Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

ACCIÓN POPULAR – Para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, defensa de los bienes de uso público, defensa del patrimonio público y libertad de locomoción / TRATAMIENTO DE BIENES DE USO PÚBLICO – Competencia de autoridades municipales

el diseño del espacio público y la determinación de su uso corresponden a las autoridades municipales. No en vano el artículo 7º del Decreto 1504 de 1998 lo cataloga como "*el elemento articulador y estructurante fundamental del espacio en la ciudad, así como el regulador de las condiciones ambientales de la misma, y por lo tanto se constituye en uno de los principales elementos estructurales de los Planes de Ordenamiento Territorial*". Es claro entonces que las principales determinaciones en relación con este bien colectivo incumben a los concejos municipales en ejercicio de su competencia relacionada con la ordenación del territorio local. Sin embargo, debe traerse a colación lo dispuesto en el Decreto 1504 de 1998 respecto a la posibilidad de entregar a particulares la gestión de este bien, pues allí se habilita a dichos entes territoriales para autorizar la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico del espacio público cuando así lo solicitan los particulares y las autoridades lo estimen oportuno, siempre que ello no incida sobre la destinación al uso común que es propia de esta clase de bienes, no se generen derechos reales y aseguren la prevalencia del interés general sobre el particular. (…) En suma, de lo que se trata es de posibilitar una gestión eficiente de este recurso por parte de los entes municipales, sin perjuicio del imperativo constitucional y legal de asegurar tanto la afectación al fin público propio de esta clase de bienes, como su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, todo lo cual se debe traducir en un clausulado contractual que al tiempo que garantice y desarrolle la prevalencia del interés general, respete los límites que se derivan del régimen jurídico delineado para estos bienes por el artículo 63 de la Constitución

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 63 / DECRETO 1504 DE 1998 – ARTÍCULO 7

NOTA DE RELATORÍA: En este pronunciamiento se traen a colación distintas providencias relacionadas con la manera de formalizar el aprovechamiento de bienes de uso público por parte de particulares.

ARRENDAMIENTO DE BIENES DE USO PÚBLICO – Improcedencia

Teniendo entonces en cuenta los derechos y acciones que surgen para el arrendatario, derivadas del contrato de arrendamiento y la protección que ellas ofrecen al uso y goce exclusivo, y siguiendo, la abundante jurisprudencia que sobre la materia ha trazado la Sección Tercera de esta Corporación, bien puede concluirse que no es procedente entregar en arrendamiento bienes de uso público

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 674 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1981

BIENES DE USO PÚBLICO – No pueden ser entregados para su aprovechamiento en arrendamiento / IMPROCEDENCIA DE CELEBRACIÓN DE ARRENDAMIENTO SOBRE BIEN DE USO PÚBLICO – Unificación de jurisprudencia / DERECHO CONFERIDO A PARTICULAR PARA USO O EXPLOTACIÓN DE BIEN DE USO PÚBLICO – Precario o relativo

[L]a Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento, quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto. No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 Superiores). Por ende deberá asumirse que además de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, se trata de bienes afectados a una destinación de interés general, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad. (…) [L]os bienes de uso público tienen un doble ángulo: Por un lado confieren a la colectividad el derecho de usarlos y disfrutarlos, pero con limitaciones; es decir, como cualquier otro derecho, la facultad de aprovecharse de estos bienes no es del todo absoluta, y por ende la Administración tiene la potestad de restringirlo proporcionadamente por razones de utilidad pública o interés social, tal y como ocurre por ejemplo cuando se implementan horarios de acceso a determinados bienes motivados en la seguridad ciudadana o de intereses de mayor envergadura. (…) [L]os derechos que se confieren a los particulares concesionarios o beneficiarios de una licencia para el uso y explotación de bienes de uso público son de aquellos que tanto la jurisprudencia como la doctrina ha denominado “precarios” o “relativos”, es decir, respecto de ellos no se puede predicar la existencia de una situación jurídica concreta o reclamar la existencia de un derecho adquirido, pues se trata de derechos provisionales o transitorios, en la medida que pueden modificarse o extinguirse cuando cambia la regulación en que se fundamentan o cuando se presentan circunstancias de hecho que hacen que, fundándose en el interés general, sean revocados o modificados

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 58 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCUO 63

ADMINISTRACIÓN DE BIENES DE USO PÚBLICO POR PARTICULARES – Presupuestos a garantizar

[S]e observa que el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público no otorga poder de disposición de manera absoluta de parte de la comunidad sobre los bienes de los que se predica la existencia de ese derecho colectivo, y que el particular facultado para su usufructo tiene también un derecho precario o relativo sobre tal bien. En tal contexto, no resultaría conveniente, ni jurídica ni fácticamente, restringir la posibilidad de que los particulares administren los bienes públicos en una forma contractual o unilateral, cuando en realidad debe partirse de la propia naturaleza de esos bienes y de las ya anotadas características que devienen de su régimen constitucional y legal. La exigencia es la proyección de tales condiciones directamente sobre el contenido del acto o contrato y que las condiciones allí consagradas se encuentren acordes con los principios básicos de la gestión de este recurso de las comunidades, los cuales se verían protegidos siempre que se garanticen los siguientes presupuestos: a Que exista un vínculo jurídico formal, sea mediante acto administrativo o contrato. Si se trata de la celebración de un negocio jurídico, éste no puede ser el de arrendamiento. b Que se otorgue un uso temporal del bien. c. Que el objeto sea compatible con la naturaleza del espacio público, es decir, que no se cause afectación de los

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

derechos colectivos. d. Que se asegure por parte de la Administración un seguimiento oportuno y adecuado a la ejecución del contrato con el fin de garantizar el uso de parte de la comunidad

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 58 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCUO 63

ARRENDAMIENTO DE BIEN DE USO PÚBLICO – Nulidad del contrato / PRONUNCIAMIENTO SOBRE NULIDAD DE UN CONTRATO – Siempre que se vulnere un derecho colectivo

[L]a celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público con un particular no sólo vulnera el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público en la manera en que se anotó previamente, sino que además conduciría a la declaratoria de nulidad de ese negocio por objeto ilícito (…) Vistas así las cosas, es menester también pronunciarse en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales, siempre que se encuentre vulnerado un derecho colectivo, en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo de la remisión que se hace al Código Contencioso Administrativo, en cuanto fuere esta Jurisdicción la competente para conocer de la controversia

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 63 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1519 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1521 / DECRETO LEY 222 DE 1983 / LEY 9 DE 1989 – ARTÍCULO 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU

Actor: FREDY MORALES SUAZA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE TÁMESIS, ANTIOQUIA

ACCIÓN POPULAR - REVISIÓN

En virtud de lo dispuesto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, procede la Sala a resolver la solicitud de eventual revisión presentada por la parte demandante respecto de la sentencia del 18 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

I. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda

El 24 de junio de 2009, los ciudadanos Fredy Morales Suaza, Manuel Antonio Velásquez León, Miguel José Quintero Ariza, Edgar Sady Sierra Pérez y Cesar Augusto Palacio P., promovieron demanda en ejercicio de la acción popular contra el **Municipio de Támesis**, en orden a obtener la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público y la libertad de locomoción, con el fin de que se adoptaran las siguientes disposiciones:

> *"1. Que la autoridad administrativa competente ejerza su función de control frente al cerramiento en el parque principal de la población.*
>
> *2. Que se protejan los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones jurídicas dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.*
>
> *3. Que se ordene la restitución y recuperación de las áreas destinadas al uso común y se restablezcan de tal manera que la comunidad desarrolle su derecho de locomoción, disponiendo que el establecimiento comercial "Parque Caldas", no puede seguir funcionando con el cerramiento perimetral.*
>
> *4. Que el libre tránsito y locomoción de las personas se pueda realizar sin barreras ni interferencias ni obstáculos en la zona de funcionamiento del establecimiento "Parque Caldas" (diferentes a aquellos necesarios para la conservación, protección y preservación de las zonas verdes, del paisaje y elementos naturales del entorno constitutivos del amoblamiento del parque principal), de tal forma que sea ésta, su mobiliario y elementos de ambientación, accesibles en todo tiempo y a todos los miembros de la colectividad en iguales condiciones, en aplicación del principio de primacía del interés general y acatamiento de la supremacía de las normas constitucionales y legales.*
>
> *5. Que se condene en costas a la parte demandada y se acate inmediatamente por ésta la orden que su despacho imparta"* (folio 4 de este expediente).

Las anteriores pretensiones se fundan, en síntesis, en el hecho de que la Administración Municipal de Támesis (Antioquia) suscribió un contrato de arrendamiento del Parque Caldas[1] con el señor Jesús Escobar Moncada, cuyo objeto es el funcionamiento en su interior de un establecimiento de comercio

[1] En el expediente se encuentran las fotos del parque, en donde se puede observar que, en su perímetro, se encuentra una malla que impide el acceso directo, con cuatro (4) puertas, que corresponden a su cerramiento.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

llamado “Kiosco Las Palmas”, ocupando para ello las áreas del parque, lo cual ha derivado en la utilización de ese bien de uso público con mesas y sillas y en el cerramiento con candados en las puertas del parque, a discreción del arrendatario.

Dice así el citado contrato:

> *“Entre los suscritos a saber **ALONSO PATIÑO PATIÑO**, con cédula de ciudadanía número 70.850.526 de Támesis, en su calidad de **ALCALDE MUNICIPAL DE TÁMESIS ANTIOQUIA**, y en representación del mismo conforme al artículo 303 de la Constitución Nacional (Sic), la Ley 136 de 1994 debidamente autorizado por el Honorable Concejo Municipal, mediante Acuerdo número 016 de noviembre de 2005, por una parte que en adelante se llamará **EL ARRENDADOR,** y el señor **MARIO DE JESÚS ESCOBAR MONCADA**, con cédula de ciudadanía número 70.850.610 de Támesis y quien actuará en nombre propio y se denominará **EL ARRENDATARIO,** hemos acordado celebrar el presente contrato de arrendamiento que se regirá por las cláusulas **PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: EL ARRENDADOR** da en arrendamiento al **ARRENDATARIO** concediéndole el uso y goce del siguiente bien: Un kiosco construido en material de adobe y cemento y cerramiento de hierro que consta de dos plantas ocupado en el parque Caldas del Municipio de Támesis, ocupando además un área del mismo parque y que está demarcada por un muro de adobe y cemento con rejas de hierro que linda entre las carreras Sucre y Bolívar y Calles Córdoba y Orozco. **PARÁGRAFO PRIMERO.** El arrendatario sólo podrá hacer uso del inmueble objeto de este contrato única y exclusivamente para prestar los servicios de atención al público para venta de helados, bebidas y comestibles. **PARÁGRAFO SEGUNDO. EL ARRENDATARIO** se obliga a prestar mayor cuidado en la conservación de los bienes objeto de este contrato siendo responsable de cualquier deterioro excepto los que provengan de la naturaleza o uso legítimo de los bienes (art. 2203 CC). **CLÁUSULA SEGUNDA – VALOR DEL ARRENDAMIENTO:** Las partes han convenido como valor del presente contrato de arrendamiento la suma de $ 1.050.000.00 un millón cincuenta mil pesos mensuales, suma que será pagada por mensualidades vencidas dentro de los cinco primeros días del mes siguiente. **PARAGAFO PRIMERO** (Sic) El incremento al presente contrato de arrendamiento se hará de acuerdo al IPC, cada año, fijado por el Gobierno Nacional. **TERCERA DURACIÓN: EL TERMINO DE DURACIÓN DEL PRESENTE CONTRATO SERA DE CINCO AÑOS,** contados a partir del 22 de enero de dos mil siete hasta el 21de (Sic) enero del año 2.012. **PARAGRAFO PRIMERO: PRÓROGA:** Esta se entenderá establecida si a la fecha de vencimiento del presente contrato el arrendador (MUNICIPIO DE TAMESIS). No notifica mediante oficio y con treinta (30) días de anticipación al vencimiento del presente contrato. **CUARTA ESTADO DE LOS BIENES. EL ARRENDATARIO:** Hará entrega de los bienes en perfecto estado de conservación en virtud, del cual el arrendador expedirá constancia de tal circunstancia al momento de terminarse el contrato y no proceder la prórroga. **QUINTA. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO:** Serán obligaciones específicas del arrendatario A): Mantener en perfecto estado los bienes objeto de este contrato B). Darle mantenimiento, cuidado y conservación a todo el parque C). Realiza todas las acciones tendientes a darle el carácter de espacio público con énfasis en lo ecológico, cultural y educativo al lugar D). Mantener abierto o de libre acceso el lugar en horas de atención al público E). Prestar el servicio de heladería con énfasis en refrigerios, helados, de acuerdo*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

a las normas de planeación vigentes, con servicio hasta las 11:30 de la noche P.M., sin que sin perjuicio y en casos especiales con autorización de la respectiva autoridad competente se pueda ampliar el horario. F). concertar de manera favorable para la comunidad, con la casa de cultura o la Secretaría de Gobierno la presentación de retretas o eventos culturales o musicales G). deberá dale impecable presentación al lugar, el no acatarlo será causal de terminación de este contrato de arrendamiento, H) Queda prohibido arrumar o almacenar cajas o elementos que efeen (Sic) el lugar para lo cual EL ARRENDATARIO se compromete a tener bodegas o espacios destinados para tal fin I).La celaduría diurna y nocturna será prestada por cuenta del arrendatario J) El arrendatario queda obligado al pago de los servicios públicos y los impuestos locales, cámara y comercio, sayco y acimpro o de otra índole. K). Respetar en todo momento y dejar libres las áreas de circulación peatonal del lugar, sin ocuparlas con algún tipo de mueble ***SEXTA. CESIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: EL ARRENDATARIO,*** *no podrá ceder los derechos que tenga en el presente contrato excepto con la autorización escrita del Alcalde Municipal y la cual no podrá exceder la duración que se fija en este documento.* ***SEPTIEMA (SIC) TERMINACIÓN UNILATERAL.*** *En el presente contrato se entienden incorporadas las cláusulas sobre terminación unilateral del contrato, en consideración de orden público, coyuntura económica, criticas modificaciones en aras del interés público, así como la interpretación unilateral de este contrato, todo ello, de conformidad con el Estatuto Fiscal, para los Municipios de Antioquia y las Leyes que rigen la materia.* ***OCTAVA. TERMINACIÓN DEL CONTRATO:*** *Serán causales de terminación del contrato además de las contempladas legalmente las siguientes A. El incumplimiento en el pago del canon de arrendamiento B: El incumplimiento de una o varias obligaciones genéricas o especificas derivadas del presente contrato. C.- El Alcalde Municipal queda facultado para interrumpir la ejecución del presente contrato, declarar la terminación del mismo y exigir la restitución de los bienes si (Sic) necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial de ninguna especie.* ***RESTITUCIÓN DE LOS BIENES****. Terminado el contrato, sin importar cuál sea la causal, el ARRENDATARIO se obliga a poner a disposición del arrendador los bienes en perfecto estado de funcionamiento y conservación dentro de os dos días siguientes a la terminación del contrato.* ***DÉCIMA. CLÁUSULA PENAL.*** *Si cualquiera de las partes incumple en todo o en una parte una de las obligaciones a su cargo deberá pagar a la otra parte la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1000.000.oo), a título de pena derivada de dicho incumplimiento.* ***DÈCIMA PRIMERA. NOTIFICACIÓN.*** *El arrendatario queda notificado de la terminación del presente contrato en la fecha pactada 21 de enero de 2012.*

Nota. La Administración municipal bajo inventario los elementos y bienes propios que posee dicho parque para su funcionamiento y quedan bajo la responsabilidad del arrendatario."[2].

Los anteriores hechos, según los actores, han impedido la libre circulación peatonal en las áreas de recreación pública, zonas verdes y similares, o lo que es lo mismo, que se desconozcan los derechos colectivos a que se ha hecho referencia inicialmente.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

[2] Folios 40 y 41 de este Cuaderno.

El **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín**, en sentencia del 6 de septiembre de 2010, y luego de vincular al arrendatario, Mario de Jesús Escobar Moncada al trámite[3], encontró probada la vulneración de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, defensa de los bienes de uso público y defensa del patrimonio público.

Como consecuencia de lo anterior, declaró la nulidad absoluta de un aparte de las cláusulas primera y quinta del contrato de arrendamiento celebrado entre el Municipio de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada.

Adicionalmente ordenó al citado municipio ejecutar los actos que fuesen necesarios para que se haga efectiva la restitución del área ocupada por el establecimiento Kiosco Las Palmas y la apertura permanente del parque, lo cual incluye el desmonte de las cuatro puertas con candado que limitan el libre acceso al lugar.

También ordenó la realización de un estudio técnico que permita determinar si las entradas son suficientes para conjurar una situación de riesgo inherente a eventuales o potenciales situaciones calamitosas colectivas de las personas que asisten o que se encuentren en el interior del parque, o ampliar la entrada de las que existen actualmente; si el estudio establece la necesidad de adelantar obras, ordenó el inicio inmediato de los trámites correspondientes. Dispuso literalmente lo siguiente:

> ***"PRIMERO: Declarar NO PROBADAS las excepciones propuestas por los demandados.***
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que el* ***MUNICIPIO DE TÁMESIS y el señor MARIO DE JESUS ESCOBAR MONCADA,*** *incurren en violación de los derechos e intereses colectivos de goce del espacio público, defensa de los bienes de uso público y defensa del patrimonio público.*
>
> ***TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA*** *del siguiente* ***aparte de la cláusula primera*** *del contrato de arrendamiento de 23 de febrero de 2007, celebrado entre el MUNICIPIO DE TÁMESIS y el señor MARIO DE JESUS ESCOBAR MONCADA: "... ocupando además un área del mismo parque y que está demarcada por un muro de adobe y cemento con rejas de hierro, que linda entre las carreras Sucre y Bolívar y Calles Córdoba y Orozco".*

[3] Folio 95 ibídem.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Declarar la nulidad absoluta de los literales C) y D) de la cláusula quinta del mismo contrato, que hacen referencia a las siguientes obligaciones del arrendatario:

> ***"C) Realizar todas las acciones tendientes a darle el carácter de espacio público con énfasis en lo ecológico, cultural y educativo al lugar.***
>
> ***D) Mantener abierto o de libre acceso el lugar en horas de atención al público".***

Declarar la nulidad absoluta del aparte final del mismo contrato que se hace referencia a la siguiente ***"Nota: La administración Municipal bajo inventario los elementos y bienes propios que posee dicho parque para su funcionamiento y quedan bajo la responsabilidad del arrendatario".***

CUARTO: Se ORDENA al Alcalde del municipio de Támesis *ejecutar los actos que sean necesarios para que se haga efectiva la restitución del área del Parque Caldas que está ocupada por el arrendatario; y* ***se ORDENA al señor MARIO DE JESUS ESCOBAR PATIÑO*** *(Sic), restituir al Municipio el área ocupada, libre de mesas, de silletería y demás elementos propios del arrendatario, y devolver los elementos y bienes propios que posee el Parque para su funcionamiento; la siguiente:* ***"área del mismo parque y que está demarcada por un muro de adobe y cemento con rejas de hierro, que linda entre las carreras Sucre y Bolívar y Calles Córdoba y Orozco".***

QUINTO: Se ORDENA *al Alcalde del Municipio de Támesis ejercer a nombre de la Entidad los derechos de administración y de policía del lugar, como espacio público y destinarlo al servicio de todos, garantizar y proteger su uso y goce común, en forma permanente, lo mismo que la conservación del lugar.*

SEXTO: Se ORDENA *al Alcalde del municipio de Támesis ejecutar los actos necesarios para disponer la apertura permanente del Parque Caldas, incluye el desmonte de las cuatro (4) puertas con candado que limitan el acceso libre al lugar. Además, debe disponer la realización de un estudio técnico para establecer si las entradas son suficientes para conjurar una situación de riesgo inherente a eventuales o potenciales situaciones calamitosas colectivas de las personas que asisten o que se encuentren en el interior del parque, o ampliar la entrada de las que existen actualmente; si el estudio establece la necesidad de adelantar obras, se iniciarán de inmediato los trámites correspondientes.*

SEPTIMO: *Para el cumplimiento de las órdenes impartidas en esta providencia, se concede a los demandados el término de un (1) mes, contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia.*

OCTAVO: *Se dispone la conformación de un Comité de verificación del cumplimiento de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará conformado por los demandantes, el Alcalde y Personero del municipio de Támesis. Vencido el plazo concedido se debe rendir informe al Juzgado de las diligencias adelantadas.*

NOVENO: *Se fija el monto del INCENTIVO para los actores populares FREDY MORALES SUAZA, MANUEL ANTONIO VELÁSQUEZ LEON, MIGUEL JOSE QUINTERO ARIZA, EDGAR SADY SIERRA PEREZ y CESAR AUGUSTO PALACIO P., en el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se pagará de la siguiente forma: diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, a cargo del municipio de Támesis; y diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, a cargo del señor MARIO DE JESUS*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

ESCOBAR MONCADA. El pago se hará en el término de un (1) mes, contado a partir del día siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia.

***DECIMO:** Remítase copia de la sentencia al Alcalde y Personero del municipio de Santa Rosa de Osos, para su cumplimiento; y a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.*

***UNDÉCIMO: No hay lugar a costas en la primera instancia.**"*[4]

1.3. Sentencia De Segunda Instancia

El 18 de enero de 2011, el **Tribunal Administrativo de Antioquia**, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, en el sentido de revocarla y denegar las pretensiones perseguidas por el actor popular. La parte resolutiva es del siguiente tenor:

"PRIMERO.- SE REVOCA LA SENTENCIA No. 078 DEL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2010, PROFERIDA POR EL JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

SEGUNDO.- EN SU LUGAR, SE NIEGAN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

TERCERO.- REMÍTASE POR SECRETARÍA COPIA DE LA DEMANDA Y DEL PRESENTE FALLO A LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO PARA QUE SEA INCLUIDO EN EL REGISTRO PÚBLICO CENTRALIZADO DE ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 80 DE LA LEY 472 DE 1998.

CUARTO.- ENVÍESE EL EXPEDIENTE AL JUZGADO DE ORIGEN."[5]

Las siguientes fueron las razones para resolver la impugnación:

Adujo que de los testimonios rendidos en el proceso (folios 172 a 199) se concluía que desde hace mucho tiempo atrás (1930) el Parque Caldas se había concebido "***como un espacio que limita la circulación de los transeúntes y el ganado***", dado que se trataba de una construcción con cerramiento perimetral de muros de adobe y rejas en el que se realizaban subastas de ganado.

En tal orden, para el Tribunal la zona dada en arrendamiento no se concibió históricamente para un libre uso y goce de toda la comunidad, sino para que quienes quisieran acceder a éste lo hicieran con las limitantes físicas y normativas

---

[4] Folio 269 vuelto a 271 de este Cuaderno.
[5] Folio 348 de este Cuaderno.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

que determinara la Administración, dentro de las cuales estaban las atinentes a los horarios, uso (comercial, cultural, recreativo, deportivo, financiero, etc.) según las necesidades de los habitantes de Támesis.

Así las cosas, los cerramientos del parque, que por su misma naturaleza limitan la circulación de manera indiscriminada, no pueden reputarse como violatorios del espacio público, del uso o del patrimonio público, por cuanto hacen parte de la idiosincrasia del municipio.

La anotada circunstancia es concordante con lo estatuido en el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998, norma que habilita a la Administración a entregar, mediante contrato, estos bienes a los particulares, sean personas naturales o jurídicas, siempre y cuando se destinen a un uso compatible con la condición del espacio, esto es, su uso público, y se le dé estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular.

A renglón seguido afirmó que las limitaciones horarias no permiten, por sí solas, concluir que se debe declarar la nulidad del contrato de arrendamiento.

II. LA SELECCIÓN PARA REVISIÓN

Mediante auto del 18 de mayo de 2011, la **Sección Primera** de esta Corporación resolvió seleccionar para revisión la providencia del 18 de enero de 2011, en consideración a que el demandante describió las líneas jurisprudenciales que a su juicio desconocía el Tribunal Administrativo de Antioquia, relacionadas con la destinación y uso de los bienes de uso público, sobre todo cuando se trata de entregar a los particulares su administración. Las siguientes fueron las razones esgrimidas en el mencionado proveído:

> "***6.-*** *En el presente asunto, encontrándose dentro de la oportunidad legal, el demandante solicita que se revise la sentencia del 18 de enero de 2011 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia que revocó la decisión del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, que había accedido a las pretensiones de la demanda.*
>
> *En la solicitud de revisión expresa el actor que nunca pretendió la nulidad del contrato de arrendamiento celebrado entre el Municipio de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada, sino la recuperación de un bien de uso público.*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Citó para ello una sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 22 de junio de 2006 dentro del expediente identificado con el número AP 02077 según el cual:

> *"…el arrendamiento sobre bienes de uso público, "dada la evolución de las necesidades colectivas, no está prohibido en estricto sentido, sólo que debe responder y estar al uso de la colectividad…*
>
> *…Pero paulatinamente al abordar entre otras normas y ampliar el entendimiento del derecho positivo en la materia, se advierte que la conclusión es otra, porque en realidad de la evolución jurídica no puede actualmente entenderse que el bien de uso público sea intocable sino que no es negociable para uso exclusivo de uno o de pocos individuos, o como se vio anteriormente para privatizarlo o particularizarlo. Esa concepción frente al aprovechamiento y explotación de los bienes de uso público, y la posibilidad de limitaciones a ese uso, son fijadas por el ordenamiento jurídico y explicadas por la jurisprudencia." (Folio 353 de este Cuaderno).*

Sobre el particular aseveró que el establecimiento que se encuentra delimitado por el cerramiento, es aprovechado para uso y goce de un particular, ocupando un espacio público con mesas, sillas y limitación de horario. Lo anterior, impide a la ciudadanía su uso, goce y disfrute visual y libre tránsito, pues el espacio no está a disposición permanente de la comunidad, sino que está limitado por el horario de funcionamiento del establecimiento de comercio, lo cual hace prevalecer el interés particular de comerciante sobre el general de la comunidad.

Trajo a colación otro pronunciamiento jurisprudencial del 3 de octubre de 2002, no obstante no aludió al número de referencia ni a la Corporación que la expidió, según la cual:

> *"(…) que el uso sea compatible con la naturaleza del espacio público, o sea que no cause afectación a los derechos colectivos.*
>
> *…la Administración puede entregar, mediante contrato, su uso a los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas siempre y cuando sea destinado para un uso compatible con la condición del espacio, esto es, su uso público, y se le de estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular." (folio 354 ibídem).*

***7.-** La Sala observa que el asunto sometido a consideración para la escogencia del proceso a efectos de revisar el proveído de segunda instancia en principio cumple con los requerimientos anteriormente expuestos, en la medida en que el demandante describe las líneas jurisprudenciales desconocidas por el Juzgador de Segunda Instancia, dentro de las cuales los bienes de uso público no pueden entregarse para el uso exclusivo de unos particulares.*

***8.-** En ese orden de ideas, la Sala concluye que la solicitud reúne los requisitos legales para que proceda su selección"[6].*

III. CONSIDERACIONES

[6] Folios 364 a 373 de este Cuaderno.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Considera la Sala importante precisar que el objeto de la solicitud de revisión consiste en determinar si se desconocen las líneas jurisprudenciales que para el efecto ha trazado la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia de la protección del derecho colectivo al goce del espacio público por el cerramiento de un bien de uso público, por virtud de un contrato de arrendamiento que el municipio (arrendador) celebra con un particular.

Sobre el punto es importante aclarar que, tal y como lo anotó el Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia objeto de revisión, se trata de un "*bien inmueble, como puede apreciarse en las fotografías aportadas al expediente (fl. 7-8 y 14) y como se deduce del mismo contrato de arrendamiento, es un todo, una unidad, un bien conformado por un kiosco y un área de cerramiento, donde se encuentra, además, una fuente de agua, zonas verdes, una estatua y unas bancas empotradas en las jardineras.*"[7]

No hay entonces discusión sobre la naturaleza del bien objeto del contrato, pues es claro para la Sala que se trata del parque principal del Municipio de Támesis (Antioquia), denominado Parque Caldas, lo cual lleva a concluir que se trata de un bien de uso público, circunstancia que además es ratificada del material probatorio obrante en el expediente tramitado en ejercicio de la acción popular (fotografías, testimonios, etc.), y en la concepción que sobre el punto ha tenido la jurisprudencia: "*Por todo lo anterior, la Sala concluye que el inmueble que constituye el objeto del arrendamiento, en el caso concreto, es un bien de uso público, toda vez que, por tratarse de un parque público, está definido como tal en la normatividad vigente como antes se precisó; su uso y goce, por consiguiente, pertenecen a la comunidad en general y está sometido a reglas constitucionales, legales y reglamentarias para su uso y administración*"[8].

Tampoco hay controversia en torno a la existencia del contrato de arrendamiento del mencionado bien, en el cual funciona un establecimiento de comercio llamado "Kiosco Las Palomas" de propiedad del señor Mario de Jesús Moncada, quien funge como arrendatario del Parque Caldas.

---

[7] Folio 345 reverso de este Cuaderno.
[8] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de dos mil cinco (2005), proferida en el proceso número 25000-23-26-000-1991-07392-01(12249). M.P. Alier Eduardo Hernández.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Vistas así las cosas, y dilucidados lo aspectos que se anotaron, precisa la Sala resolver la petición de revisión en los siguientes términos:

3.1. Competencia

La Sala Plena del Consejo de Estado, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, profiere sentencia de unificación jurisprudencial[9], en la que decide el mecanismo de eventual revisión presentado por los ciudadanos Fredy Morales Suaza, Manuel Antonio Velásquez León, Miguel José Quintero Ariza, Edgar Sady Sierra Pérez y Cesar Augusto Palacio P., contra el Municipio de Támesis, respecto de la sentencia del 18 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

3.2. Marco Jurídico

3.2.1. La Corporación ha tenido la oportunidad de definir el alcance del derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público a partir del contenido del artículo 82 de la Constitución Política, según el cual:

> *"**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.*
>
> *Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.*
>
> *(…)".*

3.2.2. La Ley 9ª de 1989 lo ha definido como "... *el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes*"[10]. Conforme a esta misma norma, constituyen espacio público de la ciudad, entre otros, las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como

---

[9] Art. 270 de la Ley 1437 de 2011.

[10] "***Artículo 5º.-*** *Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que transcienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes*."

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, las áreas necesarias para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones y, en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o disfrute colectivo.

3.2.3. Así mismo, es relevante destacar que en los términos del artículo 6º ibídem, 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 municipales a iniciativa del alcalde, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.[11]

Al respecto debe señalarse que según el artículo 311 de la Constitución corresponde a los municipios "*ordenar el desarrollo de su territorio*" y "*el mejoramiento social y cultural de sus habitantes*". E igualmente el artículo 313.9 Superior encomienda a los concejos municipales "[*d]ictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio*".

En línea con esta responsabilidad confiada por la Constitución a los entes locales, el artículo 8 de la Ley 388 de 1997, en su numeral 4º, califica como acción urbanística la función de *"[d]eterminar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas*". Así mismo, dichas corporaciones públicas ostentan competencia para cambiar la destinación de los bienes de uso público de conformidad con lo que expone el artículo 4 del Decreto 1504 de 1998.[12]

3.2.4. De igual forma los artículos 5 y 6 de la Ley 388 de 1997[13] habilitan a las autoridades municipales y distritales a regular la ocupación del espacio público cuando, por ejemplo, delimitan el ordenamiento territorial como

---

[11] Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta Sentencia del 11 de mayo de 2006. Radicación número: 63001-2331-000-2004-00591-01. Actor: Jhon Jairo Fierro.

[12] "***Artículo 4º.-*** *El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público no podrá ser variado sino por los Concejos Municipales o Distritales a través de los planes de ordenamiento territorial o de los instrumentos que los desarrollen aprobados por la autoridad competente, siempre que sean sustituidos por otros de características y dimensiones equivalente o superiores. La sustitución debe efectuarse atendiendo criterios, entre otros, de calidad, accesibilidad y localización*."

[13] Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

una función pública concebida para " *disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio…"* y para la "…*definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales".*

3.3. Competencia en el tratamiento de los bienes de uso público

De lo expuesto se concluye que el diseño del espacio público y la determinación de su uso corresponden a las autoridades municipales. No en vano el artículo 7º del Decreto 1504 de 1998 lo cataloga como "*el elemento articulador y estructurante fundamental del espacio en la ciudad, así como el regulador de las condiciones ambientales de la misma, y por lo tanto se constituye en uno de los principales elementos estructurales de los Planes de Ordenamiento Territorial*".

Es claro entonces que las principales determinaciones en relación con este bien colectivo incumben a los concejos municipales en ejercicio de su competencia relacionada con la ordenación del territorio local.

Sin embargo, debe traerse a colación lo dispuesto en el Decreto 1504 de 1998 respecto a la posibilidad de entregar a particulares la gestión de este bien[14], pues allí se habilita a dichos entes territoriales para autorizar la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico del espacio público cuando así lo solicitan los particulares y las autoridades lo estimen oportuno, siempre que ello no incida sobre la destinación al uso común que es propia de esta clase de bienes, no se generen derechos reales y aseguren la prevalencia del interés general sobre el particular. Veamos:

> "***Artículo 19.*** *En el caso de* ***áreas públicas de uso activo*** *o pasivo,* ***en especial parques****, plazas y plazoletas,* ***los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos.*** *En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular.*" (Negritas y subrayas de la Sala).

[14] *Vid.* Artículos 18 y 19.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

En suma, de lo que se trata es de posibilitar una gestión eficiente de este recurso por parte de los entes municipales, sin perjuicio del imperativo constitucional y legal de asegurar tanto la afectación al fin público propio de esta clase de bienes, como su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, todo lo cual se debe traducir en un clausulado contractual que al tiempo que garantice y desarrolle la prevalencia del interés general, respete los límites que se derivan del régimen jurídico delineado para estos bienes por el artículo 63 de la Constitución.

3.4. Tratamiento jurisprudencial

De la aplicación de la citada norma el Consejo de Estado ha emitido pronunciamientos encontrados, pues a pesar de que en todos ellos se admite la posibilidad de que los bienes de uso público sean aprovechados por particulares, no es clara la posición relacionada con la manera de formalizar tal situación jurídica.

Las siguientes son algunas de las providencias que se han referido al asunto objeto del presente recurso:

3.4.1. En sentencia del 15 de mayo de 1916 (C.P. Próspero Márquez C.) se sostuvo que era factible dar en arrendamiento bienes de uso público siempre que se observaran las formalidades que el ordenamiento jurídico previene para la celebración de este tipo contractual. Se afirmó así lo siguiente:

> *"Con oficio número 207 del Ministerio de Hacienda, fechado el 9 de los corrientes, ha venido al estudio de la Sala, para los efectos de la parte final del artículo 39 del Código Fiscal, el contrato celebrado por aquel Ministerio con el señor Pedro A. Peña, sobre explotación y recolección de los frutos de las palmeras de coco y el carey que se encuentre en la región denominada La Playona.*
>
> *El contrato fue aprobado por el Consejo de Ministros y por el señor Presidente de la República, después de que por aquél se le introdujeron, entre otras modificaciones, la de estimarlo para los efectos fiscales y a fin de que quedara sometido a la revisión del Consejo de Estado, de valor mayor de dos mil pesos oro.*
>
> *Antes de entrar a estudiar el fondo mismo del contrato para determinar si está de acuerdo con las disposiciones legales, conviene averiguar si el Gobierno está facultado para celebrarlo, y si en caso afirmativo puede prescindirse de la licitación pública.*
>
> *(…)*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Ahora bien: si el Gobierno no opta por la administración directa de los bienes a que se refiere este contrato, está obligado a darlos en arrendamiento, y en este caso para celebrar cualquier contrato tiene que someterlo a las prescripciones del artículo 9 del Código Fiscal, que no tiene el carácter de facultativo, sino que impone obligaciones imprescindibles, en los siguientes términos:

Artículo 9, Para el arrendamiento de los bienes nacionales se deben observar las siguientes reglas:

a) No puede celebrarse el contrato sino en licitación pública…"

3.4.2. En providencia del 12 de enero de 1923 con ponencia del Magistrado José María García Hernández se reitera la anterior concepción en los siguientes términos:

"La cláusula 4a debe suprimirse, al menos por inútil, si no estuviera redactada en términos un poco ambiguos y que pueden autorizar la creencia de que a la expiración del plazo se concede al arrendatario algún derecho preferencial para obtener la celebración de un nuevo contrato. Según las disposiciones legales en vigor sobre explotación de bosques nacionales, un arrendatario, a la expiración del plazo del arrendamiento, queda exactamente en las mismas condiciones de cualquier otro individuo que quiera hacer propuesta al arrendamiento del mismo globo de tierra, aunque para su explotación hubiere dicho arrendatario invertido fuertes sumas de dinero."

3.4.3. El 6 de julio de 1999, expediente número 5255, la Sección Primera con ponencia del Magistrado Libardo Rodríguez Rodríguez advirtió que los bienes de uso público podían entregarse en concesión a los particulares. Sostuvo en dicha oportunidad la Corporación:

*"1ª. **Debe aclararse ante todo, que el Muelle Trece es un bien de uso público, susceptible de ser otorgado en concesión**, como en efecto lo hizo la Superintendencia General de Puertos en favor del Fondo Rotatorio de la Armada Nacional mediante Resolución núm. 004 de 25 de abril de 1993, lo cual, de entrada, por tratarse de un bien inalienable e imprescriptible, al tenor del artículo 63 de la Constitución Política, descarta la violación del artículo 58 de la misma, que aduce la entidad demandante, por cuanto, a su juicio, con las resoluciones acusadas se le desconoció el derecho de propiedad, derecho que no puede alegar en su favor la parte actora respecto del Muelle Trece, pues éste, independientemente del área otorgada en concesión, esto es, incluida o no la zona denominada "El Vacío", es un bien de propiedad de la Nación, que fue dado en concesión, se reitera, en favor de aquélla."*

3.4.4. En sentencia del 11 de noviembre de 1999, esta misma Sección se refirió a la posibilidad de que los bienes de uso público puedan entregarse a particulares en arrendamiento. Al respecto manifestó lo siguiente:

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

"Finalmente, la Sala desea aclarar que lo que aquí se concluye es que con base en lo dispuesto en el artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 y en la norma demandada, ***los bienes de uso público no pueden ser dados en arrendamiento o administración para la práctica de la recreación masiva o el deporte, como así lo entendió la norma reglamentaria, sin que ello descarte que, con fundamento en otras disposiciones legales, pueda ser posible el arrendamiento de los mismos****."*

3.4.5. Posición distinta fue la asumida por la Sección Tercera el 16 de febrero de 2001, expediente número 16596, en la que con ponencia del Magistrado Alier Eduardo Hernández Enríquez se sostuvo que los bienes de uso público no eran susceptibles de ser arrendados dada la naturaleza de este tipo de contrato, ya que al conferir el uso y goce exclusivo al arrendatario se desconocen los elementos esenciales de los bienes de uso público. Se afirmó en dicha ocasión lo que a continuación se transcribe:

"Estas premisas sirven de fundamento a la Sala para concluir ***que los bienes de uso público no son susceptibles de ser arrendados por las razones siguientes:***

"Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio[15]*,* ***y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita***[16]*.*

*"****Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento****, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que* ***no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad.*** *(…)*

"En consecuencia, el denominado "contrato de arrendamiento" por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que ***es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia;*** *de allí que algunos doctrinantes sostienen que*

---

[15] Según el profesor JOSE J. GOMEZ "los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno." Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

[16] Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes referida.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

el contrato de arrendamiento "no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien". [17]

"La posibilidad de garantizar la destinación del bien a su uso común, podría realizarse a través de acuerdos celebrados entre el Estado y los particulares (como por el ejemplo el contrato de mandato o representación y administración), siempre y cuando no atenten contra la naturaleza e integridad de los bienes de uso público, sino que por el contrario su objeto sea la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a dichos bienes."[18]

3.4.6. Más tarde, en providencia del 3 de octubre de 2002 de la Sección Primera dentro del proceso número 05001-2331-000-2002-00132-01, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se determinó que los bienes de uso público podían ser dados en arrendamiento o concesión o eran susceptibles de permisos o licencias para ejercer actividades comerciales por parte de particulares. Se dijo entonces que:

*"**De otra parte, los bienes de uso público**, conforme lo ha considerado reiteradamente esta Corporación, no solo a través de la Sala Contenciosa sino de la de Consulta y Servicio Civil, (concepto de 22 de junio de 1990, Radicación 6325, Consejero ponente doctor Javier Henao Hidrón; providencias de 9 de marzo de 1995, expediente núm. 3237, Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez; 6 de julio de 1999 (Expediente núm. 5255, Consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez; de 11 de noviembre de 1999, expediente núm. 5286, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero; y de 23 de marzo de 2000, expediente núm. 5504, Consejero ponente doctor Manuel S Urueta Ayola), **pueden ser dados en arrendamiento o en concesión o susceptibles de permiso para ejercer en ellos actividad comercial.***

*Conforme se precisó en la última sentencia citada: "La destinación al uso común del espacio público puede ser reglamentada por la autoridad en el ejercicio de sus competencias policivas, pues esa reglamentación constituye un mecanismo para la protección de su integridad, de manera que dicho uso puede, **bajo ciertas circunstancias**, ser limitado de acuerdo con la ley y los reglamentos administrativos, sin que ello constituya violación del artículo 82 constitucional...".*

De otra parte, en el evento sub lite no obra medio de prueba alguno que acredite de existe una absoluta privación del uso y goce del espacio público, ni de qué manera la colectividad se está viendo privada de tal uso y disfrute del lugar en el que se encuentran instalados los kioskos de las demandadas."

---

[17] CESAR GOMEZ ESTRADA. De los principales contratos civiles. Santafe de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pág. 183.

[18] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001, Radicación número: 16596, Actor: Personería de Santafe de Bogotá, D.C, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de noviembre 11 de 1999, Exp. 5286, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, en esta providencia se deja en claro que los bienes que pueden ser susceptibles de arrendamiento son únicamente los bienes fiscales.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

3.4.7. En sentencia más reciente, del 24 de julio de 2003 proferida por la Sección Quinta dentro del expediente número 73001-2331-000-2001-1345-01, con Ponencia de la Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, se concibió la posibilidad de que se expidiera una licencia urbanística para otorgar el uso y goce de un bien de uso público a particulares dado el carácter no absoluto de tales bienes. Sostuvo entonces la jurisprudencia administrativa que:

> *"Del material probatorio anexo al proceso, se concluye que si bien actualmente la ocupación de los andenes por diferentes muebles y elementos que obstruyen su tránsito normal sobre los andenes en el Municipio de Flandes persiste, ésta no es de tal magnitud como lo dio por establecido el A quo; máxime, cuando hay evidencias de la actividad desplegada por las autoridades municipales tendientes a la restitución del espacio público y los mismos propietarios de los establecimientos de comercio han optado por despejar no totalmente pero si en buena parte los andenes.*
>
> *Ahora bien, no puede la Sala determinar si las licencias a que hacen referencia las normas citadas se han tramitado por los diferentes propietarios de los establecimientos comerciales; así como también se desconoce el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio.*
>
> *Por los mismos, el sentido de esta providencia judicial, estará dirigido a modificar la sentencia impugnada en el sentido de ordenar al Alcalde Municipal de Flandes la adopción de las medidas necesarias para regular el uso del Espacio Público, pero previniéndolo en el sentido de orientar sus gestiones bajo parámetros en los que confluyan y se concilien los intereses tanto de comerciantes, propietarios, transeúntes y turistas, con el único fin de garantizar la convivencia pacífica, con sujeción a las normas que regulan el tema, tales como la Ley 388 de 1997, 140 de 1994 y Decreto 1504 de 1998.*
>
> *Actuación contraria a estos parámetros implicaría establecer prohibiciones absolutas al uso del espacio público, tolerando con ello a una sociedad excluyente y desconocedora de las realidades sociales, que en últimas conlleva a situaciones de violencia.*
>
> *Esta organización debe encaminarse a la realización de los diferentes trámites relacionado para otorgar las licencias a quienes reuniendo los requisitos estén interesados en usar el espacio público; igualmente señalar en forma concreta los términos para su trámite y expedición, imposición de multas y en últimas el retiro de tales elementos a todos aquellos que infrinjan lo dispuesto tanto en las normas citadas, como en la reglamentación que se expida para el efecto en esa municipalidad.".*

3.4.8. El 5 de noviembre de 2003, proceso número 68001-2315-000-2000-03447-01 la Sección Cuarta, con ponencia de la Consejera de Estado María Inés Ortíz Barbosa, reafirmó la posibilidad de que se entregara a particulares la administración y mantenimiento de bienes de uso público

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

sin hacer referencia a ninguna fórmula contractual o unilateral de la Administración. De acuerdo con dicho pronunciamiento:

> *"De los artículos 18, 19 y 25 del Decreto 1504 de 1998 se deduce que* ***es posible entregar a particulares para su administración y mantenimiento, elementos que conforman el espacio público, pero expresamente establecen que los parques y zonas verdes no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito;*** *es decir, que entre otros elementos del espacio público las vías peatonales y vehiculares no son susceptibles de cerramiento alguno.* ***Así, las autoridades sólo podrán autorizar el cerramiento "parcial" de aquellas áreas (parques y zonas verdes públicas) "por razones de seguridad" y la construcción debe garantizar la transparencia en el porcentaje previsto en la normatividad.*** *Tales normas no autorizan el cerramiento "siquiera parcial" de vías peatonales y vehiculares que tengan el carácter de públicas, ni existe previsión similar en el ordenamiento legal, pues prevalece el interés general sobre el particular. Además, el Constituyente de 1991 le dio un sentido y alcance diferente al espacio público, consagró las garantías para su preservación y mejora, lo elevó al rango de derecho colectivo dentro de la misma Constitución, la cual exige al Estado velar por su protección y conservación, como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia antes transcrita.*

3.4.9. Mas tarde, en Sentencia de la Sección Tercera del 22 de junio de 2006, proceso número 25000-2327-000-2003-02077-01, M.P. María Elena Giraldo, se sostuvo que los bienes de uso público podían entregarse a particulares en arrendamiento siempre que se garantizara la finalidad para la cual fueron instituidos, es decir, que se garantizara su uso y goce por parte de la colectividad:

> *"****Lo cierto es que el "arrendamiento sobre bienes de uso público, dada la evolución de las necesidades de la colectividad, no está prohibido en estricto sentido, sólo que debe responder y estar al uso de la colectividad, lo cual responde al artículo 1996 del Código Civil, esto es que el arrendatario se obliga a usar la cosa según los términos y el espíritu del contrato y obviamente tratándose de bienes de uso público, conforme la finalidad al cual está afecto ese bien, en este caso de recreación masiva****. Por lo tanto, le está proscrito al arrendatario servir la cosa arrendada a otro objeto distinto que el contrato señale, es más, a falta de convenio, deberá hacerlo conforme a los usos y servicios a los cuales está naturalmente destinada…*

> *(…)*

> *Es más la posibilidad de disposición de un bien de uso público tampoco es desconocida en el derecho extranjero, cuya concepción de este tipo de bienes es similar a la utilizada por el derecho colombiano, bajo la característica principal de ser inalienables; así lo expresa la doctrina española…*

> *(…)*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

La Sala advierte que si se analiza exclusivamente el artículo 674 del Código Civil, en sentido exegético, la norma dará para entender que los bienes de uso público pertenecen a todos los habitantes del territorio y siendo así, para el intérprete restringido, son intocables por cualquier persona individualmente considerada, están para el uso de todos y cada uno de los habitantes pues se trata de la res publicae, que conforme al derecho romano eran "las cosas destinadas al uso público de los habitantes como las aguas, corrientes de los ríos…

Pero paulatinamente al abordar otras normas y ampliar el entendimiento del derecho positivo en la materia, se advierte que la conclusión es otra, porque en la realidad de la evolución jurídica ***no puede actualmente entenderse que el bien de uso público sea intocable sino que no es negociable para uso exclusivo de uno o de pocos individuos, o como se vio anteriormente para privatizarlo o particularizarlo.*** *Esa concepción frente al aprovechamiento y explotación de los bienes de uso público, y la posibilidad de limitaciones a ese uso, son fijadas por el ordenamiento jurídico y explicadas por la jurisprudencia.*

(…)

La jurisprudencia ha hecho por su parte eco de las normas jurídicas. A título de mención se hace remembranza de la sentencia del Consejo de Estado de 18 de agosto de 1995[19], en la cual al decidir en forma negativa la nulidad de algunos apartes del Estatuto Orgánico de Bogotá, Decreto Ley 1421 de 1993, en temas referentes al cobro de derechos por el uso del bien de uso público, advirtió que el cobro de los derechos en manera alguna significaría dominio por parte de quien los cobra y, por el contrario, propende por el interés de la colectividad…"

3.4.10. El 6 de julio de 2006 la Sección Primera, con ponencia del Consejero Camilo Arciniegas Andrade, reiteró la anotada posibilidad dentro del expediente 54001-2331-000-2004-00395-01, delimitando esta vez los parámetros que debían seguirse cuando se entrega el uso de espacio público a particulares. Se afirmó en dicha oportunidad que:

"Para la Sala el derecho al disfrute del Espacio Público no es absoluto; pues como quedó visto, la normativa vigente habilita a las autoridades municipales y distritales a autorizar su uso a particulares en actividades compatibles con su naturaleza y previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. *Que obre autorización de la Administración municipal.*

2. *Que el uso sea compatible con la naturaleza del espacio público, o sea que no cause afectación a los derechos colectivos.*

3. *Que se formalice la relación jurídica a través de un vínculo contractual."*

3.4.11. Posición distinta fue la asumida en Sentencia del 15 de agosto de2007, proceso número 19001-2331-000-2005-00993-01, expedida por la

[19] Sección Primera. Expediente 3237. Actor: Personería Santa Fé de Bogotá D.C., C.P. Nubia González Cerón.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Sección Tercera con ponencia de la Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la que cualquier tipo de disposición por particulares de los bienes de uso público se circunscribió al contrato de concesión:

> *"También la Sala ha considerado que "…el cobro por el uso del espacio público cuando quiera que configura una barrera de acceso al destino común por parte de la comunidad configura una violación del régimen constitucional y legal antes señalado,* ***en tanto atenta contra la naturaleza, integridad y finalidad del mismo, por cuanto el objeto de esta medida no es la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a esta categoría de bienes sino que, por el contrario, impide el uso y disfrute que sin discriminación alguna corresponde a la comunidad****…".*[20]
>
> *2.2.2. Como puede apreciarse, dependiendo de la naturaleza jurídica del inmueble objeto del contrato que se acusa como generador de la vulneración de derechos colectivos,* ***se predica respecto del mismo unas características que inciden en la posibilidad de negociación o entrega a cualquier título en el tráfico jurídico; si es un bien de uso público, no es jurídicamente viable que sea entregado para el uso y goce exclusivo de un particular, so pena de transgredir el orden jurídico imperativo al intentar transferir u otorgar derechos con esa proyección y connotación sobre un bien de disfrute colectivo****; en cambio, si su naturaleza es fiscal es posible sobre el mismo un acto de disposición jurídica con el aludido alcance (vender, arrendar, permutar, etc.), siempre y cuando se cumplan las normas legales que regulan esa actividad."*

3.4.12. En Sentencia del 18 de marzo de 2010 proferida dentro del proceso número 25000-2326-000-1994-00071-01, por la Sección Tercera con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, se reiteró el anterior criterio con ocasión de la controversia surgida respecto del contrato que celebró el Distrito Capital del coliseo cubierto "El Campín". En dicha ocasión sostuvo la jurisprudencia que:

> *"Lo expuesto evidencia con claridad que* ***el arrendamiento es un negocio jurídico propio del tráfico civil o comercial que, por su naturaleza, colide abiertamente con el carácter de uso público que corresponde a un bien sobre el cual pretende recaer un contrato de esta índole, pues el uso y goce exclusivo en cabeza del arrendatario impediría, per se, la utilización colectiva propia de tal clase de bienes, con lo cual se desnaturalizaría su afectación o destino jurídico, se desviaría su finalidad comunitaria hacia los intereses del particular que lo explota en su propio beneficio****, más aún en casos como el que ocupa la atención de la Sala en el sub judice, en el que la calidad de comerciante del arrendatario lleva consigo el ánimo de lucro propio de tal actividad, con evidente lesión de intereses colectivos, tutelados por normas de orden público.*

[20] Consejo de Estado, Sección Tercera, AP- 08001-23-31-000-2002-02214-01, Sentencia de 6 de octubre de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Admitir la posibilidad de que los bienes de uso público puedan ser susceptibles de convertirse en objeto material de un contrato de arrendamiento supondría soslayar el mandato contenido en el artículo 63 de la Carta, el cual determina que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables y si, como ya se dijo, tal inalienabilidad comporta el que los aludidos bienes se encuentren fuera del tráfico civil y mercantil, resulta censurable la celebración de negocios jurídicos en contravía de tal disposición; tales negocios se encuentran prohibidos y, en caso de ser celebrados, resultarían violatorios de normas de orden público, con lo cual quedarían afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito, en los términos de los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, además de que transgredirían lo preceptuado por el artículo 6º de la Ley 9ª de 1989, en la medida en que conllevarían una desafectación velada del respectivo bien de uso público, pretermitiendo así los requisitos y el procedimiento que a tal efecto prevé la citada disposición.

Similares argumentos sirvieron a esta Sala para precisar la postura que en algún momento pareció sostener la Corte Constitucional en el sentido de que el de arrendamiento es un tipo contractual de posible utilización en relación con bienes de uso público; en aquella oportunidad la Sala, a través de la exposición que se reproduce in extenso a continuación, comoquiera que aporta elementos adicionales con fundamento en los cuales se rebaten las aseveraciones de la sociedad accionante en el sub judice en el sentido de que el contrato de arrendamiento de bienes como el coliseo cubierto "El Campín" no sólo no estaría prohibido sino que estaría expresamente avalado por el ordenamiento jurídico, esta Sala, se insiste, ilustró la incompatibilidad jurídica que existe entre las antes explicitadas particularidades de los bienes de uso público y los elementos estructurales del contrato de arrendamiento:

(…)

En conclusión, las particularidades propias de los bienes de uso público impiden que ellos puedan constituirse en objetos materiales de un contrato de arrendamiento, pues la prohibición constitucional y legal consistente en que respecto de bienes de esta naturaleza se configuren situaciones jurídicas en provecho exclusivo de determinadas personas *—menos aún situaciones jurídicas de carácter real y más claramente proscrito todavía, derechos reales de titularidad de particulares—* ***torna jurídicamente imposible que concurra uno de los elementos que determina la función económico-social del contrato de arrendamiento, cual es el referido a que el precio que paga el arrendatario lo entrega al arrendador a cambio de que se le conceda el uso y goce exclusivo de la cosa arrendada****. En la medida en que esa exclusividad resulta insostenible jurídicamente cuando se trata de bienes de uso público, es evidente que éstos no pueden constituirse en objeto material de contratos de arrendamiento. Razón de más, si cabe, para insistir en que el contrato No. 002 de 1994, celebrado entre las partes en el presente proceso, jurídicamente NO puede ser de arrendamiento, aunque tal hubiera sido el nomen que, en su momento, le atribuyeron las partes y, por tanto, si en realidad dicho contrato hubiere correspondido al tipo de arrendamiento necesariamente la Sala habría debido declararlo nulo, de nulidad absoluta, en cumplimiento de las disposiciones consagradas en tal sentido tanto en el artículo 45 de la Ley 80 como en el artículo artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, regulación que en lo general coincide con las previsiones consagradas en el artículo 1742 del Código Civil."*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

3.5. Necesidad de Unificar

De la lectura de los anteriores apartes jurisprudenciales se advierte claramente que la cuestión de si los bienes de uso público se pueden entregar en arrendamiento no es pacífica.

Siendo ello así, resulta imperioso unificar el tratamiento jurídico de esta clase de bienes de modo que se ofrezca seguridad en torno a este tópico para la autoridad administrativa encargada de su custodia y gestión.

3.5.1. Pues bien, la Sección Tercera, en sus más recientes pronunciamientos, se ha inclinado por circunscribir la posibilidad de que los particulares usufructúen bienes de uso público al contrato de concesión y, por contera, niega toda posibilidad de arrendamiento, pues a su juicio, la naturaleza de este contrato implica entregar el uso y goce **exclusivo** del bien al arrendatario, cuestión ésta que desconoce características esenciales de los bienes de uso público, tales como que están al servicio de toda la comunidad y por ende son inalienables, inembargables e imprescriptibles. Incluso han determinado que cuando quiera que se celebre el contrato de arrendamiento sobre los citados bienes, ese negocio es nulo por tener objeto ilícito.

3.5.2. Por su parte las Secciones Quinta, Cuarta y Primera del Consejo de Estado le han dado un tratamiento diferente al tema, señalando que los bienes de uso público no ostentan un carácter absoluto y que por ello pueden ser objeto de arrendamiento. Como se observó, en los pronunciamientos de estas secciones es indiferente el tipo de vínculo contractual que recaiga sobre el bien, pues lo cierto es que en cualquiera de las aludidas fórmulas debe prevalecer la finalidad de uso colectivo a la que están destinados.

3.5.3. Bajo tales premisas, y habida cuenta de que el problema jurídico en el caso bajo examen se sustrae a determinar la procedencia del contrato de arrendamiento para bienes de uso público, pues fue el celebrado entre el Municipio de Támesis y un particular, debe la Sala unificar el punto prohijando la posición que la Sección Tercera ha venido sosteniendo, en cuanto a que la característica de exclusividad del contrato de

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

arrendamiento hace improcedente que un bien de uso público pueda reputarse como su objeto, dado que tal carácter es ajeno al concepto de este tipo de bienes.

3.5.4. Al respecto resulta pertinente estudiar el alcance de dicho contrato, de conformidad con lo expuesto por el artículo 1973 del Código Civil, que define el arrendamiento en los siguientes términos:

> *"**Artículo 1973.** El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado."*

La sentencia del 15 de marzo de 2001, proferida en el proceso número 25000-23-26-000-1993-09167-01 (13352), por la Sección Tercera de ésta Corporación, dio cuenta de los elementos de ese negocio jurídico, así:

> *"De la precitada definición se deduce que son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes los siguientes:*
>
> ***-. La concesión del goce o uso de un bien***
>
> *-. El precio que se paga por el uso o goce del bien*
>
> *-. El consentimiento de las partes ([21])*
>
> ***Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario**; para éste surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida (arts. 1982 ss y 1996 ss C.C.; art. 394 Código Fiscal de Bogotá - Acuerdo 6/1985).*
>
> *Son características del contrato de arrendamiento ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo de los dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo "en el cual las fases individuales de las prestaciones se pueden realizar con vencimiento fijo([22])"*
>
> *En relación con el contrato que se estudia, la Sala ha precisado:*
>
> > *"Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, **dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por***

[21] Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en Sentencia de abril 30 de 1970.
[22] Renato SCOGNAMILIO define así las obligaciones sucesivas en su obra *Teoría General del Contrato*, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1971; pág. 296.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> ***la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil.*** *([23])*
>
> *Josserand afirma que el arrendamiento de inmuebles es un contrato consensual y sucesivo, porque es de ejecución continua;* ***a cada instante debe el arrendador asegurar el goce de la cosa al arrendatario, quien está obligado, en compensación, a pagar el precio en las épocas convenidas*** *([24]).*
>
> *A su vez Fernando Vélez al diferenciar el arrendamiento de otras figuras jurídicas precisa:*
>
> > *"Tiene semejanza con la venta, pues en ambos se encuentran unos mismos elementos esenciales: consensus, res, pretium. Por esto, muchas veces se puede argumentar respecto de uno de esos contratos con analogía con el otro. Se diferencian principalmente en que la venta implica una obligación de dar, mientras que el arrendamiento implica la de hacer, o de otra manera: el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de una cosa al comprador, y* ***el arrendador sólo se obliga a hacer gozar al arrendatario de la cosa sin transmitirle el dominio de ella****, o de los servicios que deba prestarle."([25])"* (Negritas de la Sala).

Sobre los elementos esenciales del contrato de arrendamiento, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado:

> *"La definición que del contrato de arrendamiento trae el art. 1973 ibídem indica que* ***son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio****. En el primer caso, que es el que interesa en la litis de que ahora conoce la Corte,* ***la concesión del goce o uso de la cosa*** *y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran,* ***como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.***
>
> *"Así el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y oneroso como lo es el de arrendamiento. A su turno,* ***la concesión del uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso****."[26].* (Negritas de la Sala).

Siendo ello así, y en atención al análisis expuesto en el anterior acápite, es claro que uno de los elementos de la esencia del contrato de arrendamiento, es decir, aquéllos sin los cuales, o no existe, o degenera en un negocio distinto[27], es la

---

[23] Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001, expediente 16596.
[24] Luis JOSSERAND, Derecho Civil, Tomo II, vol. II; Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, 1951, pág. 127.
[25] Fernando VÉLEZ, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. Imprenta París - América. Tomo VII, pág. 358.
[26] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970.
[27] "***Artículo 1501. Cosas esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos****. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

entrega del uso y goce exclusivo del bien, circunstancia que riñe de manera abierta con la naturaleza de inmuebles como el objeto de la presente *litis*, debido a que, se reitera, están destinados al goce, disfrute visual y libertad de tránsito de todos los ciudadanos de manera libre e impersonal, esto es, no se predica, en manera alguna, exclusividad para un grupo de personas y menos para un sujeto determinado.

Resulta ilustrativo traer a colación un reciente fallo de la Subsección "C" de la Sección Tercera de ésta Corporación, en el que definió con claridad el alcance del contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal; veamos:

> *"**1.1. El contrato de arrendamiento en el marco del régimen de contratación estatal**[28]*
>
> *Son de la esencia del contrato de arrendamiento el que una parte se obligue a conceder el goce de una cosa determinada y la otra a pagar un precio determinado o renta como retribución por el goce que se le ha concedido.*
>
> *Por consiguiente la demostración de la celebración de éste contrato implicará que se acredite, de un lado, cuál es la cosa cuyo goce se ha concedido, y, de otro lado, cuál es el precio que ha de pagarse por la concesión de ese goce.*
>
> *Sin embargo, aunque el contrato de arrendamiento es consensual, por cuanto consiste en un acuerdo donde una parte concede el uso y goce de una cosa a cambio de una retribución, precio o renta que la otra ha de pagar por ello,[29] si en este contrato interviene como parte una entidad estatal, su perfeccionamiento y demostración implicará que el acuerdo de voluntades sobre estos elementos esté contenido en un documento que deberá presentarse como única prueba pertinente, se insiste, porque el contrato estatal es solemne por regla general.*
>
> *Asimismo, entre otras, dentro de las características del contrato de arrendamiento, se encuentra el ser sinalagmático, comoquiera que surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador, principalmente, consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y el goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo.*
>
> *Otra característica importante es su onerosidad porque ambas partes obtienen utilidad o beneficio de él.*
>
> *También el contrato de arrendamiento es conmutativo, toda vez que las*

---

la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

[28] Al respecto ver: Consejo de Estado, sentencias de 28 de marzo de 2012, Exp. 22.168 y de 29 de abril de 2015, Exp. 35.138; M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[29] Artículo 1973 del C. C.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

prestaciones a cargo de cada una de las partes se miran como equivalentes en relación con las asumidas por la otra.

Y, finalmente, es un contrato de tracto sucesivo, en la medida en que las obligaciones que de él surgen no se cumplen instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.

De lo anterior se resaltan las obligaciones que manan del contrato de arrendamiento, especialmente las correspondientes al arrendador que debe entregar la cosa al arrendatario para que, por supuesto, éste pueda usarla y gozarla y "librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada"[30].

De manera que si por razones diferentes a la mutación o reparación de la cosa arrendada, evento este que cuenta con otra regulación específica[31], el arrendatario es perturbado por el arrendador en el use y goce de la cosa arrendada, aquel tiene derecho a la indemnización de los perjuicios causados con la turbación[32].

Ahora, como "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe"[33] y este debe hacerse "bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación", se sigue que el arrendatario debe pagar al arrendador el canon pactado en la forma y momento acordado, así como el arrendador debe entregar la cosa arrendada en la forma y momentos pactados, so pena de incurrir en incumpliendo del contrato, comportamiento que implicará el deber de indemnizar perjuicios si con él se ha causado un daño al co-contratante".[34]

Paralelamente con estas obligaciones mutuas entre el arrendador y el arrendatario y una vez hecha la entrega del bien a éste último, surge para el arrendatario el derecho de que trata el artículo 1988 del Código Civil, de conformidad con el cual, "*Si el arrendatario es turbado en su goce por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la reparación del daño*", de tal manera que el arrendatario, que detenta el bien, puede ejercer dicho derecho frente a cualquier tercero que pretenda perturbarlo, para lo cual cuenta con la acción dispuesta en el artículo 978 del mismo Código.

3.5.4.1. Vale la pena aclarar, a esta altura de la disertación, que la regulación prevista en el artículo 674 del Código Civil en lo relativo al inciso tercero sobre los bienes de la Unión, se debe entender en consonancia con lo

[30] Numeral 3º del artículo 1982 del C. C.
[31] Artículo 1986 del C. C.
[32] Artículo 1987 del C. C.
[33] Artículo 1626 del C. C.
[34] Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2015 proferida en el proceso identificado con el número de radicación 73001-23-31-000-2003-00634-01 (37.566).

dispuesto en el artículo 1981 del mismo Estatuto, es decir, referido a los bienes fiscales[35]. Las normas en cita son del siguiente tenor:

> *"**Artículo 674. Bienes públicos y de uso público**. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.*
>
> *Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.*
>
> *Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".* (Subrayas de la Sala).
>
> ***Artículo 1981. Arrendamiento de bienes públicos.** Los arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales."* (Subrayas de la Sala).

La Corte Suprema de Justicia ha puntualizado las diferencias entre el bien de uso público y el bien fiscal. Este también denominado "bien de la Unión", de la siguiente manera:

---

[35] El doctor José Alejandro Bonivento Hernández precisó lo siguiente:

"214. Arrendamiento de bienes de entidades de derecho público

Preceptúa el artículo 1981 del Código Civil: *"Los arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales.". Quiere significar esta norma que cuando una entidad de derecho público celebra un contrato de arrendamiento, obra como una persona de derecho privado sometiéndose a las disposiciones del arrendamiento en general, salvo aquéllas exigencias que normas o código especiales dispongan".* (Bonivento Fernández, José Alejandro. "*Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*". Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 407).

A estos efectos, deberá entenderse que su referencia a la disposición en cita se circunscribe al bien fiscal, pues el mismo autor en su obra indica que no es posible arrendar bienes de uso púbico, tal y como se referenció en el siguiente análisis

"***c) Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada.** El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar. Las excepciones surgen de las prohibiciones de ley. Casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse; por ejemplo: un bien embargado o secuestrado puede ser arrendado, sin autorización del juez o del acreedor, pero no puede ser vendido por tener objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto es el artículo 1521 del Código Civil. La Razón emana de la misma naturaleza del contrato de arrendamiento que excluye cualquier posibilidad de disposición de la cosa.*

No se pueden arrendar:

a) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.

b) El derecho alimentario.

c) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.

d) Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc." (Subrayas de la Sala).

(Bonivento Fernández, José Alejandro. "*Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*". Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 406).

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Ahora, en razón a la connotación que con relación a la acción promovida tiene la naturaleza jurídica del bien pretendido por la actora, el que ha catalogado como de "uso público", se hace necesario aludir a algunos aspectos generales concernientes a su definición y regulación, dada la repercusión en el tema a probar, lo que interesa para el caso debido a la modalidad del reproche planteado.

El artículo 674 del Código Civil, estatuye que "[s]e llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. – Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio" (se subraya).

Con base en la citada disposición, se ha entendido que involucra los denominados (i) "bienes fiscales", caracterizados porque sirven a las entidades estatales para el desarrollo de sus actividades y prestación de los servicios atinentes a sus funciones, los que a pesar de estar regidos por el derecho público, son poseídos y administrados como lo hacen los particulares con los que integran su patrimonio, por ejemplo, los edificios de su propiedad abiertos a la comunidad con ese propósito, y de otro lado, (ii) los "bienes de uso público", cuyo disfrute constituye una prerrogativa concedida a todos los habitantes, hallándose de manera permanente a su disposición, como las calles, los parques, etc.

Con relación a esa temática, en sentencia CSJ, 6 oct. 2009, rad. 2003-00205-01, se memoró:

> *"En cuanto atañe a las diferencias entre la propiedad ejercida por el Estado sobre los bienes de uso público y la que ostentan los particulares frente a los propios, dijo esta Corporación „sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que esta se compone, se encuentra, el usus no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el fructus no existe, en tesis general, y el abusus tampoco existe en relación con tales bienes por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En esos bienes, observa Demófilo del Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad, sino un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común: en todo caso el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio sui géneris´ (Sala de Negocios Generales de 26 septiembre de 1940, G.J. Tomo L, pág 254)".*

Igualmente, en el fallo CSJ, 29 jul. 1999, rad. 5074, se expresó:

> *"(…) El artículo 674 del Código Civil, luego de precisar que los bienes de la Unión son las cosas cuyo dominio corresponde a la República, distingue entre aquellos cuyo „... uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos" y a los cuales denomina „bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio", de estos otros, también de la Unión, „cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes ...", a los que llama simplemente „bienes de la unión o bienes fiscales".*

De la simple lectura del aludido precepto se infiere que, según el Código Civil, los bienes de la „Unión" se clasifican en dos: De un lado, los de uso público, como las calles, plazas, puentes y caminos, y, de otro, los fiscales, es decir, aquellos que no estando adscritos a la prestación de un servicio público,

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

forman parte del patrimonio estatal, ya sea por disposición constitucional, o porque han sido adquiridos por la Nación, los departamentos, los municipios y, en general las entidades de derecho público, para destinarlos a la organización de los fines que le son propios, siendo su uso común restringido o reprimido, distinción ésta que, como es sabido, se funda en conceptos de un nítido perfil romanista.

En cuanto a los primeros, los de uso público, débese precisar aquí que se caracterizan, como su nombre lo anuncia, porque, como acontece con algunos de propiedad privada, están destinados al uso común; porque son inalienables e imprescriptibles y, finalmente, porque pertenecen, salvo los privados afectados al uso público, a entidades de derecho público, exigencia esta última entendida en el sentido de que se encuentran sometidos a una singular, pero innegable, potestad estatal que excluye la propiedad privada sobre ellos, ya sea porque, como piensan algunos, tal poder configura un „dominio eminente", traducido en meras facultades de policía administrativa que apenas le conceden a su titular las facultades de guarda y vigilancia, sin estructurar, en todo caso, un derecho de propiedad en sentido estricto, o ya, como piensan otros, como un genuino derecho público de propiedad cuyo ejercicio puede diferir en varios aspectos del modo como los particulares despliegan su poder sobre los bienes, pero sin ser sustancialmente distintos.

De manera complementaria al anterior precedente, en el fallo CSJ SC, 10 sept. 2010 (sic) [2013], rad. 2007-00074, se precisó lo siguiente:

> *"Ambos tipos de bienes hacen parte del patrimonio del Estado. La diferencia entre ellos radica en su destinación y régimen.*
>
> *Los de uso público están a disposición de la comunidad, es ella quien los utiliza. En síntesis, sus características esenciales son: el titular del dominio es el Estado; están afectados al uso común de los asociados; no son susceptibles de comercializarse; son inalienables e imprescriptibles y su régimen es de derecho público.*
>
> *Los denominados fiscales no están al servicio de la comunidad, sino para la utilización de su titular con miras a realizar sus fines, independientemente de su connotación de entidad pública. Inclusive, los administra como si fuera un particular, confluyendo en ellos atributos de la propiedad que le permiten gravarlos, enajenarlos o arrendarlos, entre otros actos. De ahí que el régimen jurídico aplicable es el del ordenamiento civil o comercial, sin perjuicio de la reglamentación general y especial aplicable, según el caso.*
>
> *Sin embargo, a pesar de que su „uso no pertenece generalmente a los habitantes", por ese solo hecho no se desconocen las repercusiones favorables que su detentación irroga a todos los ciudadanos, pues, el propósito de la administración pública en conjunto no es otro sino el bienestar común, es por ello que de conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política „[l]os diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".*

Es claro, entonces, que tanto los bienes de uso público como los fiscales están destinados al cumplimiento de los fines del Estado, y por ello son objeto de protección legal frente a las eventuales aspiraciones de los particulares para apropiarse de ellos. Y esa es la razón por la que la Constitución y la ley

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

consagran la prohibición expresa de que se declare la pertenencia de los mismos".[36]

3.5.4.2. Teniendo entonces en cuenta los derechos y acciones que surgen para el arrendatario, derivadas del contrato de arrendamiento y la protección que ellas ofrecen al uso y goce exclusivo, y siguiendo, la abundante jurisprudencia que sobre la materia ha trazado la Sección Tercera de esta Corporación, bien puede concluirse que no es procedente entregar en arrendamiento bienes de uso público. La sentencia del 18 de marzo de 2004 expedida en el proceso identificado con el número 52001-23-31-000-2002-01750-01 por la citada Sección definió el tema de la siguiente forma:

"De otro lado, como lo ha reiterado la jurisprudencia[37] *el contrato de arrendamiento supone actos de administración más no de disposición, toda vez que el arrendamiento no transfiere el dominio del bien, sino simplemente el derecho de uso y goce de la cosa arrendada, el cual se encuentra protegido frente a cualquier clase de perturbación o molestia, por lo que no es posible arrendar un bien de uso público, ya que iría en contravía de su propia naturaleza y finalidad.*

De esta forma, los bienes de uso público están destinados al uso, goce, disfrute visual y libertad de tránsito por parte de todos los ciudadanos, por lo que, atendido a tales finalidades, no es jurídicamente viable que dichos bienes sean entregados en arrendamiento, dado que es de la esencia de dicho contrato el uso y goce exclusivo, sin ningún tipo de perturbación o molestia.

En tales condiciones, al celebrase sobre los bienes de uso público el mencionado negocio jurídico, el acuerdo contractual estaría viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito, según lo prescriben los artículos 1519 y 1521 del Código Civil.

En este sentido, esta Corporación ha señalado:

> *"En consecuencia, el denominado "contrato de arrendamiento" por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bienes de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidad que, sin duda resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bienes".*[38]

No obstante, debe precisarse, además, que en el marco del ordenamiento jurídico, con el fin de preservar y asegurar la correcta y debida utilización de

---

[36] Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 15 de julio de 2014, proferida en el proceso número 11001-3103-015-1974-04287-01 Magistrada Ponente: Ruth Marina Diaz Rueda. Número de Providencia: SC9166-2014.
[37] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 16.596 de 16 de febrero de 2001.
[38] Ibídem.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> *este tipo de bienes, las autoridades estatales bien pueden reglamentar el uso de tales bienes, para evitar una utilización abusiva, caprichosa o arbitraria*[39]*, en orden de lograr, al propio tiempo, una mejor realización del interés general, para cuyo propósito, aquellas podrán establecer determinados requisitos y fijar algunas restricciones, como por ejemplo de horarios, periodos, actividades posibles de realizar, etc.".* (Subrayas de la Sala).

Tal visión venía haciendo carrera en la Sección Tercera desde el 16 de febrero de 2001, cuando se dictó fallo en el expediente número 16596, a que se ha aludido en el numeral 3.4.5., que dada su importancia es preciso traer nuevamente a colación:

> *"Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio*[40]*, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita*[41]*.*
>
> *Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad."*

La naturaleza de los bienes de uso público así como la esencia del contrato de arrendamiento impiden concebir que uno y otro encuentren una confluencia válida en el plano jurídico ya delineado desde la perspectiva de las normas que gobiernan cada materia. Tal aspecto ha venido siendo advertido en distintas decisiones entre las cuales vale la pena resaltar la expedida el 15 de agosto de 2007, que sobre el punto reseñó:

> *"Por manera que cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad del espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en el acceso al espacio público (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares*

---

[39] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 0055 de 25 de abril de 2002.
[40] Según el profesor JOSE J. GOMEZ "los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno." Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.
[41] Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes referida.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

(privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) ajeno a su destinación al uso común general.[42]

De ahí que los concejos como autoridades que reglamentan los usos del suelo deben respetar y asegurar el acceso de todos los administrados al uso común de dichos bienes.

En consecuencia, los bienes de uso público y su expresión del espacio público, al tener las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pueden entregarse por lo mismo a ningún título a los particulares si con ello se vulnera la destinación al uso común que a ellas corresponde por mandato superior; de modo que, sólo excepcionalmente las autoridades administrativas están habilitadas para la celebración de algunos contratos cuando quiera que con ellos justamente se esté garantizando la destinación de dichos bienes al uso común.

(…)

Con esta perspectiva, la Sala no ha dudado en decretar la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato de arrendamiento de bienes de uso público, en tanto esta modalidad contractual afecta su destinación al uso común:

> *"Estas premisas sirven de fundamento a la Sala para concluir que los bienes de uso público no son susceptibles de ser arrendados por las razones siguientes:*
>
> *"Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio*[43]*, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita*[44]*.*
>
> *"Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad.*
> *(…)*

---

[42] "La utilización colectiva, o uso común, es la que tiene lugar por el público en general y, por tanto, indiscriminadamente, en forma anónima, sin necesidad de título alguno. Este es el tipo de utilización que corresponde a las vías públicas terrestres (carreteras, calles, plazas, paseos) (…) Normalmente, la utilización de los particulares se traducirá en una actividad de circulación o en una situación de breve estacionamiento, pudiendo, en ocasiones, llegar a aprovecharse de los frutos o productos de la dependencia demanial (pesca, caza).
El uso común general, o régimen normal de las utilizaciones colectivas, se rige por los principios de libertad, igualdad y gratuidad, principios que deben respetar los actos administrativos o disposiciones que se dicten sobre la utilización de estos bienes" PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, III, Bienes públicos-derecho urbanístico, Marcial Pons, Madrid, 2002, novena edición, p. 76.

[43] Según el profesor JOSE J. GOMEZ "los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno." Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

[44] Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes referida.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> *"En consecuencia, el denominado "contrato de arrendamiento" por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento "no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien".* [45]
>
> *"La posibilidad de garantizar la destinación del bien a su uso común, podría realizarse a través de acuerdos celebrados entre el Estado y los particulares (como por el ejemplo el contrato de mandato o representación y administración), siempre y cuando no atenten contra la naturaleza e integridad de los bienes de uso público, sino que por el contrario su objeto sea la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a dichos bienes."*[46]

Vistas así las cosas, la Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento[47], quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto.

---

[45] CESAR GOMEZ ESTRADA. De los principales contratos civiles. Santafe de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pág. 183.

[46] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de febrero 16 de 2001, Radicación número: 16596, Actor: Personería de Santafe de Bogotá, D.C, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de noviembre 11 de 1999, Exp. 5286, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, en esta providencia se deja en claro que los bienes que pueden ser susceptibles de arrendamiento son únicamente los bienes fiscales.

[47] Sobre el punto es preciso traer a colación el análisis del doctor José Alejandro Bonivento Hernández:

"***c) Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada.*** *El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar. Las excepciones surgen de las prohibiciones de ley. Casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse; por ejemplo: un bien embargado o secuestrado puede ser arrendado, sin autorización del juez o del acreedor, pero no puede ser vendido por tener objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto es el artículo 1521 del Código Civil. La Razón emana de la misma naturaleza del contrato de arrendamiento que excluye cualquier posibilidad de disposición de la cosa.*

No se pueden arrendar:

e) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.

f) El derecho alimentario.

g) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.

h) Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc." (Subrayas de la Sala).

(Bonivento Fernández, José Alejandro. "*Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*". Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008, p. 406).

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), **por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 Superiores).** Por ende deberá asumirse que además de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, se trata de bienes afectados a una destinación de interés general, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad.

Los anteriores razonamientos permiten concluir que los bienes de uso público tienen un doble ángulo: Por un lado confieren a la colectividad el derecho de usarlos y disfrutarlos, pero con limitaciones; es decir, como cualquier otro derecho, la facultad de aprovecharse de estos bienes no es del todo absoluta, y por ende la Administración tiene la potestad de restringirlo proporcionadamente por razones de utilidad pública o interés social, tal y como ocurre por ejemplo cuando se implementan horarios de acceso a determinados bienes motivados en la seguridad ciudadana o de intereses de mayor envergadura.

De otra lado, vemos cómo los derechos que se confieren a los particulares concesionarios o beneficiarios de una licencia para el uso y explotación de bienes de uso público son de aquellos que tanto la jurisprudencia como la doctrina ha denominado “precarios” o “relativos”[48], es decir, respecto de ellos no se puede

---

[48] Valbuena Hernández, Gabriel. “*La defraudación de la confianza legítima*”. Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 491 a 494.
“Según RAFAEL HERNÁNDEZ ACEVEDO, mediante el término “precario” se designan, por un lado, aquellas situaciones en las que el particular ocupa un bien o realiza una actividad desprovisto de un título expreso que lo ampare, aunque contando con el conocimiento o con la aquiescencia de la administración. Constituyen igualmente situaciones de carácter precario las ocupaciones abusivas que se producen contra la voluntad o sin el consentimiento de la administración y que por lo mismo se encuentran desprovistas de un título justificativo, bien sea porque nunca lo tuvieron o porque el habido perdió su eficacia. (FERNANDEZ ACEVEDO. “Sobre la figura del precario administrativo”, cit., p. 269.).
Se presenta así mismo determinadas situaciones jurídicas que a pesar de sustentarse en un título justificativo, válido y eficaz, se caracterizan por tener una naturaleza eminentemente precaria, al haberse consagrado, a manera de reserva, la posibilidad de que la administración las modifique o revoque en cualquier tiempo por razones estrechamente asociadas al interés general. En ese orden de ideas, las situaciones particulares y concretas de carácter precario, surgidas a partir de la expedición de un acto o la celebración de un contrato de tal naturaleza, pueden ser eliminadas, terminadas o revocadas en cualquier tiempo por motivos de interés público. En estos casos, el carácter precario de la situación, reside en el hecho de haber recibido una autorización, una licencia o un permiso, una merced o una concesión, cuyo ejercicio o disfrute en el tiempo depende

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

predicar la existencia de una situación jurídica concreta o reclamar la existencia de un derecho adquirido, pues se trata de derechos provisionales o transitorios, en la medida que pueden modificarse o extinguirse cuando cambia la regulación en que se fundamentan o cuando se presentan circunstancias de hecho que hacen que, fundándose en el interés general, sean revocados o modificados.

Entonces, se observa que el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público no otorga poder de disposición de manera absoluta de parte de la comunidad sobre los bienes de los que se predica la existencia de ese derecho colectivo, y que el particular facultado para su usufructo tiene también un derecho precario o relativo sobre tal bien. En tal contexto, no resultaría conveniente, ni jurídica ni fácticamente, restringir la posibilidad de que los particulares administren los bienes públicos en una forma contractual o unilateral, cuando en realidad debe partirse de la propia naturaleza de esos bienes y de las ya anotadas características que devienen de su régimen constitucional y legal. La exigencia es la proyección de tales condiciones directamente sobre el contenido del acto o contrato y que las condiciones allí consagradas se encuentren acordes con los principios básicos de la gestión de este recurso de las comunidades, los cuales se verían protegidos siempre que se garanticen los siguientes presupuestos:

a. Que exista un vínculo jurídico formal, sea mediante acto administrativo o contrato. Si se trata de la celebración de un negocio jurídico, éste no puede

---

de unas condiciones resolutorias consagradas en la ley o establecidas contractual o unilateralmente por parte de la Administración.
(…)
Cuando por la existencia misma del acto o por la existencia de una cláusula de reserva se conozca de manera anticipada la posibilidad jurídica de que en cualquier momento la administración disponga su revocación, no podrá invocarse la protección de la confianza legítima, ante la ausencia del carácter inesperado de dicha decisión. Dicho en otras palabras cuando el administrado ha sido advertido previamente del carácter precario y efímero del acto administrativo que lo favorece, no puede declararse sorprendido ni burlado en su confianza cuando de un momento a otro la administración haga uso de su atribución de retirarlo de la vida jurídica, particularmente cuando se han definido unas causales expresas para que pueda proceder su revocatoria. (Cfr. EVA DESENTADO ROCA. El precario administrativo, un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario, MADRID, Arazandi, 2006).
(…)
En este sentido, la estipulación de una cláusula de pre3cario constituye un anuncio anticipado de que la administración se reserva la facultad de decretar la modificación o revocación del título otorgado, sin que el afectado pueda hacer nada para evitarlo, ni intentar ninguna acción encaminada a obtener una indemnización. Al respecto, MIGUEL S. MARIENHOFF, en su trascendental contribución al estudio del régimen jurídico del dominio público, comenta que "El hecho mismo de que la revocación del premiso por principio general, y sin necesidad de cláusula expresa que así lo establezca, no entrañe indemnización, demuestra que no se trata de un derecho subjetivo, ya que sería inconcebible el sacrificio de un derecho sin el correlativo resarcimiento por el menoscabo sufrido" (Citado por CARLOS GRECCO y GUILLERMO MUÑOZ. La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones. Buenos Aires. Depalma, 1992, p.23).
(…)"

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

ser el de arrendamiento.

b. Que se otorgue un uso temporal del bien.

c. Que el objeto sea compatible con la naturaleza del espacio público, es decir, que no se cause afectación de los derechos colectivos.

d. Que se asegure por parte de la Administración un seguimiento oportuno y adecuado a la ejecución del contrato con el fin de garantizar el uso de parte de la comunidad.

3.6. Nulidad del contrato

En el contexto descrito, la celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público con un particular no sólo vulnera el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público en la manera en que se anotó previamente, sino que además conduciría a la declaratoria de nulidad de ese negocio por objeto ilícito, tal y como se ha resuelto en los juicios contractuales adelantados ante la Sección Tercera:

> *"A su vez, el artículo 1519 del CC, establece que: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación" y el artículo 1523 del mismo estatuto establece que "Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes."*
>
> *En estas condiciones, está viciado de objeto ilícito el contrato que se celebra contraviniendo el derecho público, como ocurre cuando un ente público se obliga a entregar un bien de uso público a un particular para su uso y goce, con desconocimiento del derecho constitucional y legal que le asiste a todo administrados, de conformidad con lo previsto en lo artículos 63 de la Constitución Política, 674 del Código Civil y 5 de la ley 9 de 1989.*
>
> *Para la Sala es evidente que el contrato de arrendamiento N° 073 de 1990, se suscribió con violación de normas imperativas relativas al régimen de los bienes de uso público, lo que configura la causal de nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito, prevista en el literal b. de los referidos artículos 78 del Decreto ley 222 de 1983 y 1521 del C. C.*
>
> ***Con fundamento en todo lo anterior la Sala declarará oficiosamente la nulidad absoluta del contrato y definirá las restituciones mutuas a que haya lugar, previo a lo cual se pronunciará sobre otras irregularidades que se advierten en el presente caso".***[49]

Uno de los pronunciamientos más recientes sobre el particular precisó lo siguiente:

> *"4.4.2. De entrada es preciso señalar que el régimen al que se sujetó el contrato de arrendamiento 034/94 del 22 de septiembre de 1994 es el*

[49] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de dos mil cinco (2005), proferida en el proceso número 25000-23-26-000-1991-07392-01(12249). M.P. Alier Eduardo Hernández.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

prescrito en la Ley 80 de 1993, en tanto fue suscrito en vigencia de dicha norma y por una unidad administrativa especial del orden nacional con personería jurídica, es decir, una entidad estatal[50]*. La cuestión que se plantea en el presente asunto tiene que ver con establecer la nulidad absoluta del contrato sub júdice. Para el efecto, se impone analizar si el inmueble es de uso público y, de ser así, si sobre él recayó un contrato de arrendamiento y si esta categoría jurídica es admisible respecto de este tipo de bienes.*

En ese orden, el objeto del contrato en estudio recayó sobre "una zona verde ubicada en la Unidad Deportiva "El Salitre". En ese orden, el artículo 5 de la Ley 9 de 1989 dispone: "Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes". Más adelante precisa: "Así, constituyen el Espacio Público de la ciudad (…) las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, (…) zonas verdes (…)".

(…)

En el presente asunto tenemos que la zona verde objeto del contrato de arrendamiento se encuentra dentro del área de recreación pública denominada Unidad Deportiva el Salitre, situación que confirma la Procuradora de Bienes de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito al aclararle a la demandada que dicho predio ***"constituye zona verde y por su carácter no es susceptible de arrendamiento*** *(se destaca)" (fl. 55, c. ppal). En esos términos, se trata de una parte del espacio público, dado "su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes", es decir, es un bien de uso público y no un bien fiscal como lo señaló el actor*[51]*.*

De otro lado, en el contrato en cuestión las partes acordaron en el otorgamiento del goce o uso de un inmueble a cambio de un precio, es decir, cumplieron los elementos esenciales de un contrato de arrendamiento; a este respecto, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado lo siguiente:

> *La definición que del contrato de arrendamiento trae el art. 1973 ibídem indica que son de su esencia, de un lado, una cosa, cuyo uso o goce*

---

[50] El literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 dispone que son entidades estatales, entre otras: *"a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".*

[51] Sobre las características de los bienes fiscales, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad se dijo: *"Así pues, una caracterización de los bienes fiscales o patrimoniales del Estado pasaría por afirmar que se trata de bienes que (i) pertenecen a una persona jurídica de derecho público; (ii) están destinados a servir como instrumentos materiales para el ejercicio de funciones públicas o para la prestación de servicios a cargo de las entidades estatales; (iii) el Estado los administra de conformidad con el régimen jurídico que al tipo de bien del cual se trate proporciona el derecho común y (iv) son embargables, enajenables e imprescriptibles. En esa oportunidad se dijo: Así pues, una caracterización de los bienes fiscales o patrimoniales del Estado pasaría por afirmar que se trata de bienes que (i) pertenecen a una persona jurídica de derecho público; (ii) están destinados a servir como instrumentos materiales para el ejercicio de funciones públicas o para la prestación de servicios a cargo de las entidades estatales; (iii) el Estado los administra de conformidad con el régimen jurídico que al tipo de bien del cual se trate proporciona el derecho común y (iv) son embargables, enajenables e imprescriptibles".*

concede una de las partes a la otra o la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, y del otro, el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, que es el que interesa en la litis de que ahora conoce la Corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo celebran, como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas.

Así, el pago de un precio por una de las partes a la otra, sin que quien lo hace reciba contraprestación alguna, convertiría el acto jurídico en una donación, por ejemplo, pero en ningún caso podría configurar un contrato bilateral, conmutativo, temporal, de ejecución sucesiva y oneroso como lo es el de arrendamiento. A su turno, la concesión del uso o goce de una cosa sin contraprestación económica, estructuraría un contrato no ya de arrendamiento sino un típico comodato o préstamo de uso"[52] *(Se subraya y destaca).*

En claro que el contrato de arrendamiento recayó sobre un bien de uso público, esta Corporación ha considerado su inviabilidad en los siguientes términos[53]*:*

En conclusión, las particularidades propias de los bienes de uso público impiden que ellos puedan constituirse en objetos materiales de un contrato de arrendamiento, pues la prohibición constitucional y legal consistente en que respecto de bienes de esta naturaleza se configuren situaciones jurídicas en provecho exclusivo de determinadas personas —menos aún situaciones jurídicas de carácter real y más claramente proscrito todavía, derechos reales de titularidad de particulares— torna jurídicamente imposible que concurra uno de los elementos que determina la función económico-social del contrato de arrendamiento, cual es el referido a que el precio que paga el arrendatario lo entrega al arrendador a cambio de que se le conceda el uso y goce exclusivo de la cosa arrendada. En la medida en que esa exclusividad resulta insostenible jurídicamente cuando se trata de bienes de uso público, es evidente que éstos no pueden constituirse en objeto material de contratos de arrendamiento. Razón de más, si cabe, para insistir en que el contrato No. 002 de 1994, celebrado entre las partes en el presente proceso, jurídicamente NO puede ser de arrendamiento, aunque tal hubiera sido el nomen que, en su momento, le atribuyeron las partes y, por tanto, si en realidad dicho contrato hubiere correspondido al tipo de arrendamiento necesariamente la Sala habría debido declararlo nulo, de nulidad absoluta, en cumplimeinto de las disposiciones consagradas en tal sentido tanto en el artículo 45 de la Ley 80 como en el artículo artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, regulación que en lo general coincide con las previsiones consagradas en el artículo 1742 del Código Civil.

En los términos expuestos se confirmará la decisión del a quo de anular el contrato en estudio.

En esos términos, se impone ordenar las restituciones mutuas, en el sentido de ordenar la devolución de las sumas recibidas por la demandada, no así al actor ante la inejecución del contrato, para efectos de retrotraer las cosas al momento antes de la celebración del contrato como consecuencia de su anulación, aún en el caso de objeto ilícito, como corresponde en el presente

---

[52] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de abril 30 de 1970.
[53] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14.390, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

asunto, teniendo en cuenta que no se demostró que hubieran actuado a sabiendas del vicio aquí declarado[54]. En esos términos se procederá, así:

(…)".[55]

Vistas así las cosas, es menester también pronunciarse en torno a la viabilidad de declarar la nulidad de contratos estatales, siempre que se encuentre vulnerado un derecho colectivo, en escenarios propuestos bajo la arista de una acción popular y al amparo de la remisión que se hace al Código Contencioso Administrativo[56], en cuanto fuere esta Jurisdicción la competente para conocer de la controversia[57].

Resulta pertinente aclarar que la sentencia proferida por esta Sala, el 13 de febrero de 2018, en el proceso número 25000-23-15-000-2002-02704-01 (SU), en relación con la procedencia de estudio de legalidad de actos administrativos en este tipo de acciones en vigencia del régimen del Decreto 01 de 1984, no es aplicable al caso *sub* examine, dado que lo debatido en el asunto de la referencia recae sobre un objeto distinto, esto es, sobre un contrato y no un acto administrativo. Así, aún cuando en esa providencia se aludió tangencialmente a la procedencia de la acción popular contra contratos, se tiene que constituye un *obiter dicta* y no hace parte integrante de la *ratio decidendi* de aquél fallo, por lo que, en tal carácter, no vincula la decisión de la Sala en esta oportunidad.

Siendo ello así, debe la Sala aclarar que la posición que prohíja es la que ha venido asumiendo la Sección Tercera en casos semejantes desde el 5 de octubre de 2005, fallo en el cual se unificó el criterio de la siguiente manera:

"2. Las acciones populares frente al contencioso contractual

---

[54] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 12.249, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. En dicha oportunidad se precisó: *"Aplicado lo anterior al análisis del supuesto contenido en el artículo 1525 del CC, para que no pueda repetirse lo que se haya dado o pagado por virtud del contrato anulado, se concluye que el término a sabiendas requiere la conciencia, el real conocimiento y convencimiento de tres hechos fundamentales: i) que existe la disposición legal, ii) que la norma que la contiene es aplicable al caso concreto y iii) que con la celebración del contrato se está obrando en contra de la ley. // Se advierte además que tales supuestos no se presumen, sino que deben probarse".*

[55] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "B". Sentencia del 28 de septiembre de 2012 proferida en el proceso número 25000-23-26-000-1997-13541-01 (25747), con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo. Tal lineamiento puede verse también desarrollado en sentencia del 30 de enero de 2013 expedida en el expediente identificada con el número de radicación número 25000-23-26-000-1996-11978-01 (26643) cuya ponencia fue también de la Consejera de Estado Stella Conto Díaz del Castillo.

[56] Artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

[57] Se hace la claridad de la remisión normativa, toda vez que en vigencia de la Ley 1437 de 2011 no hay lugar a discutir tal aspecto pues existe previsión expresa del Congreso de la República en torno a esa hipótesis no puede el juez anular el contrato, puesto que para conjurar el riesgo o vulneración del derechos o derechos colectivos de que se trate, tiene a su disposición la adopción de cualquier medida que resulte eficaz para lograr ese objetivo.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

No ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en punto a determinar el alcance de las competencias del juez popular cuando se enfrenta a la definición de los alcances de sus atribuciones, en particular, si la defensa de los derechos o intereses colectivos le permite adoptar decisiones que involucren pronunciamiento de legalidad de actos o contratos de la Administración.

La interpretación de las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre el alcance de las facultades del juez popular, en lo que hace a revisión de la legalidad de actos y contratos de la Administración, ha experimentado una evolución, no exenta de contradicciones, y sus diversos criterios pueden agruparse en dos grandes líneas jurisprudenciales. Hay que señalar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia se debió -en parte- a que en un comienzo todas las secciones conocían de los más disímiles asuntos, circunstancia que vino a ser remediada con la expedición del Acuerdo 55 de 2003, por el cual se reformó el reglamento interno del Consejo de Estado, el cual atribuyó exclusivamente a la sección tercera el conocimiento de las acciones populares interpuestas en materia contractual, lo mismo que las atinentes a la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa. [58]

Una primera línea jurisprudencial[59]*, si bien parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, exceptúa de su conocimiento el control de la legalidad del contrato, por tratarse de un tópico propio de la acción contractual*[60]*. En otras palabras, conforme a este criterio la acción popular no es de recibo para controvertir la legalidad del contrato estatal, como que al efecto la ley prevé otro medio de defensa judicial, esto es, la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A.*[61]*; corresponde entonces al juez natural de conocimiento resolver el asunto*[62]*(…).*

En contraste, una segunda tendencia jurisprudencial ha entendido que es posible examinar la legalidad del contrato estatal en orden a determinar si

---

[58] "Cfr. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003: *"El Consejo de Estado conoce, hoy en día, de las acciones populares -en segunda instancia- por la disposición del parágrafo del artículo 16 de la ley 472 de 1998, competencia que, en el enunciado legal, es transitoria, hasta tanto se pongan en funcionamiento los juzgados administrativos que fueron creados por la ley 446 de 1998.//Probablemente por la provisionalidad de la atribución legal, el conocimiento de tales acciones se distribuyó por igual, entre las cinco secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo para que las decidieran en última instancia, circunstancia que ha generado interpretaciones diversas, en ocasiones contrapuestas, sobre puntos que merecían idéntico tratamiento, sin que exista posibilidad alguna de unificación jurisprudencial, dado que por decisión de la propia corporación, frente a tales fallos no procede el recurso extraordinario de súplica.//Por ello, el Consejo de Estado, mediante Acuerdo No. 55 de 2003, reformó su reglamento interno para lograr una distribución racional de las acciones constitucionales; concretamente, en cuanto atañe a las acciones populares, la reforma prevé que la sección tercera conocerá de las que versen sobre asuntos contractuales así como de las relacionadas con el derecho colectivo a la moralidad administrativa; en los demás casos, la competencia corresponderá a la sección primera de la Corporación."*

[59] *"Se han agrupado en dos grandes tendencias obviando las diferencias de matiz. Quizás es más procedente desde el punto de vista metodológico un estudio en función de cada Sección como el que se encuentra en HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier. Las acciones populares y la validez de los contratos estatales, Conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, agosto de 2003".*

[60] *"En CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, Auto del 24 de mayo de 2001, Exp. AP 076, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Pero esta postura no es uniforme al interior de las providencias expedidas por esta sección. // Es también el criterio de algunas de las providencias de la Sección Cuarta. Vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 30 de mayo de 2002, Exp. AP 0106; Sentencia de 16 de agosto de 2002, Exp. AP 1768".*

[61] *"Fue el criterio adoptado por la Sección Segunda. Ver CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Exp. AP 025, C.P. Carlos Arturo Orjuela; Subsección A, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 156, C.P. Jesús María Lemos B.; Sentencia de 5 de julio de 2001, AP 068 C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia de 4 de abril de 2002, AP 897".*

[62] *"CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de abril de 2001, Exp. AP 0089".*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

amenaza algún derecho colectivo,[63] *de modo que la acción popular en estos eventos resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario.*

(…)

Nótese que la jurisprudencia ha adoptado soluciones disímiles, por no decir antinómicas, que "van desde la negativa rotunda a cualquier control -incluido el de la validez- de los contratos estatales, hasta la plena aceptación del mismo, la admisión de la posibilidad de que el actor popular solicite la nulidad absoluta del contrato estatal o de que el juez la declare de oficio, la suspensión de procesos precontractuales para que se cumplan determinados requisitos que el juez entiende necesarios para la tutela adecuada de los derechos colectivos, la suspensión temporal de los efectos de un contrato mientras el juez de la acción ordinaria contractual se pronuncia sobre su validez, la suspensión de obras que son fruto de un contrato por encontrarlas contrarias a dichos derechos, etc. En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular"[64] *(subrayas del texto en cita).*

---

[63] *"Es el criterio de otro grupo de providencias de la Sección Primera, que sin ocuparse de teorizar al respecto entró a evaluar la legalidad de los contratos acusados vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. AP 158, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia de 3 de mayo de 2002, Exp. AP 0308; Sentencia de 30 de noviembre de 2000, Exp. AP 115. En providencia de 19 de febrero de 2004, Exp. 20020055901 , C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta La Sección Primera fue explícita al señalar que "…la acción popular puede ejercerse respecto de actos administrativos y contratos estatales en la medida en que su existencia o ejecución implique un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y por lo tanto con el único fin de evitar el primero o hacer cesar los segundos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, de suerte que sólo en esas circunstancias, esto es, cuando se vulnere o amenace un derecho colectivo y con el exclusivo fin de procurar su protección, es posible que en virtud de dicha acción se examine uno cualquiera de esos actos o la viabilidad o condiciones de su ejecución, sin que ello signifique que la misma sustituya, desplace o derogue las acciones contencioso administrativas previstas como mecanismos normales para el control de legalidad de los mismos, de suerte que el uso de la acción popular a esos fines es excepcional y restrictiva. //La Sección Tercera desde un comienzo admitió la procedencia de la acción popular frente a contratos estatales, al encontrar determinado que no se trata de un instrumento procesal subsidiario. Aunque en un comienzo pareció negarlo desde el punto de vista conceptual (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Exp. AP 057, C.P. Jesús María Carrillo), en ocasiones ha reconocido su procedencia aunque no se haya ocupado de analizar la legalidad de los contratos atacados en la práctica ha terminado por suspender el contrato estatal (Sentencia de 17 de junio de 2001, Exp. AP 166, C.P. Alier E. Hernández Enríquez), mientras que en otras oportunidades ha admitido la posibilidad de decretar la nulidad de un contrato o un acto administrativo que afecte gravemente el disfrute y ejercicio de un derecho colectivo (Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. AP 1136 y Sentencia de 21 de marzo de 2002, Exp. AP 285, C.P. Jesús María Carrillo). De modo que "*a+ partir de tal aceptación, la preocupación de esta Sala parece estar más encaminada a trazar los límites entre la acción contractual y la acción popular...mostrando preocupación por evitar fallos contradictorios" (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones…op. cit.), vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 612, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 31 de octubre de 2002, AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de 26 de septiembre de 2002, AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez.*
La Sección Cuarta en Sentencia de 31 de mayo de 2002, Exp. AP 300, C.P. Ligia López Díaz revisó la legalidad de una conciliación: "el fallo...al parecer, entendió el asunto como de naturaleza contractual y aceptó que la acción popular procede en su contra" (HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit.). En sentencia de 10 de julio de 2002, Exp. AP 0465, la misma sección avocó el conocimiento en sede popular del dominio.co. Por auto de 12 de mayo de 2003, Exp. 1300123310002003-90011-01 la misma Sala revocó la decisión del A Quo que rechazó una acción popular por estimar que las pretensiones que discuten la validez de un contrato no son susceptibles de estudio en sede popular.
La Sección Quinta también admitió en su momento la procedencia de la acción popular en tanto se acredite la vulneración del derecho colectivo invocado e incluso ordenó la suspensión del contrato o anuló las estipulaciones de algunas cláusulas por ser contraria a los valores que tutelan la moral administrativa: vid. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia 1 de febrero de 2001, Exp. AP 151, C.P. Darío Quiñones P.; Sentencia de 12 de febrero de 2001, Exp. AP 008; Sentencia de 24 de agosto de 2001, Exp. AP 100, C.P. Darío Quiñones; Sentencia de 19 de julio de 2002, Exp. AP 098; Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. AP 435, C.P. Reinaldo Chavarro; Sentencia de 29 de mayo de 2003, Exp. AP 2599, C.P. Reinaldo Chavarro".

[64] *"HERNÁNDEZ, Alier, Las acciones...op. cit".*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

*No obstante lo expuesto, **debe advertirse que, tratándose de la procedencia de la acción popular para discutir la validez de los contratos estatales no existe en la actualidad divergencia de criterios, como quiera que desde que asumió su conocimiento exclusivo la Sección Tercera ha guardado coherencia con el planteamiento expresado desde un comienzo**. Con todo, a partir de la casuística, corresponderá al juez popular evaluar la existencia o no de violación del derecho colectivo invocado, al tiempo que habrá de determinar la medida procedente por adoptar, toda vez que la violación del mismo no está necesariamente determinada por la ilegalidad del contrato. Así, en aras de la clara definición de la línea jurisprudencial vigente, se reitera que cuando quiera que otros jueces hayan avocado el conocimiento del contencioso contractual, el juez popular puede tomar medidas diferentes como es, vgr., la suspensión de la ejecución del contrato, "hasta tanto se defina la legalidad en este último proceso"[65] (…) –se destaca-.*

Retomando la idea expresada líneas arriba según la cual la contratación es expresión de la función administrativa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 472, las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Dispositivo legal reiterado por el artículo 15 eiusdem que atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en "actos, acciones, u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas"(…).

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo[66].

---

[65] *"CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Exp. AP 518, C.P. Ricardo Hoyos Duque, en el mismo sentido Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Exp. AP 537, C.P. María Elena Giraldo Gómez".*

[66] *"La jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el momento, parece referirse únicamente a la posibilidad de declarar la nulidad absoluta, excluyendo la relativa; esa conclusión se conforma mejor con la preceptiva legal en esta materia que sanciona la generalidad de las irregularidades con la nulidad relativa y reserva la absoluta para casos excepcionales, tanto en el código civil y en el de comercio como en la ley 80 de 1993; permite el saneamiento, sin exclusiones, de la primera, bien por ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo, mientras que restringe el de la segunda, a veces de manera absoluta, en otras de manera parcial; mientras la nulidad relativa debe ser pedida, en todos los casos, por las partes, su declaración, desde que está vigente el artículo 2º de la ley 50 de 1936, puede ser declarada por el juez sin necesidad de petición de parte, la cual puede ser formulada también por "todo el que tenga interés en ello" y por el ministerio público.// Está, pues, proscrita legalmente toda posibilidad de que el juez, cualquiera él sea y por lo tanto también el de la acción popular, declare oficiosamente una nulidad relativa, y no se atisba tampoco la posibilidad de que una irregularidad de esa naturaleza pudiera amenazar o quebrantar los derechos colectivos, circunstancia que, en la práctica, deja vigente únicamente la hipótesis de la nulidad absoluta." (HERNÁNDEZ, Alier. Las acciones populares…op. cit.). // En otro documento el mismo autor plantea las dificultades que enfrenta el tema en materia contractual: "… mientras en relación con los actos se ha instituido únicamente la nulidad, sin calificativos, para los contratos existe la nulidad absoluta y la relativa que tienen causales y fundamentos distintos y la legitimación para pedirlas varía en uno y otro casos; la competencia para conocer de las controversias contractuales (y ésta de la nulidad es una de ellas), no siempre está radicada en la sede del juez administrativo : esa es la regla general del artículo 75 de la ley 80 de 1.993 lo cual no impide que algunas de ellas estén sujetas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria (…)si el propósito que mueve al actor es el*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

> *Con todo, no debe perderse de vista que la Sala ha advertido -criterio que se reitera en esta oportunidad- que cuando cursa proceso ante el juez natural del contrato, el juez popular, porque entiende que es suficiente garantía para el derecho colectivo, debe ser muy cuidadoso al adoptar las medidas del caso (…)"*[67].

En relación con el alcance finalístico de esa posición, la Sección Tercera también se encargó de definir tal aspecto, fundando su posición en la necesidad de garantizar de manera efectiva los derechos colectivos inmersos en este tipo de procesos, lo cual responde a la forma en la que constitucionalmente se erige el Estado colombiano como Social de Derecho. El siguiente razonamiento ilustra en detalle lo dicho:

> *"En ese orden de ideas, conviene no pasar por alto que Colombia es un Estado social de derecho, fundado sobre la dignidad humana, la prevalencia del interés general, la superioridad de los derechos inalienables y la supremacía de las normas constitucionales. Y que, entre otros fines esenciales a los que sirve, esta forma de organización política, se encuentra el deber de sus autoridades de garantizar la efectividad de los valores y principios que enmarcan los intereses y derechos de los asociados. Todo ello conforme con los artículos 1º, 2º, 4º y 5º, constitucionales.*
>
> *Una de las razones que sirven para justificar la supremacía de la norma constitucional tiene que ver con su origen. La Constitución –como lo señala su Preámbulo–*[68]*, es el resultado del ejercicio del poder soberano del pueblo colombiano. En todo caso, para asegurarse que la titularidad del poder conserve la magnitud pluralista que abarca tanto a las mayorías como a las minorías constitucionales, el ordenamiento superior prevé restricciones al ejercicio del poder de la administración pública –art. 209- y mecanismos de control jurisdiccional que las hacen efectivas, a través de acciones que facilitan la participación ciudadana, para el efecto las acciones populares, instituidas constitucionalmente para garantizar, entre otros intereses*

---

interés general de restablecer el orden jurídico violado, puede pedirse por cualquier persona (siendo, desde este ángulo una acción popular), la nulidad de los contratos, si es relativa sólo se puede pedir por las partes, y, si es absoluta, pueden hacerlo, además, el ministerio público o un tercero con interés directo.
No hay decisiones judiciales que hayan elaborado aproximaciones generales sobre este punto; sin embargo, tomando en cuenta la legislación existente, se podría aventurar la tesis de que, siendo la regla general que compete al juez del contrato pronunciarse sobre su validez, la situación varía cuando se trata de la nulidad absoluta, pues , en los términos del artículo 87 del C.C.A., "El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso" y, siempre que en él (en el proceso) "intervengan las partes contratantes o sus causahabientes".// Según lo han entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y la Sección Tercera del Consejo de Estado, siempre que se cumpla esa doble condición, el juez administrativo dispone de la prerrogativa de declarar la nulidad absoluta del contrato en cualquier proceso, y no solo en los procesos contractuales, lo cual, estimo, que admite la posibilidad de que tal cosa ocurra en el proceso originado en una acción popular." (HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares, conferencia dictada en el Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, 26 de octubre de 2001, en Revista del mismo Instituto, 2002).

[67] Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005, proferida en el proceso número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

[68] *"El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA".*

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

colectivos, la moralidad administrativa y el patrimonio público con mayor proyección que las acciones ordinarias.

Es precisamente bajo estas coordenadas constitucionales que el Estado social de derecho aparece como "un modelo político organizado en un sistema de efectivas limitaciones al ejercicio del poder, en orden a garantizar la vigencia real y permanente de los derechos así como de los intereses, creencias y libertades de los asociados en todos los espacios y circunstancias, inclusive ante situaciones excepcionales"[69]. De esta manera, se configura un complejo normativo con la Constitución en la cúspide que incluye –como la ha recordado la doctrina–"el diseño de mecanismos eficaces de control en todas las instancias, acompañados de medidas de colaboración y responsabilidad institucionales que los aseguren real y efectivamente"[70].

(…)

Desde este redimensionamiento del orden jurídico, la supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige.

(…)

Para la Sala, es prioritario que el juez impregne a la acción popular de los principios de unidad y coherencia del orden jurídico que emanan del carácter normativo supremo de la Constitución, de manera que el derecho objetivo, el derecho colectivo y la acción aseguren los principios rectores de la actividad administrativa, particularmente aquellos que como la moralidad administrativa se erigen, además, como derechos colectivos y su control se confía al actor popular dentro del marco del ejercicio de una acción apropiada para facilitar su ejercicio y garantizar su eficacia.

Así las cosas, aunque el constituyente confió el desarrollo de la acción popular a la ley, ésta no puede menos que otorgar al juez todas las facultades para asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos protegidos constitucionalmente, de forma que pueda corregir las irregularidades que los lesionan, restableciéndolos cuando hayan sido vulnerados e incluso restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998.

(…)

Como lo ha reiterado esta Corporación, la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, en orden a que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de valores supremos. Se pretende, por tanto, con esta acción, corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

No se trata, entonces, de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, pues ello le corresponde al de nulidad, sino que propenda por la

---

[69] ARAGON REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Universidad Externado de Colombia, 1999, p.36.
[70] Ibíd.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias, dado que se trata de proteger derechos de contenido difuso, ensombrecidos por deshonestos y repudiables oportunismos individuales.

De modo que si se le resta facultades al juez de la acción popular, pueden resultar igualmente ineficaces las constantes reformas legislativas que procuran conjurar las insospechadas formas de corrupción enquistadas en la actividad de contratación, en amplios sectores de la administración pública.

(…)

De manera que resulta del caso garantizar la tarea del juez de la acción popular en la moralización de los procesos de contratación, en defensa de su transparencia, conforme con lo preceptuado en los artículos constitucionales 2º, 88 y 209.

Desde esta óptica, considera la Sala que:

i) el juicio a cargo del juez popular, de cara a la eficaz protección de los derechos colectivos, se ubica allende del principio de legalidad, controlado por las acciones ordinarias establecidas para hacer efectivas disposiciones puntuales y requisitos concretos, no así principios y valores que corresponde al juez analizar en cada caso, en orden a restablecer derechos de carácter difuso que el legislador no puede puntualizar con perspectivas generales;

ii) el ámbito de las acciones ordinarias que sirven al control de legalidad no puede condicionar el ejercicio ni la procedencia de las acciones populares. Concurriendo en un mismo caso la protección de la moralidad, la defensa del patrimonio público y la legalidad, debe preferirse la acción popular para el amparo integral del derecho colectivo, sin perjuicio de la eficacia que para el caso concreto podría predicarse de las acciones previamente iniciadas para controlar la legalidad;

iii) en ese mismo orden, la nulidad absoluta de los contratos no es un asunto exclusivo del control de legalidad, sino que ella debe imponerse con mayor razón por la violación de los valores supremos a que está sujeta la actividad de la administración; bajo el entendido de que, si bien en el pasado solo la acción de nulidad se erigía para proteger derechos, principios y valores legales y constitucionales, desde la expedición de la carta política actual los derechos colectivos exigen una acción que no les reste eficacia, la que comprende, además, la nulidad absoluta proveniente de irregularidades que contravienen el derecho público garante de los interés colectivos;

iv) la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio y de los demás derechos colectivos obligan tanto en la etapa precontractual, como durante la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, de suerte que las acciones populares, establecidas para hacerlos efectivos, operan en todos los casos, sin que resulte del caso la tradicional distinción entre actos precontractuales y contractuales, que se pregona en el ámbito de las acciones ordinarias; y

v) el régimen jurídico de la acción popular no se agota en la Ley 472 de 1998, sino que está integrado por las distintas normas constitucionales y legales, con estricta sujeción al principio de jerarquía normativa.

Así, en criterio de la Sala, debe tenerse en cuenta que, además de las amplias facultades que le otorga la Ley 472 de 1998 al juez de la acción popular para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

cuando fuere posible, el derecho común y el estatuto de contratación estatal imponen al juez que, en los asuntos de su competencia, se pronuncie sobre la nulidad absoluta de cara a los actos o contratos que contravienen el derecho público de la nación[71]*, pues por tratarse de irregularidades que no admiten saneamiento procede su declaración de oficio o a petición de parte*[72]*.*

Quiere decir, entonces, que en atención a la naturaleza de la acción, su origen constitucional, la clase de derechos e intereses que protege y los efectos de las medidas que puede adoptar, el juez de la acción popular no limita su decisión a los hechos, pretensiones y excepciones alegadas y probadas por las partes, como se infiere de los poderes que le otorgó la Ley 472 de 1998.

Y, por las razones que se han dejado expuestas, huelga reiterar que, a través de la acción popular, se puede dejar sin efectos[73] *o anular, los contratos estatales violatorios de la moral administrativa y que ponen en peligro el patrimonio público, como lo viene señalando de tiempo atrás la Corporación.*

Reitera, igualmente la Sala que, de acuerdo con la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible –art. 2º-, con independencia del tiempo transcurrido, desde su consumación, pues, recuérdese que el artículo 11 que limitaba esta última medida, después de los cinco años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional[74]*.*

Por ello, bien puede ordenarse ejecutar una actividad o no hacerlo, al igual que condenar al restablecimiento del daño causado a un derecho o interés colectivo y exigir volver las cosas al estado anterior -art. 34-, de acuerdo con la necesidad establecida en el proceso, pues la competencia del juez de la acción popular va más allá de lo pedido, si así lo requiere la protección del derecho constitucional vulnerado.

Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, tanto en el trámite, como respecto de las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses en juego"[75]*.* (Subrayas de la Sala).

3.7. Caso concreto

3.7.1. En tal escenario, al descender al asunto bajo examen, la Sala advierte que en el plenario consta que entre el Municipio de Támesis y el señor Mario

---

[71] Conforme con las disposiciones del Código Civil, el objeto ilícito constituye nulidad absoluta del contrato –art. 1741- y *"[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación"* –art. 1519-. Por su parte, el Código de Comercio prescribe que es nulo absolutamente el negocio jurídico *"cuando contraría una norma imperativa"* -art. 899-. Y en estos mismos casos es nulo el contrato estatal, de conformidad con la Ley 80 de 1993: *"[l]os contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común…"* –art. 44-.

[72] Así lo prescribe el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936: *"[l]a nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria"* –se destaca-.

[73] Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de diciembre de 2003, exp. AP (IJ-1204), consejero ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

[74] Sentencia C-215-99 de 14 de abril de 1999, magistrada ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.

[75] Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Fallo del 2 de diciembre de 2013, proferido en el proceso número 16001 23 31 000 2005 02130 01 (AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

de Jesús Escobar Moncada se suscribió un contrato de arrendamiento cuyas características se pueden leer en la primera cláusula, que es del siguiente tenor:

> "*Entre los suscritos a saber* ***ALONSO PATIÑO PATIÑO****, con cédula de ciudadanía número 70.850.526 de Támesis, en su calidad de* ***ALCALDE MUNICIPAL DE TÁMESIS ANTIOQUIA****, y en representación del mismo conforme al artículo 303 de la Constitución Nacional (Sic), la Ley 136 de 1994 debidamente autorizado por el Honorable Concejo Municipal, mediante Acuerdo número 016 de noviembre de 2005, por una parte que en adelante se llamará* ***EL ARRENDADOR,*** *y el señor* ***MARIO DE JESÚS ESCOBAR MONCADA****, con cédula de ciudadanía número 70.850.610 de Támesis y quien actuará en nombre propio y se denominará* ***EL ARRENDATARIO,*** *hemos acordado celebrar el presente contrato de arrendamiento que se regirá por las cláusulas* ***PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: EL ARRENDADOR*** *da en arrendamiento al* ***ARRENDATARIO*** *concediéndole el uso y goce del siguiente bien: Un kiosco construido en material de adobe y cemento y cerramiento de hierro que consta de dos plantas ocupado en el parque Caldas del Municipio de Támesis, ocupando además un área del mismo parque y que está demarcada por un muro de adobe y cemento con rejas de hierro que linda entre las carreras Sucre y Bolívar y Calles Córdoba y Orozco.* ***PARÁGRAFO PRIMERO.*** *El arrendatario sólo podrá hacer uso del inmueble objeto de este contrato única y exclusivamente para prestar los servicios de atención al público para venta de helados, bebidas y comestibles.* ***PARÁGRAFO SEGUNDO. EL ARRENDATARIO*** *se obliga a prestar mayor cuidado en la conservación de los bienes objeto de este contrato siendo responsable de cualquier deterioro excepto los que provengan de la naturaleza o uso legítimo de los bienes (art. 2203 CC)*"[76]. (Subrayas de la Sala).

Siendo ello así, la Sala concluye que el contrato celebrado es de los que no permite el ordenamiento jurídico, pues el objeto lo constituye claramente un bien de uso público, que es el parque principal del Municipio de Támesis (Antioquia), y sobre tal bien se está concediendo de manera expresa y exclusiva el uso y goce propios del negocio jurídico de arrendamiento de inmuebles, aspecto éste que no consulta el alcance de la naturaleza del bien objeto de ese negocio jurídico.

Lo expuesto redunda en la vulneración del derecho colectivo del goce del espacio público dado que, al haberle hecho entrega al señor Escobar Moncada del Parque Central de Támesis en arrendamiento, se consolidó el ejercicio de los derechos de uso y goce propio del contrato suscrito, restringiendo el acceso a dicho bien de la forma como consta en el acervo allegado al proceso.

---

[76] Folios 40 y 41 de este Cuaderno.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

En efecto, de las fotografías[77] y del CD que contiene igualmente otras tantas del parque en cuestión, así como del reporte del periódico El Tiempo del 17 de octubre de 2009 incorporado al expediente en la Audiencia de Pacto de Cumplimiento (folio 142 ibídem), se desprende que la porción de terreno dada en arrendamiento impide a la comunidad el goce del espacio público para las personas que acuden a sus instalaciones, pues se encuentra ocupado por la silletería y las mesas de propiedad del arrendatario.

Adicionalmente, la Sala observa que el uso del espacio público autorizado por la Administración no es compatible con las condiciones de área pública del parque y por lo tanto vulnera el derecho colectivo atrás mencionado, pues aparte de la ocupación de los senderos peatonales por sillas y mesas, es cerrado con candados cuando el Café no se encuentra en funcionamiento, lo cual impide que la comunidad satisfaga a plenitud sus derechos a la libre y segura movilidad y al sano esparcimiento. De ello da cuenta la cláusula quinta del contrato según la cual:

> *"**CLÁUSULA QUINTA: OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO:** Serán obligaciones específicas del arrendatario: (…) **D)** Mantener abierto o de libre acceso el lugar en horas de atención al público."* (Subrayado fuera de texto).

De lo anterior se infiere claramente que el arrendatario garantiza el acceso al parque Caldas del Municipio de Támesis solamente en las horas de atención al público, esto es, cuando el propietario del establecimiento de comercio estime que debe prestarse dicha atención, y no cuando los habitantes pretendan hacerlo. En otras palabras, el uso y goce del espacio público y del bien de uso público se da en función de las necesidades particulares del arrendatario y no de las que debería valorar el Municipio para garantizar ese derecho y los de seguridad y salubridad que estime pertinentes.

Para la Sala resulta evidente la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público, pues no existen razones de interés general que ameriten la limitación al uso de dicho espacio, con lo cual se desconoce también la posición unificada y pacífica de ésta Corporación, según la cual no se debe privar a la ciudadanía del uso, goce, disfrute visual y libre tránsito en los parques y zonas verdes, a menos de que existan razones debidamente justificadas que ameriten tal

[77] Folios 6 a 8 ibídem.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

limitación. La sentencia del 5 de noviembre de 2003 proferida por esta Corporación da muestra de la regla general a que se ha aludido:

> "*De los artículos 18, 19 y 25 del Decreto 1504 de 1998 se deduce que es posible entregar a particulares para su administración y mantenimiento, elementos que conforman el espacio público,* ***pero expresamente establecen que los parques y zonas verdes no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito; es decir, que entre otros elementos del espacio público las vías peatonales y vehiculares no son susceptibles de cerramiento alguno****…*"[78]

La excepción la podemos evidenciar en la siguiente sentencia:

> *"Ahora bien, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que el derecho colectivo al goce del espacio público, en ocasiones, según el "peligro real" demostrado en cada caso concreto, debe ceder ante el derecho a la seguridad y a la vida de los funcionarios que laboran en instalaciones que constituyen objetivo militar y de la comunidad en general. Así lo indicó la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia AP-1238 de 2005: Desde esta perspectiva, es evidente entonces que el interés general a la seguridad nacional, y el derecho fundamental a la vida y la integridad personal, que cotidianamente se ven amenazados, priman sobre el derecho colectivo al espacio público y, en tales condiciones, se justifica la colocación de elementos de seguridad y protección, atendiendo sus especiales condiciones, aunque éstas deben guardar proporción con el grado de peligro real en que se encuentren y cuyos límites deberán ser analizados en cada caso concreto."*[79]

3.7.2. Corolario de lo anterior es que el contrato de arrendamiento que se controvierte en esta sede, desconoce el derecho colectivo en la manera indicada, además de haber transgredido normas de imperativo cumplimiento todo lo cual redunda también en un contrato celebrado con objeto ilícito, circunstancia que lleva a que se adopten las medidas conducentes a su protección en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, que consistirán en la declaración de nulidad del contrato suscrito por el Municipio de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada, lo cual a su vez da lugar a que sea restituido dicho inmueble al ente territorial, libre de cualquier elemento que perturbe el derecho amparado.

3.8. Decisión

---

[78] Consejo de Estado. Sección Cuarta. M. P. María Inés Ortiz Barbosa. Sentencia del 5 de noviembre de 2003. Rad. Núm.: 2000-03447-01. Actor: Humberto Bocanegra Soto.
[79] Consejo de Estado. Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia del 15 de febrero de 2007 proferida dentro del proceso número 25000-23-25-000-2004-01522-01.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Vista como quedó expuesta la posición de la Sala en relación con la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento cuyo objeto sea un bien de uso público y sobre la procedencia de controvertir contratos estatales por medio de instrumentos procesales como la acción popular, la parte resolutiva quedará de la siguiente manera en relación con el caso concreto:

Se revocará la sentencia del 18 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, y en su lugar, se modificará la sentencia del 6 de septiembre de 2010 expedida por el Juzgado Tercero Administrativo, en el siguiente sentido:

3.8.1. **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

3.8.2. **DECLARAR** que el Municipio de Támesis y el señor Mario de Jesús Moncada Escobar incurren en violación de los derechos e intereses colectivos de goce del espacio público y defensa de los bienes de uso.

3.8.3. **DECLARAR** la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por la Administración Municipal de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada.

3.8.4. **ORDENAR** al Alcalde del Municipio de Támesis ejecutar los actos que sean necesarios para que se haga efectiva la restitución del área del Parque Caldas que está ocupada por el arrendatario.

3.8.5. **ORDENAR** al señor Mario de Jesús Escobar Moncada restituir al Municipio el área ocupada, y devolver los elementos y bienes propios que posee el Parque para su funcionamiento; para adelantar la restitución se comisiona al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín, en orden a garantizar que se cumpla lo aquí dispuesto.

3.8.6. **ORDENAR** al Alcalde del Municipio de Támesis, ejercer a nombre de la Entidad, los derechos de administración y de policía del lugar como espacio público y destinarlo al servicio de todos; garantizar y proteger su uso y goce común, en forma permanente, lo mismo que la conservación del lugar.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

3.8.7. **REMITIR** copia de la sentencia al Alcalde y Personero del municipio de Támesis, para su cumplimiento; y a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

3.8.8. Para el cumplimiento de tal decisión se conformará un Comité de Verificación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por los demandantes, el Alcalde del Municipio de Támesis, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín y el Personero del Municipio de Támesis, quien lo presidirá.

3.8.9. En lo que hace al numeral noveno, debe tenerse presente que sobre la solicitud del incentivo, la Sala desde el 3 de septiembre de 2013, unificó también su posición, en el sentido de entender que con la expedición de la Ley 1425 de 2011, que eliminó ese estímulo económico, tal incentivo no es procedente incluso en asuntos iniciados antes de la promulgación de esa norma. Así lo expuso la Sala en el citado proceso:

> *"Por virtud de la decisión del Legislador, el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico y, con ello, la posibilidad legal de seguir reconociéndolo dentro de las decisiones judiciales en aquellos asuntos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425, al margen de si los preceptos legales que preveían tal premio a favor del actor popular correspondían, o no, a normas de naturaleza sustantiva o procesal. La Sala precisa que cualquier disquisición que en punto a la naturaleza jurídica de los artículos 39 y 40 de la Ley 472, proferida en el año 1998, antes de constituir realmente un avance en la unificación de la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, se convertiría más bien en un juicio retórico innecesario, pues, como se dijo, con independencia del carácter sustancial, o no, de dichos preceptos legales, la conclusión ha de ser la misma en uno u otro caso y ello constituye, en realidad, el aspecto a unificar por parte de la Corporación."*[80]

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

RESUELVE

PRIMERO: SE UNIFICA LA POSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO en el siguiente sentido:

---

[80] Sala Plena dentro del proceso número 17001-33-31-001-2009-01566-01.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

No es procedente que las autoridades administrativas entreguen bienes de uso público utilizando para ello la fórmula contractual del arrendamiento, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia del 18 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR la sentencia del 6 de septiembre de 2010 expedida por el Juzgado Tercero Administrativo, y en consecuencia la Sala dispone:

3.1. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

3.2. DECLARAR que el Municipio de Támesis y el señor Mario de Jesús Moncada Escobar incurren en violación de los derechos e intereses colectivos de goce del espacio público y defensa de los bienes de uso.

3.3. DECLARAR la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por la Administración Municipal de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada.

3.4. **ORDENAR** al Alcalde del Municipio de Támesis ejecutar los actos que sean necesarios para que se haga efectiva la restitución del área del Parque Caldas que está ocupada por el arrendatario.

3.5. **ORDENAR** al señor Mario de Jesús Escobar Moncada restituir al Municipio el área ocupada, y devolver los elementos y bienes propios que posee el Parque para su funcionamiento; para adelantar la restitución se comisiona al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín, en orden a garantizar que se cumpla lo aquí dispuesto.

3.6. **ORDENAR** al Alcalde del Municipio de Támesis, ejercer a nombre de la Entidad, los derechos de administración y de policía del lugar como espacio público y destinarlo al servicio de todos; garantizar y proteger su uso y goce común, en forma permanente, lo mismo que la conservación del lugar.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

3.7. **ORDENAR** la conformación de un Comité de Verificación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por los demandantes, el Alcalde del Municipio de Támesis, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín, el Personero del Municipio de Támesis, quien lo presidirá, con el fin de que constaten el cumplimiento de lo aquí resuelto.

3.8. **NEGAR** el incentivo solicitado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3.9. **REMITIR** copia de la sentencia al Alcalde y Personero del municipio de Támesis, para su cumplimiento; y a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

3.10. Sin lugar a costas.

CUARTO: Reconoce personería a la abogada María Natalí Rodríguez Tobón como apoderada del Municipio de Támesis (Antioquia) de conformidad con el poder que obra a folios 395 a 396 de este Cuaderno.

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

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 14 de agosto de 2018.

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Impedido

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS **GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO **ALBERTO YEPES BARREIRO**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ANULACIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Improcedencia

a) Disiento de la posición unificada adoptada en la providencia sobre la imposibilidad de suscribir contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público. Me uno a los argumentos esbozados frente al tema en los salvamentos de voto de los señores consejeros Carlos Enrique Moreno Rubio y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. b) No debió anularse el contrato de arrendamiento, en tanto que su suscripción no fue el objeto de la acción popular y tampoco la causante de la vulneración de los derechos colectivos invocados. Bastaba adoptar medidas para que perdieran vigencia o se inapliquen las cláusulas restrictivas del uso público del bien objeto del contrato y que el arrendatario cesara en las conductas constitutivas de cerramiento del espacio público del parque principal del municipio de Támesis

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL CONSEJERO WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU

Actor: FREDY MORALES SUAZA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE TÁMESIS, ANTIOQUIA

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Con el respeto de costumbre, en el presente escrito consigno los argumentos que motivan mi salvamento parcial de voto al fallo de la referencia.

Aunque considero que la ejecución del contrato de arrendamiento suscrito entre el municipio accionado y el señor Jesús Escobar Moncada vulneró la ley en cuanto se dieron al arrendatario atribuciones y derechos incompatibles con el uso público de la plaza principal del municipio accionado, considero que no debió anularse el contrato cuestionado.

En efecto, salvé mi voto en cuanto al criterio de unificación en el cual la Sala Plena concluye que no es procedente que las autoridades administrativas entreguen bienes de uso público bajo la fórmula contractual del arrendamiento.

En mi criterio, el problema medular en esta actuación no era la modalidad contractual en la que se entregó el bien de uso público al señor Escobar Moncada, porque es claro que la legislación permite que la administración pública entregue temporalmente este tipo de bienes a particulares o a entidades públicas con distintas finalidades (conservación, explotación comercial, aprovechamiento, mantenimiento, prestación de servicios, entre otros), sin que limite la modalidad contractual de arrendamiento. Por tanto, no comparto que la sola suscripción de este tipo de contratos sobre bienes de uso público sea, per se, violatoria de la ley.

Por el contrario, el artículo 1981 del Código Civil lo permite salvo que exista norma prohibitiva especial que no se encuentra actualmente definida en nuestro ordenamiento jurídico. Igual autorización se encuentra en el Decreto 1504 de 1998, artículos 18 y 19, porque permite a las autoridades contratar con personas privadas para que estas administren, mantengan y aprovechen los bienes de uso público, con la restricción natural de pactar cláusulas que impliquen el cambio de su destinación y naturaleza.

En conclusión, sostengo que la entrega bajo la modalidad de arrendamiento del Parque Caldas del Municipio de Támesis, no fue la que originó la vulneración de los derechos colectivos invocados que se protegen con la sentencia, porque las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad no se ven menoscabadas con la suscripción de este tipo de contratos.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Lo que está en verdadero conflicto legal y con los derechos colectivos, es haber entregado facultades de uso exclusivo de todo o parte del bien de uso público en detrimento de los beneficiarios naturales de este tipo de bienes, como sucedió en el caso concreto en el cual se determinó que el arrendatario del quiosco ubicado en el parque principal del municipio de Támesis, podría restringir el paso por el área pública del parque y cerrar sus rejas de acceso en el horario en que no estaba funcionando el establecimiento de comercio instalado en el quiosco objeto del contrato.

En síntesis: a) Disiento de la posición unificada adoptada en la providencia sobre la imposibilidad de suscribir contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público. Me uno a los argumentos esbozados frente al tema en los salvamentos de voto de los señores consejeros Carlos Enrique Moreno Rubio y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. b) No debió anularse el contrato de arrendamiento, en tanto que su suscripción no fue el objeto de la acción popular y tampoco la causante de la vulneración de los derechos colectivos invocados. Bastaba adoptar medidas para que perdieran vigencia o se inapliquen las cláusulas restrictivas del uso público del bien objeto del contrato y que el arrendatario cesara en las conductas constitutivas de cerramiento del espacio público del parque principal del municipio de Támesis.

Estas son los motivos que sustentan mi disentimiento con la providencia y considero pertinentes dejar consagradas por escrito.

Respetuosamente:

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES DE USO PÚBLICO – Procedente cuando su uso es compatible con la condición del espacio público

El fallo (…) se decanta por una postura tajante e irreductible frente a la posibilidad de entregar esta clase de bienes en arrendamiento, cuando es el propio ordenamiento jurídico el que autoriza este tipo contractual, siempre que su uso

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

sea compatible con la condición del espacio público, claro está. De hecho, el Código Civil Colombiano, en su artículo 1981 prevé el arrendamiento de bienes de uso público, y advierte que su regulación se regirá por las normas de dicha codificación. (…) Esta disposición, que aún se encuentra vigente, esclarece la posibilidad de que el contrato de arrendamiento recaiga sobre bienes públicos o de "la unión", como los cataloga el ordenamiento civil, que, según su definición en el artículo 674, corresponde a los bienes de uso público o bienes públicos del territorio

JUEZ POPULAR – No tiene competencia para anular actos administrativos y contratos

[S]obre la posibilidad de que el juez popular pueda anular contratos de la administración, cuando evidencia la vulneración de un derecho colectivo, considero que este es un asunto que fue zanjado por la Sala Plena en la providencia del 13 de febrero de 2018, expediente 25000-23-15-000-2002-02704-01, en el sentido de desechar la posibilidad de anular actos o contratos de la administración en vigencia del Código Contencioso Administrativo CCA. Con todo, el fallo objeto del presente salvamento sostiene que en esa oportunidad la Sala solo unificó la postura respecto de la imposibilidad de anularse actos administrativos en sede de acción popular. Sobre el punto es preciso señalar que, aun cuando en la providencia del 13 de febrero de 2018 aclaré mi voto, en el sentido de explicar que bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, el juez popular sí tenía amplias facultades para salvaguardar el orden jurídico en materia de derechos e intereses colectivos, lo que incluía la anulación de actos administrativos, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, lo cierto es que, la posición mayoritaria de la Sala y que resulta vinculante, es que el juez popular bajo la vigencia del C.C.A no tiene la potestad de anular actos administrativos ni contratos, postura que debe respetarse en aras de garantizar la seguridad jurídica de las decisiones que emite esta Corporación

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU

Actor: FREDY MORALES SUAZA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE TÁMESIS, ANTIOQUIA

Con el respeto acostumbrado por la posición de la Sala, debo manifestar que no comparto la decisión contenida en la sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018), por medio del cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: i) unificó jurisprudencia respecto a la

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

imposibilidad de que las autoridades administrativas entreguen bienes de uso público a un particular, utilizando para ello la fórmula contractual del arrendamiento, ii) revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, para en su lugar confirmar –parcialmente- la providencia del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín, en el sentido de amparar los derechos colectivos deprecados y iii) declaró la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por la administración de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada.

Las razones por las cuales me aparto de la referida decisión se resumen en las siguientes líneas.

1. Sobre la regla de unificación

No comparto la sentencia en su parte motiva ni en la resolutiva, en lo que corresponde a la regla de unificación propuesta, en tanto que se afirma de manera absoluta la prohibición de celebrar un contrato de arrendamiento sobre bienes públicos.

En efecto, el fallo sostiene que, ante las posturas encontradas en las diferentes secciones del Consejo de Estado, resulta del caso unificar el tratamiento jurídico de esta clase de contratos que recaen sobre bienes de uso público, que ofrezca seguridad a la autoridad administrativa encargada de su custodia y gestión.

Así, advierto que, uno de los elementos de la esencia del contrato de arrendamiento, es decir, aquellos sin los cuales, o no existe o degenera en un negocio distinto, es la entrega del uso y goce exclusivo del bien, circunstancia que riñe abiertamente con la naturaleza de los inmuebles de naturaleza pública, pues éstos están destinados al goce y libertad de tránsito de todos los ciudadanos de manera libre e impersonal, es decir, no se predica exclusividad de estos bienes para un grupo de personas y menos para un sujeto determinado.

En concordancia con lo anterior, el fallo afirma que, la naturaleza de los bienes de uso público así como la esencia del contrato de arrendamiento impiden concebir que uno y otro encuentren una confluencia válida en el plano jurídico ya delineado desde la perspectiva de las normas que gobiernan cada materia.

De otro lado, el proyecto trae a colación el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998, respecto a la posibilidad de entregar la gestión de bienes públicos a particulares, y precisa que la norma habilita a los entes territoriales para conceder este tipo de bienes a entes privados con el fin de administrar, mantener o aprovechar económicamente el espacio público cuando así se considere oportuno, siempre que ello no incida en la destinación al uso común que es propia de esta clase de bienes, no se generen derechos reales y aseguren la prevalencia del interés general sobre el particular.

Sobre este artículo, en mi sentir, el proyecto se queda corto en el análisis, pues si bien afirma, de manera acertada que, de lo que se trata es de posibilitar una

gestión eficiente de este recurso por parte de los entes municipales, sin perjuicio del imperativo constitucional y legal de asegurar tanto la afectación al fin público propio de esta clase de bienes, como su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, lo cierto es que, frente al estudio de la regla de unificación, no se tienen en cuenta estos parámetros de interpretación de la norma que, en efecto, permite que los entes territoriales puedan autorizar el uso de áreas públicas a entidades privadas, siempre que sea compatible con la condición del espacio.

El fallo entonces se decanta por una postura tajante e irreductible frente a la posibilidad de entregar esta clase de bienes en arrendamiento, cuando es el propio ordenamiento jurídico el que autoriza este tipo contractual, siempre que su uso sea compatible con la condición del espacio público, claro está.

De hecho, el Código Civil Colombiano, en su artículo 1981 prevé el arrendamiento de bienes de uso público, y advierte que su regulación se regirá por las normas de dicha codificación. La norma señala lo siguiente:

> ***"ARTICULO 1981. <ARRENDAMIENTO DE BIENES PUBLICOS>.*** *Los arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales".*

Esta disposición, que aún se encuentra vigente, esclarece la posibilidad de que el contrato de arrendamiento recaiga sobre bienes públicos o de "la unión", como los cataloga el ordenamiento civil, que, según su definición en el artículo 674, corresponde a los bienes de uso público o bienes públicos del territorio.

Lo que prohíbe de manera rotunda el ordenamiento, es que la administración suscriba fórmulas contractuales que constituyan derechos reales sobre el bien de uso público entregados para su administración a un particular, mas no la posibilidad de que estos sean administrados o explotados a través de diferentes tipos de contratos, como lo es el arrendamiento, siempre que, se reitera, el uso sea compatible con la naturaleza pública del bien.

En ese orden de ideas, en mi criterio, siempre habrá que consultarse la finalidad del contrato sea de arrendamiento, o cualquier otro que celebre la administración sobre este tipo de bienes, y de esta manera constatar si el uso autorizado al particular encargado de su administración, es compatible con la condición del espacio, tal y como lo ordena el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998.

Así, no puede predicarse de manera general y abstracta la prohibición acerca del contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público, pues el tipo contractual individualmente considerado, se encuentra permitido por el ordenamiento jurídico.

Se insiste, lo que proscribe el legislador y que un sector de la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado, es que el contrato de arrendamiento o cualquier otro que celebre la administración, contenga obligaciones que desconozcan el uso

que legalmente se le ha atribuido a los bienes públicos, o que, al amparo de esta figura contractual, se pretenda esquivar los procedimientos de selección requeridos para la adjudicación del bien.

Asimismo, como acertadamente lo estableció la Sección Primera de esta Corporación, en la providencia del 3 de octubre de 2002, en el proceso con radicado 05001-2331-000-2002-00132-01 "*La destinación al uso común del espacio público puede ser reglamentada por la autoridad en el ejercicio de sus competencias policivas, pues esa reglamentación constituye un mecanismo para la protección de su integridad, de manera que dicho uso puede, bajo ciertas circunstancias, ser limitado de acuerdo con la ley y los reglamentos administrativos, sin que ello constituya violación del artículo 82 constitucional*".

De otro lado, en la motivación del fallo, a página 27, se indica, con el fin de reforzar el argumento sobre la prohibición del contrato de arrendamiento sobre bienes públicos, que surge para el arrendatario el derecho de que trata el artículo 1988 del Código Civil, de conformidad con el cual "*si el arrendador es turbado en su goce por vías de hecho de terceros, que no pretenden derecho a la cosa arrendada, el arrendatario a su propio nombre perseguirá la reparación del daño*" de tal manera que el arrendatario que detenta el bien, puede ejercer dicho derecho frente a cualquier tercero que pretenda turbarlo, para lo cual cuenta con la acción dispuesta en el artículo 978 del mismo Código.

Con el debido respeto que merece la Sala, considero que esta afirmación resulta imprecisa en tanto que, las acciones posesorias que prevé el artículo 978 del Código Civil, solo las pueden ejercer quienes detenten un derecho real sobre la cosa, de manera que el arrendatario no podría hacer uso de ellas, por cuanto el solo es titular de un derecho personal, no real.

Igualmente, tampoco es preciso señalar que el arrendatario detenta el bien entregado en arrendamiento, pues "detentar" implica poseer o atribuirse el poder sobre una cosa, propio de quien ejerce un derecho real sobre esta, lo cual no ocurre con el contrato de arrendamiento, que constituye derechos personales a las partes, de cara a las obligaciones correlativas que surgen para éstas.

2. El caso concreto y la nulidad del contrato.

Con la claridad anterior y sin perjuicio de la regla de unificación que acabo de exponer, en el sentido que debería tener un alcance diferente, considero que aun cuando en este preciso caso podría advertirse una vulneración del derecho colectivo del goce del espacio público, comoquiera que, el arrendatario del quiosco ubicado en el parque principal del municipio de Támesis, estaba restringiendo el paso en dicho parque, al hacer uso de un cerramiento de todo el área, en el horario en que no estaba funcionando el establecimiento de comercio, lo cierto es que, bastaba con ordenar el levantamiento del cerramiento con rejas del parque, sin tener que acudir a la nulidad del contrato suscrito.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Ello si se tiene en cuenta que el contrato recaía únicamente sobre el quiosco en el que funcionaba "el café" y no sobre toda el área pública del parque, de manera que, no se encuentra la equivalencia entre la medida ordenada y la situación fáctica generadora de la vulneración del derecho colectivo al espacio público, además de las razones expuestas en párrafos precedentes sobre la procedencia de esta fórmula contractual para la administración de bienes de uso público por particulares.

Ahora, sobre la posibilidad de que el juez popular pueda anular contratos de la administración, cuando evidencia la vulneración de un derecho colectivo, considero que este es un asunto que fue zanjado por la Sala Plena en la providencia del 13 de febrero de 2018, expediente 25000-23-15-000-2002-02704-01, en el sentido de desechar la posibilidad de anular actos o contratos de la administración en vigencia del Código Contencioso Administrativo CCA. Con todo, el fallo objeto del presente salvamento sostiene que en esa oportunidad la Sala solo unificó la postura respecto de la imposibilidad de anularse actos administrativos en sede de acción popular.

Sobre el punto es preciso señalar que, aun cuando en la providencia del 13 de febrero de 2018 aclaré mi voto, en el sentido de explicar que bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, el juez popular sí tenía amplias facultades para salvaguardar el orden jurídico en materia de derechos e intereses colectivos, lo que incluía la anulación de actos administrativos, conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, lo cierto es que, la posición mayoritaria de la Sala y que resulta vinculante, es que el juez popular bajo la vigencia del C.C.A no tiene la potestad de anular actos administrativos ni contratos, postura que debe respetarse en aras de garantizar la seguridad jurídica de las decisiones que emite esta Corporación.

Así, se expresó de manera detallada en la sentencia en comento:

> *"Así las cosas, si el juez de la acción popular encuentra que el acto administrativo vulnera derechos e intereses colectivos, podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos* ***(salvo la anulación del acto o contrato****). A guisa de ejemplo, el juez podría adoptar las siguientes medidas:* ***(i)*** *La inaplicación total o parcial con efectos interpartes -artículo 148 de la Ley 1437;* ***(ii)*** *interpretación condicionada del acto administrativo;* ***(iii)*** *la suspensión de los efectos -eficacia- sin que ello obligue al juez ordinario a declarar la nulidad del mismo, puesto que el ámbito de análisis es diferente"*[81]*.*

En tal medida, la posición de unificación encontró sustento en su momento, en que, cada juez cumpla su propósito constitucional y legal sin invadir las competencias del otro, según las finalidades y naturaleza de las acciones "*Así, lo decidido en un proceso no influye o bloquea el resultado al momento de valorar o decidir el otro. El efecto útil de esta postura es la de suprimir la posibilidad de decisiones contradictorias frente a legalidad del acto administrativo*".

---

[81] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018. Expediente 25000-23-15-000-2002-02704-01.

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

En mi criterio, no puede entenderse que el juez popular –bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984- no tiene la potestad de anular actos administrativos pero sí lo puedo hacer respecto de los contratos estatales. De modo que, la mejor manera de garantizar la seguridad jurídica derivada de las decisiones de esta Corporación, era respetar el precedente de unificación del 13 de febrero de 2018, en el sentido de reafirmar la imposibilidad de que el juez popular anule un contrato de la administración.

Visto así el asunto, a mi juicio, no era procedente en este caso anular el contrato de arrendamiento objeto de discusión, no solo porque el ordenamiento jurídico permite esta fórmula contractual, sino también porque el juez popular no está autorizado para adoptar esta clase de medidas, conforme a lo expuesto en líneas atrás.

En los anteriores términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

JUEZ DE ACCIÓN POPULAR – Carece de competencia para anular actos administrativos o contratos

La Ley 1437 de 2011, luego de un largo debate jurisprudencial, definió que el juez de la acción popular no tiene competencia para anular actos administrativos ni contratos estatales. Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional. Recientemente, la Sala Plena de esta Corporación unificó la jurisprudencia y definió que, antes de la entrada en vigencia del CPACA, tampoco el juez de la acción popular estaba facultado para anular actos administrativos ni contratos. Por ello, esta decisión no solo contradice el criterio definido sobre estas materias por el legislador, avalado por el juez constitucional, sino que además se aparta de la postura fijada hace apenas unos meses.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU

Actor: FREDY MORALES SUAZA Y OTROS

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Demandado: MUNICIPIO DE TÁMESIS, ANTIOQUIA

Me aparto de la decisión de 4 de septiembre de 2018, que al unificar jurisprudencia, declaró la nulidad de un contrato de arrendamiento de bienes de uso público.

1. La Ley 1437 de 2011, luego de un largo debate jurisprudencial, definió que el juez de la acción popular no tiene competencia para anular actos administrativos ni contratos estatales. Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional[82].

Recientemente, la Sala Plena de esta Corporación[83] unificó la jurisprudencia y definió que, antes de la entrada en vigencia del CPACA, tampoco el juez de la acción popular estaba facultado para anular actos administrativos ni contratos.

Por ello, esta decisión no solo contradice el criterio definido sobre estas materias por el legislador, avalado por el juez constitucional, sino que además se aparta de la postura fijada hace apenas unos meses.

2. La decisión adoptada por la Sala, de unificar jurisprudencia sobre la improcedencia del arrendamiento de bienes de uso público al revisar una acción popular, supone despojar al juez del contrato -esto es, de las controversias contractuales- de su ámbito de acción natural, para trasladarlo al del mal denominado "juez constitucional".

Esta invasión de la órbita del juez del contrato, so pretexto de la protección de derechos colectivos, es fruto de la falta de claridad del ordenamiento jurídico que no solo permite sino prohija la inseguridad jurídica, esto es, el debate sin fin de una materia. Cada proceso tiene su función, por ello la decisión de cada medio de control debe suponer que no interfiera con los demás, ni que uno le reste eficiencia al otro y tampoco que coexistan varios medios de control para decidir un mismo asuntos.

---

[82] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-644 2011 [fundamento jurídico 3.2.2]
[83] Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 13 de febrero de 2018 Rad, 2002-02704-01 [fundamento jurídico III]

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Es hora de reflexionar sobre la conveniencia de seguir en este “desorden” jurídico que permite la coexistencia de instrumentos paralelos o sucesivos para la protección de derechos de los asociados ¿Acaso no era esta la intención, al menos parcial, del CPACA al prohibir que el juez de la acción popular decrete la anulación de actos administrativos y de contratos públicos?

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

FALTA DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA – Al no ser objeto de debate legalidad de contrato de arrendamiento

[E]l estudio de la legalidad del contrato de arrendamiento no era el objeto de debate formulado por los actores, tampoco la decisión de selección y reiteró que las circunstancias fácticas expuestas para fundar la demanda popular, de encontrarse necesario proteger los derechos colectivos invocados, se había podido implementar decisiones diferentes a la de anular un contrato que en realidad no se cuestionaba

BIENES PÚBLICOS NO PUEDEN SER ENTREGADOS EN ARRENDAMIENTO – Inexistencia de fundamento legal

[A] pesar de que la sentencia decidió anular el contrato de arrendamiento, suscrito entre la alcaldía de Támesis y un particular, de un kiosco ubicado en el Parque Caldas, claramente bien de uso público de esa municipalidad la misma carece de fundamento legal que impida el arrendamiento de este tipo de bienes. Por el contrario, como lo expuse en su oportunidad la lectura del Decreto 1504 de 1998, en sus artículos 18 y 19, permite establecer que los parques municipales, como el caso que decidió la Sala, pueden ser pasibles de ser entregado su uso, mediante contrato

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Radicación número: 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU

Actor: FREDY MORALES SUAZA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE TÁMESIS, ANTIOQUIA

Con el debido respeto por las consideraciones que llevaron a la mayoría de la Sala Plena a dictar sentencia de unificación y revocar el fallo apelado, expongo las razones por las cuales salvo mi voto.

ANTECEDENTES

Los actores populares demandaron al municipio de Támesis para que en procura de sus derechos al goce del espacio público y libertad de locomoción, los que consideran violentados con el contrato de arrendamiento suscrito entre la administración municipal y un particular con el objeto de que en el interior del Parque Caldas funcione un establecimiento llamado "Kiosco Las Palmas", por tratarse de un bien de uso público que se ve ocupado con sillas mesas y objeto de cerramiento.

En sentencia de primera instancia del 6 de septiembre de 2010 se encontró probada la vulneración de los derechos al goce del espacio público, defensa de los bienes de uso público y defensa del patrimonio público, lo que devino en la declaratoria **la nulidad de dos cláusulas del contrato y la restitución del área ocupada.**

En sede de apelación se revocó la anterior sentencia y se negaron las pretensiones de la demanda por considerar que la zona dada en arrendamiento "históricamente" no se dispuso para el libre uso y goce de toda la comunidad sino que siempre tuvo limitantes en horario y uso "que hacen parte de la idiosincrasia del municipio". Además, se concluyó que el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998 habilitaba a la administración municipal para celebrar contrato siempre y cuando el uso del bien público sea compatible con la condición de espacio, uso público y prevalezca el interés general sobre el particular.

La anterior sentencia fue seleccionada para revisión con la finalidad de determinar "…si se desconocen las líneas jurisprudenciales que para el efecto ha trazado la jurisdicción de lo contencioso en materia de la protección del derecho colectivo al goce y espacio público por el cerramiento de un bien de uso público, por virtud de un contrato de arrendamiento que el municipio (arrendador) celebra con un particular, acordando que los horarios de apertura y cierre serán los que determine el arrendatario del parque".

Finalmente, la Sala, en la sentencia de la cual me aparto, decidió:

"**PRIMERO: SE UNIFICA LA POSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO**

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO en el siguiente sentido:

No es procedente que las autoridades administrativas entreguen bienes de uso público utilizando para ello la fórmula contractual del arrendamiento, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia del 18 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR la sentencia del 6 de septiembre de 2010 expedida por el Juzgado Tercero Administrativo, y en consecuencia la Sala dispone:

3.1. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

3.2. DECLARAR que el Municipio de Támesis y el señor Mario de Jesús Moncada Escobar incurren en violación de los derechos e intereses colectivos de goce del espacio público y defensa de los bienes de uso.

3.3. DECLARAR la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por la Administración Municipal de Támesis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada.

1.4. **ORDENAR** al Alcalde del Municipio de Támesis ejecutar los actos que sean necesarios para que se haga efectiva la restitución del área del Parque Caldas que está ocupada por el arrendatario.

1.5. **ORDENAR** al señor Mario de Jesús Escobar Moncada restituir al Municipio el área ocupada, y devolver los elementos y bienes propios que posee el Parque para su funcionamiento; para adelantar la restitución se comisiona al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín, en orden a garantizar que se cumpla lo aquí dispuesto.

1.6. **ORDENAR** al Alcalde del Municipio de Támesis, ejercer a nombre de la Entidad, los derechos de administración y de policía del lugar como espacio público y destinarlo al servicio de todos; garantizar y proteger su uso y goce común, en forma permanente, lo mismo que la conservación del lugar.

1.7. **ORDENAR** la conformación de un Comité de Verificación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por los demandantes, el Alcalde del Municipio de Támesis, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Medellín, el Personero del Municipio de Támesis, quien lo presidirá, con el fin de que constaten el cumplimiento de lo aquí resuelto.

1.8. **NEGAR** el incentivo solicitado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

1.9. **REMITIR** copia de la sentencia al Alcalde y Personero del municipio de Támesis, para su cumplimiento; y a la Defensoría del Pueblo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998".

SALVAMENTO DE VOTO

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Muy comedidamente, me permito exponer las razones por las cuales me aparto de la sentencia de la Sala Plena, para tal efecto, demostraré que no existe congruencia entre las pretensiones de la parte actora y las decisiones adoptadas y que no existe fundamento legal del que se pueda concluir que los bienes públicos no pueden ser entregados en arrendamiento.

1. Falta de congruencia

Como se expone en la sentencia, la parte actora a título de pretensiones, solicitó:

> "**1**. Que la autoridad administrativa competente ejerza su función de control frente al **cerramiento en el parque principal de la población**.
>
> **2.** Que se protejan los derechos colectivos al **goce de un ambiente sano**, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones jurídicas dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.
>
> **3.** Que se ordene la **restitución y recuperación de las áreas destinadas al uso común y se restablezcan de tal manera que la comunidad desarrolle su derecho de locomoción, disponiendo que el establecimiento comercial "Parque Caldas", no puede seguir funcionando con el cerramiento perimetral**.
>
> **4.** Que **el libre tránsito y locomoción de las personas se pueda realizar sin barreras ni interferencias ni obstáculos** en la zona de funcionamiento del establecimiento "Parque Caldas" (diferentes a aquellos necesarios para la conservación, protección y preservación de las zonas verdes, del paisaje y elementos naturales del entorno constitutivos del amoblamiento del parque principal), de tal forma que sea ésta, su mobiliario y elementos de ambientación, accesibles en todo tiempo y a todos los miembros de la colectividad en iguales condiciones, en aplicación del principio de primacía del interés general y acatamiento de la supremacía de las normas constitucionales y legales.
>
> **5.** Que se condene en costas a la parte demandada y se acate inmediatamente por ésta la orden que su despacho imparta" (Negrillas y subraya fuera de texto original).

Peticiones fundadas, en síntesis, en que la Administración Municipal de Támesis (Antioquia) suscribió un contrato de arrendamiento del Parque Caldas con un particular, cuyo objeto era el funcionamiento de un establecimiento de comercio, ocupando para ello áreas del parque con mesas y sillas y derivando en el cerramiento con candados en las puertas del parque, cuando así lo disponga el arrendatario

Considero que la problemática expuesta por los actores populares no necesariamente involucraba la nulidad del contrato de arrendamiento, sino por el contrario su inconformidad radicaba en el espacio que ocupaba las sillas y mesas y el cerramiento del parque por parte del arrendatario, lo cual insisto no implicaba revalidar la legalidad del arrendamiento, sino que bien había podido regularse los aspectos relacionados con los reparos de los accionantes.

Es por lo anterior, en mi criterio el fallo resulta incongruente en la medida que los actores se duelen del cierre del parque a voluntad del arrendatario y del espacio que ocupan las sillas y las mesas, pero la decisión el colegiado es eliminar el Kiosco, desconociendo que para la comunidad era importante su funcionamiento y solo era cuestión de regular algunos aspectos de su funcionamiento.

En efecto, en este mismo sentido el Tribunal en fallo objeto de revisión destacó que:

> "…**la zona dada en arrendamiento no se concibió históricamente para un libre uso y goce de toda la comunidad, sino para que quienes quisieran acceder a éste lo hicieran con las limitantes físicas y normativas que determinara la Administración**, dentro de las cuales **estaban las atinentes a los horarios, uso (comercial, cultural, recreativo, deportivo, financiero, etc.) según las necesidades de los habitantes de Támesis**.
>
> Así las cosas, **los cerramientos del parque**, que por su misma naturaleza limitan la circulación de manera indiscriminada, no pueden reputarse como violatorios del espacio público, del uso o del patrimonio público, por cuanto **hacen parte de la idiosincrasia del municipio**.
>
> (…)
>
> A renglón seguido afirmó que las **limitaciones horarias no permiten, por sí solas, concluir que se debe declarar la nulidad del contrato de arrendamiento**" (Negrillas y subraya fuera de texto original).

Con lo anterior, pretendo demostrar que los reparos de los accionantes no guardaban relación con el contrato de arrendamiento y buscaban erradicar el kiosco, solo regular su funcionamiento en procura de la defensa de los derechos colectivos invocados.

Así mismo, resulta pertinente destacar que, en la sentencia de la cual me aparto, se dejó expreso que "…el objeto de la solicitud de revisión consiste en **determinar si se desconocen las líneas jurisprudenciales que para el efecto ha trazado la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en materia de la protección del derecho colectivo al goce del espacio público por el cerramiento de un bien de uso público, por virtud de un contrato de arrendamiento que el municipio** (arrendador) celebra con un particular".

Nótese, que la finalidad de la revisión era analizar el presunto desconocimiento de la protección del derecho al goce del espacio público "**por el cerramiento de un bien de uso público",** no por la celebración del contrato de arrendamiento que fue finalmente el eje central de la decisión de la cual salvo mi voto.

En conclusión, el estudio de la legalidad del contrato de arrendamiento no era el objeto de debate formulado por los actores, tampoco la decisión de selección y reiteró que las circunstancias fácticas expuestas para fundar la demanda popular,

de encontrarse necesario proteger los derechos colectivos invocados, se había podido implementar decisiones diferentes a la de anular un contrato que en realidad no se cuestionaba.

2. Inexistencia de fundamento legal que permita concluir que los bienes públicos no pueden ser entregados en arrendamiento.

En este aspecto, debo manifestar que a pesar de que la sentencia decidió anular el contrato de arrendamiento, suscrito entre la alcaldía de Támesis y un particular, de un kiosco ubicado en el Parque Caldas, claramente bien de uso público de esa municipalidad la misma carece de fundamento legal que impida el arrendamiento de este tipo de bienes.

Por el contrario, como lo expuse en su oportunidad la lectura del Decreto 1504 de 1998[84], en sus artículos 18 y 19, permite establecer que los parques municipales, como el caso que decidió la Sala, pueden ser pasibles de ser entregado su uso, mediante contrato, según pasa a verse:

> "Artículo 18º.- **Los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que impida a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito**.
>
> Artículo 19º.- **En el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques**, plazas y plazoletas, **los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos.** En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular" (Negrillas fuera de texto original).

De los anteriores preceptos, se advierte que los municipios y distritos pueden contratar con privados "…**la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico…"**, incluso de áreas públicas como parques, como ocurrió en el caso objeto de decisión, advirtiendo la propia norma que **"…**estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular".

Así las cosas, teniendo en consideración que dicha regulación autorizaba la celebración de contratos, que establecía la salvedad que los mismos no generaban derechos reales y que se debía prevalecer el intereses general, debo concluir que existía fundamento legal suficiente para que la administración municipal de Támesis celebrar el contrato de arrendamiento que la Sala decidió anular.

---

[84] Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial

Compartido por:
BeltránPardo
Abogados & Asociados

Es necesario precisar que el fallo del cual me aparto, cita una decisión de 5 de noviembre de 2003 que alude a las normas antes transcritas del Decreto 1504 de 1998, pero haciendo mención de la prohibición de cerramiento de las zonas entregadas por contrato pero no respecto de la facultad legal para celebrarlo.

Todo lo cual me lleva a reiterar que bastaba con regular o imponer medidas frente al cerramiento del parque y del uso de las mesas y sillas del kiosco arrendado, sin que fuera lo procedente anular un contrato celebrado en debida forma y no cuestionado por los demandantes, en lo que refiere a su suscripción.

De conformidad con lo anterior, reitero que el fallo no atendió a las pretensiones de la demanda popular ni al objeto de su selección, como también que no analizó que existía fundamento legal para la celebración del contrato de arrendamiento que se anuló, todo lo cual me llevó a salvar mi voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado