bienes que se afectan por ministerio de la ley, por cuanto el título puede consistir en una ley que faculta al Estado para detentar el derecho real de manera directa. (ejemplo: el Código Civil dispone que las calles son de uso público).

c) La afectación debe ser real y efectiva, esto es, que la cosa sea apta para el destino público y que tenga el carácter de ser idónea para el uso público. En palabras de la Ley 9a. de 1989, artículo 5º, se requiere que el bien presente un interés público manifiesto y conveniente"(...)

En cuanto a la desafectación de los bienes de uso público, la corte constitucional delimitó lo siguiente:

(...) 9. La Desafectación es el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial ya sea del Estado o de los particulares. Es necesario aclarar que la desafectación no consiste en una extinción del dominio sino en una modificación del régimen jurídico que se le aplica.

Finalmente expone los requisitos para que sea procedente la desafectación en los siguientes términos:

(...) a) Que el bien encargado de prestar un uso público haya perdido su propósito, no por actos negligentes u omisiones de las autoridades encargadas de preservarlos, esto es, que la pérdida de utilidad pública de un bien no se debe al incumplimiento de la ley.

b) Que exista el asentimiento de la autoridad competente directo e inequívoco de desafectar un bien de uso público o un hecho de la naturaleza que así lo demuestre. Entonces, la falta de uso de un bien no es el único factor determinante dentro de la teoría de la desafectación, por cuanto de no existir una manifestación clara de autoridad competente o ley que lo autorice sería aplicar la prescripción extintiva del dominio a este tipo de bienes, aspecto que está prohibido expresamente por la Constitución. (artículo 63).

AAGUEVARA Tarea: 41685

c) Para desafectar un bien de uso público situado en áreas urbanas y suburbanas, el artículo 6º de la Ley 9a. de 1989, establece la necesidad de "canjear" un bien por otro de características equivalentes, esto es, por otro bien que sea capaz de prestar el mismo uso común, con la salvedad de que no se trate de vías públicas (dentro de la cual se encuentra las calles, puentes, etc.), (...)"

c. Conclusión.

Visto lo anterior, en el sentido lato, es procedente indicar:

1. La legalidad del cuerpo del Proyecto de Acuerdo 117 de 2018, y resaltar el parágrafo del artículo 2 referente a **la compensación**, lo cual es atinado, desde el punto de vista del artículo 9 de la Ley 9 de 1989.
2. De lo acá analizado, respetuosamente, esta Agencia del Ministerio Público considera que el Proyecto de Acuerdo 117 de 2018, puede proceder su trámite para convertirse en Acuerdo Municipal.

El presente concepto no es vinculante, y se emite en consonancia con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo; razón por la que no debe constituirse en criterio de interpretación o motivación para el destinatario del mismo, ni compromete la responsabilidad de la Personería de Medellín.

Atentamente,

JUAN FERNANDO GÓMEZ GÓMEZ
Personero de Medellín (E)

Proyectó: AGUEVARA – Abogada contratista Grupo de gestión jurídica

AAGUEVARA Tarea: 41685

PROYECTÓ		REVISÓ:	
CODIGO	FARL001	VESRION	6
RESOLUCION	304	VIGENCIA	14/06/2016