



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación: 11001-03-26-000-2012-00036-00 (44.199)
Actor: Luis Guillermo Otoya Gerdts
Demandado: Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural –INCODER– (hoy Agencia Nacional de Tierras –ANT–)
Naturaleza: Acción de revisión (asuntos agrarios)

Corresponde a la Sala decidir en única instancia la acción de revisión interpuesta por Luis Guillermo Otoya Gerdts respecto de las Resoluciones 1941 del 27 de julio de 2007 y 550 del 9 de abril de 2012, expedidas por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER–, actos por medio de los cuales se declaró que el acá actor ejerce indebida ocupación sobre un lote de terreno baldío, el cual constituye reserva territorial del Estado.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 22 de mayo de 2012, Luis Guillermo Otoya Gerdts presentó, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de revisión agraria, consagrada en los artículos 50 de la Ley 160 de 1994 y 128 del Código Contencioso Administrativo, demanda en contra de las Resoluciones 1941 del 27 de julio de 2007 y 550 del 9 de abril de 2012, expedidas por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER–, por medio de las cuales se declaró que aquél ejerce indebida ocupación sobre un lote de terreno baldío, denominado “ISLA MARIAJO, hoy ISLA FRAGATA, situado en la Isla La Isleta, del Archipiélago del Rosario, jurisdicción del Distrito Turístico de Cartagena de Indias”¹; para el efecto, formuló las siguientes pretensiones (se transcribe como obra en el texto original, incluso con errores):

¹ Folio 57 del cuaderno principal.

"1. Se revise el procedimiento administrativo iniciado mediante la resolución 1.020 de 11 de diciembre de 2.002 proferida por el Gerente Regional Bolívar del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA), modificada por la resolución 1.939 de 22 de septiembre de 2.006 dictada por el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER), dirigido a determinar si era indebida la ocupación que ejercía el señor LUIS GUILLERMO OTOYA GERDTS sobre un predio denominado ISLA MARIAJO, hoy ISLA FRAGATA, ubicado en la isla La Isleta, Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, Distrito de Cartagena de Indias, y a recuperar ese predio;

"2. Se declare la nulidad de la resolución 1.941 de 27 de julio de 2.007 proferida por el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO RURAL (INCODER), con la cual concluyó ese procedimiento;

"3. Se declare asimismo la nulidad de la resolución 550 de 9 de abril de 2.012 proferida por el Subgerente de Tierras Rurales del INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL (INCODER), por medio de la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anterior;

"4. Se declare también que el señor LUIS GUILLERMO OTOYA GERDTS no ocupa indebidamente el predio ISLA MARIAJO, hoy ISLA FRAGATA, ni es poseedor de mala fe de ese predio;

"5. Se disponga, en consecuencia, que no hay lugar a la restitución de esos terrenos, y

"6. Se ordene la cancelación de la inscripción de las resoluciones 1.941 de 27 de julio de 2.007 y 550 de 9 de abril de 2.012 en el folio de matrícula inmobiliaria 060-93253 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Cartagena, correspondiente al predio referido"².

Como sustento fáctico de la demanda, se adujo, en síntesis, que eran funciones del INCORA, atribuidas al INCODER, conforme a los Decretos 1300 de 2003 y 3759 de 2009, "clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad ... delimitar las tierras de propiedad de la Nación de las de los particulares, (sic) y recuperar los baldíos indebidamente ocupados"³.

Mediante la Resolución 1020 del 11 de diciembre de 2002, el INCORA inició un proceso administrativo para determinar si era indebida la ocupación que ejercía el señor Leonidas Restrepo Villamarín sobre el predio "Isla Mariajo"; posteriormente, a través de Resolución 1939 de 2006, el INCODER modificó el anterior acto, en aras de iniciar el trámite contra el acá actor, toda vez que éste ejercía posesión sobre el referido predio.

² Folios 3 y 4 del cuaderno principal.

³ Folio 5 del cuaderno principal.

El proceso administrativo culminó con la Resolución 1941 de 2007, emitida por el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del Incoder, en la cual se determinó que el mencionado bien es un baldío y se declaró que el aquí demandante ejercía indebida ocupación sobre el mismo.

La citada Resolución 1941 fue recurrida en reposición y confirmada a través de la Resolución 550 del 9 de abril de 2012, proferida por el Subgerente de Tierras Rurales de Incoder. Esta última fue notificada de forma personal al señor Otoya Gerdtz, el 3 de mayo siguiente.

2. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora dividió los fundamentos de derecho en dos acápites, así:

2.1. "LAS RESOLUCIONES 1.941 DE 27 DE JULIO DE 2.007 Y 550 DE 9 DE ABRIL DE 2.012 SON NULAS, PORQUE LA COMPETENCIA PARA RECUPERAR TERRENOS BALDÍOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS ES ATRIBUCIÓN ESPECIAL DE LAS AUTORIDADES DISTRITALES, NO DE INCODER"⁴ (resaltado del texto original).

Adujo que como el artículo 11 de la Ley 768 de 2002 determina atribuciones especiales para las autoridades de los distritos de Cartagena de Indias, Barranquilla y Santa Marta, entre ellas "*la recuperación de los bienes de uso público de su jurisdicción, (sic) y entre estos (sic) los baldíos, que se reputan bienes de uso público, según lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 48 de 1.882*"⁵, no le correspondía al INCODER disponer la recuperación del predio "*Isla Mariajo, hoy Isla Fragata*".

Agregó que, en virtud del artículo 84 del C.C.A., son nulos los actos expedidos con falta de competencia y que, en los términos de los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución y 5 de la Ley 489 de 1998, las autoridades solo pueden ejercer las funciones que les han sido expresamente asignadas por la ley.

2.2. "LAS RESOLUCIONES 1.941 DE 27 DE JULIO DE 2.007 Y 550 DE 9 DE ABRIL DE 2.012 SON NULAS, PORQUE LOS SUBGERENTES DE ORDENAMIENTO SOCIAL DE LA

⁴ Folio 7 del cuaderno principal.

⁵ Folio 11 del cuaderno principal.

PROPIEDAD Y DE TIERRAS RURALES DE INCODER NO TENÍAN COMPETENCIA PARA ADELANTAR PROCESOS DE RECUPERACIÓN DE BALDÍOS⁶ (resaltado del texto original).

Sobre el particular, manifestó (se transcribe literal, incluso con errores):

*"Es Incoder, como se dijo antes, el organismo competente para adelantar el proceso y disponer la recuperación de baldíos indebidamente ocupados, con la salvedad vista. Esa es función particularmente atribuida al Gerente General, que puede delegar. Sin embargo, fueron el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad y el Subgerente de Tierras Rurales quienes adelantaron el proceso y mediante las resoluciones 1.941 de 27 de julio de 2.007 y 550 de 9 de abril de 2.012 dispusieron la recuperación del predio Isla Mariajo, hoy Isla Fragata, pese a que no tenían atribuida ni les había sido delegada esa competencia. Por lo mismo, esas resoluciones son nulas, porque fueron expedidas por funcionarios incompetentes, aun bajo el supuesto de que fuera Incoder el organismo competente para adelantar el proceso y disponer la recuperación de baldíos en el Distrito de Cartagena de Indias"*⁷.

Manifestó que si bien es función del Gerente General del Incoder adelantar los procesos de recuperación de baldíos, lo cierto es que éste puede delegar dicha labor en otros servidores de la entidad, lo cual, afirmó, pretendió hacer mediante las Resoluciones 1850 del 6 de septiembre de 2006, 1051 del 3 de mayo de 2007 y 2140 del 21 de octubre de 2009, mediante las cuales el referido funcionario "decidió delegar" en los Subgerentes de Ordenamiento Social de la Propiedad y de Tierras Rurales las funciones de tramitar "los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario"⁸ y de "dictar los actos administrativos que culminen los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados"⁹, respectivamente; sin embargo, dichos resoluciones "nunca entraron en vigencia, porque no fueron publicadas"¹⁰, razón por la cual, aduce, tales funciones no fueron delegadas.

