

Bienes de uso público: modalidades de explotación económica, legalidad, retos y limitaciones de su explotación en la ciudad de Medellín

Simón Gómez Restrepo

Simón Pulgarín Pulgarín

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín

2023

Bienes de uso público: modalidades de explotación económica, legalidad, retos y limitaciones de su explotación en la ciudad de Medellín

Presentado por:

Simón Gómez Restrepo

Simón Pulgarín Pulgarín

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Abogado

Asesor:

Dany Granda Jaramillo

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín

2023

Hoja de aceptación

Firma del asesor

Firma del jurado

Medellín, octubre de 2023.

Dedicatoria

Dedicamos este estudio, al igual que toda nuestra carrera, a nuestras familias, por el amor y apoyo incondicional que nos han brindado en este proceso formativo.

Agradecimientos

Nuestro más sincero sentido de gratitud con el personal docente y de servicios de la Universidad EAFIT, y en particular a nuestro asesor, el Doctor Dany Granda Jaramillo, por su acompañamiento.

Tabla de contenido

	Pág.
Resumen.....	9
Abstract	10
Introducción	11
1. Planteamiento del problema	13
2. Justificación.....	15
3. Objetivos	16
3.1. Objetivo general.....	16
3.2. Objetivos específicos.....	16
4. Diseño metodológico	17
5. Antecedentes	19
6. Marco teórico	22
7. Resultados	26
7.1. Naturaleza y elementos del uso público de un bien público, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano.....	26
7.2. Consecuencias y efectos de la improcedencia del contrato de arrendamiento para el aprovechamiento económico de los bienes de uso público en la ciudad de Medellín	33
7.3. Limitaciones e irregularidades constitucionales y legales frente al aprovechamiento económico de los bienes de uso público por parte de los comerciantes en la ciudad de Medellín	42
8. Conclusiones	48

Bibliografía	50
Anexos	54

Lista de anexos

	Pág.
Anexo A. Consentimiento informado	54
Anexo B. Formulario de entrevista dirigido a propietario de establecimiento de comercio ubicado en la zona de Provenza en la ciudad de Medellín	56
Anexo C. Formulario de entrevista dirigido a funcionario de la Agencia para la Gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público Privadas -APP-	58

Resumen

En la presente investigación se lleva a cabo un análisis de las modalidades de explotación económica, legalidad y retos y limitaciones de la explotación de bienes de uso público en la ciudad de Medellín; para ello, se parte de una descripción de la naturaleza y elementos del uso público de un bien público, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano; de igual manera, se identifican las consecuencias y efectos de la improcedencia del contrato de arrendamiento para el aprovechamiento económico de los bienes de uso público en la ciudad de Medellín; y, por último, se reconocen las limitaciones e irregularidades constitucionales y legales frente al aprovechamiento económico de los bienes de uso público por parte de los comerciantes en esta ciudad. Este estudio se realiza bajo una metodología de enfoque cualitativo, empleando un método socio-jurídico, desde donde se pudo establecer que, efectivamente, la omisión del legislador colombiano para regular la materia ha dado lugar a un inadecuado aprovechamiento de los bienes de uso público por parte de particulares.

Palabras clave: aprovechamiento económico, bienes de uso público, comerciantes, contrato de arrendamiento, contrato de concesión, explotación económica.

Abstract

In this research, an analysis of the modalities of economic exploitation, legality and challenges and limitations of the exploitation of public use goods in the city of Medellín is carried out; to do this, we start with a description of the nature and elements of the public use of a public good, in accordance with the Colombian legal system; likewise, the consequences and effects of the inadmissibility of the lease contract for the economic use of public use assets in the city of Medellín are identified; and, finally, the constitutional and legal limitations and irregularities are recognized regarding the economic use of public goods by merchants in this city. This study is carried out under a qualitative approach methodology, using a socio-legal method, from which it was possible to establish that, indeed, the omission of the Colombian legislator to regulate the matter has given rise to inadequate use of public goods by part of individuals.

Keywords: economic use, goods for public use, merchants, lease contract, concession contract, economic exploitation.

Introducción

El aprovechamiento y explotación económica por parte de particulares sobre los denominados bienes de uso público ha sido un tema que ha despertado un especial interés entre doctinantes, así como también en la jurisprudencia administrativa emanada del Consejo de Estado, desde donde se han podido evidenciar diversas posiciones en torno a las formas como puede aprovecharse dichos bienes sin generar perjuicios a los derechos fundamentales de la población, ni afectaciones en las funciones que cumple la administración a través de sus diferentes entidades.

Este asunto convoca un especial interés con miras a reconocer situaciones específicas que se presentan en la ciudad de Medellín, en donde la falta de control ha llevado a apropiaciones indebidas, ilegales e ilegítimas de estos bienes de uso público, situaciones que, en muchos casos, son difíciles de recomponer, de ahí la importancia de estudiar casos puntuales para el abordaje de los objetivos propuestos.

En este sentido, este ejercicio investigativo tiene como punto máximo de interés unos resultados a partir de los cuales se describe la naturaleza y elementos del uso público de un bien público, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, se identifican las consecuencias y efectos de la improcedencia del contrato de arrendamiento para el aprovechamiento económico de los bienes de uso público en la ciudad de Medellín y se reconocen las limitaciones e irregularidades constitucionales y legales frente al aprovechamiento económico de los bienes de uso público por parte de los comerciantes en la ciudad, de tal suerte

que el lector podrá identificar que la causa de la problemática estudiada tiene su origen en la omisión del legislador de regular la materia.

1. Planteamiento del problema

En Colombia, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas jurídicos, no existe plena claridad en cuanto a los mecanismos de gestión de los bienes públicos, especialmente frente a los bienes de uso público; esta es una situación que tiene su origen en la falta de una regulación clara y actualizada de los bienes públicos en el derecho interno, explicada, en gran medida, por el desinterés que ha demostrado el legislador colombiano en este ámbito del derecho administrativo.

El problema se acrecienta cuando a ello se suman otros fenómenos sociales, es decir, además de la falta de una regulación clara se agregan los importantes casos de informalidad, que es una de las principales características de la ocupación de los bienes de uso público urbanos, lo que lleva a situaciones insostenibles, pues se generan problemas de movilidad, afectaciones al paisajismo, contaminación auditiva y visual, inadecuada disposición de residuos sólidos e incluso se crean entornos propicios para la comisión de delitos.

Este tipo de problemáticas se pueden reconocer en diferentes lugares de la ciudad de Medellín, en donde se evidencia claramente una inadecuada aplicación del Código de Convivencia y Seguridad Ciudadana (Ley 1801 de 2016), pues no se ejercen controles relacionados con la ocupación preventiva y privativa de los bienes de uso público que hacen parte del espacio público de la ciudad, lo que amerita poner en contexto la manera como se administran estos bienes, algunos de los cuales, tradicionalmente, se entregaban a particulares

mediante contratos de arrendamiento, pero, a su vez, las limitaciones que la Constitución y la ley imponen a estos bienes, los cuales han sido empleados para explotación económica.

Lo cierto es que la cuestión ha tenido un cambio de rumbo en los últimos años, ello debido a la Sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 14 de agosto de 2018 (Rad. 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU), en la cual se determina la improcedencia de los contratos de arrendamiento de uso público, de ahí que esta providencia se constituya en un punto de especial referencia para abordar la problemática planteada.

Lo anterior conlleva a indagar sobre cómo se debe gestionar de manera adecuada los bienes de uso público en la ciudad de Medellín, ello ante el desinterés del legislador colombiano de regular la manera. Este es un asunto que requiere de un planteamiento amplio que exponga la ausencia de claridad legal de las reglas para administrar los bienes de uso público, identificar las incoherencias derivadas de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los contratos de arrendamiento e indagar sobre las limitaciones constitucionales y legales necesarias para la protección de los bienes de uso público.

