



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA DE DECISIÓN 004-

SENTENCIA AP No 08

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de agosto de dos mil once (2011)

Magistrado ponente : Dr. Arturo Matson Carballo

Clase de acción : Popular

Referencia : Expediente No. 13-001-23-31-004-2005-0930-01

Demandante : TOMAS CHAPUEL TELLO DE BOLIVAR

Accionados : DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y los establecimientos de comercio MILENIO CAFÉ, RISTORANTE SAN BERNABE, CAFÉ DE SALVO, CREPES"PIZZAS MARGARITA BAR", CAFÉ SANTO DOMINGO, PACOS, CONDE DE LA CRUZ, CAFÉ COLOMBIA, CAFÉ PIZZERIA MAR AZUL y otros.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesta por la parte accionante, contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2010 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negó el amparo de los derechos colectivos invocados por el actor popular.

I. ANTECEDENTES

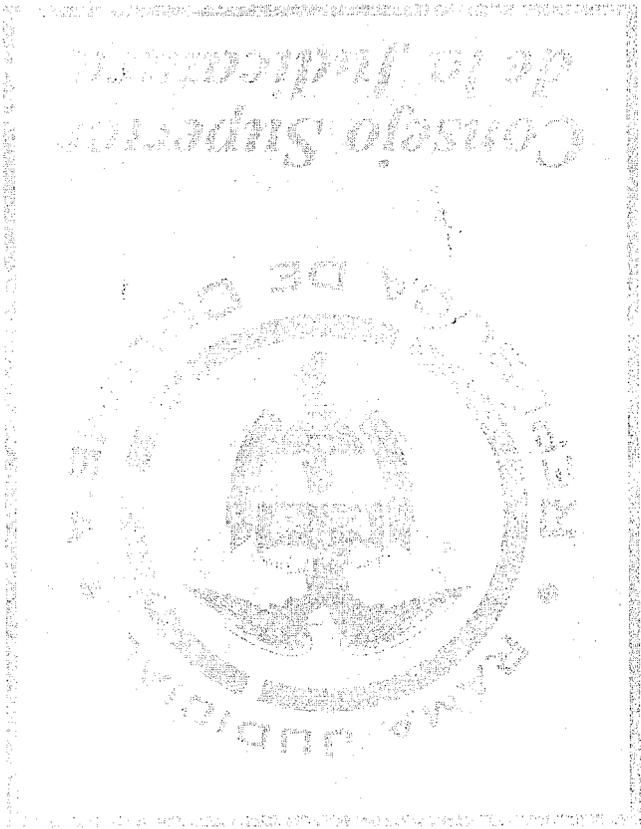
1. La demanda¹

El señor **TOMAS CHAPUEL TELLO**, identificado con la c.c. No. 73.194.303 de Cartagena, actuando en su propio nombre, promovió ACCION POPULAR contra el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS** y los establecimientos de comercio **MILENIO CAFÉ, RISTORANTE SAN BERNABE, CAFÉ DE SALVO, CREPES"PIZZAS MARGARITA BAR", CAFÉ SANTO DOMINGO, PACOS, CONDE DE LA CRUZ, CAFÉ COLOMBIA, CAFÉ PIZZERIA MAR AZUL** y otros, con el fin de lograr el amparo de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio público y la defensa del patrimonio cultural de la Nación, que a su juicio están siendo vulnerados y/o amenazados por dichos accionados.

1.1. Las pretensiones

El actor solicitó que sean amparados los derechos colectivos invocados en la demanda y que en consecuencia se ordene a los accionados lo siguiente:

¹ Fls. 1 a 27 cdno No. 1.



357

- a) Ordenar al DISTRITO DE CARTAGENA y los propietarios de los establecimientos de comercio ya mencionados que restituyan el espacio público ocupado en la plaza Santo Domingo de esta ciudad.
- b) Comuníquese al DISTRITO DE CARTAGENA para que ejerza estricto cumplimiento sobre las órdenes impuestas en sentencia y sancionar a los particulares que sigan ocupándolo.
- c) Condénese "in genere" por los perjuicios ocasionados a la comunidad por la ocupación del espacio público a los demandados a favor del Fondo de Defensa del interés colectivo.
- d) Condénsense a pagar el incentivo económico de acuerdo al Art. 39 y 40 de la ley 472 del 1998.
- e) Ordénese al distrito de Cartagena a la devolución de la suma de dinero recaudados por los últimos 10 años por concepto del contrato celebrado entre los propietarios de los negocios ubicados en la plaza Santo Domingo y el DISTRITO junto con los rendimientos financieros que hubiere percibido.
- f) Que se ordene al DISTRITO DE CARTAGENA a trasladar al fondo para la defensa de derechos e intereses colectivos, los dineros recaudados por concepto del pago de arriendo o cualquier contraprestación sobre el espacio público ubicado en la plaza santo domingo.
- g) Que se ordene al director financiero del Fondo para la defensa de derechos e intereses colectivos a enviar estos dineros al INSTITUTO COLOMBIANO DE INVESTIGACION CULTURAL que se encuentra adscrito al MINISTERIO DE CULTURA.

1.2. Los hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, el actor expuso los siguientes hechos:

1. Manifiesta el accionante que la ciudad de Cartagena, turística por excelencia donde llegan miles de turistas a disfrutar sus parques, plazas y demás paisajes históricos que brinda la ciudad, sin dejar por fuera sus mismos habitantes que también hacen parte de Cartagena.
2. Arguye que en el centro de la ciudad de Cartagena, más exactamente en la plaza conocida como santo domingo en donde se encuentra ubicada la "gorda botero" encontramos que los establecimientos de comercio privados están ocupando permanentemente una plaza que pertenece al patrimonio de la ciudad y que además están sacando provecho económico, vulnerando de esta forma los derechos colectivos consagrados en la ley 472/98.
3. Continúa diciendo que esas personas se han apropiado del espacio público hasta tal punto que están cobrando precios exorbitantes por las bebidas, comidas, o servicios que ellos ofrecen vulnerando no solo los derechos colectivos en mención sino que están aprovechando el espacio para su propio beneficio.
4. Señala que si bien es cierto se nos están vulnerando nuestros derechos colectivos como son: d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de

los bienes de uso público, e) La defensa del patrimonio; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; si bien es cierto estas personas están ocupando espacios que pertenecen a la unión y están en obligación de restituir las cosas a su estado anterior cuando antes fuera posible como lo señala la norma anterior.

5. Resalta, que cada local comercial que se encuentra ubicado en la plaza Santo Domingo, ocupa un espacio con mesas y sillas y estos particulares creen tener derechos sobre el suelo de dicha plaza, por lo que están privando a la comunidad de disfrutar uno de los bienes que hace parte del patrimonio cultural de la Nación, impidiendo la libre locomoción en el sector y restringiendo el acceso a los bienes de la unión, por lo que están generando malestar entre la comunidad, y además se ventilando conflictos entre los propietarios de negocios por la posesión ilegal del sector, lo que crea malestar e incomodidad entre los habitantes del sector.

6. Manifiesta que estas personas, llevan usufructuando el espacio público por más de 10 años de manera permanente (desde la mañana hasta la madrugada), lo que es necesario que retribuyan en fondo de defensa del interés colectivo una parte de los dineros que han percibido siendo condenados "in genere" a pagar por los perjuicios ocasionados a la comunidad por impedir la utilización por todo este tiempo que lo han utilizado.

7 Quiere aclarar que esta acción no va encaminada a controvertir el acto administrativo que concedió el permiso a los particulares porque para eso está la acción de nulidad, que puede que se esté tramitando en otro despacho, (en el caso que existiere el acto administrativo), si no que ésta va dirigida a proteger los derechos colectivos como es el disfrute y goce del espacio público que en estos momentos se ve vulnerado por particulares, además hay que destacar que el honorable CONSEJO DE ESTADO se ha pronunciado en diferentes ocasiones y ha dicho que las acciones populares pueden coexistir con otros tipos de acciones, siempre y cuando los derechos de la comunidad se encuentren afectados por acciones u omisiones de particulares o la administración."

2. Recuento procesal

Por medio de auto de mayo 18 de 2005, este Tribunal administrativo admitió la acción, ordenó las notificaciones de rigor y el aviso de que trata el art. 21 de la ley 472 de 1998.

Posteriormente, el 3 de junio de 2005, el actor popular allegó la certificación del aviso a la comunidad de ésta acción, pasado por cadena radial. (Fl.35 y 36 cdno No.1).

estos momentos se ve vulnerado por particulares, además hay que destacar. Luego, por la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el proceso fue remitido por competencia a dichos despachos judiciales, correspondiéndole su conocimiento al juzgado octavo administrativo del circuito de Cartagena, según consta en acta de reparto del 7 de septiembre de 2006, visible a folio 200 del cuaderno No. 1., juzgado este que mediante auto de fecha 20 de noviembre de 2006 avocó el conocimiento de ésta acción popular.-

3. Contestaciones de la demanda

3.1. Contestación del Distrito de Cartagena de indias.

El Distrito de Cartagena mediante escrito radicado el 6 de julio de 2005, se opone todas las pretensiones, afirmando que no ha existido por parte del distrito amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos invocados por el actor.

Con relación a los hechos, manifiesta que el primer hecho es cierto; el segundo es cierto parcialmente; el tercero cuarto y quinto son falsos; y el resto considera que no son hechos.

Afirma que el accionar del Distrito se ajusta a lo dispuesto por los artículos 187 y 19 del Decreto Nacional 1504 de 1998, que establecen que los Municipios y Distritos podrán contratar con Entidades privadas, la administración, mantenimiento, aprovechamiento económico del espacio público; celebrar contratos para el uso compatible del mismo, sin que dichos contratos generen derecho reales. Lo anterior es autorizado por la ley 9 de 1989 Artículo 7º.

La Alcaldía del Distrito de Cartagena con fundamento en la ley 768 de 2002 y el Decreto Distrital 977 de 2001, expide el Decreto 0715 de 2002, el cual tiene por objeto reglamentar los usos compatibles de las plazas y plazoletas del centro histórico del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, su utilización y aprovechamiento, con el fin de vincular los objetivos de desarrollo y promoción de las actividades económicas que se desarrollan en esta centralidad con el uso, goce y disfrute del espacio público; donde el Art. 2 determina que el área de ocupación de la plaza de Santo Domingo es de 207,2 M2 los cuales afirma se están cumpliendo a cabalidad de conformidad con los informes de visitas practicadas por la gerencia de Espacio Público y Movilidad.

Planteó además como excepciones de fondo la de INEXISTENCIA DE LA VULNERACION Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES LEGALES Y CONSTITUCIONALES DE LA ENTIDAD ACCIONADA y la de FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA.

3.2. Contestación de la SOCIEDAD MAR AZUL "PIZZERIA MAR AZUL"

La sociedad MAR AZUL LTDA., en su condición de propietario del establecimiento de comercio denominado PIZZERIA MAR AZUL, a través de apoderado judicial, y mediante escrito, de fecha de 26 de octubre de 2007, contestó aceptando el hecho primero y negando los restantes.

Manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que ni ellos, ni los demás establecimientos demandados, así como el Distrito de Cartagena, han violado o amenazado derecho colectivo alguno, por cuanto el uso de la plaza Santo Domingo obedece a los requisitos y autorizaciones previstos en las normas jurídicas que le permiten a la administración, mantenimiento y conservación del espacio público a los particulares, en aras de colaborarle a la administración Distrital en el programa de protección y reserva del espacio público en la Ciudad de Cartagena.

También propone como excepciones de merito la INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION DE DERECHOS COLECTIVOS. Manifiesta que ninguno de los accionados ha vulnerado o amenazado los derechos colectivos del goce y utilización del espacio público, y la moralidad administrativa, debido a que han realizado el uso compatible de la plaza Santo Domingo, con la aquiescencia del Distrito, y la respectiva expedición de licencia de ocupación de espacio público por parte de la Secretaria de Planeación Distrital de Cartagena y los contratos para la realización de usos compatibles en la plaza, suscritos el 3 de febrero de 2003 y 4 de febrero de 2005.

7574

Que el Decreto 715 del 2 de octubre de 2002, le permite al Distrito la celebración de este tipo de contratos de usos compatibles de las plazas y plazuelas del Centro histórico, en consonancia con el Art. 12 de la ley 768 de 2002, dichos contratos, igualmente encuentran su fundamento en el Art. 7 de la ley 9 de 1989 la cual además se encuentra en congruencia con los Art. 18 y 19 del Decreto 1504 de 1998.

Que la apreciación de la accionante, sobre la existencia de un contrato de arriendo, es contraria a la normatividad vigente sobre el uso del espacio público, la cual permite la

suscripción de usos compatibles de bienes de uso público, que también hacen parte del componente del espacio público, en aras de la conservación del patrimonio de la ciudad, y que las sociedades demandadas, constituyeron una persona jurídica denominada ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE LA PLAZA SANTO DOMINGO, evitando que ese bien invadido y monopolizado por la economía informal que tanto afecta el entorno del espacio público de la ciudad, que conllevan a problemas sociales y de política pública para la administración.

Con relación a la vulneración del derecho colectivo de la moralidad administrativa, por parte del Distrito y los demandados, es una afirmación infundada, ya que se desconoce que en los contratos de usos compatibles celebrados entre los establecimientos de comercio con el Distrito, se pacta una cuota mensual que debe ser cancelada al distrito, para efectos de ser destinada al programa de mantenimiento y conservación del centro histórico por lo que concluye que no existe violación o amenaza del derecho colectivo mencionado, por cuanto, el accionar del Distrito y de los particulares, ha sido ajustada al ordenamiento jurídico y garantizando la satisfacción del interés general.

INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA – LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO, NO SON PERSONAS Y NO PUEDEN SER SUJETOS PROCESALES. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA. Afirma que la presente demanda adolece de un vicio que la hace inepta, en el sentido de que la misma se dirige contra los establecimientos de comercio, los cuales a la luz de nuestro ordenamiento jurídico no son personas jurídicas sino bienes mercantiles, y no tiene la capacidad para ser parte dentro de un proceso judicial, y muchos menos en calidad de demandados.

3.3. Contestación de INVERSIONES LA PLAZA Y CIA. LTDA. “RESTAURANTE TABERNA PACOS”. Mediante memorial radicado el 15 de junio de 2007, contestó la demanda en los mismos términos que la sociedad MAR AZUL “PIZZERIA MAR AZUL. (Fis. 341 a 348 cdno. No.2)

3.4. Contestación de CAFÉ MARGARITAS LTDA. “CAFÉ CREPES PIZZA MARGARITAS BAR” e INVERSIONES GIMAX S.A. “CAFFE SAN BERNABE”.

NO SON PERSONAS Y NO PUEDEN SER SUJETOS PROCESALES. Este accionado contesta la demanda e igualmente plantea las excepciones de merito alegadas por los anteriores accionantes de INEXISTENCIA DE LA VULNERACION Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES LEGALES y CONSTITUCIONALES DE LA ENTIDAD ACCIONADA y FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA.

4. Audiencia de pacto de cumplimiento.

La audiencia de pacto de cumplimiento de la presente acción popular, se realizó el veinticinco (25) de octubre de 2007, sin embargo, se observa que fue declarada fallida, toda vez que ninguna de las partes se presentó a la diligencia.

5. Alegatos de las partes.

755

El proceso se abrió a pruebas por el a quo mediante auto del 7 de abril de 2008 (fls. 405 a 409 cdno No.2), y una vez vencido el término, se corrió traslado a las partes para alegar por auto del 3 de agosto de 2009 (fl. 541 cdno No.2).

5.1. Alegatos de la parte demandante.

En escrito presentado el 26 de febrero de 2010, el actor popular presentó alegatos de conclusión en el siguiente sentido:

Manifestó que el 24 de noviembre de 2009 el Distrito de Cartagena por intermedio del Gerente de espacio público y movilidad, inició un operativo en la Plaza de Santo Domingo para desalojar a las personas que ocupan dicha plaza, dando como resultado la recuperación de 171 mts 2 y se retiraron varios mobiliarios por el incumplimiento del contrato de uso compatible del espacio público para su aprovechamiento económico.

Que dicha recuperación del espacio público fue posterior a la presentación de la acción popular por lo que se debe declarar que si hubo afectación a los intereses colectivos.

Manifestó igualmente que demostró claramente la existencia de violación o amenaza de los derechos colectivos invocados al goce del espacio público y a utilización y defensa de los bienes de uso público, así como la moralidad administrativa, lo que dice que se hizo con fotografías y videos que demuestran a su juicio la ocupación indiscriminada que había en la plaza de Santo Domingo, donde claramente se observa que se excedían de lo permitido por los contratos firmados por los propietarios de los establecimientos de comercio, y que además anexa informe detallado de la diligencia de desalojo que se realizó 5 años después de la presentación de la acción popular.

Que también se demostró que la afectación de los mencionados derechos e intereses colectivos cesó como consecuencia de la presentación de la acción popular, cuando el Gerente de espacio público del Distrito tomó las medidas necesarias para recuperar el espacio público, que se encontraba ocupada ilegalmente excediendo los límites establecidos en los contratos de arriendo suscritos.

Plantea que la responsabilidad es sin duda del Distrito de Cartagena, por lo que es la entidad llamada a responder por omisión, pues el art. 82 de la C.N. consagra que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación común el cual prevalece sobre el interés particular.

Finalmente solicita que se declare que existió amenaza para los derechos colectivos al goce del espacio público y a utilización y defensa de los bienes de uso público, así como la moralidad administrativa, y que se le reconozca el incentivo.-

5.2. Alegatos de los demandados.

5.2.1. Alegatos presentados por el Distrito de Cartagena

Por medio de escrito calendarado 13 de agosto de 2009 (fls. 542 a 547 cdno 2), presentó alegatos de conclusión, en los que hizo referencia a lo siguiente:

Inicialmente planteó que lo que pretende el actor es una supuesta violación a los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y que ha quedado demostrado que no existe tal vulneración a esos derechos colectivos, como dice que se puede observar en las diferentes pruebas aportadas y practicadas que obran dentro del expediente los cuales son los contratos para la

realización de usos compatibles en la plaza de santo domingo, suscrito por el Distrito y los establecimiento de comercio que operan en el sector, y con la inspección judicial practicada en el lugar de los hechos.

Que dichos contratos para la realización de usos compatibles en la plaza de santo domingo contienen dentro de sus clausulas las prohibiciones a que deben someterse los establecimientos de comercio instalados en la plaza, prohibiciones que asegura se han

venido cumpliendo a cabalidad como se probó en la inspección judicial realizada el 25 de abril de 2008 visible a folio 455 a 457 del expediente donde se comprobó por el despacho que los establecimientos de comercio no ocupan el espacio público.

Que en consecuencia se prueba que a la comunidad no se le ha privado en ningún instante del disfrute y goce de los bienes que hacen parte del patrimonio de la nación, sin impedir la libre locomoción de los peatones que transitan por el sector.

Finaliza diciendo que el Distrito de Cartagena con la expedición de los decretos respectivos sustentados en normas de carácter superior, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales que les otorga la ley a los alcaldes, con el decreto 0715 de 2002, el cual tiene por objeto reglamentar los usos compatibles de las plazas y plazoletas del centro histórico del Distrito de Cartagena de indias, su utilización y aprovechamiento con el fin de vincular los objetivos de desarrollo y promoción de la actividad económica que se desarrolla en esta centralidad con el uso, goce y disfrute del espacio público.

Que ha actuado de manera diligencia y ceñida a la normatividad jurídica vigente, con fundamento en el decreto 0715 de 2002 en su artículo 2º.

5.2.2. Alegatos presentados por la sociedad Inversiones Mar Azul Ltda, propietaria del establecimiento de comercio Pizzería Mar Azul

En escrito radicado el 10 de agosto de 2009 (fls.548 a 556-cdno 2), este accionado se ratificó en las pretensiones de la contestación según las cuales ésta acción debe denegarse por cuanto a su juicio no existe de su parte amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, pues considera que el demandante no ha probado que este accionado así como los demás establecimientos de comercio vinculados a esta acción, se hubiesen apropiado de la plaza de Santo domingo, debido a que tienen la autorización normativa y contractual del Distrito de Cartagena, para efectos del uso compatible del espacio público de la misma, con el fin de que desarrollen actividades económicas y comerciales que estén dentro de los lineamientos previstos en el art. 3º del decreto 715 de 2002, como es el operar como restaurantes y/o café. Y que la sociedad Inversiones Mar Azul Ltda propietaria del establecimiento de comercio denominado Pizzería Mar Azul, realiza el uso compatible del espacio público de la Plaza de santo domingo, con mesas y sillas en un área de 29.31 mts 2, en virtud de lo ordenado en la sentencia de tutela del 30 de marzo de 2005 proferida por el Juzgado 1º civil del circuito de Cartagena, y consecuencialmente en las resoluciones 034 del 24 de mayo y 053 del 27 de septiembre de 2005, expedidas por la Secretaría de planeación distrital de >Cartagena y del contrato para la realización de usos compatibles en la plaza de santo domingo, celebrado con la gerencia de espacio público el 4 de octubre de 2005.

Por esta misma razón insiste en las excepciones de fondo planteadas de inexistencia de amenaza o vulneración de derechos colectivos y además en la ineptitud sustancial de la demanda por cuanto a su juicio los establecimientos de comercio no son personas y no



pueden ser sujetos procesales, por lo que aduce falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente se ratifica en la respuesta a los hechos de la demanda.

5.2.3. Alegatos presentados por la sociedad Inversiones la Plaza y compañía LTDA, propietaria del establecimiento de comercio denominado RESTAURANTE TABERNA PACOS.