Sobre el particular, añadió que como las mencionadas resoluciones, es decir, la 1850 del 6 de septiembre de 2006, la 1051 del 3 de mayo de 2007 y la 2140 del 21 de octubre de 2009 son actos administrativos de carácter general, dictados por una entidad del orden nacional, los mismos solo pueden regir y producir efectos a partir de su publicación en el Diario Oficial, cosa que, señaló, no ocurrió.

⁶ Folio 12 del cuaderno principal.

⁷ Folios 12 y 13 del cuaderno principal.

⁸ Folio 20 del cuaderno principal.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

En el mismo sentido, concluyó que (se transcribe literal, incluso con errores):

"En síntesis, las resoluciones 1.850 de 6 de septiembre de 2.006, 1.051 de 3 de mayo de 2.007 y 2.140 de 21 de octubre de 2.009 no regían cuando se adelantó el proceso de recuperación y fueron expedidas las resoluciones 1.941 de 27 de julio de 2.007 y 550 de 9 de abril de 2.012, ni han regido nunca, según se explicó. Por lo tanto, el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad y el Subgerente de Tierras Rurales no tenían competencia para adelantar el proceso ni, obviamente, para expedir tales resoluciones, aun si fuera Incoder el organismo competente para recuperar baldíos indebidamente ocupados en el distrito especial de Cartagena de Indias.

"Por disposición del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo son nulos los actos administrativos expedidos por funcionarios incompetentes"¹¹.

3. Trámite procesal

Previo a la admisión de la demanda, en auto del 18 de julio de 2012, se requirió al Incoder para que allegara copia auténtica de las resoluciones demandadas, con sus constancias de notificación y ejecutoria (folio 31 del cuaderno principal).

La parte actora aportó los documentos acabados de mencionar (folios 35 a 66 del cuaderno principal) y, en escrito separado, solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos debatidos (folios 68 a 76 del cuaderno principal).

La demanda fue admitida, mediante auto que obra a folios 91 a 95 del cuaderno principal, oportunidad en la cual se tuvo como sucesor procesal del Incoder a la Agencia Nacional de Tierras, en virtud de la liquidación de aquél, dispuesta en el Decreto 1850 de 2016. En el mismo proveído también se negó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados.

La parte actora presentó recurso de súplica contra la anterior decisión, esto es, la de negar la medida cautelar pedida (folios 97 a 101 del cuaderno principal) y la Subsección A de la Sección Tercera de esta corporación, a través de auto visible a folios 104 a 108 del cuaderno principal, confirmó el proveído impugnado.

4. Contestación de la demanda

¹¹ Folio 26 del cuaderno principal.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que, señaló, las islas marítimas, en los términos del artículo 107 del Código Fiscal –Ley 110 de 1912- son reservas territoriales del Estado, que no son adjudicables, ni apropiables por parte de los particulares, como se pretende en el *sub examine*; además, manifestó que *"la administración de las islas marítimas, como terrenos baldíos que son, le correspondían (sic) al INCODER (sic) en consideración a la calidad de Reserva (sic) Territorial (sic) del Estado que tienen las mismas"*¹² y agregó que, conforme a tal facultad, debía *"adelantar el procedimiento agrario de Recuperación (sic) de baldíos, cuando se presenta una indebida ocupación de estos bienes reservados"*¹³.

Sostuvo que mediante la Resolución 4698 de 1984, confirmada por la Resolución 4393 de 1986, el Incora declaró que la totalidad de las islas que conforman el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, pertenecientes en lo administrativo al distrito de Cartagena, razón por la cual son bienes baldíos reservados de la Nación, motivo por el cual se iniciaron los procesos para su recuperación, entre ellos el relacionado con la isla Mariajo, hoy isla Fragata, para lo cual se expidió la Resolución 1020 de 2002, la cual fue inscrita en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, en atención a lo previsto en el artículo 49 de la Ley 160 de 1994 y *"esta última condición prevé que los efectos de las decisiones que se tomen dentro de proceso de recuperación le son oponibles a todo el mundo"*¹⁴.

Añadió que el artículo 45 de la Ley 160 de 1994 determina que las tierras baldías que por disposición legal sean reservadas tienen la condición de terrenos baldíos indebidamente ocupados y que, en virtud del artículo 48 de esa misma ley, el Incoder podía establecer cuándo existía indebida ocupación de dichos terrenos, para lo cual debía adelantar el procedimiento contenido en el capítulo X del Decreto Reglamentario 2664 de 1994.

Finalmente, arguyó que el mencionado procedimiento se desarrolló en garantía del debido proceso; en efecto, dijo (se transcribe como obra en el texto original, incluso con errores):

"Así las cosas, y con sustento en lo anterior, me permito reiterar que el INCODER desarrolló y culminó el procedimiento de 'recuperación de baldío

¹² Folio 123 del cuaderno principal.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Folio 124 del cuaderno principal.

indebidamente ocupado' con fundamento en las normas establecidas para dicho procedimiento, pues notificó las actuaciones surtidas, permitió que las partes intervinieran en el proceso, practicó las pruebas idóneas y conducentes, y profirió una resolución definitiva ajustado a las normas que regulan los procedimientos agrarios, contenidas en la Ley 160 de 1994 y sus Decretos Reglamentarios"¹⁵.

5. Alegatos de conclusión

Surtido el trámite de rigor y agotada la etapa probatoria (folios 129 a 135 del cuaderno principal), esta corporación corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera su respectivo concepto (folio 137 del cuaderno principal).

5.1 La parte demandante reiteró que le correspondía al distrito de Cartagena, no al Incoder, adelantar el proceso de recuperación de terreno baldío, puesto que el artículo 11 de la Ley 768 de 2002 le otorgó a las autoridades de los distritos de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena la atribución de recuperar los bienes de uso público de su jurisdicción y los baldíos son bienes de uso público, en los términos del artículo 3 de Ley 48 de 1882.

Aseveró que, aun suponiendo que el Incoder era competente para tramitar el referido procedimiento, lo cierto es que esa facultad estaba atribuida al Gerente General de la citada entidad y no a los Subgerentes de Ordenamiento Social de la Propiedad y de Tierras Rurales.

Insistió en que, si bien el Gerente General emitió unos actos administrativos mediante los cuales delegó a los referidos Subgerentes la función de recuperación de los bienes baldíos, lo cierto es que, en su parecer, esos actos no tienen vigencia ni son oponibles, pues no fueron publicados en el Diario Oficial.

Por consiguiente, *"ni el subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad ni el subgerente de Tierras Rurales de Incoder tenían competencia para expedir esas resoluciones, en tanto que las resoluciones mediante las cuales el gerente general decidió delegarles esa competencia no se encontraban vigentes entonces ni adquirieron vigencia nunca. Y es así, aun suponiendo que era Incoder competente para adelantar el procedimiento de recuperación de baldíos en el*

¹⁵ Folio 126 del cuaderno principal.

distrito especial de Cartagena de Indias"¹⁶.

5.2 El Ministerio Público presentó su concepto de forma extemporánea (folios 148 a 159 del cuaderno principal).

5.3 La parte demandada guardó silencio (folio 146 del cuaderno principal).

Ahora, surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir de fondo el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Dado que el proceso de la referencia es una acción de revisión dirigida contra unos actos administrativos, por medio de los cuales se determinó que existía indebida ocupación de un terreno baldío –isla Mariajo, hoy isla Fragata-, esta Sala es competente para decidir en única instancia este asunto, comoquiera que éste encuadra en la regla de competencia establecida en el artículo 50 de la Ley 160 de 1994 [norma vigente para el momento de los hechos]¹⁷, concordado con el numeral 9 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo¹⁸.

2. Oportunidad de la acción

Según el numeral 5 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁹ y el artículo 50 de la Ley 160 de 1994, la parte actora cuenta con 15 días, contados a partir del día siguiente de la ejecutoria del acto de recuperación de baldíos, para presentar la demanda y, en este caso, las resoluciones demandadas cobraron ejecutoria el 3 de mayo de 2012 (folio 66 del cuaderno principal), razón por la

¹⁶ Folio 145 del cuaderno principal.

¹⁷ Derogada por el artículo 82 del Decreto Ley 902 de 2017.

¹⁸ En atención a lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer de los procesos de esta naturaleza –asuntos agrarios–.

¹⁹ **ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES**

"(...)

"5. La acción de revisión contra los actos de extinción del dominio agrario o contra las resoluciones que decidan de fondo los procedimientos de clarificación, deslinde y recuperación de los baldíos deberá interponerse dentro de los quince (15) días, contados a partir del día siguiente de su ejecutoria. Para los terceros, el término de caducidad será de treinta (30) días y se contará a partir del día siguiente a la inscripción del acto en la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos".

cual el demandante tenía hasta el 25 de esos mismos mes y año para presentar la demanda, cosa que ocurrió antes, es decir, el 22 de mayo de ese año.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que, en casos como el de la referencia, esto es, cuando el objeto del litigio lo constituyen bienes estatales imprescriptibles e inajenables²⁰, la acción no caduca; por consiguiente, no resulta aplicable el término de caducidad de 15 días antes referenciado, pues dicho fenómeno no puede configurarse en este proceso.

Bajo este criterio, esta corporación ha señalado, de manera reiterada, lo siguiente (se transcribe como obra en el texto original):

"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 ahora se decide en segunda instancia, de manera que las acciones tendientes a su protección y/o recuperación no podrían entenderse caducadas ...

"(...)

"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 1978²¹, como a la Constitución Política de 1991 por la Corte Constitucional en providencia de 1996 ...

"(...)

"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 inajenables²², 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 2011²³²⁴.

²⁰ Parágrafo 1 del artículo 136 del C.C.A.
²¹ "Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 16 de noviembre de 1978, M.P. Luis Carlos SÁCHICA".
²² "Dice la norma: 'Parágrafo 1º. Cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inajenables la acción no caducará'. (Se destaca).
²³ "Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:
"1. En cualquier tiempo, cuando:

En consecuencia, es claro que acciones como las de la referencia, en donde el objeto del litigio son bienes estatales imprescriptibles, no caducan.

3. Análisis de la Sala

3.1 Hechos probados

Con el material probatorio allegado al plenario la Sala encuentra acreditado lo siguiente:

3.1.1 Mediante la Resolución 1850 del 6 de septiembre de 2006, el Gerente General de Incoder resolvió (se transcribe literal, incluso con errores):

"ARTÍCULO PRIMERO: Reasumir el conocimiento de inicio y culminación de los procedimientos para la recuperación de baldíos indebidamente ocupados de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2664 de 1994, capítulo X o las normas que lo modifiquen, delegados a la OET No. 2 con sede en Montería.

"ARTÍCULO SEGUNDO: Delegar en la Subgerencia de Ordenamiento Social de la Propiedad el conocimiento y la competencia del trámite objeto de la presente resolución.

"PARÁGRAFO: Entiéndase por iniciar y culminar los procedimientos para la recuperación de baldíos indebidamente ocupados, como la totalidad del procedimiento señalado en la Ley 160 de 1994 y el Decreto 2664 de 1994"²⁵.

3.1.2. A través de la Resolución 1051 del 3 de mayo de 2007, el Gerente General del Incoder modificó el artículo primero del acto reseñado en el numeral anterior, con el objeto de especificar que reasumía el *"conocimiento de inicio, trámite y culminación de los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo ..."*²⁶ (se subraya).

3.1.3. Mediante Resolución 2140 del 21 de octubre de 2009, el Gerente General del Incoder delegó al Subgerente de Tierras Rurales la función, entre otras, de *"dictar los actos administrativos que culminen los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados, con observancia de lo previsto en el*

(...)

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

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2016, radicación 47001-23-31-000-1995-04133-01 (28210).

²⁵ Folio 78 del cuaderno principal.

²⁶ Folio 81 del cuaderno principal.

Capítulo X de la Ley 160 de 1994 y en el Decreto 2664 de 1994"²⁷.

3.1.4. La Imprenta Nacional de Colombia certificó, en sendos documentos del 20 de junio y del 4 de julio de 2012, que, una vez revisadas las bases de datos del Diario Oficial, no se encontraron publicadas las Resoluciones 1850 de 2006, 1051 de 2007 y 2140 de 2009, expedidas por el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural –Incoder- (folios 86 y 87 del cuaderno principal).

3.1.5. El 19 de octubre de 2002, el Incora realizó visita previa al predio "Isla Mariajo", ubicado en la isla La Isleta del Archipiélago Nuestra Señora del Rosario, en atención a las Resoluciones 4698 de 1984 y 4393 de 1986, mediante las cuales dicho instituto declaró que *"las islas de Nuestra Señora del Rosario ubicadas en jurisdicción del corregimiento de Barú, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar, no han salido del patrimonio nacional y por lo tanto pertenecen al dominio del Estado, en condición de baldío reservado de conformidad con lo prescrito en el Código Fiscal de 1873 y 1912"* (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.6. Mediante Resolución 1020 del 11 de diciembre de 2002, el Incora inició las diligencias administrativas para *"recuperar los terrenos baldíos indebidamente ocupados en el predio inmueble ISLA MARIAJO ... cuya ocupación ejerce LEONIDAS RESTREPO"* y ordenó, con fines de publicidad, la inscripción de la mencionada resolución en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente y la publicación, en un periódico de amplia circulación nacional, de la citación a las personas que pudieran estar directamente interesadas o resultar afectadas con la decisión que se adoptara dentro de dicho procedimiento (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.7. El anterior acto fue notificado de forma personal al señor Leonidas Restrepo, el 15 de enero de 2003 (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.8. El Incora modificó, a través de la resolución 059 de 2003, la resolución 1020 de 2002, en aras de aclarar que la ocupación la ejercía María José Restrepo Torres, en virtud de la transferencia hecha, a título de venta, mediante la escritura pública 2075 del 18 de septiembre de 2000, otorgada en la Notaría 32 de Bogotá (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

²⁷ Folio 84 del cuaderno principal.

3.1.9. El 22 de septiembre de 2006, el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del Incoder emitió la Resolución 1939 de 2006, a través de la cual modificó la Resolución 1020 de 2002, en aras de precisar que la ocupación del predio isla Mariajo la ejerce el señor Luis Guillermo Otoya Gerdts, toda vez que mediante escritura pública 1224 del 14 de mayo de 2003, otorgada en la Notaría 32 de Bogotá, este último adquirió la mera posesión material y las mejoras existentes en el referido bien (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.10. El 18 de octubre de 2006 se notificó la resolución acabada de mencionar al apoderado del acá actor (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.11. El 26 de octubre siguiente, el Incoder ordenó la práctica de "inspección ocular" a la isla Mariajo, diligencia que se llevó a cabo el 31 de enero de 2007, como se advierte en el informe de la misma, en el cual se dejó constancia de la ubicación, linderos, superficie, suelos, vegetación, clima y construcciones presentes en el referido predio (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.12. El 9 de marzo de 2007, el Incoder corrió traslado por tres días, al acá actor, del informe de la inspección ocular practicada en la isla Mariajo (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.13. El 27 de julio de 2007, el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del Incoder profirió la Resolución 1941 de ese año²⁸, mediante la cual decidió (se transcribe literal, incluso con errores):

"Artículo Primero. Declarase que el señor LUIS GUILLERMO OTOYA GERDTS ... ejerce indebida ocupación sobre un lote de terreno baldío que constituye reserva territorial del Estado, con una extensión de 1.100 metros cuadrados, denominado ISLA MARIAJO, hoy ISLA FRAGATA, situado en la Isla La Isleta, del Archipiélago del Rosario, jurisdicción del Distrito Turístico de Cartagena de Indias, departamento de Bolívar y comprendido dentro de los linderos establecidos en la diligencia de inspección ocular de enero 31 de 2007.

"Artículo Segundo. Como consecuencia de la declaratoria anterior, ordenase al ocupante, señor LUIS GUILLERMO OTOYA GERDTS ... que en el término de un (1) mes, contado a partir la ejecutoria de esta providencia, restituya el lote de terreno indebidamente ocupado al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, mientras ejerza la función de entidad administradora, a nombre del Estado, de las tierras baldías de la Nación, o a la entidad pública que le corresponda conforme a la Ley, según las instrucciones del Gobierno.

"(...)

"Artículo Cuarto. De conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo 1º del

²⁸ Folios 35 a 58 del cuaderno principal y cd obrante a folio 134 del cuaderno principal.

artículo 74 de la Ley 160 de 1.994, reiterado en el Parágrafo del artículo 163 de la Ley 1152 de 2007, declarase al ocupante, señor LUIS GUILLERMO OTOYA GEDTS ... 'ocupante de mala fe', por las razones expuestas en esta providencia. En consecuencia, no habrá lugar al reconocimiento de mejoras según las disposiciones, consideraciones y condiciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Artículo Quinto. Ordenase la inscripción de esta resolución, así como de la Resolución 1939 de septiembre 22 de 2006, en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-93253 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena de Indias.

"Artículo Sexto. Contra esta providencia solo procede por la vía gubernativa el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, y en vía jurisdiccional, la acción de revisión ante el Consejo de Estado, en única instancia, la que deberá incoarse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su ejecutoria".

Como fundamento de esta decisión, señaló (se transcribe literal, incluso con errores):

"Ahora bien, el INCORA mediante resoluciones números 04698 de 1.984 y 04393 de 1.986 culminó el procedimiento de Clarificación de la Propiedad de los terrenos que conforman las Islas del Rosario, declarando que ellas, de conformidad con lo previsto en el Código Fiscal de 1.912, constituyen reserva territorial del Estado. Aquellos actos administrativos fueron inscritos en el mes de diciembre de 1.986 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, en los folios de matrícula inmobiliaria de todos los predios ubicados en las Islas del Rosario (artículo 2º de la Resolución 04698 de 1984 y 3º de la Resolución 04393 de 1986).

"A partir de la publicidad que conlleva el citado registro inmobiliario (artículos 43 y 44 del Decreto 1250 de 1970), la naturaleza jurídica de los terrenos que conforman las Islas del Rosario (reserva territorial del Estado) se presume conocida por todos y por ello, es oponible a terceros. Ningún particular puede válidamente desconocer ni pretender ignorar la normatividad legal que prohíbe su libre ocupación. Hasta esa fecha es posible aceptar que alguien estuviese ocupando de 'buena fe' terrenos en las islas, porque aunque no existían verdaderos títulos de dominio privado, como en efecto se comprobó dentro del procedimiento de Clarificación de la Propiedad, sí habían escrituras públicas inscritas, en las que se transferían presuntos derechos de dominio sobre las islas, hecho que motivó el mencionado procedimiento administrativo.

"Con posterioridad a la inscripción de las resoluciones que culminaron el procedimiento de Clarificación de la Propiedad (diciembre 12 de 1986), es imposible admitir que un particular pueda adquirir de 'buena fe' derechos de dominio, o de posesión, o meros derechos de ocupación, 'por medios legítimos exentos de fraudes y de otro vicio'. Solo sería posible para el particular adquirir derechos de tenencia, siempre que la autoridad legalmente facultada, expresamente, por ejemplo, mediante un contrato de arrendamiento o de concesión, permitiéndole así su uso y aprovechamiento temporal.

"(...)

"Es obvio, que a partir del registro de los actos administrativos que definieron el procedimiento de Clarificación de la Propiedad, se hizo público y evidente que en las Islas del Rosario no se daban las situaciones de excepción previstas

en el artículo 45 literal c) del Código Fiscal, sino que por el contrario, tales tierras constituyen una reserva territorial del Estado, de su exclusiva propiedad. En consecuencia, un particular no puede pretender ser poseedor, ya que sobre baldíos no hay posesión; ni alegar haber iniciado una ocupación de buena fe, ya que sobre los baldíos reservados no se permite la libreocupación. Entonces, la ocupación iniciada en las Islas del Rosario con posterioridad a diciembre de 1986, no se fundamenta en un simple error de hecho, ni puede considerarse exenta de fraude u otro vicio en el acto o contrato, sino que en verdad ignora y deja sin aplicación las disposiciones legales que regulan la materia. Se configura así el denominado error en materia de derecho, que el artículo 768 del Código Civil eleva a la categoría de 'presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario'. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 15 de diciembre de 1959 expresó: 'Si quien ejecuta actos de dueño sabe muy bien que el objeto no le pertenece y sin embargo se da por tal, ningún error sufre su entendimiento; es apenas poseedor de mala fe'.

"En los procedimientos de Recuperación de Baldíos indebidamente ocupados, los ocupantes deben demostrar la legitimidad de su ocupación, y en el caso de las Islas del Rosario, por tratarse de tierras 'reservadas' para el Estado, los medios conducentes serían contratos de tenencia, concesiones, permisos o autorizaciones, otorgadas por autoridades legalmente competentes para administrar tales terrenos baldíos, que según el artículo 107 de nuestro Código Fiscal, Ley 110 de 1912, constituyen Reserva Territorial del Estado. Estas autoridades debían ser el instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER ...

"(...)

"En el presente caso se tiene que el ocupante del predio ISLA MARIAJO, señor LUIS GUILLERMO OTOYA GERDTS ... adquirió el predio referido y sus mejoras con escritura pública 1224 de mayo 14 de 2003 de la Notaría 32 de Bogotá, y que en esta misma fecha, como reza la cláusula sexta de la escritura, la vendedora le hizo entrega material del predio; es decir, cuando el señor OTOYA adquirió los derechos y mejoras que le traspasó la sociedad enajenante, ya se había dictado e inscrito, veinte años atrás, la Resolución 04393 de 1986 que culminó el proceso de clarificación de la propiedad en las Islas del Rosario. Por lo demás, recibió el inmueble de quien lo tenía indebidamente, por lo cual ningún derecho legítimo frente al Estado podría transmitirle.

"En resumen, el Despacho encuentra que hay suficiente mérito para considerar al ocupante del predio MARIAJO, señor LUIS GUILLERMO OTOYA GERDTS ... como 'poseedor de mala fe', y por tanto, sin derecho al reconocimiento de las mejoras.

"(...)

"Conclusiones

"Resumiendo, el Despacho encuentra que en los memoriales presentados en este procedimiento por el apoderado no se presentaron argumentos diferentes ni se aportaron pruebas distintas, a las ya analizadas en los diversos procedimientos de esta índole en los cuales figura como mandatario. Se ha limitado en sus escritos, a insistir en una serie de razonamientos tendientes a desvirtuar la firmeza de las Resoluciones números 04698 de 1984 y 04393 de 1986, expedidas por el INCORA, por medio de las cuales culminó el procedimiento de Clarificación de la Propiedad de las Islas del Rosario, solicitando su revocatoria, para consecuentemente pedir, que se reabra o que conforman en mentado Archipiélago, actuación administrativa que

como se ha señalado, ya culminó en el año 1986, con la ejecutoria de los actos administrativos mencionados y su inscripción en los folios de matrícula correspondientes. Pretender una nueva decisión sobre la naturaleza de esos terrenos insulares, desconociendo los mencionados actos administrativos que se encuentran vigentes, en firme y ejecutoriados, desde hace más de 20 años, se considera improcedente y contrario a los principios de seguridad jurídica y presunción de legalidad de los actos administrativos, así como su ejecutoriedad"²⁹.

3.1.14. El 14 de febrero de 2012, el aquí demandante presentó recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, el cual le fue notificado el 7 de febrero de ese mismo año (cd obrante a folio 134 del cuaderno principal).

3.1.15. Mediante Resolución 550 de 2012, la Subgerencia de Tierras Rurales del Incoder resolvió el recurso de reposición presentado por el señor Otoy Gerds, en el sentido de no revocar la resolución 1941 de 2007 y ordenarle a este restituir al Incoder el lote indebidamente ocupado, en un término de 3 meses, contados a partir de la ejecutoria de ese acto (folios 59 a 65 del cuaderno principal); para el efecto, manifestó los siguientes argumentos (se transcribe literal, incluso con errores):

"Se reitera que la Resolución No. 1941 del 27 de julio de 2007, no buscaba hacer un reconocimiento de requisitos según el Acuerdo 041 del 24 de enero de 2006, sino el DECLARAR LA INDEBIDA OCUPACION QUE SE EJERCE EN UN TERRENO BALDÍO denominado ISLA MARIAJO, hoy ISLA FRAGATA. Por lo tanto, la mencionada expectativa sigue vigente, puesto que el acto administrativo atacado no niega la posibilidad de suscribir contrato de arrendamiento.

"(...)

"Se resalta que el espíritu de la Resolución No. 1941 del 27 de julio de 2007, no era conceder o no la posibilidad de celebrar un contrato de arrendamiento entre el INCODER y el Señor LUIS GUILLERMO OTOYA GERDTS, sino el DECLARAR LA INDEBIDA OCUPACIÓN QUE SE EJERCE EN UN TERRENO BALDÍO denominado ISLA MARIAJO, hoy ISLA FRAGATA.

"Así las cosas, se encuentra que el recurrente no tiene claro el sentido de la decisión emitida en la Resolución No. 1941 del 27 de julio de 2007, que no es otro que el DECLARAR LA INDEBIDA OCUPACIÓN QUE SE EJERCE EN UN TERRENO BALDÍO denominado ISLA MARIAJO, hoy ISLA FRAGATA.

"(...)

"CONCLUSIÓN

"Este Despacho, determina que no existe fundamento jurídico y fáctico para reponer la Resolución No. 1941 del 27 de julio de 2007, pues los argumentos aducidos no tienen relación con la mencionada resolución. Quedando de esta forma suficientemente claros los motivos que dieron origen a la misma,

²⁹ Folios 53 a 57 del cuaderno principal.

*la inexistencia de nulidad que vicie el proceso y la ausencia de prueba que desdibuje la decisión ya adoptada*³⁰.

3.1.16. La Subgerencia de Tierras Rurales del Incoder certificó que la Resoluciones 1941 de 2007 y 550 de 2012 quedaron ejecutoriadas del 3 de mayo de 2012 (folio 66 del cuaderno principal).

3.2. El caso concreto

La parte actora fundamentó la nulidad de las Resoluciones 1941 de 2007 y 550 de 2012, proferidas por las Subgerencias de Ordenamiento Social de la Propiedad y de Tierras Rurales del Incoder, respectivamente, en la falta de competencia de éstas; para el efecto, formuló dos cargos que se pueden sintetizar, así:

a) Le correspondía al distrito de Cartagena y no al Incoder la competencia para proferir los actos objeto de discusión, comoquiera que el artículo 11 de la Ley 768 de 2002 le otorgó a dicho ente territorial la atribución de recuperar los bienes de uso público de su jurisdicción, entre los cuales se hallan los predios baldíos, como lo es la isla Mariajo, hoy isla Fragata, según el artículo 3 de la Ley 48 de 1882.

b) Aun suponiendo que el Incoder era competente para expedir las resoluciones debatidas, lo cierto es que esa función la tenía atribuida el Gerente General de dicha entidad y no los Subgerentes de Ordenamiento Social de la Propiedad y de Tierras Rurales.

Así las cosas, la Sala dilucidará si le asiste razón a la parte demandante al afirmar que la atribución para expedir los actos que aquí se demandan la tenía el distrito de Cartagena y, en caso negativo, es decir, si se determina que la competencia radicaba en el Incoder y no en el mencionado distrito, se estudiará entonces si eran competentes los Subgerentes de Ordenamiento Social de la Propiedad y de Tierras Rurales de dicho instituto para emitir las resoluciones objeto de discusión.

3.2.1. Competencia del Incoder

El demandante aduce que en la generalidad de los casos es competencia del Incoder adelantar los procesos de recuperación de baldíos indebidamente

³⁰ Folios 63 y 64 del cuaderno principal.

ocupados; sin embargo, señaló, cuando se trata de baldíos ubicados en los distritos especiales de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta esa función le es atribuida a las autoridades de dichos entes territoriales, por cuanto el artículo 11 de la Ley 768 de 2002 les otorgó la función de recuperar los bienes de uso público de su jurisdicción "y entre estos los baldíos, que se reputan bienes de uso público"³¹.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante la Resolución 4698 del 27 de septiembre de 1984, confirmada por la Resolución 4393 de 1986, declaró que no han salido del patrimonio nacional y, por tanto, son baldíos reservados de la Nación las Islas del Rosario, entre las cuales se encuentran la Isleta, la Isletica, Isla Grande, Macavi, Roberto, Isla Rosario, Pavito, Los Palacios, Pirata, Los Caguamos, Bonaire, Notevendo o Islote de la Fiesta, Isla del Tesoro, Arenas, entre otras, del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario; asimismo, dijo que las islas, islotes, cayos y morros del Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario son bienes baldíos pertenecientes a la Nación, con el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Mediante el Acuerdo 26 del 2 de mayo de 1977, proferido por el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables -INDERENA- y aprobado por Resolución 165 de ese mismo año, se delimitó y reservó un área de 17.800 hectáreas de superficie aproximada, bajo la denominación de Parque Natural Nacional los Corales del Rosario.

Posteriormente, el entonces Ministerio del Medio Ambiente, a través de la Resolución 1425 de 1996, realinderó el referido parque nacional en un área aproximada de 120.000 hectáreas y varió su nombre a Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, en cuya jurisdicción quedaron comprendidos el área territorial de la isla del Rosario, sus islotes adyacentes y el área territorial de la Isla Tesoro, ubicados en el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario.

Examinada la norma alegada como vulnerada, es decir, el artículo 11 de la Ley 768 de 2002, la Sala no comparte la posición esgrimida por el demandante, por cuanto, si bien es cierto que en el referido artículo se asignaron atribuciones

³¹ Folio 11 del cuaderno principal.

especiales a las ciudades de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta, relacionadas con "el manejo, uso, preservación, recuperación, control y aprovechamiento ... de los bienes de uso público o que forman parte del espacio público o estén afectados al uso público dentro del territorio de sus respectivas jurisdicciones", también es cierto que, en el artículo 12 de esa misma ley³², se estableció que no le corresponde a los mencionados distritos especiales el manejo y administración de las zonas de bajamar y aguas marítimas y fluviales bajo la jurisdicción de Dimar, así como las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales.

En este orden de ideas y dado que se demandan los actos administrativos mediante los cuales se declaró indebida la ocupación que ejerce el acá actor en la hoy denominada "Isla Fragata", situada en la isla La Isleta, la cual hace parte del Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo, es claro que la competencia para la recuperación de dicho terreno no recae en el Distrito Especial de Cartagena de Indias.

Aunado a lo anterior, la Ley 160 de 1994, "Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones", establece en su artículo 12, de forma expresa, que al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (posteriormente INCODER, según el Decreto 1300 de 2003) le corresponde, entre otras labores, administrar en nombre del Estado las tierras baldías de la Nación, ejercer las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas; asimismo, en el decreto reglamentario de aquella ley, esto es, el 2464 de 1994, se determina, en forma más precisa, que a dicha entidad le compete adelantar los procedimientos, ejercer las acciones y adoptar las medidas en los casos de indebida ocupación o apropiación de tierras baldías.

Por consiguiente, es claro que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER– tenía competencia para emitir los actos administrativos que se

³² "ARTÍCULO 12. DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO. El manejo y administración de los bienes de uso público que existan en jurisdicción de los Distritos Especiales, susceptibles de explotación turística, recreativa, cultural, industrial y portuaria, corresponde a las autoridades del orden distrital. Se exceptúan las zonas de bajamar y aguas marítimas y fluviales bajo la jurisdicción de Dimar, así como las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales".

discuten en el asunto de la referencia.

3.2.2. Competencia de los Subgerentes del Incoder

Precisado lo anterior, le corresponde entonces a la Sala determinar si los Subgerentes de Ordenamiento Social de la Propiedad y de Tierras Rurales del Incoder tenían facultad para expedir las referidas resoluciones.

Al respecto, se encuentra acreditado que el Gerente General de dicha entidad profirió los siguientes actos: *i) 1850 de 2006*, mediante la cual reasumió la función de iniciar los procedimientos para la recuperación de baldíos indebidamente ocupados, delegados a la OET con sede en Montería y, asimismo, se la delegó a la Subgerencia de Ordenamiento Social de la Propiedad, *ii) 1051 de 2007*, a través de la cual modificó la Resolución 1850 de 2006, precisando que la función que reasumió se refería al inicio, trámite y culminación de los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y San Bernardo y *iii) 2140 de 2009*, en donde delegó en el Subgerente de Tierras Rurales la misión de dictar los actos administrativos que culminen los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados.

La Resolución 1941 de 2007 fue expedida por el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad, en virtud de la delegación de funciones que le hizo el Gerente General del Incoder, mediante las Resoluciones 1850 de 2006 y 1051 de 2007 y la Resolución 550 de 2012 fue proferida por la Subgerencia de Tierras Rurales del Incoder, por cuanto el Gerente General de dicha entidad le delegó la atribución de culminar los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados, a través de la Resolución 2140 de 2009.

Así las cosas, podría afirmarse que los mencionados subgerentes sí eran competentes para expedir los actos administrativos aquí demandados, más aun teniendo en cuenta que en las Resoluciones 1850 de 2006, 1051 de 2007 y 2140 de 2009 se dio cumplimiento a los requisitos que deben contener los actos de delegación, en los términos del artículo 10 de la Ley 489 de 1998, a saber: que se hagan por escrito, se determine la autoridad delegataria y se precisen los asuntos o funciones específicas cuya atención o decisión se transfieren.

No obstante, el cuestionamiento del acá actor no radica ni en la validez ni en el contenido propio de los actos de delegación, sino en la falta de vigencia y de oponibilidad de los mismos, comoquiera que no se surtió el requisito de publicidad de éstos, ya que no fueron publicados en el Diario Oficial, razón por la cual, en su parecer, las mencionadas delegaciones nunca tuvieron efecto y, por tanto, los referidos subgerentes "no adquirieron competencia para el ejercicio de las funciones cuya delegación fue dispuesta"³³.

En este orden de ideas, se torna necesario poner de presente la jurisprudencia de esta corporación que, en asuntos similares, ha considerado que la falta de publicación de los actos administrativos de delegación no genera un vicio de legalidad de los actos que profiera el delegatario, pues se trata de asignaciones temporales de tareas dentro de una misma entidad –delegación interna–; en efecto, al respecto se ha manifestado (se transcribe literal, incluso con errores):

"El primer punto que plantea la apelación es la incompetencia del Director Técnico de Intermediación Tres B para expedir la Resolución 1449 del 20 de septiembre de 2000, en la cual fue multada la actora por los excesos en posición propia, toda vez que la Resolución 0626 del 14 de abril de 2000, que le otorgó la potestad para sancionar, no fue publicada.

"Al respecto, se señala que la falta de publicación o la publicación irregular de los actos administrativos, no es causal de nulidad de los mismos, sino un requisito de eficacia y oponibilidad. La publicidad de un acto administrativo no es requisito para su validez, sólo constituye un requisito de eficacia del mismo, éste no será obligatorio para los particulares hasta tanto no se dé a conocer³⁴.

"Tratándose de actos generales, para que sean obligatorios se requiere su publicación en el Diario Oficial o en la gaceta o boletín que en cada entidad se destine para ese fin, de acuerdo con el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, con lo cual se da cumplimiento al principio de publicidad.

"Existen algunos actos generales que se refieren a las labores y organización de las dependencias de la Administración y cuyos destinatarios se encuentran al interior de la entidad que lo expide, por lo que para ellos resultan obligatorios a partir de su expedición, toda vez que conocen el acto administrativo antes que la publicación se realice.

"En estos casos, a pesar de que los actos no hayan sido publicados, se puede exigir su cumplimiento a la Administración, pues ella misma los expidió y no puede invocar su desconocimiento.

"En el sub examine, la Resolución 0626 de 2000, 'por la cual se determinan los casos en los cuales los Directores Técnicos de esta Superintendencia

³³ Folio 21 del cuaderno principal.

³⁴ "Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 7 de febrero de 2002, exp. 2820, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá".

(Bancaria) son competentes para imponer medidas y sanciones', dispuso lo siguiente:

*'Las Direcciones técnicas de las delegaturas impondrán las medidas o sanciones en los siguientes casos: Por violación a las normas sobre encajes; activos ponderados por riesgo a patrimonio; regulaciones prudenciales en materia de patrimonio adecuado; excesos o defectos en el nivel de inversiones obligatorias, admisibles o voluntarias; de inversiones de valores de alta liquidez; de colocaciones; **de posición propia**; de aceptaciones bancarias, y aquellas que sean de cuantía única o no susceptibles de graduación.'* (Fl. 123) (Destaca la Sala)

"Esta decisión constituye un acto administrativo de asignación interna de funciones, dirigido a los funcionarios de la entidad, para quienes tiene carácter vinculante y obligatorio. Se trata de un acto que por su contenido material y concreto, sólo tiene incidencia en el ámbito interno de la Superintendencia y por tanto no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos

"La anterior resolución, que como los demás actos administrativos goza de presunción de legalidad, fue expedida por el Superintendente Bancario con base en las facultades que le otorga el literal e) del numeral 1º del artículo 329 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para "Asignar y distribuir competencias entre las distintas dependencias cuando ello resulte necesario para el mejor desempeño del servicio público".

"(...)

"Como se observa, la competencia de los Directores Técnicos para sancionar a las entidades vigiladas emana directamente de la norma legal. Otra cosa es que para el adecuado cumplimiento de dicha función, se haya previsto en el artículo 1º del Decreto ley 2489 de 1999 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que sea el Superintendente Bancario, quien defina los casos en los cuales pueden ejercer estas facultades, lo cual corresponde al ejercicio de sus funciones administrativas de asignación y distribución de competencias al interior de la entidad, facultad que ejerció precisamente en la Resolución 0626 de 2000.

"Lo anterior significa que la falta de publicación de la Resolución 0626 de 2000, no genera la incompetencia del funcionario a quien se le adscribió la función sancionatoria, toda vez que por dirigirse a la Administración resultaba oponible a ésta, aún sin que fuera publicitada y principalmente, porque esta facultad proviene directamente de la ley"³⁵.

En oportunidades posteriores, la Sección Cuarta de esta corporación ha reiterado este criterio, así (se transcribe literal, incluso con errores):

"De conformidad con lo anterior, el Director Técnico para Intermediación Financiera Tres 'B' se encontraba plenamente facultado para iniciar la actuación que dio lugar a la sanción pecuniaria a ... por exceso de posición propia en moneda extranjera.

"Ante esta Corporación la demandante adujo que la Resolución 0626 del 2000, no pudo haber entrado en vigencia o sus efectos son ineficaces, por haberse omitido el requisito de publicidad que la ley prescribe de manera

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 13 de abril de 2005, radicación 25000-23-24-000-2001-01148-01(14066).

obligatoria en relación con los actos administrativos y, que además, la antedicha resolución no fue presentada en primera instancia por la Superintendencia Bancaria, aunque el Tribunal decretó como prueba establecer si para el 17 de julio de 2001 esa entidad había delegado en los Directores Técnicos la facultad de suscribir los pliegos de cargos por violación a las normas de posición propia.

"Sobre la falta de publicación de la Resolución 0626 del 2000, esta Sala³⁶ ya se pronunció, posición que se reitera en esta oportunidad:

*" De otro lado, es irrelevante la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, pues, la resolución que, junto con la ley, fundamentó la sanción fue la **1374 de 2001**, que derogó la primera. Y, aunque **la Resolución 1374 de 2001** sí fue publicada, su eventual falta de publicación no generaría incompetencia alguna del funcionario que expidió el acto, pues, como lo precisó la Sala al referirse a la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, los actos generales que se refieren a las labores y organización de las dependencias de la Administración, cuyos destinatarios son los funcionarios de la entidad, son obligatorios 'a partir de su expedición, toda vez que conocen el acto administrativo antes que la publicación se realice'³⁷. Además, como son actos de asignación interna de funciones, sólo tienen incidencia en el ámbito interno de la entidad y, por tanto, no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos'³⁸³⁹.*

La Sección Quinta del Consejo de Estado también ratificó esta tesis, en los términos que a continuación se enuncian (se transcribe como obra en el texto original, incluso con errores):

"Ergo, comoquiera que el acto delegatorio en cuestión es de carácter general –por su carácter universal, impersonal y abstracto–, proferido por la máxima autoridad administrativa de una entidad del orden nacional⁴⁰ como el INCODER, su vigencia y oponibilidad estaba condicionada al cumplimiento del citado requisito de publicidad (art. 209 C. P.); pues además así quedó establecido en el propio acto administrativo, en tanto en su artículo 7º se señaló expresamente que entraría a surtir efectos jurídicos a partir de su publicación.

"En el caso de marras, el trámite ante el Diario Oficial no se cumplió, pues así lo corroboró la Imprenta Nacional a través de certificación de 15 de mayo de 2012⁴¹ allegada por la parte demandante, que a la letra ora ...

"(...)

*"En esas condiciones fue que se profirió la **Resolución No. 1667 del 29 de junio de 2011** dictada por el Subgerente de Pesca y Agricultura (E), objeto del presente trámite contencioso, en cuyo artículo primero, como consecuencia de la violación de una veda por buque individual (VBI) para la pesca de atún, se resolvió ...*

³⁶ "Sentencia del 26 de junio de 2008, C. P. Héctor J. Romero Díaz, exp. 15261".

³⁷ "Sentencias de 3 de abril de 2005, exp 14066, C.P. doctora Ligia López Díaz y de 7 de abril de 2005, exp. 13504. C.P. Héctor J. Romero Díaz".

³⁸ "Ibídem".

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 3 de marzo de 2011, radicación 25000-23-24-000-2002-01061-01(17300).

⁴⁰ "Cfr. artículo 1º del Decreto 1300 de 2003, Por el cual se crea el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER y se determina su estructura".

⁴¹ "Folio 103 del cuaderno 1".

"(...)

"Decisión que fue confirmada parcialmente en sede de reposición, por medio de la **Resolución 2512 del 3 de octubre de 2011**, también bajo censura, que en lo pertinente dispuso ...

"(...)

"No obstante lo anterior, para la Sala⁴², **si bien la situación subyacente a la publicación del acto delegatario constituye una irregularidad, esta carece de la entidad suficiente para provocar la nulidad de los actos sancionatorios** objeto del sub examine, tal y como se pasa a explicar.

"Este aserto debe entenderse a partir de la clásica diferenciación entre los atributos validez y eficacia del acto administrativo. Sobre este particular, la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-957 de 1999⁴³, recogiendo la inveterada postura del Consejo de Estado, también sostuvo:

'En relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se expide (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado o notificado, según el caso); sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, **la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad.** En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo. Adicionalmente, la jurisprudencia contencioso administrativa sostiene que, si el acto administrativo concede un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración aunque el acto no haya sido publicado. Si por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto dicho acto sea publicado, aunque haya una instrucción en el mismo en sentido contrario' (Negrillas de la Sala).

"La Sección Cuarta de esta Corporación, dando alcance a esa tesis, ha señalado en reiteradas oportunidades⁴⁴ que, en tanto la falta de publicación no hace nulo un determinado acto, ocurre lo mismo respecto de los que se fundan en aquel. Así se destaca de la sentencia proferida por dicha Sección el 3 de marzo de 2011⁴⁵, en la que se expresó ...

"(...)

"Esta misma postura fue empleada por la Sección Primera del Consejo de Estado, para denegar en sede de apelación varias solicitudes de suspensión provisional de actos expedidos en ejercicio de la competencia delegada por el Gerente General del INCODER a la Subgerencia de Pesca y Acuicultura de la misma entidad, mediante la Resolución 2851 del 6 de octubre de 2010.

"(...)

⁴² "Atendiendo la postura de antaño defendida por la Sección Quinta. Cfr.: C. P. María Nohemí Hernández Pinzón, 6 de agosto de 2009, rad. 11001-03-28-000-2009-00005-00 ...".
⁴³ "M. P. Álvaro Tafur Galvis".
⁴⁴ "Cfr. Sentencias de 3 de abril de 2005, exp 14066, C.P. doctora Ligia López Díaz y de 7 de abril de 2005, exp. 13504. C.P. Héctor J. Romero Díaz".
⁴⁵ "C. P. William Giraldo Giraldo, rad. 25000-23-24-000-2002-01061-01".

*“Es así, entonces, que para el asunto de marras lo pertinente es guardar la línea aplicada por la Sección Cuarta de esta Corporación y retomada por la Sección Primera, frente al ejercicio de la facultad sancionatoria en virtud de la delegación de competencias, dada su pertinencia y vigencia para este caso, pues, independientemente de que, como se señala en el escrito de alzada, puedan existir en ellos sutiles diferencias concretadas en los fundamentos normativos y orgánicos de la atribución de competencias, es lo cierto que, en esencia, la sub regla aplicable es la misma, esto es, **‘los actos generales que se refieren a las labores y organización de las dependencias de la Administración, cuyos destinatarios son los funcionarios de la entidad, son obligatorios ‘a partir de su expedición...’ y además ‘... como son actos de asignación interna de funciones, sólo tienen incidencia en el ámbito interno de la entidad y, por tanto, no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos’**”⁴⁶ (resaltado del texto original).*

Visto lo anterior, es evidente que aunque las Resoluciones 1850 de 2006, 1051 de 2007 y 2140 de 2009 (por medio de las cuales el Gerente General del Incoder delegó en el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad y en el Subgerente de Tierras Rurales de ese instituto la facultad de tramitar y culminar los procedimientos de recuperación de baldíos indebidamente ocupados) no fueron publicadas en el *Diario Oficial*⁴⁷, lo cierto es que esa omisión, tal como se ha precisado en la jurisprudencia, no desvirtúa su presunción de legalidad ni la de los actos administrativos proferidos en desarrollo o ejercicio de dicha delegación, por tratarse, como se vio, de asignaciones internas de funciones, que sólo tienen incidencia en el ámbito propio de la entidad y que, por ende, no requieren de su publicación para que tengan eficacia y produzcan efectos jurídicos, pues en ningún momento esa falencia altera o modifica la competencia propia del Incoder, esto es, la de adelantar los procedimientos y adoptar las medidas en los casos de indebida ocupación de tierras baldías.

Por consiguiente, para la Sala es claro que no prospera ninguno de los dos cargos de nulidad por falta de competencia formulados por el aquí demandante.

3.2.3. Cumplimiento de trámites y exigencias de ley

Finalmente y dado que la acción de revisión “es una especie de homologación de actos administrativos, dado que no obstante que se formulen cargos contra las resoluciones proferidas por el INCODER [hoy ANT], esta Corporación tiene que verificar de oficio que se hayan cumplido todos los trámites y exigencias

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 7 de junio de 2018, radicación 25000-23-24-000-2012-00605-02.

⁴⁷ Como consta en las certificaciones visibles a folios 86 y 87 del cuaderno principal.

establecidas en la ley"⁴⁸, se analizará si el procedimiento seguido por el Incoder, que culminó con la decisión de declarar que el acá actor ejerce indebida ocupación sobre un lote de terreno baldío denominado isla Mariajo, hoy isla Fragata, ubicado en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, jurisdicción del distrito de Cartagena de Indias, se ajustó a los requisitos y exigencias establecidas en la ley.

La Ley 160 de 1994 estableció que le corresponde al Incoder determinar cuándo hay indebida ocupación de terrenos baldíos, para la cual debe aplicar el procedimiento regulado en el Capítulo X del Decreto 2664 de 1994, el cual, en síntesis, es el siguiente:

i) La providencia que da apertura al procedimiento se debe notificar personalmente al agente del Ministerio Público y a los ocupantes del bien o quienes se pretendan dueños. Si no es posible realizar dicha notificación, se emplaza por edicto que se fija, por el término de 5 días, en la sede de la entidad donde se adelanta la actuación. En caso de no comparecer los interesados, se designa un curador ad litem (artículo 46).

ii) Dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la resolución inicial, los interesados pueden solicitar y aportar las pruebas que consideren pertinentes; por su parte, la administración puede ordenar, de oficio, las que encuentre necesarias (artículo 47).

iii) Transcurrido el período probatorio, se practica una inspección ocular al predio. En la providencia que ordene esta diligencia, se deben señalar los asuntos o aspectos que deban ser objeto del dictamen, que permitan identificar claramente la indebida ocupación de las tierras baldías por las causales de la ley y se ordena el avalúo de las mejoras, si a ello hay lugar (artículo 48).

iv) Con base en las pruebas debidamente recaudadas, la autoridad competente ordena, mediante resolución motivada y si es del caso, la restitución del predio o terrenos indebidamente ocupados. La entidad también decide si hay lugar o no al reconocimiento de mejoras y procede a su negociación voluntaria o a la expropiación, siempre que pueda considerarse al ocupante como "poseedor de

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de octubre de 2017, radicación 11001-03-26-000-2006-00056-00 (33.213).

buena fe", según las normas del Código Civil (artículo 50).

v) Si se ordena la restitución y el interesado se niega a realizarla, la administración puede pedir la intervención de la autoridad de policía, para que, dentro de un término no superior 10 días, haga efectivo el cumplimiento de la decisión administrativa.

Examinado el expediente, se encuentra demostrado⁴⁹: i) que, el 19 de octubre de 2002, el Incora realizó visita previa al predio "isla Mariajo", ii) que, mediante Resolución 1020 del 11 de diciembre de 2002, el Incora inició las diligencias administrativas para "*recuperar los terrenos baldíos indebidamente ocupados en el predio inmueble ISLA MARIAJO ... cuya ocupación ejerce LEONIDAS RESTREPO*", resolución que fue notificada personalmente a la Procuraduría Judicial Agraria de Cartagena, iii) que el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del Incoder emitió la Resolución 1939 de 2006, a través de la cual modificó la Resolución 1020 de 2002, en aras de precisar que la ocupación del predio isla Mariajo la ejercía el señor Luis Guillermo Otoya Gerdts, iv) que, el 18 de octubre de 2006, se notificó al apoderado del acá actor la resolución acabada de mencionar, v) que, el 23 de octubre siguiente, el apoderado del señor Otoya Gerdts se pronunció sobre la Resolución 1939 de 2006, vi) que, como no hubo petición de pruebas, el 26 de octubre de 2006 el Incoder ordenó la práctica de la inspección ocular a la isla Mariajo, diligencia que se llevó a cabo el 31 de enero de 2007, vii) que, el 9 de marzo de 2007, el citado instituto corrió traslado por 3 días, al acá actor, del informe de la inspección ocular practicada en la isla Mariajo, viii) que, el 27 de julio de 2007, el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del Incoder profirió la Resolución 1941 de ese año, a través de la cual se declaró que el aquí demandante ejercía indebida ocupación del predio baldío denominado isla Mariajo, se ordenó la restitución del referido terreno y se tuvo al señor Otoya Gerdts como "ocupante de mala fe", ix) que, el 14 de febrero de 2012, el acá actor presentó recurso de reposición contra el anterior acto administrativo, x) que, mediante Resolución 550 de 2012, la Subgerencia de Tierras Rurales del Incoder no repuso la resolución impugnada y xi) que las resoluciones por medio de las cuales se culminó con el procedimiento cobraron ejecutoria el 3 de mayo de 2012.

⁴⁹ Tal como se advierte en el documento denominado "Expediente Mariajo- Isla Fragata Parte 1", contenido en el cd que obra a folio 134 del cuaderno principal.

En virtud de las pruebas acabadas de referenciar, es claro que el INCODER cumplió con el procedimiento establecido en el capítulo X del Decreto 2664 de 1994, para la recuperación del predio baldío denominado isla Mariajo, hoy isla Fragata, ubicado en el Archipiélago de Nuestra Señora del Rosario.

En efecto, se realizó la visita previa al inmueble, se profirió y notificó en debida forma el acto administrativo que inició las diligencias de recuperación del mismo, se concedió un período probatorio a los interesados, se practicó la inspección ocular regulada en la norma, se definió el uso y el tipo de ocupación que ejercía el interesado y se permitió que este último interpusiera recurso de reposición, contra la decisión que ordenó la restitución del predio, recurso que fue decidido confirmando tal decisión.

Ahora, en relación la adecuación sustancial de los actos administrativos al ordenamiento superior, es indiscutible que el Incoder tenía el deber legal de recuperar las islas que integran el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, comoquiera que desde la clarificación de la condición de baldíos de esos inmuebles, mediante las Resoluciones 4698 de 1984 y 4393 de 1986, proferidas por el Incora, el procedimiento a seguir era garantizar su restitución al Estado.

Por lo anterior, es dable aseverar que como los actos administrativos objeto de revisión, esto es, las Resoluciones 1941 de 2007 y 550 de 2012 están acordes con el ordenamiento jurídico, tanto en su aspecto formal como sustancial, se impone mantener la legalidad de los mismos, ya que a través de éstos se busca garantizar que la isla Mariajo, hoy isla Fragata, retorne materialmente a la Nación y, por consiguiente, cese la ocupación indebida en cabeza de los particulares, en los términos ordenados por el Incoder.

En consecuencia, se negarán las pretensiones formuladas en el asunto de la referencia.

4. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes o de los intervinientes procesales, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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,

FALLA:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

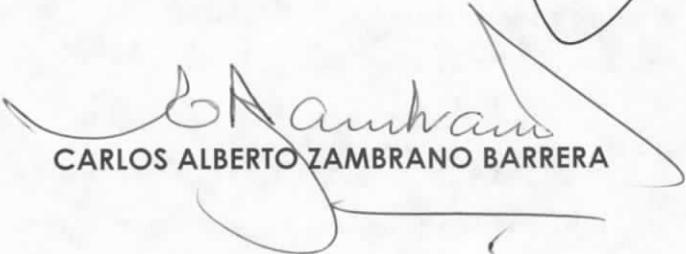
SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA