



76

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., tres (03) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00244-01**

**Actor: ASOCIACIÓN DE EXPOSITORES TOLDOS DE SAN PELAYO**

**Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**

**Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho - Fallo de segunda instancia.**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión, el 13 de agosto de 2012, por medio de la cual, negó las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda

La **ASOCIACIÓN DE EXPOSITORES TOLDOS DE SAN PELAYO** (en adelante la **ASOCIACIÓN**), presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el 1º de junio de 2010, en la que formuló las siguientes pretensiones:<sup>1</sup>

«1. Que se declare la nulidad de la Resolución 4687 del 12 de noviembre de 2009 por medio de la cual se suspendió un permiso temporal del espacio público {sic}.

2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se restablezca el permiso otorgado a la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo otorgado por medio del Acto Administrativo IDU – 195398 STME 5300, y su consecuente renovación como ha ocurrido año tras año.

---

<sup>1</sup> Fls. 2 – 34. Poder fl. 1. C. 1.

3. Se condene a la entidad demandada a pagar los daños patrimoniales (daño emergente como el lucro cesante) y extrapatrimoniales, por los perjuicios causados a la Asociación y a sus miembros, por la suspensión definitiva de un permiso de uso de espacio público...».

## 1.2. Fundamentos fácticos

En síntesis, el demandante planteó los siguientes:

1.2.1. A la **ASOCIACIÓN** le fue reconocida personería jurídica por medio del Acto Administrativo No. 675 del 16 de diciembre de 1992 expedido por el Secretario General de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

1.2.2. El Distrito Capital le había otorgado a la demandante permiso de uso temporal del espacio público, en el sector ubicado en la carrera 6 A entre calles 119 y 120, mediante el oficio IDU -195398 STM – 5300 del 29 de diciembre de 2008, el cual fue suspendido definitivamente, a través de la Resolución No. 4687 del 12 de noviembre de 2009, por el Director Técnico de Administración de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano (en los sucesivos IDU). El acto que en su parte resolutive, indicó:<sup>2</sup>

«**PRIMERO:** Suspender definitivamente el permiso para el uso temporal del espacio público otorgado a la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo a través del oficio IDU STME 5300 – 195398 del 29 de diciembre del 2.008, con fundamento en el artículo 22 del Decreto 463 de 2003.

**SEGUNDO:** La presente Resolución debe ser notificada personalmente al representante legal de la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo, en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo.

**TERCERO:** La presente Resolución rige a partir de su notificación y contra ella no procede recurso alguno».<sup>3</sup>

## 1.3. Cargos

### 1.3.1. Primer cargo. Falsa motivación

Explicó que la Dirección Técnica de Administración del IDU, por medio de la Resolución No. 4687 del 12 de noviembre del año 2009 suspendió definitivamente por motivos de interés general el permiso de uso temporal del espacio público otorgado a la **ASOCIACIÓN** de

---

<sup>2</sup> Fls. 154 – 165. C. 1.

<sup>3</sup> Negrilla del original.



Expositores Toldos de San Pelayo a través del Oficio IDU STME 5300-195398 del 29 de diciembre de 2008; teniendo en cuenta la facultad discrecional concedida por el Decreto Distrital No. 463 de 2003. La entidad explicó los fundamentos fácticos en virtud de los cuales se afectó el interés general por parte de ésta, los cuales se sintetizan en tratos discriminatorios por parte de sus directivos, anomalías dentro de la organización en cuanto a convivencia, cumplimiento de estatutos y fines económicos.

Así es como, la Resolución No. 4687 señaló en el acápite de motivos de interés general que justifican la suspensión del permiso, que de conformidad con los hechos y las pruebas allegadas al expediente administrativo se observó que durante el año 2009 la realización del evento cultural Mercado de las Pulgas se ha visto entorpecida por circunstancias que han limitado el derecho de los particulares a participar, tratos discriminatorios por parte de los directivos de la **ASOCIACIÓN**, así como las anomalías ya indicadas.

Frente a los señalamientos de la realización de actos discriminatorios a otros expositores endilgados por la demandada, es necesario recalcar que la **ASOCIACIÓN** en reforma estatutaria de fecha 17 de abril de 2009, aprobada por las mayorías exigidas en sus estatutos, consagró las pautas que materializaron una equidad entre asociados y expositores, dando cumplimiento a lo señalado originariamente por los estatutos de esta colectividad, lo que permite señalar que esta acusación devenida de la accionada es del todo falsa.

Por otra parte, manifestó que respecto a los cobros para tener derecho a participar en el mercado a fines del mes de marzo de 2009, se puso en conocimiento de la Personera Local de Usaquéen una queja al parecer presentada por un grupo de expositores invitados inconformes con el manejo dado por la **ASOCIACIÓN**.

Por esta situación, la Junta Directiva de esa época y tres asociados fueron convocados por parte de la Personera Local con el fin de reducir el cobro de las cuotas de mantenimiento, aplicables a los invitados, ya que el valor pagado por estos era superior al pagado por los asociados.



Ante las anteriores situaciones, el 17 de abril de ese año, en Asamblea Extraordinaria se determinó que a partir de la fecha, la cuota de mantenimiento sería de \$40.000, para todos los expositores, asociados o no, como se le hizo saber a la Personera Local.

Puso de presente que, la administración no probó de manera eficaz que la **ASOCIACIÓN** hubiera generado tratos discriminatorios a sus expositores, por el contrario, del material probatorio allegado al expediente se puede establecer sin asomo de duda que el cobro del dinero no generaba fin lucrativo alguno ni mucho menos un trato discriminatorio entre los asociados y los expositores, toda vez que la suma de dinero cobrada era igual para las dos partes y estaba conexas a los meros factores básicos de funcionamiento organizacional y logísticos.

En cuanto al aspecto de las innumerables quejas presentadas por los expositores invitados, si bien es cierto que ante la Alcaldía Local se presentaron algunos de éstos a expresar sus inconformidades sobre las condiciones bajo las cuales se realizaba el mercado, éstas fueron efectivamente tenidas en cuenta por la **ASOCIACIÓN** tal como se desprende de las mismas actas de reuniones llevadas a cabo en presencia de la misma administración local. Tan es así que se tuvieron en cuenta las recomendaciones, que no existe prueba alguna que demuestre que se generó alteración del orden público durante el tiempo en que se tenía el permiso temporal del uso del espacio público.

También resaltó el hecho que el 15 de septiembre de 2009, la Alcaldía Local de Usaquén solicitó al IDU la suspensión del permiso de uso temporal del espacio público otorgado a la **ASOCIACIÓN** debido a que: *«este mercado desde hace mucho tiempo viene presentando anomalías dentro de su organización en cuanto a convivencia, relaciones interpersonales, cumplimiento de estatutos y perturbación a los vecinos, tema que ha trascendido de lo privado a lo público, es así, que esta administración atendiendo las múltiples quejas y constatando la problemática que sufre este mercado a su interior y que pese a las intervenciones hechas por este despacho en compañía de la Personera Local y de esa Institución para tratar de orientar el tema para su organización; no ha logrado obtener un resultado positivo, ni una muestra de voluntad para solucionarlo».*



Frente a lo anterior, expresó que *«las aseveraciones de la alcaldía local en cuanto a convivencia, relaciones interpersonales, cumplimiento de estatutos y perturbación a los vecinos, estas son totalmente falsas pues jamás ha existido una queja contra la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo ni las entidades que la vigilan han emitido concepto desfavorable alguno. La Asociación ha cumplido con todas las directrices señaladas por las autoridades competentes a fin de lograr siempre una mejor dirección del mercado de las pulgas, razón por la cual afirmar que no se ha logrado solución alguna es falso»*.

Bajo los anteriores argumentos, frente a este cargo, concluyó que quedó demostrado que el ejercicio de la facultad discrecional efectuado por la Dirección Técnica de Administración del IDU fue realizada de manera arbitraria, toda vez que al haberse probado que todos los fundamentos que se tuvieron en cuenta para motivar la Resolución No. 4687 de 2009 son *«falsos o carecen de sustento probatorio»*, el juicio de proporcionalidad que debió hacer la administración no era el haber suspendido el permiso, por el contrario, debió haber continuado, motivo por el cual por no ser concordantes los fundamentos de hecho con la decisión tomada, queda desvirtuada la presunción de legalidad en que está investido el acto administrativo cuestionado, pues el acto demandado adolece de falsa motivación.

### 1.3.2. Segundo cargo. Desviación de poder

En este punto, luego de citar jurisprudencia del Consejo de Estado, puso de presente que el 9 de septiembre del año 2009, la representante legal de la **ASOCIACIÓN** presentó ante el Personero Distrital queja disciplinaria en contra del Alcalde Local y la Personera Local de Usaqué. A partir de esta fecha, la administración local inició una persecución en contra de esa organización sin ánimo de lucro, la que se concretó en la suspensión del permiso del uso del espacio público; la división del mercado; la creación de uno, así como una **nueva asociación**, estimulados, avalados y respaldados por la administración distrital; y, finalmente, el otorgamiento del espacio a aquélla, antes ocupado por el mercado de las pulgas de la **Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo**.

Prueba de ello es que a pesar de que dieron cumplimiento a todas y cada una de las directrices impartidas por la administración a fin de garantizar el trato equitativo entre los participantes del evento y generar un ambiente de convivencia con la comunidad, soslayando cualquier fin lucrativo, el Alcalde Local de Usaquén solicitó al IDU, el 15 de septiembre del año 2009, la suspensión definitiva del espacio público otorgado a la **ASOCIACIÓN**, tal como se desprende del numeral 5° de la Resolución 4158 del 20 de octubre de 2009 emitida por el IDU.

Sostuvo que, con ello se demuestra que el Alcalde Local de Usaquén hizo caso omiso a los cumplimientos que había venido efectuando la **Asociación Toldos de San Pelayo** a los diversos requerimientos que la administración hizo, por ello, no es cierto entonces que la realización del evento cultural Mercado de las Pulgas se ha visto entorpecida por circunstancias que han limitado el derecho de los particulares a participar, generando tratos discriminatorios por parte de los directivos, tal como lo pretende hacer ver la entidad demandada, por el contrario, itero la censura, todos los requerimientos generados por parte de la administración local fueron solucionados a cabalidad.

Finalmente, afirmó en este cargo que *«queda más que probado con la documentación que se aporta con la demanda que a partir de la fecha en que se interpuso la queja ante la Personería, la administración local no ratificó ni avaló la buena voluntad por parte de los directivos de la Asociación en lograr un mejor desarrollo en el funcionamiento del Mercado de las Pulgas, probándose de esta forma que el fin pretendido con el acto administrativo demandado no era la protección al interés público, sino una sanción por la denuncia interpuesta»*, estructurándose así la llamada desviación de poder.

### **1.3.3. Violación al principio de la confianza legítima**

En este cargo explicó que la **Asociación Toldos de San Pelayo** es uno de los mercados de pulgas tradicionales de la ciudad de Bogotá, tradición que se remonta a más de 20 años convocando y organizando a pequeños y medianos artesanos para que puedan desarrollar su labor, a modo de no entenderse como ventas de carácter informal. Actividad que fue declarada de interés cultural por medio del Acuerdo Distrital No. 154 del 2005, convirtiéndose en un



escenario para estimular la generación de empresa ofreciendo espacios que posibilitan la comercialización de productos elaborados en sus propios talleres.

De la situación jurídica consolidada por el transcurso del tiempo al desarrollarse esa actividad en la Localidad de Usaquén, surgen como consecuencia derechos adquiridos derivados de la confianza legítima generada por la administración, los que no se traducen en tener derecho a la utilización sin autorización del espacio público, por el contrario, aquéllos nacen de la autorización generada por la administración al permitir a Toldos de San Pelayo desarrollar sus actividades por más de 20 años.

Concluyó en este punto, que se cumplen los requisitos señalados por la jurisprudencia<sup>4</sup> para que se genere la violación al principio de la confianza legítima, puesto que al permitirse el desarrollo de esa actividad por parte de la administración local en la Localidad de Usaquén, se generó una expectativa cierta al protegerse y promoverse la actividad de los artesanos en el sector.

## **2. Trámite de primera instancia**

**2.1.** El Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante auto del 24 de junio de 2010, admitió la demanda y profirió las órdenes consecuenciales como notificar personalmente al Instituto de Desarrollo Urbano (en los sucesivo IDU).<sup>5</sup>

## **2.2. Contestación**

El IDU al contestar solicitó negar las pretensiones de la demanda.<sup>6</sup>

Antes de entrar a exponer las razones para no compartir los cargos planteados, expresó que la demanda incumple con el requisito dispuesto en el artículo 137 numeral 4º del CCA, toda vez que omitió en los fundamentos de derecho de las pretensiones la indicación de

<sup>4</sup> Citó aspectos de la sentencia del 5 de diciembre de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicación No. 41001-23-31-000-1990-05732-01 (12158) C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>5</sup> Fls. 37 - 39. C. 1.

<sup>6</sup> Fls. 44 - 54. C. 1.

las normas violadas, para de esta forma desarrollar y explicar adecuadamente el concepto de la violación.

En ese orden de ideas, se presentan dos cargos, i) falsa motivación y ii) desviación de poder, sin que se indiquen las normas en que se fundamenta la presunta vulneración.

Respecto al cargo por **falsa de motivación**, realizó un análisis de los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de la Resolución No. 4687 del 12 de noviembre de 2009, a partir de lo que, sostuvo que de las reuniones sostenidas está acreditado el motivo de la discriminación alegado por los expositores no asociados, para la emisión del acto administrativo de suspensión del permiso de uso temporal del espacio público.

Por otra parte, afirmó que la Alcaldía Local de Usaqué, precisamente, previendo la alteración del orden público, por las continuas irregularidades que se venían presentando, solicitó la suspensión del permiso en dos ocasiones, teniendo competencia para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25<sup>7</sup> del Decreto Distrital 463 de 2003.

También sostuvo que contrario a lo expresado por el apoderado de la actora, luego de las reuniones y actuaciones adelantadas por la Alcaldía Local de Usaqué, la Personería, la Contraloría y el IDU para superar las irregularidades y perturbación, no se logró ninguna solución. Muestra de ello es que para el 15 de octubre de 2009, los expositores invitados del Mercado de las Pulgas Toldos de San Pelayo seguían presentado quejas ante el IDU sobre inconsistencias e inconformidades. El 21 de octubre de 2009, se dirigieron a la Alcaldía Mayor en solicitud de la cancelación de la personería jurídica de la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo Mercado de las Pulgas de Usaqué y el 3 de noviembre de 2009 se quejaron ante la Veeduría Distrital. Así queda desvirtuado el hecho de que nunca se presentaron quejas en contra de la Asociación.

---

<sup>7</sup> «VIGILANCIA Y CONTROL. La entidad Distrital administradora del espacio público y el Alcalde Local respectivo ejercerán el control y vigilancia de los espacios públicos respecto de los cuales se autorice su ocupación temporal».





Así las cosas, se tiene que la actora no logra probar el cargo formulado en contra del acto administrativo acusado y por tanto desvirtuar la presunción de legalidad que lo ampara. Existen documentos públicos emanados de la Alcaldía Local de Usaquén y de otras entidades del Distrito, los que se presumen auténticos, que fundamentan la parte motiva del acto administrativo acusado y que soportan la situación fáctica que dio origen a la suspensión del permiso de uso temporal del espacio público, que no fueron tachados de falsos por el apoderado de la demandante, por lo que la conclusión a que se llega no es otra que la de tener por demostrado que el acto administrativo acusado fue debidamente motivado y que los hechos que le sirvieron de fundamento son ciertos y reales.

Luego acotó que, conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado (sin indicar referencia alguna), la falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación.

Para concluir a partir de lo anterior que, en el presente caso, no puede afirmarse que se hubiera presentado alguna de las dos situaciones descritas porque el IDU encontró probados jurídicamente unos hechos que constituyen razones valederas para suspender en forma definitiva el permiso de uso temporal del espacio público. En ese orden de ideas, el cargo no está llamado a prosperar.

En cuanto a la **desviación de poder**, sostuvo que la actora, quien la alegó, tenía la carga de probar que los motivos que guiaron a la Administración al proferir el acto acusado no obedecieron a razones del buen servicio o de interés general, pero no lo hizo así. Por el contrario el IDU sí expresó en su acto los motivos determinantes de la suspensión del permiso, que la demandante no logró desvirtuar.

Por último, manifestó que no se **violó el principio de la confianza legítima**, toda vez que se encuentra demostrado que el IDU inició una actuación administrativa tendiente a establecer la procedencia



de la suspensión del permiso temporal para el uso del espacio público, por unos hechos irregulares que venían siendo denunciados por los expositores no asociados del Mercado de las Pulgas de Usaquén, entre ellos el cobro por el uso del espacio público y los tratos discriminatorios por parte de la **ASOCIACIÓN**, trámite en el que ésta estuvo rodeada de todas las garantías propias del debido proceso, ya que tuvo oportunidad de presentar descargos, advirtiéndose que no se prueba por el apoderado de la actora la imposición por parte del IDU de un cambio brusco o intempestivo en las condiciones en que se venía ejerciendo el permiso, para hacerle más gravosa la situación y que, adicionalmente, le haya ocasionado un daño o perjuicio.

Como excepción propuso el indebido cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

### 3. Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión, mediante sentencia de 13 de agosto de 2012, resolvió.<sup>8</sup>

«**PRIMERO: DECLARASE** no probada la excepción denominada indebido cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NIEGANSE** {sic} las pretensiones de la demanda.

**TERCERO: SE ABSTIENE** de condenar en costas en esta instancia.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hubiere lugar a ello.

**QUINTO:** En firme esta providencia **ARCHÍVESE** la presente».<sup>9</sup>

Luego de analizado el material probatorio allegado al proceso, no encontró configurados los cargos alegados, para afectar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

Al inicio estudió el tema de la excepción propuesta, la que consideró no está llamada a prosperar, en razón a que el convocante dentro

<sup>8</sup> Fls. 282 – 311. C. 1.

<sup>9</sup> Negrilla del original.



del escrito de conciliación sí solicitó como pretensión perjuicios por lucro cesante y daño emergente, indicando las pretensiones a establecer era la de menor cuantía, para la época de la conciliación, significando que si bien no se señalaron con precisión sumas exactas, si se fijó un monto y la administración en desarrollo de la diligencia no controvertió esta circunstancia. Finamente acotó en este punto, que lo que se desprende de la diligencia de conciliación, es que los argumentos expresados por la misma administración relacionados con la legalidad del acto controvertido y no por dejar de precisar con exactitud el monto de perjuicios en el momento de la audiencia, como se ha pretendido reclamar ante dicha Corporación.

Después en sus consideraciones explicó que el Concejo de Bogotá, a través del Acuerdo No. 154 de 22 de junio de 2005 declaró de interés cultural la actividad que realizan los «*Mercados de Pulgas*», Asociación Mercados San Alejo y **Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo** en la ciudad de Bogotá, pero no se determinó en dicho acto administrativo el lugar donde se impulsaría y estimularía este proyecto y actividad de los artesanos, solo se consideró como deber del Estado la preservación de ese patrimonio, para las instituciones que desarrollen o promuevan las expresiones artísticas y culturales en el ámbito local, regional y nacional; ni otorgó a la demandante derechos exclusivos para efectos de dirigir y organizar tales eventos.

Luego para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la decisión administrativa tomada por el IDU, fue acorde con las previsiones del artículo 22<sup>10</sup> del Decreto Distrital 463 de 2003; entidad que está

---

<sup>10</sup> «*SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O DEL PERMISO. La celebración de contrato o la obtención de permiso de ocupación temporal del espacio público, no otorga a sus titulares derecho alguno sobre el dominio y posesión de las áreas objeto del mismo. Por consiguiente, las autoridades administrativas encargadas de expedir tales permisos podrán en cualquier momento suspenderlas y dar por terminados los contratos respectivos, cuando a juicio de dichas autoridades existan motivos de interés general que lo ameriten*

*En igual forma se procederá cuando se incumplan por parte del titular del acto, las condiciones del permiso o el respectivo contrato, en cuyo caso, adicionalmente se harán efectivas las pólizas de cumplimiento.*

*Parágrafo: En los eventos previstos en este artículo, bastará con el requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente, para que la suspensión del permiso y del contrato se haga efectiva.*

*Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al requerimiento, el beneficiario del permiso y contratista deberá retirar del espacio público los elementos que lo ocupan y proceder a su restitución. En este caso se elaborará un acta en la que se dejará constancia del estado en que se entrega el espacio público al administrador del mismo».*



facultada para ello, conforme al artículo 5<sup>o</sup><sup>11</sup> *idem*; motivo por el cual, dicha entidad del Distrito actuó de acuerdo a la autorización conferida por la Ley, al encontrar probada la alteración del orden público por las irregularidades que se venían presentando y procedió por ello discrecionalmente a suspender en forma definitiva el permiso otorgado a la **ASOCIACIÓN**, con miras a encontrar una solución definitiva para la satisfacción del interés público.

También puso de presente que con el material probatorio que obra en el proceso, se encuentran desvirtuadas las argumentaciones del actor, encaminadas a señalar que el acto administrativo demandado fue falsamente motivado, dado que la discriminación alegada por los Asociados y expositores invitados a los eventos organizados por la demandante se encontraron plenamente probados y no fueron desvirtuados dentro de la actuación administrativa ni ante esta jurisdicción.

Se probó que con posterioridad a las reuniones realizadas por la autoridad local de Usaquén y la demandada, para superar las irregularidades y perturbación no hubo ninguna solución, por el contrario el 15 de octubre de 2009, los expositores invitados seguían presentando quejas ante el IDU.

Lo anterior, llevó a que el cargo por falta de motivación no prosperara.

Igual suerte corrió la censura atinente a la desviación de poder, que la actora consideró se inició por una persecución cuando presentó una queja en contra de la Alcalde Local de Usaquén, el 9 de

---

<sup>11</sup> «ENTIDADES ADMINISTRADORAS DEL ESPACIO PÚBLICO. Para los efectos del presente Decreto se entiende por entidades administradoras del espacio público, las entidades distritales del nivel central o descentralizado que conforme a las normas vigentes tienen la capacidad de administrar el espacio público y en esa medida permitir los usos temporales en el espacio público construido.

*La administración del espacio público comprende la facultad de otorgar permisos o suscribir contratos que tengan como fin organizar, promocionar, utilizar, regular, conservar, rehabilitar, dotar, reivindicar, restituir, recuperar, mantener y aprovechar económicamente el espacio público del Distrito Capital.*

*Son Entidades Administradoras del Espacio Público del Distrito Capital, según las normas vigentes:*

- El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)
- El Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte (IDRD)
- El Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público (DADEP)

*PARÁGRAFO: Los Alcaldes Locales, continuarán otorgando los permisos para utilizar los espacios públicos locales, en cumplimiento de lo previsto por el Acuerdo 09 de 1997, y atendiendo a lo dispuesto en el presente decreto».*



septiembre de 2009, toda vez que, mucho antes, desde el mes de abril de 2009, fueron los mismos expositores quienes pusieron en conocimiento de las autoridades, los precitados hechos irregulares, llegando inclusive a solicitar la cancelación de la personería jurídica de la Asociación, con lo cual se desvirtuó que la administración tuviera fines torticeros y reprochables como puede ser el asedio y hostigamiento devenido de una retaliación o venganza.

Finalmente, concluyó que con la suspensión del permiso, se superó todos los inconvenientes y quejas recibidas, relacionadas con los cobros a los asociados y expositores invitaciones del uso del espacio público.

#### 4. Apelación

La **ASOCIACIÓN** inconforme con la anterior decisión la apeló.<sup>12</sup>

De la lectura de su escrito se tiene, que relaciona los argumentos dados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para negar los cargos de nulidad planteados, para luego analizar las pruebas y, a partir de ello, reitera los argumentos dados en la demanda para considerar que existen elementos de juicio suficientes para declarar que en el acto administrativo demandado se configuró la falsa motivación y el desvío de poder que se han alegado.

De esta manera que insiste en sostener que tal como se señaló en la demanda, se probó en el curso del proceso, que el permiso no se suspendió por motivos de interés general tal como lo establece el artículo 22 del Decreto Distrital No. 463 de 2003, prueba de ello es que la **ASOCIACIÓN** dio cumplimiento a todas y cada una de las recomendaciones generadas en las reuniones previas en presencia del IDU.

Sostuvo que en parte alguna del expediente se encuentra probada la supuesta alteración del orden público, pues la entidad demandada no allegó documento alguno, queja, denuncia, derecho de petición radicado en la Alcaldía o certificación expedida por la autoridad de Policía que demuestre tal alteración.

---

<sup>12</sup> Fls. 313 – 324. C. 1.



Cuestionó que si el Tribunal de primera instancia se hubiera detenido a revisar el argumento esbozado como defensa por parte de la entidad demandada, referente a la alteración al orden público estaba o no probado, hubiera concluido sin asomo de duda que no lo estaba y, por tanto, que tal actuación no era cierta, para concluir que el acto administrativo demandado se basó en un hecho que no es cierto, motivo por el cual está viciado de nulidad.

Queda demostrado que el ejercicio de la facultad discrecional efectuado por la Dirección Técnica de Administración del IDU fue realizado de manera arbitraria, toda vez que al haberse probado que todos los fundamentos que se tuvieron en cuenta para motivar la Resolución No. 4687 de 2009 son falsos o carecen de sustento probatorio, el juicio de proporcionalidad que debió hacer la administración no era el haber suspendido el permiso, por el contrario, debió haber continuado, motivo por el cual por no ser concordantes los fundamentos de hechos con la decisión tomada, queda desvirtuada la presunción de legalidad en que está investida.

De igual manera, insistió que en el presente caso se dio una desviación de poder, donde afirmó que si se hubiera analizado con detenimiento el cargo, hubiera concluido que la persecución a la que se hace referencia en el líbelo de la demanda se evidencia a través de dos medios probatorios que fueron allegados en su debida oportunidad, a saber:

1) La queja disciplinaria que interpuso el 9 de septiembre del año 2009 la representante legal de la **ASOCIACIÓN** ante la Personería, en contra del Alcalde Local y la Personera Local de Usaquén.

2) El disco compacto (CD) donde se encuentra el video de las declaraciones emitidas por el Alcalde Local de Usaquén, doctor Juan Pablo Camacho, el 22 de octubre de 2009 en el Noticiero City TV, declaración que textualmente dice:

«...Solicitamos al IDU la suspensión del permiso a la Asociación Toldos de San Pelayo por unas irregularidades por un cobro que está haciendo aprovechando {sic} indebidamente el espacio público... nosotros lo que estamos haciendo es coordinando una mesa de trabajo con la personería con el IPES y con la Alcaldía Local la forma para que se restablezca el

mercado... El permiso no se va volver a otorgar en cabeza de la Asociación...».<sup>13</sup>

Frente a lo anterior, puso de presente que se aportó como prueba con la demanda: el auto que abrió el proceso a pruebas obrante a folios 206 y 207 del expediente, declaró válida entre otras pruebas allegadas, el CD anexado, no aparece físicamente en el expediente, motivo por el cual, lo aportó nuevamente con la apelación, para que dicha prueba sea tenida en cuenta en esta instancia y, del análisis en conjunto de todas ellas, es que se evidencia la desviación de poder en el presente caso.

## 5. Trámite de segunda instancia

Mediante auto del 28 de agosto de 2013, la Sección Primera del Consejo de Estado admitió la apelación presentada y ordenó los traslados de ley.<sup>14</sup>

Sin intervención del Ministerio Público.

## II. CONSIDERACIONES

El Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos de Distrito Judicial, de conformidad con el artículo 129 numeral 1º del CCA y, en cumplimiento al Acuerdo No. 357 de 5 de diciembre de 2017 celebrado entre las Secciones Quinta y Primera ante la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta de la Corporación es competente para proferir la decisión de segunda instancia en el proceso de la referencia, en tanto ha sido remitido dentro del acuerdo de descongestión por la Sección Primera.

### 1. El fondo del asunto

Se debe establecer si el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la apelación presentada por la **ASOCIACIÓN DE EXPOSITORES TOLDOS DE SAN PELAYO**.

<sup>13</sup> Resaltados del original.

<sup>14</sup> Fl. 4. C. 2.

De conformidad con los antecedentes del presente proceso y los argumentos del recurrente, se tiene, por un lado, que la **ASOCIACIÓN** sostiene que del material probatorio allegado el proceso está plenamente acreditado la falsa de motivación y la desviación de poder, como causales de nulidad del acto administrativo; por el otro, la entidad administrativa accionada afirmó lo contrario, pues sostiene que los argumentos dados por aquélla no permiten desvirtuar la presunción de legalidad de acto demandado.

Para resolver el presente asunto, la Sala adelantará el siguiente estudio:

i) Las causales de nulidad alegadas, a saber: a) la falsa motivación; b) la desviación de poder.

ii) La facultad discrecional de la administración.

iii) El acto administrativo demandado (Resolución No. 4687 de 2009), en el que se revisará: a) sus fundamentos normativos y b) su motivación.

iv) Conclusiones.

## **2. Las causales de nulidad alegadas**

### **2.1. La falsa motivación**

Esta es una causal genérica de nulidad de los actos administrativos que se puede alegar para destruir la presunción de legalidad de éstos, la cual posee dos sendas de acción que se pueden estructurar por la existencia de errores en la fundamentación del acto, a saber: i) de hecho o ii) de derecho.

Sobre el motivo de nulidad en análisis, la Sección Quinta, en sentencia del 12 de abril de 2018 y con ponencia de doctor Carlos Enrique Moreno Rubio y con fundamento en un fallo de la Sección Tercera del Consejo de Estado,<sup>15</sup> explicó:<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; providencia del 23 de octubre de 2017, radicación núm. 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206); M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





«**La falsa motivación** o falsedad del acto administrativo constituye una causal genérica de violación que **se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica** o jurídica, o ambas, que induce a la producción del acto o a los motivos argüidos tomados como fuente por la Administración Pública.

Bajo este entendido, esta causal de anulación de los actos administrativos se puede manifestar **mediante un error de hecho**, o a través de un error de derecho.

**El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar que resultan irreales y que traen como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido.**

Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, que tiene lugar cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, situación que se presenta por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas».

Por su parte al Sección Primera de esta Corporación ha indicado que la causal de nulidad por error de hecho se estructura *«allí donde se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora, se configura el vicio de falsa motivación»<sup>17</sup>* y sobre lo cual, la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

*«(...) se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los*

<sup>16</sup> Proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho No. 05001-23-31-000-2007-03305-01, actor: Vallas Colombianas Ltda. y demandado: Alcaldía Municipal De Medellín.

<sup>17</sup> Sentencia del 15 de diciembre de 2017, proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000-23-24-000-2009-00152-01, promovida por la Asociación de Trabajadores de Cundinamarca contra el Municipio de Soacha. C. P. Oswaldo Giraldo López.

*hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión»<sup>18</sup>».<sup>19</sup>*

## 2.2. La desviación de poder

Esta Sala de Decisión en sentencia del pasado 8 de marzo del año en curso, explicó la diferenciación entre la falsa motivación y la desviación de poder, y para que se estructure esta última se requiere probar un interés particular y malintencionado que determinó la expedición del acto y, por tal razón, son totalmente ajenos a la voluntad de la normativa que faculta la actuación. Sobre el particular se expuso en dicha oportunidad, lo que sigue:<sup>20</sup>

«En este punto la Sala considera necesario hacer una precisión conceptual respecto de la falsa motivación y la desviación de poder; la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación *es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente*<sup>21</sup>. Ahora bien, en cuanto a la desviación del poder este alto tribunal ha sostenido que: **“tiene lugar cuando los motivos que justifican el acto resultan ajenos a la ley. De allí que cuando se alega esta causal de nulidad debe llevarse al Juez a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera debido producirse si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan”<sup>22</sup>».**<sup>23</sup>

<sup>18</sup> «Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2013, Rad. No. 25000-23-25-000-2009-00614-01 (0482-12). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren».

<sup>19</sup> Cursiva del original, negrilla de la Sala.

<sup>20</sup> Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000-23-24-000-2005-01532-01; actor: Compañía Suramericana de Servicios De Salud – SUSALUD, demandado: Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>21</sup> «Sentencia del 26 de julio de 2017. M.P. Milton Chaves García. Rad.: 22326».

<sup>22</sup> «Sentencia del 22 de enero de 2015. M.P.: María Claudia Rojas Lasso. Rad.: 2008 00382 01».

<sup>23</sup> Negrilla continua de la Sala.



### 3. La facultad discrecional de la administración

La facultad discrecional es aquel margen de actuación que el ordenamiento jurídico le otorga a los diferentes órganos y entidades que conforman al Estado, en sus diferentes niveles de estructura (nacional, departamental y municipal), a partir de lo cual, despliegan su accionar para lograr los fines y cometidos que la Constitución, la Ley y las normas que los desarrollan les asignan, en ciertos ámbitos de su actuar.

Así, desde antes de la Constitución Política de 1991, en el año 1975 el Consejo de Estado, a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil había señalado que en un Estado Social de Derecho la discrecionalidad absoluta resulta incompatible con la exigencia de que el Estado asuma la responsabilidad por las decisiones que adopta. En esa oportunidad, se explicó:<sup>24</sup>

«De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladamente en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trate, la oportunidad para ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercitarse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todos los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida.

Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados.

Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable, ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas.

**Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será te oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando**

<sup>24</sup> Concepto del 28 de octubre de 1975, para el Ministro de Hacienda y Crédito Público. M. P. Luis Carlos SÁCHICA.



**al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.**

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabaría con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está aplicando».<sup>25</sup>

Por otro lado, la Corte Constitucional ha precisado que tal capacidad de acción no es absoluta y se encuentra limitada por el propio marco normativo que la habilita en uno u otro sentido. Este aspecto lo explicó dicha autoridad judicial en los siguientes términos.<sup>26</sup>

«Con todo, la facultad discrecional otorgada por el ordenamiento jurídico a determinadas autoridades del Estado, no puede confundirse con la arbitrariedad, la cual se expresa en el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley, mientras que la primera por el contrario, está sometida a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades».

#### **4. El acto administrativo demandado**

Se reitera, en el presente proceso de cuestiona la legalidad de la Resolución No. 4687 del 12 de noviembre de 2009,<sup>27</sup> por medio de la cual, el Director Técnico de Administración de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., **suspendió de forma definitiva el permiso** para el uso temporal del espacio público otorgado la **Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo**, a través del oficio IDU STME 5300 – 195398 del 29 de diciembre del 2008.

<sup>25</sup> Énfasis de la Sala.

<sup>26</sup> Sentencia de tutela 829 del 22 de agosto de 2008, expediente No. T-1606743, accionante: Guillermo León Caicedo Romero, accionado: Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-. M. P. Mauricio González Cuervo.

<sup>27</sup> Fls. 159 – 165. C. 1.



#### 4.1. Fundamentos normativos del acto

El Director Técnico de Administración de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., se encontraba facultado para expedir el acto administrativo cuestionado, con fundamento en las siguientes normas:

Por un lado, el artículo 6º de la Resolución No. 1696 del 28 de mayo de 2009, por medio del cual, la Directora General del IDU delegó funciones, entre otros, al funcionario cuyo acto ahora se cuestiona, así:

«Delegar en el Director Técnico de Administración de Infraestructura, de conformidad con el artículo 21 del Acuerdo del Consejo Directivo 002 de 2009 y el Manual de Funciones y Competencias Laborales, lo siguiente:

1. Otorgar o negar permiso de licencias de excavación.
2. Suscribir los actos administrativos de imposición de sanciones por incumplimiento y efectividad de garantías derivadas de la estabilidad de las obras.
3. **Otorgar y negar permisos temporales para el uso del espacio público construido** y suscribir los contratos que se requieran para este fin.
4. Autorizar el uso temporal de los antejardines de acuerdo con lo señalado en el Art. 21 del Acuerdo 02 de 2009.
5. Efectuar la liquidación de los valores a cobrar por concepto de la intervención de antejardines, suscribir los respectivos actos administrativos que ordenen dicho cobro y resolver los recursos que sean interpuestos».<sup>28</sup>

Por otro lado, en el Decreto Distrital No. 463 del 22 de diciembre de 2003, por medio del cual se reglamentó la administración, el mantenimiento y el aprovechamiento económico del espacio público construido y sus usos temporales en Bogotá D. C., en especial los siguientes artículos:

«**ARTICULO 1º. OBJETO.** El presente Decreto tiene por objeto:

1. Establecer los lineamientos generales para la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público del

---

<sup>28</sup> Énfasis de la Sala.



Distrito Capital y para la reglamentación de los usos temporales de cada uno de los componentes del espacio público construido.

2. Definir las entidades públicas administradoras del espacio público construido en el Distrito Capital y los requisitos y trámites indispensables para permitir los usos temporales y el aprovechamiento económico del mismo.

3. Señalar las funciones de las entidades públicas en relación con la administración del espacio público y con los usos temporales y el aprovechamiento económico del espacio público construido.

4. Señalar algunos instrumentos para la administración del espacio público construido y para permitir los usos temporales de dicho espacio.

**ARTICULO 2º. DEFINICIONES.** Para la correcta comprensión del presente Decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

**a. USOS TEMPORALES EN EL ESPACIO PUBLICO.** Son las actividades susceptibles de ser desarrolladas de manera temporal en el espacio público, relacionadas fundamentalmente con eventos culturales, deportivos, recreacionales y de mercados temporales o de comercialización de bienes y servicios que se señalan en el presente decreto.

...

**ARTÍCULO 5º.- ENTIDADES ADMINISTRADORAS DEL ESPACIO PÚBLICO.** Para los efectos del presente Decreto se entiende por entidades administradoras del espacio público, las entidades distritales del nivel central o descentralizado que conforme a las normas vigentes tienen la capacidad de administrar el espacio público y en esa medida permitir los usos temporales en el espacio público construido.

La administración del espacio público comprende **la facultad de otorgar permisos** o suscribir contratos que tengan como fin organizar, promocionar, utilizar, regular, conservar, rehabilitar, dotar, reivindicar, restituir, recuperar, mantener y aprovechar económicamente el espacio público del Distrito Capital.

Son Entidades Administradoras del Espacio Público del Distrito Capital, según las normas vigentes:

- **El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU)**
- El Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte (IDRD)
- El Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público (DADEP)

**PARÁGRAFO:** Los Alcaldes Locales, continuarán otorgando los permisos para utilizar los espacios públicos locales, en cumplimiento de lo previsto por el Acuerdo 09 de 1997, y atendiendo a lo dispuesto en el presente decreto.

...

**ARTICULO 22. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O DEL PERMISO.** La celebración de contrato o la obtención de permiso de ocupación temporal del espacio público, no otorga a sus titulares derecho alguno sobre el dominio y posesión de las áreas objeto del mismo. **Por consiguiente, las**



**autoridades administrativas encargadas de expedir tales permisos podrán en cualquier momento suspenderlas y dar por terminados los contratos respectivos, cuando a juicio de dichas autoridades existan motivos de interés general que lo ameriten.**

**En igual forma se procederá cuando se incumplan por parte del titular del acto, las condiciones del permiso o el respectivo contrato, en cuyo caso, adicionalmente se harán efectivas las pólizas de cumplimiento.**

**Parágrafo:** En los eventos previstos en este artículo, bastará con el requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente, para que la suspensión del permiso y del contrato se haga efectiva.

Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al requerimiento, el beneficiario del permiso y contratista deberá retirar del espacio público los elementos que lo ocupan y proceder a su restitución. En este caso se elaborará un acta en la que se dejará constancia del estado en que se entrega el espacio público al administrador del mismo.

...  
**ARTICULO 25. VIGILANCIA Y CONTROL.** La entidad Distrital administradora del espacio público y el Alcalde Local respectivo ejercerán el control y vigilancia de los espacios públicos respecto de los cuales se autorice su ocupación temporal».

Visto el marco competencial, la teleología de la norma y los eventos de otorgamiento y suspensión del permiso, al igual que el derrotero expreso de que éste no otorga derecho alguno a su titular frente al área (dominio o posesión) estructurándose así el llamado acto condición, en tanto penda del *statuo quo* de las circunstancias dentro de las cuales fue otorgado, la Sala procede a abordar la motivación del acto cuestionado.

#### **4.2. La motivación del acto**

El Director Técnico de Administración de Infraestructura del IDU, en el acto que suspendió de forma definitiva el permiso otorgado a la **ASOCIACIÓN** explicó que el artículo 22 del Decreto Distrital No. 463 de 2009, en lo que respecta a la cesación de las autorizaciones para el uso temporal del espacio público, por motivos de interés general, destacó que dicha potestad administrativa ostenta una naturaleza ampliamente discrecional.

Lo anterior, toda vez que la norma citada faculta a las entidades administradoras del espacio público para suspender los permisos asignados cuando a su juicio el otorgamiento de las autorizaciones para el uso temporal de dichas locaciones pueda comprometer o afectar seriamente el interés general, sin que dicha normativa



señale requisitos específicos o supuestos de hecho taxativos para su ejercicio.

Enfatizó que al tratarse de una potestad discrecional fundada en motivos de interés general, la suspensión de los permisos para el uso temporal del espacio público, no puede asimilarse a la imposición de una sanción administrativa; pues sus propósitos exceden en grado sumo la coacción o «*castigo*» que pretende con aquella, ya que lo que se persigue es la preservación del interés general sobre los intereses particulares; razón por la cual, bastará que en la motivación del acto se evidencie que tal medida es tomada con fines superiores como es la preservación del bienestar comunitario.

Luego de realizar la anterior exposición general de la facultad aplicada en el acto administrativo cuestionado, la autoridad distrital, pasó a explicar los motivos de interés general que justifican la suspensión definitiva del permiso, en los siguientes términos, los cuales la Sala transcribe en su integridad, por la importancia de tener claridad de las razones de hecho que llevaron a la adopción del Resolución, que es precisamente uno de los cuestionamiento que hace la **ASOCIACIÓN** demandante, así a folios 160 a 165 del cuaderno No. 1, se lee:

«De acuerdo con los hechos expuestos en la parte inicial del presente acto administrativo y las pruebas que reposan en el expediente, se observa que durante el año 2009 la realización del evento cultural Mercado de las Pulgas “Toldos de San Pelayo”, actividad para la cual la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo solicitó el otorgamiento del permiso temporal para la el uso del espacio público que le fue concedido mediante el oficio IDU STME 5300-195398 del 29 de diciembre del 2.008, se ha visto entorpecida por distintas circunstancias que han limitado el derecho de los particulares a participar en dicho evento cultural y que en general han afectado la tranquilidad de la comunidad.

En efecto, obra en el expediente prueba de que distintos expositores del citado mercado de las pulgas han sido objeto de tratos discriminatorios por parte de los directivos de la Asociación Expositores Toldos de San Pelayo y que esta última ha cobrado a los expositores la participación en el mercado.

Como consecuencia de esta situación, el Alcalde Local de Usaquén, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, ha solicitado al IDU suspender el permiso para el uso temporal del espacio público otorgado a la Asociación Expositores Toldos de San Pelayo, pues en su sentir *“este mercado desde hace mucho tiempo viene presentando anomalías dentro de su organización en cuanto a convivencia, relaciones*





*interpersonales, cumplimiento de estatutos y perturbación a los vecinos, tema que trascendió de lo privado a lo público; es así, que ésta (sic) administración atendiendo las múltiples quejas y constatando la problemática que sufre este mercado a su interior y que pese a intervenciones hechas por éste (sic) despacho en compañía de la Personería Local y de esa institución para tratar de orientar el tema para su organización, no ha logrado obtener un resultado positivo, ni una muestra de voluntad para solucionarlo”.*

Las pruebas que obran en el expediente otorgan suficientes motivos al Instituto de Desarrollo Urbano para suspender por motivos de interés general el permiso otorgado a la Asociación Expositores Toldos de San Pelayo a través del oficio IDU STME 5300 – 195398 del 29 de diciembre del 2.008, puesto que:

1. La realización del Mercado de las Pulgas “Toldos de San Pelayo”, actividad para la cual se confirió el permiso a la Asociación Expositores Toldos de San Pelayo para el uso temporal del espacio público, se ha visto seriamente perturbada por los tratos discriminatorios dados a los expositores invitados al evento.

Esta perturbación se ha materializado en numerosas quejas rendidas a las autoridades distritales respecto de las condiciones bajo las cuales se realiza el Mercado de las Pulgas, que podría llegar a causar una afectación del orden público y por consiguiente la vulneración del derecho colectivo al espacio público.

Como prueba de dicha quejas reposan en el expediente:

- Copia del acta de la reunión llevada a cabo el treinta de abril a las 11:24 a.m. en la Alcaldía Local de Usaquén, a la cual asistieron representantes de la Contraloría Local, la Personería Local, la Alcaldía Local y las Juntas y Directivas entrantes y salientes.

- Copia de la queja presentada por los señores ARIS DAVID GÓMEZ, MARÍA ANGÉLICA CALDERÓN HUÉRFANO, GLORIA CECILIA RÍOS CARDENAS DE GIRALDO, BLANCA INÉS VELA MATEUS y MANUEL JOSÉ SUÁREZ CASAS, expositores invitados al mercado de las pulgas, con fecha de 15 de octubre de 2009.

2. Las autoridades distritales, entre ellas la Alcaldía Local de Usaquén, la Personería Distrital, la Contraloría Distrital y el Instituto de Desarrollo Urbano, han adelantado distintas actuaciones para superar la perturbación causada a la comunidad, sin lograr solución alguna.

Entre dichas actividades se destaca la concertación de reuniones entre los miembros de la comunidad afectada para efectos de llegar a un acuerdo respecto de las condiciones de participación de los expositores invitados al Mercado de las Pulgas, sin que hubiera sido posible llegar a acuerdo alguno.

Como prueba de las reuniones y actividades llevadas a cabo por las autoridades distritales para solucionar la controversia reposan en el expediente:

- Copia del acta de la reunión llevada a cabo el treinta de abril de 2009 a las 11:24 a.m. en la Alcaldía Local de Usaquén, a la cual asistieron representantes de la Contraloría Local, la Personería Local, la Alcaldía Local y las Juntas Directivas entrantes y salientes.

- Copia del acta de la reunión de expositores llevada a cabo el veinte de agosto de 2009, a la cual asistieron distintas autoridades distritales y miembros de la Junta Directiva.

3. Las condiciones bajo las cuales se desarrolla actualmente el Mercado de las Pulgas no garantizan el interés general y por el contrario favorecen exclusivamente los intereses de la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo, persona jurídica que en virtud del permiso para el uso temporal del espacio público otorgado a través del oficio IDU STME 5300 — 195398 del 29 de diciembre del 2.008, ha restringido la participación de los expositores al referido evento cultural y ha sacado provecho económico a partir de ello, mediante el cobro de tarifas discriminatorias a los expositores invitados.

Como prueba de los cobros realizados por la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo obra en el expediente administrativo:

Como prueba de los cobros realizados por la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo obra en el expediente administrativo:

- Copia de la queja presentada por los señores ARIS DAVID GOMEZ, MARIANA ANGÉLICA CALDERON HUÉRFANO, GLORIA CECILIA RÍOS CÁRDENAS DE GIRALDO, BLANCA INÉS VELA MATEUS y MANUEL JOSÉ SUAREZ CASAS, expositores invitados al mercado de las pulgas, con fecha de 15 de octubre de 2009.

- Copia de distintas circulares proferidas por la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo en las cuales se informa a los expositores el valor de los costos a cancelar para la participación en el mercado de las pulgas durante años pasados.

- Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo contra la comunicación IDU-066960-DTAI-375 de fecha 30 de septiembre de 2009, escrito en el cual se reconoce que dicha persona jurídica efectuaba cobros a los expositores del mercado de las pulgas.

- Copia del oficio radicado bajo la referencia IDU 087891, mediante el cual la Veeduría Distrital pone de presente irregularidades respecto del permiso de uso temporal otorgado a La Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo y específicamente advierte que la Asociación está cobrando por el derecho a exponer, cuando hay prohibición normativa expresa en ese sentido.

4. La realización del Mercado de las Pulgas en la zona ubicada en la Carrera 6 A, entre calles 119 y 120 A, durante los días domingos y lunes festivos del año 2009, es una actividad que ostenta una doble naturaleza, pues se trata de una actividad tanto de carácter cultural como de carácter económico. Respecto a esta doble naturaleza se destaca que:



i) El Acuerdo 154 de 2005 del Concejo de Bogotá declara como actividad de interés cultural la realización del referido Mercado de las Pulgas y establece como deberes de las autoridades velar, apoyar, conforme a sus competencias y disponibilidad presupuestal, *“por la conservación, estímulo y divulgación de la actividad cultural y económica de estos mercados de las pulgas”* {sic} **teniendo en cuenta la normatividad vigente”**.

ii) Por tratarse de una actividad económica que se ejerce de manera temporal en el espacio público, su realización debe ceñirse a los requisitos establecidos en el Decreto 463 de 22 de diciembre de 2003, *“Por el cual se reglamentan la administración, el mantenimiento y el aprovechamiento económico del espacio público construido y sus usos temporales en Bogotá, Distrito Capital”*.

iii) Si bien el Acuerdo 154 de 2005 establece una especial protección a favor de la realización de los mercados de las pulgas allí señalados, en dicho acuerdo, ni en otras disposiciones del ordenamiento jurídico distrital, se otorga un derecho exclusivo a la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo para efectos de dirigir y organizar tales eventos.

iv) Al no existir un derecho exclusivo en cabeza de la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo respecto de la realización del mercado de las pulgas, la Administración está en el deber de garantizar que cualquier persona pueda participar en igualdad de condiciones en el referido evento cultural, sin que exista razón que permita justificar los tratos discriminatorios dados a los expositores invitados.

5. El Instituto de Desarrollo Urbano no ha celebrado contrato alguno de administración y mantenimiento con la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo, razón por la cual esta persona jurídica no está habilitada para efectuar cobros por el usufructo del espacio público cuyo uso temporal le fue permitido a través del oficio IDU STME 5300 — 195398 del 29 de diciembre del 2.008.

6. Para garantizar el interés general se hace necesario adoptar medidas y soluciones que garanticen el derecho de los expositores del Mercado de las Pulgas a participar en igualdad de condiciones, sin permitir la existencia de tratos discriminatorios o el favorecimiento de intereses particulares.

7. La suspensión del permiso para el uso temporal del espacio público otorgado a la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo a través del oficio IDU STME 5300 – 195398 del 29 de diciembre del 2.008 es una medida que pretende garantizar tanto las finalidades generales del Decreto 463 de 2003, como la finalidad de la preservación del interés general prevista específicamente en el artículo 22 del mencionado decreto.

No debe perderse de vista que de acuerdo con el considerando sexto del Decreto 463 de 2003, *“(…) en cuanto hace con la reglamentación de los usos temporales del espacio público construido se deben seguir los siguientes criterios: (...) c) Garantizar su conservación y mantenimiento para que bajo el principio de equidad, los ciudadanos y grupos sociales puedan utilizarlo en iguales o mejores condiciones”, y que de acuerdo con el artículo 4° de la misma normatividad es un principio del desarrollo de los*

*usos temporales del espacio público la “Regulación equitativa y eficiente en el control y la vigilancia del uso de los espacios públicos, a partir de la transparencia y eficiencia en la autorización de los usos regulados del espacio público, como instrumento eficaz para evitar el impacto negativo de actividades no autorizadas en dichos espacios, previniendo su uso ilegal y la privatización de su aprovechamiento, que van en detrimento de los intereses colectivos y de la adecuada explotación económica de tales espacios”.* Tales disposiciones evidencian como uno de los fines de la reglamentación de las autorizaciones para el uso temporal del espacio público, precisamente el derecho a la igualdad y a la equidad en su otorgamiento.

8. Por último, la suspensión del permiso para el uso temporal del espacio público otorgado a través del oficio IDU STME 5300 — 195398 del 29 de diciembre del 2.008 es una medida que tiene sustento y es proporcional a los hechos demostrados y relacionados anteriormente.

En efecto dicha medida, permite a la Administración por un lado superar los inconvenientes denunciados respecto de las condiciones bajo las cuales se realiza el Mercado de las Pulgas, especialmente en lo relativo a los tratos discriminatorios y al cobro de tarifas por el uso temporal del espacio público; y por otro lado, permite tomar medidas que garanticen el uso del espacio público y el desarrollo de dicha actividad económica y cultural, en condiciones de igualdad y libre competencia».<sup>29</sup>

## 5. Conclusiones

La Sala evidencia que no existen los elementos juicio necesarios para fracturar la presunción de legalidad de la Resolución No. 4687 de 2009, por medio de la cual, la administración distrital suspendió de forma definitiva el permiso temporal de uso del espacio público a la **ASOCIACIÓN** demandante, toda vez que, en el presente caso no existe falsa motivación ni desviación de poder, alegadas.

Lo anterior, pues como ya se explicó, el Decreto Distrital No. 463 de 2003, facultó al Director Técnico de Administración de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., para obrar o abstenerse, según las circunstancias; dando a dicha entidad la potestad para adoptar la decisión conveniente, de cara al interés general en lo relacionado con los permisos temporales del uso de espacio público.

---

<sup>29</sup> Resaltados del original.



Por otro lado, al revisarse el cuaderno de los antecedentes administrativos que dieron origen al acto que ahora convoca a esta Sala de Decisión, se observa que los fundamentos fácticos de la Resolución son acordes con lo que allí reposa, motivo por el cual, no se puede estructurar el error de hecho, como una vía de la falsa motivación, para configurar la como causal de nulidad en el presente caso.

También se evidencia, la existencia de las quejas reiteradas por las situaciones que se presentaban entre la **ASOCIACIÓN** y los expositores invitados y, si bien, la demandante intentó tomar medidas para superar dichas problemáticas, como lo ha afirmado a lo largo del proceso, también es cierto, que dicho entorno problemático se seguía presentando.

Como muestra de lo anterior, dicente resulta el escrito, suscrito por más 130 expositores del mercado de las pulgas, calendado el 18 de abril de 2000 y dirigido al Director Técnico de Administración de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., en el que se lee:<sup>30</sup>

«Los abajo firmantes, que somos los expositores del mercado de las pulgas de Usaquén, quienes en el pasado hicimos parte del grupo de artesanos y artistas que participábamos en el mercado de las pulgas organizado por la organización denominada ASOCIACIÓN DE EXPOSITORES TOLDOS DE SAN PELAYO, aclaramos:

Por problemas de convivencia y desigualdad que se presentaron entre los directivos y algunos de los 22 asociados de la Asociación Expositores Toldos de San Pelayo, en contra de los más de 100 expositores, que éramos llamados en ese entonces “Expositores invitados”, y después de más de un año de gestiones para tratar de solucionar los problemas, en cuyo lapso de tiempo, tuvimos que acudir a entidades como la Alcaldía Local de Usaquén, la Personería Distrital, el IDU, Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor y la Contraloría Local, las cuales crearon, mesas de trabajo entre las partes sin llegar a ningún acuerdo, se decidió:

1. La Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo, conformada por 22 personas, no representan ni representaron los intereses de los más de 100 expositores que conformábamos el antiguo mercado de las pulgas de Usaquén.

2. Con el fin de continuar apoyando la actividad cultural de los mercados de las pulgas, la Personería Distrital ordenó que el mercado de las pulgas de Usaquén, ya no fuera manejado por la Asociación de Expositores

<sup>30</sup> Fls. 6 – 9. C. Antecedentes administrativos.



Toldos de San Pelayo, sino que fuera el IPES {Instituto para la Economía Social} la entidad que coordinara el evento, de tal manera que un privado ya no cobraría por el derecho a usar el espacio público, como venía sucediendo, sino que, el Distrito aportaría la logística (baños, seguridad y carpas) y los expositores se organizarían para ser todos dueños del mercado. A este nuevo mercado también fueron invitados a participar a los 22 socios de la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo.

3. En ningún momento hemos sido afectados por el Distrito, ya que por el contrario, recibimos todo el apoyo que requeríamos, logrando un alto nivel de equidad entre todos.

4. Gracias al nuevo mercado de las pulgas de Usaquén, creamos nuestra propia asociación, en la cual tienen cabida todos los expositores que trabajábamos con la Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo, e inclusive a ella también ya pertenecen 11 de los 22 socios de dicha organización.

5. El nuevo mercado de las pulgas ha generado un ambiente de compañerismo entre los expositores, en el cual todos tenemos voz y voto».

Del anterior escrito y del cuaderno de los antecedentes administrativos del acto, como de las pruebas aportada por la demandante, concluye la Sala que la decisión adoptada favoreció el interés general, como marco de acción de la facultad discrecional que otorgaba el artículo 22<sup>31</sup> del Decreto Distrital No. 463 de 2003, a la Administración Distrital, que le dejaba la posibilidad de apreciar, de juzgar, las circunstancias de hecho, de oportunidad y conveniencia, para suspender de forma definitiva el permiso temporal del uso temporal del espacio público otorgado, para el año 2009, a la **Asociación de Expositores Toldos de San Pelayo**, a

---

<sup>31</sup> «**ARTICULO 22. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O DEL PERMISO.** La celebración de contrato o la obtención de permiso de ocupación temporal del espacio público, no otorga a sus titulares derecho alguno sobre el dominio y posesión de las áreas objeto del mismo. Por consiguiente, las autoridades administrativas encargadas de expedir tales permisos podrán en cualquier momento suspenderlas y dar por terminados los contratos respectivos, cuando a juicio de dichas autoridades existan motivos de interés general que lo ameriten.

En igual forma se procederá cuando se incumplan por parte del titular del acto, las condiciones del permiso o el respectivo contrato, en cuyo caso, adicionalmente se harán efectivas las pólizas de cumplimiento.

**Parágrafo:** En los eventos previstos en este artículo, bastará con el requerimiento de la autoridad administrativa correspondiente, para que la suspensión del permiso y del contrato se haga efectiva.

Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al requerimiento, el beneficiario del permiso y contratista deberá retirar del espacio público los elementos que lo ocupan y proceder a su restitución. En este caso se elaborará un acta en la que se dejará constancia del estado en que se entrega el espacio público al administrador del mismo». Negrilla y subrayado de la Sala.



través del oficio IDU STME 5300 – 195398 del 29 de diciembre del 2008.<sup>32</sup>

Ahora bien, no se requería la perturbación de orden público, que la **ASOCIACIÓN** demandante alega que no existe prueba de tal suceso dentro del proceso, pues como se itera, dicha normativa habilita la suspensión de los permisos temporales es por **motivos de interés general** y en el presente caso, se demostró que habían tratos desiguales entre los expositores invitados y los miembros de aquella, lo que generó **las problemáticas permanentes y reiteradas** que conllevaron a retirar de forma definitiva el permiso otorgado.

Finalmente, en cuanto a la situación de las declaraciones otorgadas por el Alcalde Local de Usaquén al noticiero City TV, el 22 de octubre de 2009, no permiten estructurar la desviación de poder, pues: i) no fue esa la autoridad que expidió el acto administrativo que se cuestiona, la Resolución No. 4687 de 2009, la profirió el Director Técnico de Administración de Infraestructura del Instituto de Desarrollo Urbano de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.; ii) sus declaraciones fueron acordes con las diferentes solicitudes que le realizó el IDU solicitando la suspensión del permiso temporal a la **ASOCIACIÓN** (ver folios 272 a 275 Cuaderno antecedentes administrativos) y, por último, iii) no se probó un interés particular y malintencionado que hubiera determinado la expedición del acto y, por tal razón, fuera totalmente ajeno a la voluntad de la normativa, en este caso, al mentado artículo 22 del Decreto Distrital No. 463 de 2003.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 13 de agosto de 2012, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, al no estructurarse ninguno de los cargos de nulidad propuestos en este proceso, de conformidad con los argumentos atrás plasmados.

---

<sup>32</sup> Fls. 284 – 286. C. Antecedentes administrativos.



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

**FALLA:**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia apelada de 13 de agosto de 2012, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con los argumentos dados en el presente proveído.

**SEGUNDO:** Devolver el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ROCÍO ARAÚJO ONATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