Por tanto, este estudio apunta a dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las modalidades de explotación económica, legalidad, retos y limitaciones de la explotación de bienes de uso público en la ciudad de Medellín?

2. Justificación

Aunque la administración del municipio de Medellín cuenta con la potestad discrecional para que particulares puedan realizar la explotación económica de bienes de uso público, dicha facultad puede dar lugar a afectaciones sobre el derecho al uso, goce, disfrute y tránsito de todos los habitantes de la ciudad y ello se debe a que esta potestad puede estar fundada en irregularidades a la hora de materializar y celebrar esta clase de negocios, lo que, en el largo plazo, puede generar, cargas legales para la administración pública que terminan afectando el derecho de la ciudadanía a gozar de esos bienes de uso público que se encuentran en el espacio público.

Explorar este tipo de irregularidades se constituye en la razón principal para realizar la presente investigación, en donde se hace necesario reconocer desde el derecho colombiano la manera como se regula la materia, pero, a su vez, resulta pertinente identificar el impacto de la jurisprudencia sobre el tema y las limitaciones que imponen la Constitución y la ley para un aprovechamiento indebido de dichos bienes.

Este estudio implica el tratamiento de una problemática social que requiere respuestas jurídicas, desde una óptica doctrinal, normativa y jurisprudencial, en donde se exponen al final teorías que responden a la problemática planteada.

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Analizar las modalidades de explotación económica, legalidad, retos y limitaciones de la explotación de bienes de uso público en la ciudad de Medellín.

3.2. Objetivos específicos

Describir la naturaleza y elementos del uso público de un bien público, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano.

Identificar las consecuencias y efectos de la improcedencia del contrato de arrendamiento para el aprovechamiento económico de los bienes de uso público en la ciudad de Medellín.

Reconocer las limitaciones e irregularidades constitucionales y legales frente al aprovechamiento económico de los bienes de uso público por parte de los comerciantes en la ciudad de Medellín.

4. Diseño metodológico

El desarrollo de la presente investigación se llevó a cabo bajo un enfoque cualitativo, el cual, en términos de Hernández et al. (2014), permite a los investigadores llevar a cabo análisis valorativos sobre fenómenos sociales, en este caso desde una óptica jurídica; por tanto, con este enfoque se hace posible interpretar la norma, la doctrina y la jurisprudencia, con miras a verificar hipótesis a través de teorías que abordan una problemática civilista desde el derecho administrativo.

Así mismo, se emplea un método socio-jurídico, en el sentido en que se reconoce un fenómeno social como es la explotación económica indebida de bienes de uso público, tomando como referente la ciudad de Medellín, desde el punto de vista del derecho.

Como técnicas de recolección de información se hizo uso, en primer lugar, de la revisión documental, ejercicio que permitió rastrear e identificar contenidos en bases de datos de revistas indexadas, bibliotecas, librerías y motores de búsqueda especializados en torno al objeto de estudio; y, en segundo lugar, se aplicó una entrevista a Eduardo de Greiff, empresario y abogado de la Universidad EAFIT, que ha tenido varios establecimientos de comercio en el sector de Provenza en el barrio El Poblado de la ciudad de Medellín y a Daniel Madrigal, funcionario de la Agencia para la Gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público Privadas -APP-.

Las entrevistas realizadas contaron con el respectivo consentimiento informado (ver Anexo A) y se dispusieron de unos formularios con unas preguntas concretas para cada

entrevistado (ver Anexos B y C); las respuestas fueron gravadas en audio y video y las mas relevantes quedaron evidenciadas en el capítulo de resultados, específicamente en los puntos 7.2 y 7.3 de la presente investigación, articulándose con los contenidos allí consignados.

5. Antecedentes

La explotación económica de los bienes de uso público, como se mencionaba, ha sido un tema que ha despertado un especial interés, es así como es posible identificar diversos textos y estudios que han reconocido los distintos elementos y factores que inciden en la problemática, la cual adolece de falta de regulación, por lo que en el presente capítulo se relaciona el actual estado de la cuestión, exponiéndolos en un orden cronológico.

Se destaca en primer lugar el texto de Pimiento (2010) titulado “Teoría de los bienes de uso público”, en donde el autor expone una serie de reflexiones en torno a los bienes de uso público desde la óptica del derecho administrativo, acercamiento teórico basado, sobre todo, en posiciones jurisprudenciales en los que se ha hecho claridad en que la propiedad pública no es sinónimo de dominio y, por ende, su manejo requiere de un régimen jurídico específico inexistente en Colombia que debe ser construido de acuerdo a la dimensión económica de los bienes públicos.

En la investigación de Vargas (2012) titulada “La ocupación de bienes de uso público y bienes fiscales en Bogotá D.C.: características, consecuencias y posibles soluciones, a partir del análisis de las manzanas 13, 24 y 25 del Triángulo de Fenicia” se realiza un estudio de caso sobre la ocupación de bienes de uso público y bienes fiscales en unas zonas específicas de la ciudad de Bogotá explorando posibles soluciones que pueden adoptarse desde una óptica jurídica a las problemáticas sobre ocupaciones indebidas de estos bienes.

Uno de los textos más importantes para los intereses del presente estudio es de Pimiento (2015) titulado “Derecho administrativo de bienes”, en el cual se realiza un completo abordaje de una de las materias clásicas del derecho administrativo, dedicando importantes apartes al tema del régimen y gestión de los bienes de uso público, pero siempre en un sentido crítico, de tal forma que el autor en su escrito realice importantes cuestionamientos al desarrollo jurisprudencial que ha tenido el tema.

En el estudio de Hernández & Jaramillo (2017) titulado “Los bienes de uso público de la ciudad de Manizales: casos de explotación comercial de indebida utilización por particulares” se pone en evidencia el fenómeno del crecimiento de explotaciones económicas de particulares sobre bienes de uso público, lo cual atenta contra su naturaleza jurídica, que son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los autores también estudian la figura de los contratos administrativos de concesión y de carácter comercial o civil para establecer cuáles resultan más apropiados para llevar a cabo una explotación adecuada de estos bienes.

En la investigación de Morán (2018) titulado “Bienes de uso público de los habitantes: asiento de derechos privados” se reconoce que este tipo de bienes poseen una protección legal que tiene por objeto su apropiación por parte de particulares; dicha protección se hace necesaria porque estos bienes cumplen fines de utilidad pública que hacen necesaria la activación del aparato estatal para evitar que su calidad de público cambien a la de un bien patrimonial.

Por último, se destaca el trabajo de Lizarazo (2021) titulado “Bienes de uso público en el ciberespacio colombiano”, en donde el autor reconoce que el ciberespacio es una realidad

existente en donde tienen lugar diversas relaciones entre particulares y Estado, entre particulares y entre Estado y organizaciones privadas que son generadoras de bienes virtuales, los cuales no son tenidos en cuenta por la legislación civil colombiana, pero que, en últimas, son bienes de uso público que requieren de rutas y mecanismos de protección y amparo.

6. Marco teórico

De acuerdo con Pimiento (2015), la calificación de un bien como de uso público parece simple a primera vista, pero la realidad es mucho más compleja y los problemas de definición son muchos; por ello es necesario explicar, desde el Código Civil hasta la Constitución de 1991, la definición de bien de uso público, aunque es de destacar que las leyes utilizaron la categoría “bien de uso público” para aplicarla a ciertos bienes cuyo uso no pertenecía a todos los habitantes; esta categoría sería tratada como un régimen jurídico y no como un conjunto de bienes.

El Código Civil colombiano define los bienes de uso público como aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes; las leyes anteriores y posteriores al Código no desarrollaron esta noción o sus consecuencias jurídicas. Este primer acercamiento teórico de definición es inmediatamente seguido por la enumeración de los bienes que se considera hacen parte de la categoría; de esta manera, calles, caminos, plazas, lagos y ríos, son bienes de uso público.

Lo anterior hace recordar textos de las leyes romanas y de los códigos civiles de la época; también se podría afirmar que se acerca a la construcción doctrinal del dominio público: si los lagos y ríos son bienes creados por el hecho de la naturaleza, para el caso de las calles, caminos y plazas se trata de dominio público artificial.

La primera pregunta que debe ser resuelta es la del alcance del artículo 674, es decir, si se trata de un *numerus clausus* (cantidad limitada) de o si, por el contrario, se pueden encontrar

bienes de uso público distintos a los descritos en el artículo mencionado. La respuesta correcta, según Pimiento (2015), es la segunda: las leyes de la época lo prueban; aunque estas decisiones sean difíciles de sustentar desde el punto de vista teórico, el legislador consideró que los bienes ejidos y los baldíos entraban en la categoría “bienes de uso público”; al parecer, también se encuentran allí los recursos naturales renovables, las plazas de mercado, los puertos marítimos y fluviales y los aeropuertos.

El Código Civil, explica Morán (2018), optó por un acercamiento pragmático de los bienes públicos. Andrés Bello decidió de manera explícita dotar a los bienes de uso público de un régimen especial; es la única categoría que, en el derecho colombiano, permitía la protección de determinados bienes públicos. Esta protección era tan importante que aun la inalienabilidad, elemento estelar del régimen, no se encontraba consagrada en ningún texto legislativo, sino en alguna suerte de principio general del ordenamiento jurídico. En materia de imprescriptibilidad no existía duda alguna en que los bienes de uso público no se prescribían, por lo establecido en el artículo 2519 del Código.

A pesar de esta protección clara y explícita sólo para una categoría de bienes públicos, la realidad de la gestión de algunos bienes llevó al legislador a transformar la categoría de bienes de uso público (conjunto de bienes) en un régimen jurídico aplicable a determinados inmuebles cuya protección constituyera un objetivo avalado por las necesidades de un momento en concreto; dos ejemplos permiten explicar esta hipótesis: los baldíos y los ejidos.

Existe otro caso de utilización de la categoría “bien de uso público” como un título de intervención administrativa de conservación: los ejidos. Según Hernández & Jaramillo (2017), anteriormente existían ciertos bienes pertenecientes a las colectividades territoriales que se encontraban en el límite territorial de los municipios y que servían para diversas actividades, como por ejemplo el pastoreo o el reposo de las personas y los animales; dichos bienes eran considerados como de uso común del municipio, calificación que, en la mayoría de los casos, implicaba la aplicación de un régimen de protección importante, por lo que los poderes de disposición en lo que los concernía se encontraban fuertemente limitados y siempre ligados a la destinación del bien.

Las estructuras coloniales, siguiendo con lo explicado por Hernández & Jaramillo (2017), se mantuvieron intactas mucho tiempo después de la independencia; el caso de los ejidos es prueba de ello, pues su continuidad se mantuvo a pesar de que las leyes permanecieron casi siempre silenciosas sobre el tema, con excepción de algunas disposiciones normativas esparcidas en el ordenamiento jurídico, particularmente en lo que tienen que ver con la cesión de baldíos que la Nación realizó a algunas entidades territoriales para que constituyeran ejidos. Ello explica que, en muchas ocasiones, la propiedad de estos bienes se hubiera hecho oscura, lo que permitió su usurpación por los particulares.

En respuesta a esta situación, la Ley 41 de 1948 optó por darles a estos bienes la calificación de bienes de uso público, tornándolos de esta manera en imprescriptibles; así, “los terrenos ejidos situados en cualquier municipio del país no están sujetos a la prescripción, por tratarse de bienes municipales de uso público o común” (art. 1). Entonces, por determinación

legal, unos bienes que no son de uso público se convierten en tales por la existencia de una necesidad de conservación.

Pero a pesar de esta calificación, afirma Pimiento (2015), los ejidos continúan siendo utilizados de manera privativa por la Administración propietaria; además, estos bienes pueden ser vendidos o cedidos para la promoción y el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social. Para ventas con cualquier otra finalidad se debía realizar un procedimiento público para que todo interesado pudiera participar siempre que probara su estado de necesidad. Se trata de una clara limitación al principio de inalienabilidad de los bienes de uso público que en ese momento no encontraba un fundamento en el derecho positivo, sino que era una construcción jurisprudencial.

De lo anterior, se puede entonces afirmar que la categoría “bien de uso público”, en la ley y la jurisprudencia, tiene dos sentidos: por un lado, el Código Civil la trata como un conjunto de bienes sometido a un régimen especial de imprescriptibilidad, ligado a unas reglas de gestión claras (construcciones de particulares sobre estos bienes, delimitación entre la propiedad pública y la privada, definición de los derechos de uso, protección judicial, entre otras), pero fundado en la pertenencia del uso por parte de los habitantes; por el otro, un régimen jurídico de protección que no tiene en cuenta la destinación actual del bien o su uso, un régimen de naturaleza legal, modificable según las necesidades del interés general. También se puede considerar como una fórmula legislativa que tiene por consecuencia la aplicación del régimen jurídico establecido en el artículo 63 de la Constitución Política de 1991.

7. Resultados

7.1. Naturaleza y elementos del uso público de un bien público, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia, como se ha anotado en el marco teórico del presente estudio, la definición del concepto de bienes de uso público tiene como fundamento el derecho civilista de raigambre francesa, en donde se les reconoce como aquellos bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes, como es el caso de las calles, caminos, plazas, lagos y ríos; sin embargo, en virtud de la Constitución Política de 1991, esa acepción cambió, en la medida en que el artículo 63 banalizó el régimen de estos bienes: “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”.

La norma transcrita se constituye en una novedad para el ordenamiento jurídico colombiano, ya que la Constitución de 1886 trataba los bienes públicos de forma limitada, según el tipo de norma aplicable, distinguiendo así cuatro categorías: territorios y bienes públicos que hacen parte del mismo, propiedades del Estado o de las entidades territoriales, propiedad de los denominados territorios nacionales y propiedades que cumplen una función social; sin embargo, ninguna de estas categorías elevó a rango constitucional el régimen jurídico de los bienes de uso público.

Lo que se observa es que el artículo 63 Superior de la actual Carta Política colombiana es mucho más específico sobre la materia y, aunque se trata de una disposición con una aparente simplicidad, lo cierto es que estos bienes están supeditados a un régimen proteccionista especial; no obstante, según Pimiento (2015), este es un régimen trivializado, en el sentido en que se aplica tanto a propiedades públicas como privadas como el Sistema Nacional de Parques Naturales, las propiedades públicas sobre las cuales existe un interés general arqueológico, los bienes de uso público, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de comunidades indígenas y los bienes privados que hacen parte del Sistema Nacional de Parques Naturales.

Agrega Pimiento (2015) que la *summa divisio* de los bienes públicos en Colombia admitida tradicionalmente entre bienes de uso público y bienes fiscales y las consecuencias que la jurisprudencia ha derivado, fue sobrepasada por la Constitución de 1991. Al respecto, se puede afirmar, junto con el Consejo de Estado (Rad. 18503), lo siguiente:

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esa clasificación tradicional entre bienes fiscales y bienes de uso público se quedó corta, toda vez que existen categorías de bienes que cuentan con características particulares que no se acomodan a las de una u otra especie (Consejo de Estado, 2001).

Es imposible dudar de esa constatación, pero el carácter vago e impreciso de las disposiciones del Código Civil colombiano, particularmente el tratamiento genérico de las dos categorías, sin darles una consecuencia jurídica de importancia, permite matizarla.

En efecto, el problema no se encuentra en las categorías contempladas en el Código Civil, sino en las consecuencias que de ellas se derivan, puesto que, si se sigue aquel cuerpo normativo, un bien será considerado como de uso público si su uso pertenece a todos los ciudadanos, en el caso contrario, el bien será fiscal. Si se quiere, se trataría de una simple calificación dogmática sin consecuencia jurídica general alguna. Lo anterior quiere decir que todos estos bienes tienen un régimen particular, distinto del de los privados. En todo caso, es necesario analizar esas nuevas categorías desde el punto de vista constitucional, partiendo de la base que la Constitución en algunos apartes desarrolla categorías completas de bienes y en otros regula afectaciones al interés general.

Esas tres categorías de bienes han sido tratadas directamente por la Constitución: el subsuelo (a), el espectro electromagnético (b) y la participación social del Estado (c). Los dos primeros son, además, tratados como partes integrantes del territorio, según los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1991. Cada uno de estos bienes se encuentra sometido a un régimen particular que puede ir desde la aplicación integral del tríptico de protección hasta una sumisión parcial a sus principios.

De lo anterior se logra establecer que el ordenamiento jurídico no aporta una definición material de esos bienes. En efecto, se ha mostrado cómo el Código Civil intentó dar claridad sobre el tema afirmando que el uso de esos bienes debía pertenecer a todos los ciudadanos y aportó algunos ejemplos; sin embargo, leyes anteriores al Código Civil utilizaban la noción de “usos públicos” para explicar tanto los bienes afectos al uso directo del público como los destinados al servicio público o servicio nacional.

Pimiento (2015) afirma que la jurisprudencia tampoco logró cumplir esta tarea, puesto que existen decisiones que datan de los años 1950 donde se confunden servicio y uso público y la jurisprudencia reciente ha tomado algunas veces este mismo enfoque, fenómeno que puede explicarse por la aparición de la noción de “servicio público” como un interés que requiere una protección, lo que dio lugar a la aplicación generalizada de la imprescriptibilidad de los bienes públicos y su inembargabilidad, institución que las leyes desatendieron por un olvido evidente; la segunda razón se refiere a la pluralidad de afectaciones que pueden existir sobre un mismo bien, los casos de las calles y caminos son, quizás, los más claros, pues están afectos al uso de todos los pasantes, pero también a los servicios públicos del transporte y de las comunicaciones.

Sin embargo, el constituyente y el legislador están encargados de dar a los bienes afectos a un servicio público de interés particular un régimen especial. Es el caso principalmente de las escuelas y los hospitales, pues, siendo de propiedad pública, son imprescriptibles, y han sido también considerados como inembargables; no obstante, para los otros casos, donde no existe disposición particular, es necesario definir esos bienes teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del uso.

Tradicionalmente, la definición de los bienes de uso público estaba ligada a las características del uso; la jurisprudencia colombiana emanada del Consejo de Estado (Rad. AP-155) ha seguido esta construcción doctrinal afirmando que los bienes de uso público pueden ser utilizados “en forma directa, libre, gratuita, impersonal, individual o colectivamente, generalmente tienen que ver con los intereses vitales de la comunidad” (Consejo de Estado,

2001). Ese principio es aplicado generalmente en los países que han servido de influencia directa en la interpretación jurisprudencial del derecho de los bienes de uso público y parte de la idea según la cual “el usuario es entonces anónimo, impersonal, desprovisto de derechos privativos o exclusivos pero beneficiario de las leyes de uso público, como la libertad, la igualdad y la gratuidad” (Pimiento, 2015, p. 321). Se trata entonces de un acercamiento entre la calidad de ciudadano, los derechos que de ello se desprenden y de las reglas aplicables a la persona pública en la gestión de los bienes de uso público.

Las características tradicionales de determinación del uso público de un bien público ya no se adaptan a la realidad de la gestión de esos bienes. El uso no es generalmente libre, la igualdad no es un criterio determinante, por su aplicación general a toda actividad administrativa, y la gratuidad comprende tal cantidad de excepciones que sería inadmisibles considerarla como un principio, convirtiéndose así en una técnica administrativa de gestión.

Esos criterios tradicionales, explica Marienhoff (1960), no permiten definir con claridad el uso público. En el derecho colombiano, esta determinación es de gran importancia, ya que la división de los bienes públicos descansa, en principio, sobre el carácter público del uso; otro elemento del debate es la inaplicación de la noción de servicio público en la categoría de los bienes de uso público, lo que excluye la posible aplicación de la noción de dominio público construida en el derecho francés, cuyos desarrollos son más conocidos en Colombia, a través de autores españoles y argentinos.

De otro lado, la categoría de los bienes de uso público debe limitarse a los bienes que ameritan una protección de naturaleza constitucional, lo cual no quiere decir que algunos bienes o afectaciones no tendrán una protección particular, sino que esta última será producto de un proceso de racionalización constitucional o legislativa de su régimen jurídico, limitado estrictamente por la necesidad del interés general que se busca proteger. El legislador no debe clasificar como bien de uso público un bien que no tenga este carácter, puesto que el artículo 63 de la Constitución Política de 1991 le otorga la competencia de determinar el mejor régimen jurídico para proteger la afectación.

Por tanto, es necesario encontrar un criterio que pueda servir al legislador, al juez y a las autoridades administrativas, a falta de un texto normativo, para determinar la existencia de un bien de uso público y aplicar el régimen jurídico. El uso público de un bien público debe limitarse, entonces, al uso directo por parte de los particulares; en este sentido, un bien de uso público es el que es susceptible de ser utilizado directamente por los particulares, es decir, sin intervención de un servicio público que lo haga utilizable.

Este uso directo, según Mazzaroli (2005), se ve acompañado de la inmediatez en su finalidad, es decir que, para que un bien pueda ser clasificado en la categoría de los bienes de uso público, la finalidad inmediata del usuario debe ser la de utilizar el bien; su propósito se agota con el uso; por el contrario, si el bien público es sólo el medio para cumplir una actividad diferente a un servicio público, no se encontrará dentro de esta categoría. La clave es volver a la claridad original de esta afectación, puesto que “en principio sólo hay afectación al uso del

público cuando los particulares pretenden usar el bien directamente por sí mismo, no cuando el objetivo final es utilizar el servicio público instalado sobre el bien” (Gaudemet, 2008, p. 74).

Ese criterio, según Lizarazo (2021), permite excluir de la definición todo bien destinado principalmente al cumplimiento de un servicio público, como los aeropuertos, puertos, puertos marítimos o fluviales, museos, establecimientos de educación y hospitales, ya que son afectaciones diferentes que tienen como consecuencia la aplicación de regímenes jurídicos diversos: los bienes de uso público están sometidos al tríptico de protección, mientras que los afectos a un servicio público son, a falta de disposición normativa especial, imprescriptibles y generalmente inembargables. Ese criterio permite diferenciar también los bienes de uso público de otros bienes públicos que no tienen afectación particular, como los baldíos o los ejidos.

De otro lado, la idea de susceptibilidad del uso público reenvía a la noción de afectación. Para que un bien pueda ser clasificado en la categoría de los bienes de uso público es necesario que sea apto para ser utilizado directamente por los administrados; esta aptitud es la consecuencia directa del acto de afectación, incluso es necesario que las características del bien en cuestión permitan la utilización directa por parte del público. Así, no basta con que el acto de afectación exista, sino que se requiere también que se haga a fin de poner el bien a disposición de los particulares para un uso directo e inmediato.

7.2. Consecuencias y efectos de la improcedencia del contrato de arrendamiento para el aprovechamiento económico de los bienes de uso público en la ciudad de Medellín

La gestión contractual de los bienes de uso público es un asunto que genera consecuencias y efectos, especialmente cuando se emplean contratos de arrendamiento para gestionar estos bienes; estas disyuntivas tienen que ver con el hecho de que constantemente se han utilizado estos contratos, a tal punto que la justicia administrativa ha optado, en muchos casos, por anularlos, según se deriva de algunos fallos emitidos por el Consejo de Estado.

Al respecto, se observa la sentencia del 11 de noviembre de 1999 (Rad. 5286), en donde el Consejo de Estado estudió la legalidad del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 2357 de 1993, que permitía el arrendamiento de cualquier bien propiedad del distrito capital o de sus entidades descentralizadas. Para el alto tribunal, la norma sólo hacía referencia a bienes fiscales, interpretando que la referencia a “bienes de propiedad” no podía ser aplicado a bienes de uso público, ya que estos no pertenecen a personas públicas; así mismo, indicó que, debido al carácter inalienable de estos bienes, no es posible su gestión a través de contratos de arrendamiento. Sobre ello, el Consejo de Estado señaló lo siguiente:

Si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo, el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de

conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad (Consejo de Estado, 1999).

Así mismo, se destaca el fallo del 18 de marzo de 2004 (Rad. AP-1750), en donde el máximo tribunal de lo contencioso administrativo estudió el caso de una acción popular interpuesta por un ciudadano en donde señalaba que el arrendamiento realizado de una plaza en un municipio de Colombia atentaba contra el patrimonio público, la moralidad administrativa y el uso debido del espacio público, siendo enfático en afirmar lo siguiente:

Los bienes de uso público están destinados al uso, goce, disfrute visual y libre tránsito por parte de todos los ciudadanos, por lo que, atendido a tales finalidades, no es jurídicamente viable que dichos bienes sean entregados en arrendamiento, dado que es de la esencia de dicho contrato el uso y goce exclusivo, sin ningún tipo de perturbación o molestia (Consejo de Estado, 2004).

De hecho, en la citada providencia el tribunal va más lejos aun al establecer que los bienes de uso público son inalienables, lo que significa que no pueden ser objeto de negociación y, por ende, no puede celebrarse sobre ellos ninguna clase de acto jurídico, interpretación que puede dar lugar a que los actos administrativos cuyo objeto sea la gestión de los bienes de uso público resulten nulos en su totalidad.

Otra providencia sobre el asunto es la proferida el 6 de julio de 2005 (Rad. 7392), en donde el Consejo de Estado consideró que el contrato de arrendamiento celebrado para que un particular construyera un restaurante en un parque era nulo; y, aunque admite en el fallo que la administración puede acudir a cualquier tipo de relación contractual para administrar los bienes de uso público, siempre y cuando no vaya en contra de las finalidades de dichos bienes, aclara que, por la naturaleza de los mismos, no es posible conferir la utilización exclusiva del bien a un arrendatario.

Pero Consejo de Estado modifica su posición en providencia del 20 de noviembre de 2003 (Rad. AP-1503), en donde estudia el caso de un contrato de arrendamiento firmado entre el Instituto Distrital de Recreación y Deportes y un club de golf para utilizar la franja de un parque en cuyo clausulado se pactó la obligación del arrendatario de permitir el uso y paso de los ciudadanos en todas las dependencias del parque. En esta oportunidad, en lugar de decretar la nulidad del contrato, analiza su clausulado señalando que no constituía una vulneración o amenaza para los derechos colectivos, en el sentido en que no había variación del bien jurídico del bien de uso público objeto del contrato, es decir, no se desnaturaliza su finalidad pública.

Frente a esta posición del Consejo de Estado, Pimiento (2010) señala que, de la jurisprudencia de dicho tribunal es posible identificar tres reglas:

1. La tendencia de la jurisprudencia es considerar que el contrato de arrendamiento no puede tener por objeto un bien de uso público;
2. La jurisprudencia considera, siguiendo a

la "doctrina" que el contrato de arrendamiento es en realidad una "venta temporal del bien"; 3. La jurisprudencia, salvo una desafortunada excepción, considera que existe una libertad de escogencia por parte de la Administración en materia de tipología contractual y que sólo se prohíben aquellos contratos que implican enajenación del bien (p. 217).

Lo claro de estas reglas es que, frente a los contratos de arrendamiento de bienes de uso público lo que se debe buscar no es determinar si un tipo negocial se encuentra prohibido o permitido, sino que lo realmente determinante es el clausulado del contrato, que es el que permite garantizar el uso del bien por parte del público. Así las cosas, la discusión no se centra tanto en el tipo contractual, sino en el contenido del contrato, de manera que un contrato de arrendamiento puede ser empleado siempre y cuando no se afecte el uso del bien.

Agrega Pimiento (2010) que los contratos de arrendamiento no constituyen una venta temporal del uso del bien, pues no implica la transferencia del derecho real de propiedad, además de que su finalidad no es otra que la de permitir el uso y goce de una cosa por un tiempo determinado, lo que mantiene en todo momento la propiedad de dicha cosa en cabeza del arrendador.

Sin embargo, el más reciente fallo de unificación contenido en la sentencia del 14 de agosto de 2018 (Rad. 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU) volvió a la posición de declarar improcedente los contratos de arrendamiento que permiten la ocupación privativa de los bienes de uso público para su aprovechamiento económico, cerrando con ello la vía a esta tipología contractual que, si bien es una solución adecuada para permitir el uso y disfrute del espacio

público, para algunos doctrinantes como Pimiento (2019) dicha argumentación no se encuentra debidamente sustentada por este tribunal.

Precisamente, en la mencionada sentencia el Consejo de Estado analiza el contenido de una acción popular en la que se demandaba al municipio de Támesis (Antioquia) por haber suscrito un contrato de arrendamiento del Parque Caldas con un ciudadano cuyo objeto era permitir el funcionamiento de un establecimiento de comercio que ocupaba parte del área del parque y en donde se permitía el cerramiento de ese espacio a discreción del arrendatario.

Frente al anterior caso, el Consejo de Estado se limitó a reiterar sin mayor profundidad lo que ya había señalado en fallos anteriores, en los que prohibió el uso de contratos de arrendamiento para el aprovechamiento económico de bienes de uso público; y aunque el alto tribunal reconoció que el ordenamiento jurídico colombiano siempre ha permitido el aprovechamiento de estos bienes, esto es posible siempre y cuando las obligaciones se encuentren consignadas en un clausulado contractual que permita garantizar y desarrollar la prevalencia del interés general; sin embargo, ello no significa que no pueda realizarse el aprovechamiento económico de esos bienes por parte de particulares, ya que para eso existen otras modalidades contractuales o fórmulas unilaterales.

La Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento¹⁷, quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para

ese efecto. [...] No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público, sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 superiores) (Consejo de Estado, 2018).

Así mismo, el Consejo de Estado dicta una serie de lineamientos o criterios que deben exigirse sobre el contenido del acto o contrato que permiten la gestión de los bienes de uso público:

- a. Que exista un vínculo jurídico formal, sea mediante acto administrativo o contrato. Si se trata de la celebración de un negocio jurídico, este no puede ser el de arrendamiento.
- b. Que se otorgue un uso temporal del bien.
- c. Que el objeto sea compatible con la naturaleza del espacio público, es decir, que no se cause afectación de los derechos colectivos.
- d. Que se asegure por parte de la Administración un seguimiento oportuno y adecuado a la ejecución del contrato con el fin de garantizar el uso de parte de la comunidad (Consejo de Estado, 2018).

Para Pimiento (2019) la providencia en cuestión es criticable tanto en su forma como en su fondo, pues realiza un recuento simplista de sus fundamentos para basar su oposición al

contrato de arrendamiento de bienes de uso público, sugiriendo que la metodología que debió haber adoptado el alto tribunal debía estar basada en el análisis de tres cuestiones concretas:

a) ¿cuáles son las condiciones necesarias para que se pueda entregar a un particular la gestión de un bien de uso público?; b) ¿qué significa la exclusividad en el ámbito del contrato de arrendamiento?; y, en conclusión, c) ¿se puede adecuar el contrato de arrendamiento a las necesidades de los bienes de uso público? (Pimiento, 2019, p. 47).

El asunto es que, hasta tanto no haya claridad legislativa sobre el tema, serán las entidades públicas, propietarias de los bienes de uso público, quienes tendrán la potestad de regular internamente el contenido de los títulos habilitantes para el aprovechamiento económico de los bienes de uso público.

En la ciudad de Medellín, por ejemplo, se dispone de dos normas que regulan el tema del aprovechamiento del espacio público: la primera corresponde al Decreto 0522 de 2018, que tiene por objeto modificar la normativa anterior y reglamentar los alcances, formas, modalidades, determinantes técnicas y financieras para el aprovechamiento económico del espacio público; y la segunda obedece al Decreto 2229 de 2019, que contiene el Manual de Aprovechamiento Económico en la ciudad, en donde se establecen los mecanismos de aprobación de proyectos de ocupación e intervención del espacio público, las condiciones de formalización de ese aprovechamiento, los requisitos para la aplicación administrativa, las categorías de aprovechamiento, entre otras condiciones.

Llama la atención de estas normas que en ninguna de ellas se contempla la posibilidad de formalizar estos aprovechamientos mediante contratos de arrendamiento; de hecho, se dispone que la autorización deberá estar consignada en un acto administrativo, permiso o contrato, aunque sobre este último no se establece posibilidad alguna para que sea a través de un contrato de arrendamiento.

Esto coincide con lo afirmado por Daniel Madrigal, funcionario de la Agencia para la Gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público Privadas, quien en entrevista manifestó que en la ciudad de Medellín, hasta antes de la expedición del Decreto 0522 de 2018, con algunos propietarios de establecimientos de comercio se tenían celebrados contratos de arrendamiento para el aprovechamiento económico de los bienes de uso público, pero con la nueva normativa estos contratos se terminaron o modificaron, ello a raíz de las posiciones que venían adoptando los tribunales administrativos de declarar nulos estos contratos, especialmente en los casos en donde no hubiera claridad en el clausulado. Así mismo, Eduardo de Greiff, comerciante del sector de Provenza, también manifiesta que los diferentes empresarios del sector no tienen ningún tipo de contrato de arrendamiento con la administración municipal para el aprovechamiento del espacio público, simplemente realizan un pago establecido en una factura que se le envía mensual a los comerciantes, siendo el único documento que legitima el aprovechamiento económico del espacio público.

El funcionario también manifiesta que en la ciudad de Medellín los propietarios de establecimientos de comercio que se aprovechan económicamente del espacio público deben presentar a la Agencia (APP) la documentación respectiva sobre las condiciones de legalidad de

dicho aprovechamiento. En el sector de Provenza en el barrio El Poblado, por ejemplo, debido a que es una zona sobre la cual se ha realizado una restricción del tráfico vehicular (Carrera 35) los comerciantes pueden realizar un mayor aprovechamiento del espacio público, aunque en aquellos sitios en donde no se observa esa restricción vehicular, es la Agencia la encargada de expedir los permisos temporales cuando se trate de eventos itinerantes con el acompañamiento de la Secretaría de Movilidad, todo depende del tipo de evento que se pretenda realizar.

Los establecimientos de comercio del sector de Provenza también están obligados a solicitar permisos especiales cuando vayan a realizar eventos que requieran de mayor afluencia de público y, por ende, de un mayor aprovechamiento del espacio, de tal forma que estas solicitudes las deben realizar con varios días de anticipación, lo cual genera unos costos adicionales, según las dimensiones del evento.

Estos aprovechamientos económicos del espacio público en el sector de Provenza, según el funcionario entrevistado, generan unos ingresos mensuales para la ciudad de entre 50 y 55 millones de pesos, pero, en cualquier caso, cada local comercial debe realizar el pago por dicho aprovechamiento, aunque, como se mencionó, esto se realiza en virtud de permisos o modalidades contractuales distintos a los contratos de arrendamiento. Este recaudo va a unas cuentas especiales que se utilizan para el mantenimiento del espacio público y, en ciertos casos, pueden ser empleados para obras y proyectos específicos aprobados previamente por el concejo municipal. Eduardo de Greiff, comerciante del sector de Provenza, señala que un establecimiento de comercio que, por ejemplo, disponga de 20 mesas en el espacio público puede estar pagando una mensualidad de alrededor de 5 millones de pesos, valor que, según los comerciantes de la

zona, puede ser interpretado como el pago de un arriendo, aunque no medie contrato de esta índole.

Las principales zonas de recaudo en la ciudad de Medellín, según el funcionario de la Agencia, se concentran en el barrio El Poblado, en la zona céntrica de la ciudad y en el sector de Plaza Mayor; también hay un importante recaudo en los sectores de Laureles, La 70 y en la zona del Aeroparque Juan Pablo Segundo y en algunos barrios populares.

7.3. Limitaciones e irregularidades constitucionales y legales frente al aprovechamiento económico de los bienes de uso público por parte de los comerciantes en la ciudad de Medellín

¿Cómo se puede permitir el aprovechamiento económico de los bienes de uso público por parte de los comerciantes en la ciudad de Medellín? Para dar respuesta a este interrogante es necesario reconocer los alcances y límites que impone la Constitución frente al derecho al aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Así las cosas, si la ocupación privativa restringe los derechos fundamentales y colectivos de los asociados, la expedición de un título que concede la ocupación privativa debe tener una doble finalidad: por un lado, proteger los derechos constitucionales y, por el otro, racionalizar los usos especiales.

Por tal motivo, si la administración municipal permite una ocupación parcial o total de un bien de uso público y dicha ocupación se da por fuera de las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico, es claro que este tipo de actos resultarían contrarios a derecho y el acto

administrativo que así lo permitiese estaría llamado a ser declarado nulo; así mismo, si un comerciante de la ciudad ocupa un bien de uso público sin título de habilitación, se estaría en presencia de la evicción del ocupante sin título, lo que daría lugar a que se adopten las competencias de policía administrativa de conservación de estos bienes.

Sin embargo, Pimiento (2015) señala que la situación económica de Colombia, combinada con la negligencia de las administraciones públicas frente a la protección de los bienes de uso público y la ausencia de un régimen jurídico claro, ha creado un limbo jurídico en donde los derechos y deberes de los propietarios de establecimientos de comercio que hacen uso del espacio público no resulten claros. Este limbo jurídico también afecta a los denominados vendedores ambulantes y estacionarios, pues, en su mayoría, no cuentan con los títulos de habilitación, lo que genera caos en la movilidad de la ciudadanía, pero además conlleva afectaciones paisajísticas y tiene efectos en el medio ambiente, al no existir una adecuada disposición de los residuos que generan estos comerciantes informales.

Precisamente, frente a la informalidad que puede presentarse en la ocupación del espacio público en la ciudad de Medellín, desde la Agencia para la Gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público Privadas se desarrollan una serie de acciones que tienden a identificar quiénes están haciendo una ocupación indebida, labor que se realiza cada mes, informando a la oficina de Espacio Público y la oficina de Control Territorial, y cada seis meses a la oficina de Planeación, quienes se encargan de ejercer los controles respectivos; así mismo, cuando los ocupantes no cuentan con la documentación respectiva, la Agencia también informa a Espacio Público para que el organismo conozca que esa ocupación no cuenta con la debida autorización.

Es importante destacar que no existen cifras concretas sobre ocupación informal del espacio público en la ciudad de Medellín, ya que este es un fenómeno fluctuante, el cual cambia según la época del año, en donde, por ejemplo, al final del año, por la actividad comercial que se desarrolla en el mes de diciembre, se intensifican los casos de ocupación del espacio público, lo que hace difícil su control y seguimiento estadístico, ocupaciones que se concentran principalmente en el centro de la ciudad.

Cuando estos vendedores ambulantes o informales son identificados, generalmente la oficina de Espacio Público es la encargada de hacer la recuperación del espacio, pero atendiendo las condiciones de vulnerabilidad del comerciante informal, de tal forma que si se observan estas condiciones se flexibilizan los requisitos y se reducen los costos, brindándose además un acompañamiento para la obtención del permiso de aprovechamiento del espacio público.

El problema radica en que los bienes de uso público, tanto en Colombia en general, como en la ciudad de Medellín en particular, se encuentran en la mira de los particulares, los cuales, afirma Morán (2018), únicamente pueden ser utilizados en virtud de la expedición de un permiso por parte de la autoridad competente y de conformidad con lo establecido por la ley; esto es aplicable, incluso, para los casos de ocupación temporal, además de que la ley impide a esos particulares adelantar acciones judiciales que tengan por objeto la retención o solitud de restitución del bien o hacer indemnizaciones por dicha restitución.

En cualquier caso, señalan Hernández & Jaramillo (2017), el otorgamiento de un permiso para el aprovechamiento económico de estos bienes no puede dar lugar a la adquisición del dominio del bien, aun cuando tenga permiso para construir o modificar el bien de uso público, pues esa potestad no convierte al comerciante en propietario, en la medida en que el alcance del permiso sólo implica la posibilidad de usar y gozar del bien; el problema es que, en muchos casos, existe falta de control por parte de las autoridades, lo que acrecienta aun más el fenómeno, sobre todo cuando particulares se apropian del espacio público, como por ejemplo para construir una vivienda o ampliarla, situación que se presenta en ciudades y municipios de Colombia, lo que deja a la ciudadanía sin espacios para caminar y movilizarse.

En la ciudad de Medellín, el aprovechamiento económico adecuado del espacio público es un objetivo de la administración y de los distintos entes encargados de su gestión, de ahí que la Agencia para la Gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público Privadas ha venido gestionando los diferentes instrumentos que buscan haya mayor aprovechamiento del espacio público, siempre dentro de los límites que establece la Constitución y la ley, de tal modo que cuando se observan aprovechamientos sin autorización se realizan jornadas de socialización con estos ocupantes para legalizar el aprovechamiento económico de esos bienes de uso público de la ciudad.

Así, por ejemplo, hasta hace algunos años en el sector de Provenza nadie pagaba por el aprovechamiento del espacio público, por lo que la Agencia convocó a los comerciantes buscando que pagaran por ese aprovechamiento. En este proceso la pandemia del Covid-19 se convirtió en una etapa coyuntural, pues permitió que los comerciantes que buscaran aprovechar

el espacio público por temas de bioseguridad y distanciamiento social pagaran con una serie de descuentos que al final terminaron incidiendo en la reactivación económica del sector y generándose más de 2.000 empleos directos.

Por su parte, en la entrevista realizada al empresario y abogado Eduardo de Greiff, propietario de varios negocios en el sector de Provenza en el barrio El Poblado de la ciudad de Medellín, señala que el aprovechamiento del espacio público en el sector se realiza a través de alianzas público privadas; estos establecimientos, aunque vienen operando desde 2020, apenas en el segundo semestre de 2021 formalizaron el aprovechamiento económico del espacio público, lo cual coincide con lo señalado por el funcionario de la Agencia.

Señala el entrevistado, además, que los comerciantes del sector Provenza no tienen ningún tipo de contrato con la administración municipal, simplemente se les envía mensualmente una factura para realizar el pago del aprovechamiento del espacio público, gestión en la que medió la Corporación Provenza, organismo que agremia a todos los comerciantes del sector y les brinda asesoría y acompañamiento en diferentes trámites. Estos pagos varían de acuerdo a las características y condiciones de la ocupación; así, a medida que crece el aprovechamiento, por ejemplo, con un mayor número de mesas, la administración incrementa el valor del cobro.

Para estos comerciantes el aprovechamiento del espacio público les representa una importante ventaja, pues, básicamente, les permite expandir sus servicios a un mayor número de personas a cambio de un pago reducido en comparación con un canon de arrendamiento. Estos empresarios tratan estos pagos desde una perspectiva contable como si se tratara de un contrato

de arrendamiento, pero reconocen que no existe este tipo de relación contractual con la administración. Estos aprovechamientos resultan bastante ventajosos para los empresarios, en la medida en que, al ampliar el servicio, mejora sus utilidades.

Se observa, por tanto, según lo analizado en este capítulo, que el aprovechamiento económico de los bienes de uso público no tienen más limitaciones que las que establece la Constitución y las reglamentaciones expedidas por cada administración municipal; sin embargo, es necesaria una norma nacional que reglamente con las mismas condiciones y exigencias a todos los comerciantes del territorio colombiano y particulares que busquen realizar este tipo de aprovechamientos.

8. Conclusiones

Como ha quedado establecido a lo largo de esta monografía, resulta claro que en Colombia ha sido latente la omisión del legislador por regular y reglamentar las formas de aprovechamiento económico de los bienes de uso público, lo que ha dado lugar a que los diferentes entes territoriales queden facultados para expedir reglamentaciones sobre la manera como se debe administrar el espacio público; sin embargo, esta no debería ser la respuesta del Estado: esa regulación debe provenir del legislador colombiano, con miras a que existan unas reglas uniformes para quienes realicen un aprovechamiento de estos bienes de uso público, pero también debe ser una norma que busque la legalización de esos aprovechamientos y formalice a quienes ejercen actividades económicas en condiciones de informalidad.

Se hace necesaria también una norma que determine las condiciones contractuales como se realiza el aprovechamiento de ese espacio público, pues los cobros por esa explotación se vienen manejando como si se tratara de un impuesto. Es fundamental, por tanto, que exista un vínculo contractual diferente al de un contrato de arrendamiento, el cual debe contar con un clausulado claro que evite restringir el goce y disfrute del espacio público al resto de la ciudadanía, pero que, a su vez, procure la recuperación del espacio cuando sea necesario por motivos ambientales, sociales, económicos o por cambios en la disposición del uso del suelo.

Por último, destacar la importante transformación que ha tenido el sector de Provenza en el barrio El Poblado en la ciudad de Medellín, en donde los comerciantes se han venido acoplando a un proceso de legalización paulatina de aprovechamiento económico del espacio

público que ha traído beneficios y ventajas para ellos, ya que, al existir reglas claras sobre cómo debe desarrollarse ese aprovechamiento, también ha habido orden en este proceso, lo que ha tenido efectos positivos en el crecimiento comercial y económico del sector y no solo eso, sino que ha puesto a Medellín en el mapa como referente local y mundial para el aprovechamiento y explotación de estos bienes, situándose incluso Provenza como una de las 33 calles más “cool” del mundo.

Bibliografía

Alcaldía de Medellín. (2018, 19 de julio). *Por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 2148 de 2015 [Decreto 0522 de 2018]*. GO: 4536.

Alcaldía de Medellín. (2019, 8 de noviembre). *Por medio del cual se adopta el Manual del aprovechamiento económico del espacio público en la ciudad de Medellín, se modifican los decretos municipales 2148 de 2015 y 471 de 2018, se deroga el Decreto Municipal 327 de 1997 y se dictan otras disposiciones [Decreto 2229 de 2019]*. GO: 4641.

Baracaldo G., A. (2020). *La constitucionalización de la usucapión en la práctica del derecho: análisis jurisprudencial*. Universidad del Rosario.

Buendía G., M., & García F., M. (2014). *Uso exclusivo de bienes de uso público en las concesiones portuarias a empresas privadas en Cartagena*. Universidad de Cartagena.

Congreso de la República. (1948, 4 de diciembre). *Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre terrenos ejidos y sobre Personeros Delegados [Ley 41 de 1948]*. DO: 16.920.

Congreso de la República. (2016, 29 de julio). *Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana [Ley 1801 de 2016]*. DO: 49.949.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2001, 22 de febrero).

Radicado 18503 [CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. (2001, 31 de mayo).

Radicado AP-155 [CP. Alfonso Vargas Rincón].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (1999, 11 de

noviembre). *Radicado 5286* [CP. Olga Inés Navarrete Bsrro].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2004, 18 de marzo).

Radicado AP-1750 [CP. Germán Rodríguez Villamizar].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2005, 6 de julio).

Radicado 7392 [CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (2003, 20 de

noviembre). *Radicado 1503* [CP. Ligia López Díaz].

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2018, 14 de agosto). *Radicado*

05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU [CP. Oswaldo Giraldo López].

Corte Constitucional. (1995, 4 de abril). *Sentencia T-150* [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (2003, 4 de marzo). *Sentencia C-183* [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (2012, 30 de abril). *Sentencia T-314* [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (2014, 29 de agosto). *Sentencia T-625* [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público. (2022). *Guía de administración de bienes de uso público y bienes fiscales del nivel central*. Alcaldía Mayor de Bogotá.

Díaz J., M., Gutiérrez L., J., & Patiño J., R. (2018). Valbración de bienes de uso público en el modelo contable de entidades de gobierno en Colombia. Una aproximación desde los precios hedónicos. *Cuadernos de Contabilidad*, 19(48), 1-12.

Gaudemet, Y. (2008). *Derecho administrativo de bienes*. LGDJ.

Hernández R., J., & Jaramillo M., A. (2017). *Los bienes de uso público de la ciudad de Manizales: casos de explotación comercial de indebida utilización por particulares*. Universidad de Manizales.

Lizarazo P., M. (2021). *Bienes de uso público en el ciberespacio colombiano*. Universidad Santo Tomás.

Marienhoff, F. (1960). *Tratado de derecho público*. TEA.

Mazzaroli, L. (2005). *Derecho administrativo*. Monduzzi.

Morán H., M. (2018). *Bienes de uso público de los habitantes: asiento de derechos privados*.
Universidad Santo Tomás.

Pimiento E., J. (2010). *Teoría de los bienes de uso público*. Universidad Externado de Colombia.

Pimiento E., J. (2015). *Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Universidad Externado de Colombia.

Pimiento E., J. (2019). El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión del reciente fallo de unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 22, 35-59.

Vargas P., J. (2012). *La ocupación de bienes de uso público y bienes fiscales en Bogotá D.C.: características, consecuencias y posibles soluciones, a partir del análisis de las manzanas 13, 24 y 25 del Triángulo de Fenicia*. Universidad de los Andes.

Vélez C., G. (2020). *Carga dinámica de la prueba en los procesos de adjudicación y titulación de la propiedad en Colombia*. Corporación Universitaria Lasallista.

Anexos

Anexo A. Consentimiento informado

Dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1581 de 2012, “por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, el desarrollo de la presente entrevista tiene un propósito netamente académico y su objetivo se centra en “analizar las modalidades de explotación económica, legalidad y retos y limitaciones de la explotación de bienes de uso público en la ciudad de Medellín”, la cual se presenta en el marco del trabajo de grado para la carrera de derecho de la Universidad EAFIT, desarrollado por los estudiantes Simón Gómez Restrepo y Simón Pulgarín Pulgarín.

De conformidad con lo anterior, con la firma de este documento, el entrevistado manifiesta que ha sido informado por los estudiantes investigadores de lo siguiente:

- a) Los estudiantes investigadores actuarán como responsables del tratamiento de datos personales.
- b) La información recolectada sólo será utilizada con fines académicos y no posee un carácter jurídico vinculante.
- c) Que me ha sido informada la finalidad de la recolección de la información.
- d) Que los datos personales suministrados en la entrevista no serán objeto de publicación o, si se publican, sólo se colocarán las iniciales de los nombres.

e) Es de carácter facultativo o voluntario responder preguntas que versen sobre Datos Sensibles.

f) Mis derechos como titular de los datos son los previstos en la Constitución y la ley, especialmente el derecho a conocer, actualizar, rectificar y suprimir mi información personal, así como el derecho a revocar el consentimiento otorgado para el tratamiento de datos personales.

g) Los estudiantes investigadores garantizarán la confidencialidad, libertad, seguridad, veracidad, transparencia, acceso y circulación restringida de la información suministrada.

Teniendo en cuenta lo anterior, autorizo de manera voluntaria, previa, explícita, informada e inequívoca para tratar la información recolectada en la entrevista para los fines relacionados con su objeto y en especial para fines legales.

Firma del entrevistado

Firma del entrevistador

Anexo B. Formulario de entrevista dirigido a propietario de establecimiento de comercio ubicado en la zona de Provenza en la ciudad de Medellín

Nombre:	
Formación académica:	
Nombre del establecimiento de comercio	
Actividad comercial	
Fecha de la entrevista:	

1. ¿Hace cuánto tiempo tiene su establecimiento de comercio?

2. ¿Cómo inició su establecimiento de comercio?

3. ¿Qué tipo de permisos o trámites tuvo que realizar para iniciar con su establecimiento de comercio y hacer uso del espacio público?

4. ¿Tiene registrado su establecimiento en la Cámara de Comercio?

5. ¿Tiene contrato de arrendamiento con el municipio de Medellín o alguna otra entidad para el uso y aprovechamiento del espacio público?

6. ¿Qué impuestos o pagos realiza su establecimiento de comercio por hacer uso del espacio público?

7. ¿Cuáles son las principales dificultades de que su establecimiento de comercio haga uso del espacio público?

8. ¿Cuáles son las principales ventajas de que su establecimiento de comercio haga uso del espacio público?

9. ¿Ha tenido algún tipo de queja o requerimiento por parte de policía o vecinos del sector por hacer uso del espacio público?

10. ¿Durante el tiempo que lleva con su establecimiento de comercio, ha recibido algún tipo de orden de desalojo o desocupación del espacio público?

Anexo C. *Formulario de entrevista dirigido a funcionario de la Agencia para la Gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público Privadas -APP-*

Nombre:	
Formación académica:	
Nombre de la agencia	
Fecha de la entrevista:	

1. ¿Aproximadamente con cuántos establecimientos de comercio tienen contrato de arrendamiento en el sector de Provenza en la ciudad de Medellín?

2. ¿Qué requisitos exige la Agencia para el aprovechamiento de bienes de uso público en el sector de Provenza en la ciudad de Medellín?

3. ¿Qué tipo de permisos o trámites deben gestionar quienes toman en arriendo establecimientos de comercio en el sector de Provenza en la ciudad de Medellín para el uso y aprovechamiento del espacio público?

4. ¿Cómo maneja la agencia el tema del aprovechamiento del espacio público por parte de los establecimientos de comercio en el sector de Provenza en la ciudad de Medellín?

5. ¿Brindan algún tipo de acompañamiento, asesoría u orientación jurídico legal a los arrendadores de establecimientos de comercio en el sector de Provenza en la ciudad de Medellín para el uso y aprovechamiento del espacio público?

6. ¿La agencia ha tenido algún problema o reclamación legal por parte de la administración municipal, autoridades de policía o vecinos del sector de Provenza en la ciudad de Medellín por el uso indebido del espacio público por parte de los propietarios de los establecimientos de comercio del lugar? ¿Cómo tramitan estas reclamaciones?

7. ¿La agencia tiene algún convenio con la administración municipal para el uso y aprovechamiento del espacio público por parte de los establecimientos de comercio ubicados en el sector de Provenza en la ciudad de Medellín?