Mediante escrito radicado el 12 de agosto de 2009 (fls. 557 a 562 cdno No.2) este otro accionado alegó de conclusión insistiendo y ratificándose básicamente en las excepciones de mérito planteadas en la contestación de la demanda, denominadas INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION DE DERECHOS COLECTIVOS y la de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA.-

6. Concepto de la Procuraduría 66 Judicial I delegada ante los Jueces Administrativos de Bolívar.

Por medio de escrito de 4 de marzo de 2010 (fls. 623 a 630 cdno 2), la procuraduría 66 judicial I administrativa, rindió concepto de fondo desfavorable a las pretensiones de la demanda.

Consideró esta agencia del Ministerio público que dentro de los autos de pruebas se ordenó diligencia de inspección judicial a fin de determinar técnicamente sobre la ocupación del espacio público correspondiente a la Plaza de Santo Domingo por parte de los establecimientos de comercio accionados, el libre tránsito o locomoción que se pueda realizar en el sector y el aprovechamiento económico realizado por parte de dichos establecimientos públicos.

Que de la misma manera se puede colegir que si bien hay por parte de CAFÉ DE SANTO DOMINGO, CAFÉ DE COLOMBIA BAR RESTAURANTE, MAR AZUL, SAN BERNABE, CREPES PIZZA MARGARITAS BAR ocupación de espacio público de la plaza Santo Domingo, la exposición de mesas y sillas no afectan la libre circulación de los peatones a excepciones de PACOS BAR RESTAURANTE.

También señalado que analizado el material probatorio aportado al expediente esa procuraduría concluye que si bien la Plaza de santo Domingo constituye un bien de uso público, por ser Cartagena una ciudad Turística, histórica y cultural, es foco y destino de muchos visitantes nacionales e internacionales, ante lo cual algunas plazas o parques, en pro del desarrollo turístico son utilizados por particulares para la promoción de actividades comerciales.

Que la constitución y la ley otorga potestades a las autoridades distritales para el cumplimiento de programas y planes encaminados al desarrollo social, económico, cultural y turístico de las ciudades que administran, por lo cual en el caso de marras se dictó el decreto 715 de 2002 por el cual se reglamenta los usos compatibles de las plazas y plazoletas del centro histórico y se regula su utilización y aprovechamiento.

De igual manera se allegaron los respectivos contratos y sus prorrogas celebrados por las autoridades distritales encargadas con la representante de la Asociación de empresarios de la plaza de santo domingo y el representante de la sociedad Inversiones Mar Azul Ltda, propietaria de Pizzería Mar Azul.

muchos visitantes nacionales e internacionales, ante lo cual algunas plazas o parques en

758

Finaliza diciendo que no se allegaron elementos de juicio tendientes a demostrar la vulneración del interés colectivo deprecado por el actor y de la apropiación indebida de bienes de uso público por parte de particulares.

6. La providencia apelada

El Juzgado octavo administrativo del circuito de Cartagena de Indias profirió sentencia el 4 de junio de 2010 (fls. 631 a 669 cdno 3), en la que resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la vulneración y cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales propuesta por el Distrito de Cartagena, y la de inexistencia de amenaza o vulneración alegada por las accionadas propietarias de los establecimientos de comercio PIZZERIA MAR AZUL y RESTAURANTE TABERNA PACOS, y como consecuencia de lo negar el amparo de los derechos colectivos alegados por el accionante.

Para tomar la anterior determinación, el a quo manifestó lo siguiente:

"en consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto, el despacho concluye, que los CONTRATOS PARA LA REALIZACIÓN DE USOS COMPATIBLES EN LA PLAZA DE SANTO DOMINGO, suscritos entre el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C., y los propietarios de los establecimientos de comercio ubicados en dicha plaza, se ajustan a la Constitución Nacional y a la normatividad que regula este tipo de acuerdos, impone la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público, y más cuando en dichos contratos se establece que el desarrollo de uso compatible no confiere derechos particulares y concretos al contratista para el desarrollo del uso compatible, tal como se puede apreciar en la cláusula segunda, párrafo del contrato suscrito entre el Distrito y la Asociación de Empresarios de la plaza Santo Domingo de Cartagena de Indias (folios 146 y 147)

Además de que el Distrito a través de la Gerencia de Espacio Público y Movilidad, ejerce debidamente sus funciones de supervisión, inspección, control, vigilancia, y recuperación del espacio público.

Por último en lo referente a lo manifestado por el actor, que el anterior operativo de recuperación del espacio público, adelantado por la Gerencia de Espacio Público y Movilidad el 24 de noviembre de 2009, obedeció a la presente acción popular, tal como lo manifiesta en su escrito de fecha 2 de febrero de 2010, y que por ello se le debe reconocer el incentivo establecido en el Art. 39 de la ley 472 de 1998.

Al respecto, considera el despacho, que no existe prueba que demuestre que dicha operación obedeciera a la presente acción popular, por cuanto, partiendo de las copias del informe operativo, del informe técnico y de las actas de retención (folios 594 al 611), se desprende que el mismo lo realizó la Gerencia de Espacio Público y Movilidad en cumplimiento de las funciones legales, por lo que consideramos que no hay lugar a señalarle incentivo alguno al actor.

Como consecuencia de lo anterior están llamadas a prosperar las excepciones INEXISTENCIA DE LA VULNERACION Y CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES LEGALES Y CONSTITUCIONALES DE LA ENTIDAD ACCIONADA alegada por el Distrito de Cartagena de Indias D. T. Y C., INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION DE DERECHOS COLECTIVOS alegada por las accionadas propietarias de los establecimientos de comercio PIZZERIA MAR AZUL Y RESTAURANTE TABERNA PACOS."

Además de que el Distrito a través de la Gerencia de Espacio Público y Movilidad, ejerce debidamente sus funciones de supervisión, inspección, control, vigilancia, y recuperación del espacio público.

7. Recurso de apelación interpuesto

El actor, por estar inconforme con lo decidido en primera instancia, presentó recurso de apelación en donde de un lado se ratifica en lo pronunciado en sus alegatos de conclusión de primera instancia y además sustenta su recurso diciendo, lo siguiente:

Plantea que si se analiza el art. 674 del c.c., en sentido exegético, dicha norma da a entender que los bienes de uso público pertenecen a todos los habitantes del territorio y que siendo así, para el interprete restringido, son intocables por cualquier persona individualmente considerada, pues están para el uso de todos y cada uno de los habitantes pues se trata de la *res publicae*, que conforme al derecho romano era "las cosas destinadas al uso público de los habitantes, como las aguas corrientes de los ríos, (flúmina), las calles, las plazas, los puentes, pero que nadie puede apropiárselas de manera exclusiva. Los ciudadanos al usar de ellas ejercían un derecho; los extranjeros tenían acceso a ellas por mera tolerancia. Aquellos estaban amparados por un interdicto con el carácter de acción popular. (Trujillo Arroyo, Juan. Derecho Romano Comparado. Tomo I. Bogotá. 1936. Pág. 108.

Manifiesta además que el contrato celebrado por los establecimientos de comercio que ocupan la plaza de Santo Domingo y el Distrito de Cartagena, se encuentra viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito según nuestra legislación colombiana y ratificado en sus sentencias por el honorable Consejo de Estado.

Que la Plaza de Santo Domingo esta fuera del comercio por considerarse de uso público según lo preceptuado por el artículo 1521 del C.C. y el arriendo de dicha plaza constituye objeto ilícito de conformidad con el art. 1523 ibídem.-

Los bienes de uso público no pueden ser de un sujeto en particular, sino que tienen que pertenecer y servir a la comunidad en general, Así las cosas no puede celebrarse contrato alguno que verse sobre un bien de uso público y que tenga como efecto la constitución de un derecho de propiedad o de uso a favor de una o varias personas.

Que con respecto al arrendamiento de este tipo de bienes, hay que advertir que al hablar de la inalienabilidad de los bienes de uso público, generalmente se acepta la imposibilidad de enajenarlos, hipotecarlos o donarlos, como que es evidente que estos actos jurídicos no pueden recaer sobre bienes que el legislador ha querido sacar del comercio y es claro que con estos contratos se restringe el acceso público a los bienes.

Señala que en providencias se ha dicho que los bienes en comento no pueden ser objeto de contratos de arrendamiento, y cita como ejemplo la sentencia del 16 de febrero de 2001 del Consejo de estado con ponencia del Consejero Dr. Alier Hernández Enríquez, radicado No. 16596 y otra providencia del 4 de marzo de 1999 proferida por el Tribunal administrativo de Cundinamarca.-

Dice además que dichos contratos son nulos por cuanto para su celebración se obvió el procedimiento licitatorio previsto por la ley 80 de 1993 como mecanismo de selección del contratista.

Finalmente insiste en que dentro del proceso se logro probar la vulneración de los derechos e intereses colectivos de GOCE AL ESPACIO PUBLICO, UTILIZACION Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PUBLICO y la MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

8. Alegatos en la segunda instancia

8.1. El Distrito de Cartagena de Indias

La apoderada especial del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, presentó alegato el 2 de diciembre de 2010, donde se ratifica en los alegatos de primera instancia por considerar que concuerda con los fundamentos de hechos y de derecho que defiende. (Fl. 709 cdno 3)

8.2. Sociedad Inversiones Mar Azul Ltda propietaria de la Pizzería mar Azul.

El apoderado de la sociedad Inversiones MAR AZUL LTDA alega diciendo, que se opone a todos los hechos planteados por el accionante.

Con respecto al primer hecho manifiesta que las ocupaciones, en una ciudad como Cartagena son algo común, teniendo en cuenta la naturaleza turística e histórica de la misma. Sobre el segundo hecho, afirma que esas ocupaciones tienen fundamento legal, en los decretos 715 de 2002 y la resolución numero 003 de enero de 2003. El cuarto quinto y sexto hecho dice que no fueron probados por el actor. Sobre el séptimo dice que no es un hecho sino una mera apreciación.

En relación con las pretensiones se opone a cada una de ellas también.

Además insiste en que están probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE AMENAZA O VIOLACION DE DERECHOS COLECTIVOS, INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA, pues los establecimientos de comercio no son personas jurídicas y no pueden ser sujetos procesales. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA.

9. Concepto del Procurador 22 Judicial II administrativo.

El agente del Ministerio Público ante esta Corporación advierte lo siguiente:

"Si bien el espacio público goza de protección constitucional, ello no lo hace incompatible con la posibilidad en algunos casos que si bien pueden generar variables de aprovechamiento particular, ello ocurre dentro de un contexto de desarrollo y vocación de servicio general propios del lugar, como en Cartagena donde los turistas llegan a las plazas en busca no solo de transitar por ellas sino de algunos servicios complementarios propios de restaurantes y refresquerías, que le hacen más agradable el disfrute paisajístico.

Imaginemos por un momento un sitio de destino turístico en el cual por la tutela a ultranza del espacio público no se le facilite al turista ni siquiera un sitio donde refrescarse, mitigar el hambre etc.

También es claro para este despacho que la presunta ocupación ilegal en la plaza santo domingo no es permanente ni impide la libre circulación del común, se trata de la disposición supervigilada de sillas y mesas con determinados horarios de afluencia de turistas y del público en general.

Los turistas llegan a las plazas en busca no solo de transitar por ellas sino de algunos servicios complementarios propios de restaurantes y refresquerías, que le hacen más agradable el disfrute paisajístico.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1.- Pronunciamiento sobre irregularidades.

No se observan irregularidades sustanciales o procedimentales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado.

De igual manera, se encuentra cumplido el trámite establecido en la Ley 472 de 1998, para las acciones populares.

2.- Competencia.

Para el caso bajo examen, no hay duda que evidentemente, estamos en presencia de un asunto que es del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, pues se están cuestionando omisiones de la entidad pública y particulares accionadas, que presuntamente han afectado los derechos colectivos relacionado con el goce del espacio público, así como la utilización y defensa de los bienes de uso público previstos por la ley 472 de 1998.

Además, de conformidad con los artículo 15 y 16 de la ley 472 de 1998, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2010, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

Precisa igualmente la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior, razón por la cual, la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

En virtud de lo anterior, se procedió a delimitar el problema jurídico y los puntos sobre los cuales va a versar el estudio de fondo en esta instancia.

3.- Problema jurídico central

De conformidad con lo argumentos expuestos por el demandante en su recurso de apelación, así como de lo expuesto en la sentencia recurrida, esta Sala considera que el problema jurídico a resolver se concreta en determinar si realmente existe o no amenaza o vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público, y al patrimonio cultural de la Nación, como consecuencia de que el Distrito de Cartagena de Indias hubiese celebrado un contrato de arriendo para la realización de usos compatibles en la PLAZA DE SANTO DOMINGO, con los propietarios de los establecimientos de comercio ubicados en dicha plaza.

Dicho lo anterior, pasamos de inmediato al estudio de la situación de fondo que nos ha convocado, y para lo cual a continuación nos permitiremos precisar algunos aspectos que consideramos necesarios para la decisión que habrá de tomarse.

En primer lugar recordemos algunas generalidades, como que el artículo 2º, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que 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; y al tenor del artículo 9º ibídem, esas acciones proceden contra toda acción u omisión de las

762

autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber:

- a) una acción u omisión de la parte demandada,
- b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y,
- c) relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses.

En tal sentido, tenemos que dentro de la evolución del Estado, especialmente en el Estado Social del Derecho, como es el caso de Colombia a partir de la Constitución de 1991, surgieron una nueva clase de derechos a los que se les ha denominado derechos colectivos, caracterizados porque son difusos y el resultado de las nuevas condiciones sociales y económicas del desarrollo del Estado social de derecho.

Conforme al estatuto fundamental, y más concretamente de su artículo segundo, son fines del estado, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución y razón de ser de las autoridades entre otras, proteger a las personas residentes en Colombia en su vida y demás derechos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y los particulares.

Dentro de esos derechos están precisamente el invocado por el actor en la presente acción popular, es decir, el del goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público. (Artículo 4 de la Ley 472/98).

Constitución de 1991, surgieron una nueva clase de derechos a los que se les ha denominado derechos colectivos, caracterizados porque son difusos y el resultado de las nuevas condiciones sociales y económicas del desarrollo del Estado social de derecho. Conviene entonces precisar, los alcances conceptuales del citado derecho colectivo invocado por el accionante.

El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

En cuanto al espacio público, el artículo 5º de la ley 9 de 1989 lo define de la siguiente manera:

"Entiéndase 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.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos,

363

culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo."(Negrillas son del Tribunal)

De igual manera, el artículo 2º del Decreto No.1504 de agosto 4 de 1998, por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial, define que espacio público "es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes", y en el artículo 3º ibidem, menciona que comprende entre otros los siguientes aspectos:

a) Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo

b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público, y

c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto. (Subrayas son del Tribunal)

En el caso del Distrito de Cartagena de Indias, el plan de ordenamiento territorial contenido en el Decreto 0977 de 2001, con relación a las áreas y elementos constitutivos del espacio público distrital dispone:

"ARTICULO 84. Constituyen el espacio público distrital las siguientes áreas y elementos:

(...)

2. AREAS Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL SISTEMA ARTIFICIAL. Son

estos:
Los que hacen parte del subsistema hídrico: Los canales, jagüeyes y fuentes.

Los que conforman el subsistema de circulación peatonal: Las plazas y plazoletas, los andenes, los bulevares, los camellones y alamedas y los malecones y paseos turísticos.

Los que hacen parte del subsistema de circulación vehicular: Las vías terrestres, las ciclorutas, los canales de navegación, las intersecciones viales, los puentes y los muelles.

Los que componen el subsistema del patrimonio cultural: El área del centro histórico de la ciudad y los elementos arquitectónicos de los inmuebles privados que hacen parte de ella, el área de influencia del centro histórico, las áreas de protección del patrimonio histórico, las áreas del patrimonio inmueble sumergido, los monumentos nacionales y distritales y la Unidad Deportiva.

Los que hacen parte del subsistema de infraestructura de servicios públicos: De acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, gas natural, los ductos especiales y la zona de amortiguación del relleno sanitario de Henequen, incluidas las reservas y los suelos sujetos a las afectaciones por ellas dispuestas, mientras conserven su calidad de tales, de conformidad con la ley.

Los que componen el subsistema de elementos complementarios: El mobiliario urbano, la cobertura vegetal, las zonas arqueológicas, los monumentos, cementerios y catedrales, los antejardines y las franjas ambientales, los parques zonales, y los parques de barrio." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

La Corte Constitucional también en cuanto al concepto de espacio público y sus elementos estructurantes, en sentencia SU-360 de 19 de mayo de 1999, ha señalado:

Los que hacen parte del subsistema de infraestructura de servicios públicos: De

"... 2. Del concepto de espacio público y su protección constitucional.

reservas y los suelos sujetos a las afectaciones por ellas dispuestas, mientras

"2.1: La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre los cuales se estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos.

"La protección del espacio público, así entendida, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad.

"Si bien en la Constitución anterior no existía una norma expresa que tratara el tema del espacio público, en la Constitución de 1991 sí existen múltiples artículos que hacen alusión al mencionado tema, y que ponen de presente las responsabilidades estatales en estas materias. Al respecto, tenemos entre otras, las siguientes normas:

"Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

"Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Si bien en la Constitución anterior no existía una norma expresa que tratara

“Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

“Es importante en primer lugar aclarar que algunos de los bienes mencionados en el artículo 63, aunque son bienes de uso público no son espacio público (p. ej. las tierras comunales, los resguardos); y en segundo lugar agregar que, el artículo 313 de la Constitución pone de presente que los Concejos Municipales son quienes tienen la función de reglamentar los usos del suelo y de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de los inmuebles destinados a la vivienda. Lo anterior, implica que cada municipio fija sus reglas de manera autónoma, no sólo en lo relacionado con la actividad urbanizadora, sino en lo concerniente a las áreas del suelo que tienen el carácter de espacio público, al establecer criterios con arreglo a los cuales la administración, generalmente por conducto de los Departamentos de Planeación, determinará dicha destinación.

“Igualmente, y de conformidad con el artículo 315 de la Carta, los Alcaldes, en su calidad de primera autoridad de policía en el área de su competencia, son quienes deben cumplir y hacer cumplir en el respectivo ámbito territorial, las normas constitucionales y legales y las que expida el Concejo Municipal correspondiente, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con el concepto de espacio público. Por ende, es en los Alcaldes sin duda alguna en quienes recae por expresa atribución constitucional la responsabilidad de hacer cumplir por todos los ciudadanos las normas relativas a la protección y acceso al espacio público, en su respectiva localidad, atendiéndose, como es apenas natural, a las normas constitucionales, legales y las provenientes de los Acuerdos Municipales.

“Es decir, el tema del espacio público, a partir de la Constitución de 1991, adquiere una clara connotación constitucional que supera los criterios del derecho administrativo y civil, previamente delimitadores de la noción y su contenido y de las atribuciones de la autoridad en cuanto a su manejo y tratamiento en la legislación.

“2.2. Para comprender la esencia de lo anteriormente mencionado, debe entenderse por espacio público, en virtud de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y 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.

“Esta definición amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil (artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general

768

en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva. En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público, es su afectación al interés general y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad, razón por la cual no pueden formar parte de esta categoría, aquellos bienes que son objeto de dominio privado de conformidad con lo establecido por la ley, ni aquellos que son del pleno dominio fiscal de los entes públicos, (bienes 'privados' del Estado)

"En ese orden de ideas, los bienes de uso público son entendidos por la legislación colombiana como inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la C.P.), lo cual implica que en virtud de su esencia son inapropiables, pues están destinados al uso público y cualquier acto de comercio podría vulnerar el fin para el cual han sido concebidos. La inalienabilidad nació en el siglo pasado y apareció como una regla de origen consuetudinario o jurisprudencial. Ella, junto con la imprescriptibilidad, son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación (Marienhoff). Por las razones anteriores, ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos. En efecto, estos bienes están fuera de todas las prerrogativas del derecho privado. En el mismo sentido, la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado de instalaciones públicas, destinadas por ejemplo, a la recreación o deporte, no sustrae tales bienes de la calidad de 'áreas de espacio público', ni de los límites que por ese motivo les atribuye la ley. En consecuencia, y tal como se ha dicho, los derechos y los intereses privados, sea cual fuere su origen (la ley, la concesión, el acto administrativo, etc.) si entran en conflicto con el interés público, deben subordinarse a éste.

"Tomando en consideración las precisiones anteriores, pueden reconocerse como elementos que integran el concepto de espacio público, entre otros los siguientes:

"a- Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular (vías públicas), - como por ejemplo las calles, plaza, puentes y caminos -

"b- Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, - léase estadios, parques y zonas verdes, por ejemplo-

"c- Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, - es decir andenes o demás espacios peatonales-

"d- Las fuentes agua, y las vías fluviales que no son objeto de dominio privado.

"e- Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos o para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones.

"f- Las áreas para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje.

"g- Los elementos naturales del entorno de la ciudad.

"h- Lo necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales.

i- En general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo.

"En todo caso, no existiendo bienes de uso público por 'naturaleza' y siendo tal destinación un mero concepto jurídico, -modificable según las necesidades-, la noción de espacio público igualmente resulta contingente y dependiente de lo que fije como tal el legislador (Marienhoff).

"Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, -atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos - , por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.

"En vista de todo lo anterior, la afectación de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas, no podrá ser determinado sino por los Concejos o Juntas Metropolitanas, (o las Juntas Administradoras Locales), de conformidad con el artículo 6º de la citada Ley 9ª de 1989; de lo cual se desprende que su disponibilidad no puede quedar librada a la voluntad de los particulares ni a la decisión de organismos administrativos - a los cuáles no se confía por la Constitución, la responsabilidad atinente a la definición, planificación y regulación de su uso'. Por supuesto que esto no limita el cumplimiento de las obligaciones de policía, señalados por normas, para las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.

"El espacio público, al ser un ámbito abierto, es un área a la cual todo el mundo quiere tener acceso libre y puede hacerlo; por esta razón la tentación de abusar de él es permanente. Sin embargo, así como algunos son constreñidos a la usurpación del espacio público por problemas económicos y circunstancias sociales y por una ausencia real de oportunidades, y esta circunstancia debe tener connotaciones jurídicas; otras personas, desconociendo su propia responsabilidad social, hacen de esas posibilidades una verdadera oportunidad en los negocios, o un abuso

768

desproporcionado de su derecho, poniendo en peligro la efectividad en la administración de tales espacios públicos.

"Hay que tener claro, entonces, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el 'atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella'.

"En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales. Por ende, una 'sociedad liberal que aspire a asegurar la igualdad de oportunidades para todos y una política universal de participación, debe presumiblemente darle la posibilidad a cada individuo de hacer uso de todos los espacios necesarios para circular libremente y transportarse, así como de todos los espacios públicos abiertos'. (Subrayas y negrillas son del Tribunal).

El concepto de patrimonio público, de bien de uso público y de bien fiscal

La noción de patrimonio público, dice el ex Consejero de Estado y tratadista de derecho Administrativo doctor Libardo Rodríguez, en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, gira alrededor de tres conceptos bien diferentes, que son el dominio eminente, el dominio público y el derecho privado del Estado.

Respecto del dominio eminente, señala el mencionado autor, "Es un poder que tiene el Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción, con fundamento en su soberanía, el cual se traduce en la facultad de tomar medidas en relación con ese territorio, cuando las necesidades lo requieran, aun cuando aquel esté sometido a propiedad privada".

Y continua diciendo más adelante: "Este poder o dominio no hace parte del patrimonio del Estado desde el punto de vista económico tradicional, pero es evidente que influye indirectamente en ese patrimonio, pues en mayor o menor medida es el fundamento de la riqueza estatal".

Del dominio público dice: "está constituido por aquellos bienes en los cuales se manifiesta una propiedad especial del Estado, cuyo contenido es diferente de la propiedad que ejercen los particulares sobre sus bienes".

Y el dominio privado, "está compuesto por todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio público".-

Enseña también el mencionado tratadista, que el patrimonio público en Colombia está compuesto por tres (3) clases de bienes, a saber el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales.²

Nos interesa ahora analizar también los conceptos de bien de uso público y de bien fiscal, para lo cual sirve citar lo manifestado al respecto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, a saber:

"Los bienes de uso público universal o bienes públicos del territorio son aquellos que su dominio pertenece a la república, su uso pertenece a todos los habitantes de territorio y están a su servicio permanente, es decir, que por su propia naturaleza, ninguna entidad estatal tiene la titularidad del dominio similar a la de un particular puesto que están al servicio de todos los habitantes. De allí se ha afirmado que sobre ellos el Estado ejerce fundamentalmente derechos de administración y de policía en orden a garantizar y proteger precisamente su uso y goce común por motivos de interés general. De otra parte, los bienes patrimoniales o fiscales son aquellos que pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza que los posea y administre de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad."³

En otra sentencia de la Sección 1ª, el Consejo de Estado también explicó la diferencia entre bienes de uso público y bienes fiscales de la siguiente manera:

"... La propiedad estatal está compuesta por BIENES DE USO PÚBLICO y BIENES FISCALES.

La distinción entre unos y otros ha sido definida por la doctrina.

"Bienes de Uso Público: Son aquellos que están destinados al uso general de los habitantes de un territorio, pertenecen al Estado como potestad económica y jurídica, pero él no los utiliza en su provecho, sino que están a disposición de los gobernados.

Bienes Fiscales: por oposición, son aquellos que pertenecen al Estado pero que no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privativo de la administración, para sus fines propios, que en ocasiones pueden aparecer incompatibles con la utilización innominada. De estos bienes se dice que están puestos al servicio del Estado para su uso directo o para la producción de ventajas económicas suyas, en la misma forma que lo están los bienes de apropiación particular en beneficio de su dueño. De aquí resulta la identidad de regímenes jurídicos que se predica de los bienes fiscales y la propiedad privada de los particulares"

Partiendo de un territorio, pertenecen al Estado como potestad económica y jurídica, pero él no los utiliza en su provecho, sino que están a disposición de los

² Rodríguez R. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 1998.

³ C. E. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de diciembre 5 de 2002. C. P. SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.

730

Los artículos 674 y 678 del Código Civil, y 63 y 82 de la Carta Política, prescriben, en su orden, que los bienes de uso público son aquéllos cuyo uso lo tienen todos los habitantes del territorio, que el uso y goce de dichos bienes estará sujeto a las disposiciones de ese código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes, que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público.

"Los bienes del Estado, según la clásica distinción de nuestro Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos pertenecen a la Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose su diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en su régimen legal, como que en los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etcétera), mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque pueden tomarse también como una especie de reserva patrimonial disponible para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público".

... La Sala encuentra, tal como ya lo anotó, que el régimen de los bienes del Estado, denominados de USO PÚBLICO implica que son inalienables, imprescriptibles e inembargables (Constitución Política, artículo.63) y se caracterizan porque su uso pertenece a todos los habitantes, como las calles, plazas, puentes y caminos (C.C. artículo.674). Y el régimen de destino sólo puede ser variado por los Concejos, Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial, siempre y cuando sean canjeados por otros de características semejantes (artículo 6° ley 9 de 1989). Por su parte el régimen de los denominados BIENES FISCALES, que también pertenecen al Estado y que este maneja del mismo modo que los particulares, por ejemplo, edificios, etc. no ostentan las características inherentes a los clasificados como PUBLICOS, pero ello de por sí no posibilita la declaratoria de Utilidad o Interés Público como paso previo a la negociación directa o la expropiación pues, como se verá, existen otras regulaciones de orden Constitucional y legal que atender con respecto a este punto..."⁴

Y otra jurisprudencia del Consejo de estado mucho más reciente señaló:

"De acuerdo con el artículo 674 del Código Civil, los bienes de dominio público se sub clasifican a su vez en bienes fiscales y en bienes de uso público. Los bienes fiscales o estatales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas, es decir, los utilizan para el giro de sus actividades. Los bienes de uso público

⁴ C.E. Sección 1ª. Sentencia del 6/04/00, Expediente núm. 5805, Actor: Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero)

otras regulaciones de orden Constitucional y legal que atender con respecto a

771

propiamente dichos, sometidos a un régimen jurídico especial, son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de ésta en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, etc.; por lo anterior, es claro que el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero a esta clase de bienes. Así mismo, los bienes de uso público figuran en la Constitución como aquellos bienes que reciben un tratamiento especial, ya que son considerados como inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Así, el artículo 63 constitucional preceptúa: "Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables". Los bienes de uso público son inalienables, es decir, no se pueden negociar por hallarse fuera del comercio en consideración a la utilidad que prestan en beneficio común, por lo que, en principio, no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno. Esta característica tiene dos consecuencias principales: la de ser inajenables e imprescriptibles. La inajenabilidad significa que no se puede transferir el dominio de los bienes públicos a persona alguna; y la imprescriptibilidad, es entendida como el fenómeno en virtud del cual no se puede adquirir el dominio de los bienes de uso público por el transcurrir del tiempo, en el sentido que debe primar el interés colectivo y social, así, su finalidad es la conservación del dominio público en su integridad, toda vez que es contrario a la lógica, que bienes destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados. De otro lado, es pertinente señalar que la Ley 9ª de 1989, por la cual se dictan reglas sobre reforma urbana a nivel nacional, contiene normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes, define el espacio público en los siguientes términos: (...). En este contexto, el concepto de espacio público tiene un carácter amplio, no se limita exclusivamente al ámbito del suelo físicamente considerado, sino que, también se refiere al espacio aéreo y a la superficie del mar territorial."⁵

Cabe mencionar también que el actor popular otro de los derechos colectivos que en su acción estimo como vulnerados, fue el patrimonio cultural de la nación, por lo cual conviene precisar igualmente en qué consiste este derecho colectivo.

El concepto de patrimonio cultural de la Nación.

Sea lo primero señalar que el patrimonio cultural de la nación queda comprendido dentro del concepto mucho más amplio de patrimonio público, pues este comprende no solo los bienes tangibles e intangibles pertenecientes a todos los colombianos, como lo son el espacio público y los bienes de uso público, sino también el de patrimonio cultural y arqueológico de la Nación.-

⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 41001-23-31-000-2003-01094-01(AP). Actor: JOSE DOMINGO GERQUERA. Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA. Referencia: Acción Popular

como vulnerados, fue el patrimonio cultural de la nación, por lo cual conviene precisar igualmente en qué consiste este derecho colectivo.

Pero para referirnos al patrimonio cultural, primero ha de entenderse ampliamente el concepto de de cultura, es decir, a qué se refiere y qué comprende.

El artículo 1o. de la Ley 397 de 1997 define el concepto de cultura como:

"1. Cultura es el conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias.

2. La cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y actividad propia de la sociedad colombiana en su conjunto, como proceso generado individual y colectivamente por los colombianos. Dichas manifestaciones constituyen parte integral de la identidad y la cultura colombianas..."

concepto de de cultura, es decir, a qué se refiere y qué comprende.

Ahora bien, los organismos y la legislación internacionales le han dado gran importancia a la protección del patrimonio de todas las naciones por referirse a la identidad, a la historia y al fundamento de la nacionalidad, obligando a los Estados a implementar políticas de protección. De tal suerte que la Convención de la Haya, de 1954, contempla la protección de los bienes culturales de todos los pueblos del mundo, al igual que los protocolos I y II.

Tan es así, que para el caso de la ciudad de Cartagena de Indias, la UNESCO en el año de 1985 la declaró como Patrimonio Histórico y cultural de la humanidad.

De acuerdo a nuestra legislación *"el patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes materiales e inmateriales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular"* (artículo 4o., Ley 397 de 1997).

De tal suerte que la Convención de la Haya, de 1954, contempla la protección. Siguiendo los lineamientos internacionales, el Constituyente en la Constitución Política de 1991 impuso al Estado la protección del patrimonio cultural de la Nación.

Tan es así, que para el caso de la ciudad de Cartagena de Indias, la UNESCO en el año En efecto, el artículo 72 de la Carta Política señala:

"El patrimonio cultural está bajo la protección del Estado. El patrimonio por arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica."
(Resaltado fuera del texto original)

Entonces los principales objetivos perseguidos por el Estado frente al patrimonio cultural y arqueológico, son la protección, conservación, recuperación, rehabilitación y la divulgación con el fin de que este patrimonio sirva de testimonio de la identidad de la cultura nacional (artículo 5° Ley 397 de 1997).

773

En términos generales los bienes culturales se dividen en dos grupos: bienes tangibles e intangibles. Dentro del primer grupo se encuentran la arquitectura, la orfebrería, la cerámica, el paisaje transformado y reformado por el hombre, entre otros y, dentro del segundo grupo, se encuentran clasificados las manifestaciones vivas de la tradición, el folclor, las artesanías, rituales, danzas etc. Los bienes culturales tangibles a su vez se dividen en bienes muebles e inmuebles y una de sus características es que por lo general se encuentran ligados a un pasado histórico, pertenecientes a una determinada época: prehispánica, colonial, independencia, republicana o contemporánea.

EL CASO DE LA PLAZA DE SANTO DOMINGO SEÑALADA POR EL ACCIONANTE COMO BIEN DE USO PUBLICO, COMO PARTE INTEGRANTE DEL ESPACIO PUBLICO DE LA CIUDAD DE CARTAGENA Y COMO PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION.

➤ Origen de las plazas

Según Antonio Aledo⁶, la plaza mayor hispanoamericana surgió de la combinación de experiencias anteriores, tanto europeas como americanas, enfrentadas con la realidad de la conquista y colonización.

Dice el autor mencionado, que sus orígenes se pueden buscar en la *ágora* griega y en el *foro* romano, en los espacios abiertos que se crearon delante de las catedrales medievales y, de forma más inmediata, en los espacios centrales de las *bastides* francesas y de las trazas ortogonales que fueron surgiendo en la Península Ibérica durante la Edad Media.

Que se vio también influenciada por los ejemplos americanos prehispánicos (Tlatelolco en Tenochtitlán y Cuzco) y en el caso concreto de Yucatán, pudieron contribuir los amplios espacios abiertos de los centros ceremoniales mayas y las plazas centrales de las ciudades y poblados habitados a la llegada de los españoles. De todas estas tradiciones, y contextualizada en el proceso de conquista y colonización, surge la plaza hispanoamericana, centro geométrico y simbólico de la ciudad indiana y, por lo tanto, centro de la empresa colonizadora.

➤ Significación e importancia de las plazas

Sobre este aspecto, también resulta pertinente traer a colación lo que el citado autor Antonio Toledo expresó en su obra *"El significado cultural de la plaza hispanoamericana. El ejemplo de la plaza mayor de Mérida"*. Dijo así este autor:

"A la hora de entender el significado simbólico de la plaza hispanoamericana, dos han sido los principales enfoques empleados por los expertos que han tratado este asunto. Tradicionalmente, la plaza en Hispanoamérica ha sido entendida como el espacio donde se concentraban los diferentes poderes de la empresa de conquista y colonización; la plaza se interpretó como un instrumento para transmitir e imponer la ideología del grupo dominante (los conquistadores españoles). Estaba concebida y ejecutada como vehículo de propaganda, simbolizando y encarnando la civilización" (Crouch et al., 1982: xx). Recientes revisiones del significado de la plaza en Hispanoamérica, ofrecen una nueva interpretación de los contenidos simbólicos que emanaban del entorno

⁶ ALEDO TUR, Antonio. "El significado cultural de la plaza hispanoamericana. El ejemplo de la plaza mayor de Mérida". *Tiempos de América: Revista de historia, cultura y territorio*, ISSN 1138-1310, N° 5-6, 2000, pags. 37-48."

construido de la plaza; se ha incorporado la influencia del pre-contexto urbano indígena y se han reinterpretado los mensajes no ya como un instrumento directo de control y dominación colonial, sino a la luz de los procesos más complejos de conflicto económico, social, político y cultural existente entre españoles e indígenas, y que queda plasmado, parcialmente, en el entorno construido. A continuación se ampliarán cada una de estas interpretaciones.

La plaza como materialización del poder español.

La plaza mayor jugó un papel fundamental en el trazado de las ciudades españolas en el continente americano. Los principales edificios de la ciudad estaban levantados alrededor de la plaza; de acuerdo con este principio de centralidad, los espacios y edificios en torno a la plaza estaban asociados con las ideas de poder y estatus. En la descripción que al comienzo de este apartado se ha expuesto, el redactor de la Relación de Mérida presenta claramente la plaza como el centro no sólo físico sino también simbólico de la nueva ciudad de Mérida.

La plaza de Mérida simbolizaba la cohesión de los cuatro poderes participantes en la empresa colonizadora. La Corona española estaba representada por la Casa del Gobernador; la Iglesia Católica, en la catedral; la empresa de conquista, por el palacio del Adelantado Montejo; y los intereses del grupo de colonos-encomenderos, en el edificio del Cabildo, situado en primera instancia en el lado norte, aunque posteriormente sería trasladado al lado de poniente donde estaba situado el cerro maya (Ancona, 1987: 33-34 y 1992: 25-30). Así pues, la plaza aglutinaba y concentraba los poderes del imperio español.

El entorno construido está ideológicamente diseñado para afectar a la percepción del espacio; ciertas formas construidas, se convierten, de esta forma, en recursos para la legitimación de las relaciones sociales establecidas (Smith y David, 1995: 442); es decir, se convierten en un instrumento de reproducción social al plasmar, mediante los códigos arquitectónicos, la centralidad y preeminencia de los poderes de los españoles sobre los dominados indígenas. A través de la plaza, la elite española organizaba un sistema de signos que reflejaban los poderes políticos, militares, económicos y religiosos (Segre, 1975: 125). La plaza era la expresión del sistema de colonización representado a través del lenguaje arquitectónico de sus edificios. La plaza "era, y todavía en muchos sitios es, una manifestación del orden social, de las relaciones entre ciudadanos y de éstos con el estado" (Jackson, 1984: 18); orden y relaciones sociales que en la ciudad colonial se basaban en la dominación social y étnica.

El entorno construido está ideológicamente diseñado para afectar a la (...)

La incorporación del factor indígena en la revisión del significado de la plaza hispanoamericana.

La reciente bibliografía que analiza la producción arquitectónica y urbanística en la América hispánica (Low, 1995; Seed, 1993; Lomnitz Lader, 1992; Fraser, 1990) ha introducido, en su intento de comprender el significado de la plaza hispánica, la influencia de las tradiciones indígenas como factor explicativo de las formas urbanas allí desarrolladas.

775

(...)

Una nueva relectura del significado de la plaza en Hispanoamérica introduciendo la influencia de la arquitectura indígena en la conformación del modelo entraña, asimismo, una nueva reinterpretación de la historia colonial. Esta nueva visión entiende los procesos sociales ocurridos en el mundo colonial no como un proceso de conquista, colonización y aculturación monodireccional, es decir, desde la cultura superior a la inferior, sino como un proceso mucho más complejo, que sin negar el desequilibrio entre el grupo español y el indígena, introduce la capacidad de las culturas indígenas y sus actores sociales de influenciar, afectar o modificar a la cultura dominante.

Esta última idea se construye desde los postulados teóricos (Joyce, 1991; Giddens, 1984; Bourdieu, 1977) "que sitúan al actor social dentro de las estructuras las cuales pueden ser transformadas por la acción de los propios agentes sociales" (Hodder, 1996: 57). Se revisa en este sentido la relación entre los actores sociales y el entorno construido -que es parte de las condiciones estructurantes del comportamiento al estar diseñado y controlado por las elites (DeMarrais et al. 1996: 18)-.

Esta nueva visión entiende los procesos sociales ocurridos en el mundo colonial. Los actores sociales no aceptan de forma pasiva los mensajes emanados a través de las formas urbanas y arquitectónicas, sino que se admite la capacidad de resistencia y acción de los mismos mediante el desarrollo de estrategias alternativas de usos de los espacios sociales.

(...)

La interpretación del nuevo entorno construido colonial que llevarían a cabo los mayas -paso previo para la apropiación- no es del todo conocida. Pero sabemos que a pesar de las prácticas exclusionistas y segregacionistas del espacio desarrolladas por la elite blanca, durante el día la plaza sería mayoritariamente indígena. Allí se situaba el mercado de la ciudad, donde los mestizos y mayas venderían los productos de primera necesidad a las familias blancas. A los vendedores indígenas, hay que sumar los sirvientes que trabajaban en las casas de los blancos y los artesanos que se situaban alrededor de la traza; los blancos serían minoría dentro de la propia ciudad blanca. Este hecho cuantitativo tendría unas consecuencias "cualitativas" en cuanto a usos y lecturas del entorno construido que aunque se nos escapan en sus procesos concretos de apropiación del espacio no por ello dejan de ser menos importantes y debieran ser introducidos en las nuevas interpretaciones de la plaza hispanoamericana.

Una última propuesta al significado de la plaza mayor.

El valor simbólico de la plaza mayor reside en la acumulación de poderes que en este espacio tienen lugar. Los residentes que tenían sus viviendas alrededor o junto a la plaza parece que se apropian de ese poder fortaleciendo o aumentando su estatus y posición dentro de la comunidad urbana. Sin embargo, resulta difícil de explicar cómo se produce ese traspaso de poder simbólico desde el entorno construido a los habitantes de las casas que rodean a la plaza mayor. Una de las posibles explicaciones se basaría en el hecho de que en la plaza mayor no sólo confluye el poder simbólico emanado por las instituciones (iglesia, estado, cabildo) expresado a través de los edificios, sino que en la plaza se produce y se concentra un poder real, y las personas que allí residen tienen

un acceso más directo y restringido que el resto de los habitantes de la ciudad. Nos estamos refiriendo al control de la información.

(...)

La estructura jerarquizada de la ciudad hispanoamericana¹¹, los procesos de exclusión socio-espacial y la concentración de poderes en sus centro suponían, en definitiva, una estructura espacial que originaba en la práctica un acceso diferencial a la información. Estos procesos de exclusión espacial reforzaban, complementaban y eran paralelos a las cerradas relaciones sociales que mantenía la elite encomendera, con la iglesia y la burocracia real. En un territorio donde la riqueza no abundaba, el acceso a la información debió ser un factor clave en el proceso de reproducción social desarrollado por la elite. El entorno construido de la plaza mayor no sólo expresaba el poder de las fuerzas de la conquista y colonización sino que contenía esa autoridad. La elite local no solamente estaba más cerca de esta fuente de riqueza sino que limitaba el acceso a estos grupos mediante unos usos sociales del espacio fuertemente jerarquizados”.

En otro estudio elaborado sobre el tema, Susy Borge Caballero⁷, citando a Moisés Álvarez Marín, expresa:

“Las plazas de la ciudad de Cartagena fueron construidas con distintos fines, relacionado a la cotidianeidad de la ciudad.” En primer lugar, como espacio para la realización de actividades públicas, los desfiles militares, la publicación de toda clase de avisos que tenían que ver con la ciudad, entre esos está el que se le llamaba el rollo que era una especie de cilindro en madera que se instalaba en una de las plazas de la ciudad, en este caso se supo que estuvo en la plaza de los coches donde estaba la estatua de Pedro de Heredia, este rollo siempre se ponía en el momento en que se fundaba la ciudad, tenía un significado simbólico que representaba la soberanía de la ciudad, era donde se publicaban los avisos que interesaban a la misma, por ejemplo: que los días de mercado son tales, que se buscaba a fulano de tal, normas de conductas y prohibiciones, etc. los bandos eran publicaciones de medidas o acciones que tenían que tomarse, por ejemplo: hoy hay que limpiar las calles, entonces salía un oficial militar con un redoble de tambor en la plaza y salían todos, luego el funcionario explicaba cual era la medida que se iba a tomar. Otro carácter de las plazas era el de las relaciones entre vecinos al atardecer para reunirse a conversar y esperar la noche...”¹⁷etc.

¹⁷ Álvarez, M. (2007, 25 de septiembre), entrevistado por Borge, S., Cartagena, Bolívar.

En fin, “...las plazas tenían una utilización diversa, pero en la concepción de domino público, era de uso colectivo, es más, todo pueblo nuevo y viejo gira en torno a la plaza, inclusive en los barrios de las ciudades.

En fin, “...las plazas tenían una utilización diversa, pero en la concepción de domino público, era de uso colectivo, es más, todo pueblo nuevo y viejo gira en torno a la plaza, inclusive en los barrios de las ciudades más recientes porque

⁷ Borge Caballero, Susy. Plazas de Cartagena. Escenarios de distinción social. Trabajo de grado para optar por el título de Comunicador: (a) social con énfasis en producción radiofónica. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de comunicación social y lenguaje. Carrera de Comunicación social.

es la representación de un modelo que viene de atrás y atañe a nuestra cultura, lo que no ocurre con la cultura oriental"18.

Las plazas de la ciudad de Cartagena fueron construidas con usos de carácter público establecidos por la ley, para las prácticas sociales que los ciudadanos y turistas hacen en ellas.

Según Moisés Álvarez, Director del Museo y del Archivo Histórico de la ciudad de Cartagena, "...la plaza juega un papel absolutamente clave, porque es el primer espacio público que se despeja al momento de hacer el levantamiento de una ciudad. Estas ciudades tenían como modelo esencial, la llamada cuadrícula que tiene además sus orígenes desde la más remota antigüedad, desde las ciudades romanas, y en este caso, cuando se escogía el sitio para el establecimiento de la ciudad y que se trazaba a cordel sus calles, lo primero que se hacía, era dejar abierto los espacios de la plaza"19.

➤ **La plaza de Santo Domingo de Cartagena de indias. Su localización e historia.**

Se encuentra ubicada en pleno centro histórico de la ciudad de Cartagena de Indias, entre las calles de Santo Domingo y entre las manzanas catastrales No. 78 – 79 y 88 – 89.-

Ubicada delante de la Iglesia de Santo Domingo, a la cual debe su nombre y que es la iglesia más antigua de Cartagena de indias, pues su construcción tuvo comienzo a finales del siglo XVI, cuando su fundación en 1551.

Sobre esta Plaza menciona Susy Borge:

"En el caso de la plaza de Santo Domingo, localizada en el centro histórico de Cartagena de Indias, entre las calles de Santo Domingo y entre las manzanas catastrales No 78 – 79 y 88 y 89, fue construida porque al momento de establecerse las diferentes órdenes religiosas se instituyen la mayoría de las que existían en España. Estas órdenes buscan sitios privilegiados, por lo general, en la mitad de las ciudades y muchas veces tomando una manzana completa cumpliendo con "el requisito de construir frente a cada una de estas edificaciones, una plaza. Siempre en frente de las fachadas de las edificaciones religiosas de primer orden se va a dejar este espacio de la plaza para avisos a la comunidad"20.

La plaza de Santo Domingo es un espacio donde el predio está conformado básicamente por restaurantes de la alta cocina y bares de prestigio en la ciudad. La forma de la plaza es un rectángulo asimétrico, sus ángulos no son iguales. Su suelo está definido en adoquín, lo que da la apariencia de que es una zona peatonal. La plaza tiene en el fondo seis locales, algunos adaptados como restaurantes y otro está ambientado como joyería.

Sobre esta plaza, "convergen las calles de Santo Domingo y el callejón de los estribos. Se encuentra enmarcado espacialmente por las edificaciones de tipologías Especial Religiosa como el convento de Santo Domingo, contemporáneas, casas Altas y casas Altas con entresuelo. Su integración espacial de la plaza con el entorno se da a través de las vías mencionadas y espacio superior"21.

"La Plaza de Santo Domingo presenta una textura de piso en ladrillo, esta tiene un área de 674.06 M2, la vía interna vehicular tiene un área de 199.68 M2, una jardinera grande la cual tiene un área de 29.25 M2, un pedestal de 10.92 y una escultura en bronce la cual ocupa un área de 2.97 M2, para un área total de 912.48 M2²²".

Actor: Tomas Chapuel Tello

Accionado: Distrito de Cartagena y otros



➤ Su carácter de patrimonio cultural de la nación.

En cuanto a su carácter de patrimonio cultural nacional, como primera medida tenemos que fue mediante la ley 163 de 1959, que se declaró como monumento nacional entre otros, el sector antiguo de la ciudad de Cartagena de Indias, entendiéndose por sector antiguo según dicha ley, las calles, plazuelas, murallas, inmuebles incluidos casas y construcciones históricas, etc, que tenía esta ciudad durante los siglos XVI, XVII y XVIII.⁸

Luego por hacer parte o estar la Plaza de Santo Domingo dentro del "Casco Histórico" de la ciudad de Cartagena de Indias, quedó entonces cobijada por la anterior declaración del legislativo colombiano como monumento nacional.

Es decir que con lo hasta ahora precisado, una primera conclusión que puede sacarse es que no existe la menor duda que la Plaza de Santo Domingo es un bien de uso público, que hace parte además del espacio público del Distrito de Cartagena, y que como monumento nacional que es, hace parte también del patrimonio cultural de la Nación y por ende sujeto de ser protegido a través del mecanismo de la acción popular en el evento de que estuviese siendo amenazado o vulnerado por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Precisamente el actor popular alega que ha existido dicha violación o amenaza, la cual hace consistir de una parte en el hecho que el Distrito de Cartagena, hubiese celebrado un contrato de arriendo con varios propietarios de establecimientos comerciales en virtud del

Artículo 4º.- Decláranse como monumentos nacionales los sectores antiguos de las ciudades de Tunja, Cartagena, Mompox, Popayán, Guaduas, Pasto y Santa Marta (especialmente la Quinta de San Pedro Alejandrino, y las residencias de reconocida tradición histórica).

Parágrafo.- Para los efectos de la presente Ley se entenderá por sectores antiguos los de las ciudades de Tunja, Cartagena, Mompox, Popayán, Guaduas, Pasto, Santa Marta, Santa Fe de Antioquia, Mariquita, Cartago, Villa de Leyva, Cali, Cerrito y Buga. Las calles, plazas, plazuelas, murallas, inmuebles, incluidos casas y construcciones históricas, en los ejidos, inmuebles, etc., incluidos en el perímetro que tenían estas poblaciones durante los siglos XVI, XVII y XVIII.

que estuviese siendo amenazado o vulnerado por la acción u omisión de las autoridades

cual, en la actualidad estén ocupando el espacio público constitutivo de dicha plaza de Santo Domingo, pues considera el accionante que dicho contrato de arriendo adolece de objeto ilícito, pues a su juicio la Plaza de Santo Domingo se trata de un bien de uso público y que por lo tanto es inalienable, imprescriptible e inembargable.

Por otra parte también aduce el accionante que los establecimientos de comercio que explotan económicamente la plaza de Santo Domingo, como arrendatarios, están limitando a la comunidad el goce del espacio público, el uso y disfrute del mencionado monumento al prohibir el libre acceso y circulación en el mismo.

Ciertamente cabe destacar, que el Estado tiene la obligación constitucional y legal de brindarle efectiva protección a todos los bienes y áreas que conforman el espacio público y que hacen parte de los bienes de uso público; en este sentido, el artículo 1º del decreto 1504 de 1998 en concordancia con el artículo 82 de la Constitución informa: *"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."*

En efecto, el derecho al goce del espacio público supone la posibilidad que tienen todos los miembros de la comunidad, de utilizar los bienes de uso público para la circulación o la recreación.

Al respecto resulta pertinente traer a colación un pronunciamiento del honorable Consejo de Estado, donde precisamente se alegaba vulneración del derecho al goce del espacio público y la protección de los bienes de uso público por haberse suscrito un contrato de arrendamiento del parque La Florida y en donde se dijo lo siguiente:

"PARQUE LA FLORIDA - Es un bien de uso público cuya protección le corresponde al Estado / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL PARQUE LA FLORIDA - Al no vulnerar derechos colectivos no se varía el fin jurídico del bien de uso público / ARRENDAMIENTO DE BIENES DE USO PUBLICO - No hay normas que proscriban este tipo de contratos / DERECHO AL GOCE DEL ESPACIO PUBLICO - No se vulnera con un contrato de arrendamiento del Parque La Florida.

"La Sala de conformidad con las pruebas aportadas en el plenario, en concordancia con el análisis anteriormente realizado, concluye que el parque denominado La Florida es un bien de uso público cuya protección le corresponde al Estado pues se encuentra íntimamente ligado con la recreación (artículo 53 C.P.), con la función ecológica de la propiedad (art. 58 C.P.), con la conservación de las áreas de especial importancia ecológica (art. 79 C.P.) y con la prevención del deterioro ambiental, protección de ecosistemas y garantía de desarrollo sostenible (art. 80 C.P.). Para la Sala, ninguna de las cláusulas del contrato constituye una vulneración o amenaza a los derechos colectivos invocados por el actor, pues en éste no se varía el fin jurídico del bien de uso público objeto del contrato, porque contrario a lo señalado por el accionante, no hay normas que proscriban figuras jurídicas ni formas contractuales, como el arrendamiento sobre este tipo de bienes, salvo las que impliquen enajenación, pues lo que debe protegerse es que no se desnaturalice la finalidad pública a la que están destinados. Si bien la Sección Primera del Consejo de Estado consideró que el artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 no autoriza el arrendamiento de los bienes de uso público, advirtió al mismo tiempo que ello no

descarta, con fundamento en otras disposiciones legales, que pueda ser posible el arrendamiento de los mismos.

ARRENDAMIENTO DE PARQUES - No debe impedir el uso, goce y tránsito de la comunidad por ellos / **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO PARA LA PRACTICA DEL GOLF** - Es compatible con la finalidad jurídica del bien de uso público.

Como se observa, la normatividad específica que rige la materia autoriza la contratación sin excluir expresamente determinado tipo de contratos, exigiendo eso sí, como condición esencial, que se garantice el uso, goce y tránsito por parte de la comunidad y que se preserve la finalidad de los parques. Por ello los contratos que se suscriban deben contener necesariamente cláusulas como las que aparecen en el que se analiza, así como las que permitan controlar y asegurar al contratante el cumplimiento de la finalidad que tienen los parques públicos, de suerte que se mantenga la práctica del deporte y la recreación para la comunidad, mediante la disposición de los equipos necesarios, así como de los elementos y del personal requerido para su práctica. En el presente caso, el contrato puesto a consideración de la Sala no impide a la comunidad el uso, goce o disfrute del terreno, pues como ya se indicó, expresamente permite el libre acceso a las áreas objeto del contrato. Adicionalmente, el uso exclusivo de los predios objeto del contrato para la práctica, promoción y formación del deporte del golf, es compatible con la finalidad jurídica del bien de uso público.⁹

Y en otra providencia el Consejo de Estado expresó.

ESPACIO PÚBLICO - Pueden ser dados en arrendamiento o concesión o con permiso para ejercicio de actividad comercial / **ESPACIO PÚBLICO** - Su uso puede ser reglamentado / **KIOSKOS** - Permiso oficial de uso del espacio público: licencia de funcionamiento, pago de industria y comercio. Autorización municipal / **BIENES DE USO PÚBLICO** - Arrendamiento, concesión, permiso

Advierte la Sala que de los documentos que reposan en el expediente se extrae que a las demandadas la autoridad local de Caucaasia las autorizó para ejercer una actividad comercial en los kioskos ubicados en el espacio público, razón por la cual se pagan los correspondientes impuestos de industria y comercio, además de los servicios públicos. Así se lee a folio 27 en que la Gobernación del Departamento de Antioquia afirma "... En relación con los kioskos de las recurrentes aparecen en autos sendas autorizaciones para establecerlos, concedidas por la Administración Municipal de Caucaasia, y constancias procesales de tener las respectivas licencias de funcionamiento...". Igualmente, obran los certificados sanitarios expedidos por la Alcaldía Municipal de Caucaasia a favor del Kiosko "La Copa", de propiedad de Amanda Castaño, y del Kiosko "LA YE", de propiedad de Lilliam Alvarez. Luego, su presencia allí no se puede considerar arbitraria, abusiva o ilícita. 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,

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Bogotá D. C., veinte (20) de noviembre de dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-24-000-2002-01503-01(AP-01503). Actor: RAFAEL TOMÁS OSORIO GARCÍA. Demandado: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE. Referencia: ACCIÓN POPULAR

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...". **NOTA DE RELATORIA:** Se citan: 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.¹⁰

Del caso concreto.

En el asunto bajo examen, se tiene que el Distrito de Cartagena de Indias mediante decreto 0715 del 25 de octubre de 2002, expidió un reglamento de los usos compatibles de las plazas y plazuelas del centro histórico y cultural de Cartagena de Indias, su utilización y aprovechamiento, con el fin de vincular los objetivos de desarrollo y promoción de las actividades económicas que se desarrollan en esa centralidad con el uso, goce y disfrute del espacio público.

Copia del mencionado decreto puede verse visible a folios 48 a 56 del cuaderno No. 1, aportado por el Distrito de Cartagena con su contestación de la acción y del cual se puede leer que en el artículo 2º se estableció como ámbito de aplicación del mismo, entre otras plazas de Cartagena, la de Santo Domingo a la cual se le señala un área máxima de ocupación de 507,2 metros cuadrados.

De igual manera, en el artículo 3º del citado decreto, se señalaron como usos compatibles de las plazas y plazuelas del centro histórico de Cartagena, las actividades económicas autorizadas a los restaurantes, cafés y refresquerías que tengan frente sobre dichos espacios públicos.

Así mismo en el artículo 5º se permite el emplazamiento de mobiliario urbano removible, compuesto por mesas y sillas de atención al público, parasoles y elementos de iluminación sin conexión eléctrica.

En total son 11 los artículos que conforman el citado Decreto -resultado de las facultades otorgadas por el artículo 12 de la Ley 78 de 2002 y el Decreto 977 del Plan de Ordenamiento Territorial- que como se dijo comprende el marco normativo relativo a los usos compatibles de la plaza Santo Domingo, es así como sujetos a estas normas los demandados deben cumplir con los requisitos en ella estipulados para tener el derecho de utilizar en este lugar el mobiliario que allí se encuentra debidamente identificado.

Autorizadas a los restaurantes, cafés y refresquerías que tengan frente sobre dichos

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil dos (2002), Radicación número: 05001-23-31-000-2002-0132-01(AP). Actor: ALEXANDRA MARÍA DAVID RESTREPO. Demandado: MUNICIPIO DE CAUCASIA Y MARÍA EUGENIA ZAPATA, AMANDA CASTAÑO y LILIAM ALVAREZ y Sillas de atención al público, parasoles y elementos de iluminación sin

702

En virtud de dicho Decreto, las demandadas a excepción de la sociedad INVERSIONES MAR AZUL LTDA constituyeron la Asociación de Empresarios de la Plaza Santo Domingo de Cartagena de Indias -AEPSA- conformada por CAFE RISTORANTE SAN BERNABE, MILENIO CAFE, CONDE DE LA CRUZ, CREPPES PIZZAS MARGARITA'S BAR, RESTAURANTE PACO'S, CAFÉ PLAZA SANTO DOMINGO, CAFÉ COLOMBIA y CAFÉ A SALVO -ver folios 77 a 79 del Cdn No1- las que a su vez suscribieron contrato de usos compatibles con la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena -ver folio 86 del cdn No1- lo que permitió la utilización de la Plaza Santo Domingo para tener allí parte de su mobiliario removible.

Respecto a la sociedad INVERSIONES MAR AZUL LTDA -folio 230 a 231 del cdn No.1- fue a través de acción de tutela instaurada por el señor Javier Porto Morales que el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena ordenó a la Alcaldía Distrital otorgarle la licencia que le permitiera el uso compatible de la Plaza Santo Domingo, orden que una vez dada por esa Judicatura y luego de un incidente de desacato por su incumplimiento, que la administración distrital cumplió profiriendo de la Resolución No. 054 de 2005 -ver folios 80 a 85 del cdn1- lo que le permitió a esta sociedad la materialización de contrato de usos compatibles -ver folios 489 a 490 del cdn No. 2.

En ese sentido, el derecho al goce del espacio público, tal como lo es la plaza Santo Domingo, se vulnera o amenaza no sólo con conductas positivas, como invasión de la misma, sino también con conductas negativas, las cuales se traducen en omisión de la autoridad pública en conservar dichos bienes en condiciones aptas para darles el uso que naturalmente les corresponde, por parte de la comunidad.

Sin embargo, la ley permite que el espacio público pueda ser utilizado con fines económicos por particulares, bajo determinadas condiciones.

En efecto, una primera disposición en ese sentido es la señalada por el art. 7º de la ley 9 de 1989 la que dispone:

ARTÍCULO 7º Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia podrán crear de acuerdo con su organización legal, entidades que serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. Así mismo podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores.

Quando las áreas de cesión para las zonas verdes y servicios comunales sean inferiores a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas, o cuando su ubicación sea inconveniente para la ciudad, se podrá compensar la obligación de cesión, en dinero o en otros inmuebles, en los términos que reglamenten los concejos. Si la compensación es en dinero, se deberá asignar su valor a los mismos fines en lugares apropiados según lo determine el Plan de Desarrollo o Plan de Desarrollo Simplificado. Si la compensación se satisface mediante otro inmueble, también deberá estar ubicado en un lugar apropiado según lo determine el mismo plan.

De la misma manera, los artículos 18 y 19 del Decreto 1504 de 1998 que regula el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial disponen:

753

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 y subrayas fuera de texto)

Es decir que fue el propio legislador, el que estableció que a pesar de la condición de inalienables, inembargables e imprescriptibles de los bienes de uso público que además integran el espacio público, estos excepcionalmente pudiesen ser entregados a particulares sin transferencia del dominio o propiedad, como sería precisamente mediante contrato de arriendo.

El derecho entonces del espacio público no es absoluto, pues la normatividad vigente, que se relaciona, demuestra que se habilita a las autoridades municipales y distritales para que autorice su uso a particulares, como ocurre en el sub judice, con el fin de que realicen actividades compatibles con su naturaleza y previo los siguientes requisitos (i) Que obre autorización de la Administración municipal(ii) Que el uso sea compatible con la naturaleza del espacio público, o sea que no cause afectación a los derechos colectivos y (iii) Que se formalice la relación jurídica a través de un vínculo contractual.

Requisitos que una vez verificados en el expediente, denotan la certeza de las afirmaciones del a quo y del Ministerio Público que coinciden en la no prosperidad de las pretensiones del actor, por encontrarse la actuación de las accionadas debidamente sustentada en las normas legales vigentes que rigen la materia objeto de este estudio.

Es menester en esos términos, hacer hincapié, en que al respetar las reglas transcritas y la posición jurisprudencial que al respecto ha mantenido el Honorable Consejo de Estado en las sentencias referidas, las demandadas no incurrir en la vulneración que de los bienes de uso público les endilga el accionante, recuérdese que como bien lo afirma el a quo la Plaza Santo Domingo solo se encuentra ocupada en un 30% de manera supervigilada -ver folios 642 y 643 del Cdn No 3-

Esta suficientemente claro en esta instancia que los bienes de uso público, como es el caso de la plaza Santo Domingo pueden ser dados en arrendamiento, concesión o son susceptibles de permiso para que en ellos se ejerza la actividad comercial, pues su destinación al uso común de este espacio que es público esta reglamentada como ya se vio por el Decreto 0715 de 2002 y es precisamente esta reglamentación la que se constituye en un mecanismo para la protección de su integridad, la que además puede limitar como efectivamente lo hace, su uso, sin que se constituya en una violación al artículo 82 de la Carta Política.

784

En los termino anteriores, encuentra esta Sala que no existe ningún elemento probatorio del que pueda inferirse que los derechos colectivos que se pretenden proteger con esta acción constitucional hayan sido conculcados o puestos en peligro y por el contrario, se probó que en cumplimiento del Decreto 0715 de 25 de octubre de 2002 las demandadas cumplen con las obligaciones que le corresponden, es por ello que esta Sala confirmará la sentencia impugnada.

Se acoge en ese sentido la posición que al respecto allega el Ministerio Publico en su concepto No. 059 de abril de 2011, pues como lo afirmó *"la presunta ocupación ilegal en la Plaza de Santo Domingo no es permanente ni impide la libre circulación del común, se trata de la disposición supervigilada de sillas y mesas con determinados horarios de afluencia de turistas y del publico en general"*- ver folio 711 a 724 del Cdn No. 3-, por lo tanto se reitera, la sentencia del a quo será confirmada.

XII.- DECISION

Encuentra esta Sala que no existe ningún elemento probatorio del que pueda inferirse que los derechos colectivos que se pretenden proteger con esta acción constitucional hayan sido conculcados o puestos en peligro y por el contrario, se probó que en cumplimiento del Decreto 0715 de 25 de octubre de 2002 las demandadas cumplen con las obligaciones que le corresponden, es por ello que esta Sala confirmará la sentencia impugnada.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 4 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha

Los Magistrados

ARTURO MATSON CARBALLO

JOSE FERNANDEZ OSORIO

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha