

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD SIMPLE
Radicado	13-001-33-33-015-2016-00484-01
Demandante	ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES INDEPENDIENTES (ASDECOMIN) FIDEL LARA DÍAZ Y ALBERTO MARÍN ZAMORA
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA
Tema	<i>Las plazas de mercado son bienes de uso Público- La titularidad del Mercado de Bazurto la ostenta la Alcaldía Distrital de Cartagena.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 19 de octubre de 2017 proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES INDEPENDIENTES (ASDECOMIN), instauró demanda de nulidad simple en contra del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-7 cdno 1

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó las siguientes pretensiones:

Primero: Solicitamos se declare la nulidad del artículo 7 del Decreto Distrital No. 0160 de (29) de enero de (2015) "Por medio del cual se adoptó el reglamento para la administración y el funcionamiento del mercado de Bazurto del distrito de Cartagena de Indias", por infringir las normas en que debe fundarse, con desviación de atribuciones propias de quien lo profirió y con desconocimiento del derecho de defensa.

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Indica que el mercado de Bazurto, zona ampliamente representativa para todos los cartageneros desde hace más de 30 años, viene acompañando a varias generaciones como la principal zona comercial popular de la ciudad. Afirma que de ahí se dependen económicamente y generan su sustento diario casi 5.000 personas, brindando diversos tipos de actividades y servicios.

Manifiesta que desde hace más de 15 años el mercado de Bazurto, ha contado con una reglamentación interna para su funcionamiento y administración como es la Resolución 001 del enero de 2001, expedida por las Empresas Públicas Distritales de Cartagena, la cual es cumplida y acatada por sus comerciantes, pero la administración saliente del "Ahora si Cartagena", a través de su alcalde de manera inconsulta y unilateral derogó esta normatividad y antes de terminar su periodo expidió el Decreto Distrital No. 0160 del 29 de enero de 2015, el cual genera violaciones a las normas constitucionales en que debe fundarse, vulnera el derecho de defensa y debido proceso, así como se presenta desviación de las atribuciones propias del funcionario que expidió el acto administrativo.

³ Fols. 6 Cdno 1.

⁴ Fols. 2 Cdno 1

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Arts 1,2,4,13,29,34,58,113,115#3 Constitución Política.
- Art. 673 Código Civil
- Art. 29 #17 Ley 1551 de 2012 Plazas de mercados públicas
- Decreto 397 de 3 de marzo de 1995 art. 9 del Ministerio de Agricultura.

Afirma que, el alcalde se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones, desbordando el ámbito de sus competencias, porque más allá de reglamentar, se dedica a declarar de manera amplia y determinada derechos de propiedad y dominio por vía decreto distrital sobre las instalaciones físicas y bienes del mercado de Bazurto, violentando el derecho a la propiedad, defensa y debido proceso de quienes tienen su propiedad y demás derechos adquiridos, o aquellos que debido al crecimiento del mercado de Bazurto se encuentran en calidad de poseedores de buena fe.

Por otro lado, indica que el acto administrativo se expidió sin estudios previos para verificar la situación de títulos que demuestran hasta donde llega la propiedad privada de las empresas públicas distritales, y los bienes de quienes poseen títulos y tienen dominio de ellos, vulnerando el derecho de defensa, a los afectados con su proceder arbitrario.

Finalmente manifiesta que la mayoría de los comerciantes del mercado de Bazurto son personas de la tercera edad que se encuentran en debilidad manifiesta, por lo que merecen una protección especial.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. DISTRITO DE CARTAGENA⁵

La entidad demandada tiene como ciertos algunos hechos, negando la vulneración de derechos con la expedición del Decreto, en cuanto a las pretensiones de la demanda, solicita que las mismas sean denegadas.

⁵ Fols. 85-93 cdno 1

13-001-33-33-015-2016-00484-01

Manifiesta en primer lugar, que cursa una demanda de nulidad sobre el mismo decreto que aquí se debate, el cual se encuentra asignado al Dr. Edgar Vásquez Contreras, por lo que solicitó la terminación del presente proceso por configurarse la excepción de pleito pendiente entre las partes, por el mismo asunto.

Sobre las normas violadas, indicó que las plazas de mercado son bienes de uso público, siempre y cuando sean de dominio de los municipios y de uso de los habitantes del territorio, afirmando que los inmuebles donde funciona la plaza de mercado de Bazurto son de propiedad del Distrito de Cartagena identificados con los siguientes folios de matrícula: No. 060-32499, 060-63109 y 060- 33727.

Indica que mediante Acuerdo 05 de marzo de 1994 se suprimió de la estructura orgánica del ente distrital de nivel descentralizado por servicios a las empresas de servicios públicos de Cartagena y el Distrito reasumió la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos; posteriormente y habiendo culminado el proceso liquidatorio se expidió la Resolución No. 300 de diciembre 15 de 2008, dejando constancia de la cesión en favor del Distrito los inmuebles donde funcionan el mercado de Santa Rita, Bazurto y san Andresito, lo anterior puede ser consultado en la gaceta distrital No. 273 del 27 de octubre de 2009.

De lo anterior, manifiesta que los permisos de ocupación y uso que se realicen a favor de particulares, no representa la pérdida de titularidad del Distrito sobre dichos bienes, por lo que indica que no existe prueba en el expediente del derecho de propiedad de terceros.

En cuanto a la condición de debilidad manifiesta, aduce que no se aportó prueba alguna sobre dicha manifestación, afirmando seguidamente, que el medio de control que nos ocupa no es el indicado para ventilar lo que aquí se alega. Finalmente indica, que no debió realizar consulta previa, debido a que esta figura solo está dirigida a grupos indígenas y tribales del país, condición que no se cumple en este proceso.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 19 de octubre de 2017, la Juez Décimo Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, denegando las pretensiones de la demanda.

En cuanto al primer cargo sostuvo que, encontró probado en el proceso que las instalaciones donde funciona el mercado de Bazurto pertenecen al Distrito de Cartagena, toda vez que fueron cedidas por las Empresas de Servicios Publicas Distritales de Cartagena, mediante Resolución No. 300 del diciembre 15 de 2008, por lo que no existió extralimitación en las funciones del alcalde al decir que el inmueble es de propiedad del Distrito en su artículo 7 del decreto demandado. De igual forma, manifiesta que se allegaron los certificados de libertad y tradición expedidos para la Oficina de Instrumentos Públicas en donde se respalda la propiedad del ente distrital.

Por otro lado, manifiesta que, de la reglamentación anterior, esto es, la Resolución 001 de 1 de enero de 2001, se logra una abstracción de lo que realmente se quiere plasmar al disponerse lo alusivo a la destinación del mercado de Bazurto, así: *“Se denominan mercados, para efectos de este reglamento, los inmuebles de propiedad de la Empresas de Servicios Publicas Distritales de Cartagena en liquidación”*. Con lo anterior, no se desvirtúa la legalidad del art. 7 del Decreto demandado.

En relación con el segundo cargo, esto es la división de poderes, consideró que no prospera el mismo, debido a que el alcalde no se extralimita en sus funciones cuando en el art.7 del decreto demandado manifiesta que los bienes donde funciona el mercado de Bazurto son de propiedad del Distrito de Cartagena, y que con dicha afirmación extingue los derechos de propiedad de terceros, cuando en el expediente no obra pruebas de que otros terceros sean propietarios de los tres lotes o instalaciones donde funciona el mercado de propiedad del ente distrital como un bien de uso público.

Finalmente, se pronunció respecto al estado de debilidad manifiesta por ser personas de la tercera edad, indicando que no se probó que los trabajadores del mercado ostenten dicha condición, y que el Decreto 0160 haya vulnerado sus derechos.

⁶ Fols. 283-299 cdno 1



3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. Alberto Marín Zamora⁷

Por medio de escrito del 31 de octubre de 2017, la parte demandante solicita se estudie la decisión de primera instancia por no ser consecuente con la Constitución Política y el bloque de legalidad, así como no brindar las condiciones necesarias para la sentencia congruente entre el artículo expedido y las graves violaciones a derechos constitucionales y legales cometidos con la expedición del artículo.

Seguidamente, realiza el recuento normativo realizado con la demanda, indicando que el A-quo no analizó que la administración saliente del "Ahora si Cartagena", a través de su alcalde de manera inconsulta y unilateral derogó esta normatividad y antes de terminar su periodo expidió el Decreto Distrital No. 0160 del 29 de enero de 2015, indicando que en el transcurso de la demanda la Alcaldía no demostró haber realizado una socialización a quienes se iba a aplicar las medidas contenidas en el decreto, violando disposiciones constitucionales.

Indica que, el decreto se expidió a través de un alcalde encargado con un procedimiento arbitrario e inconsulto, violando el principio de transparencia y publicidad, ya que los comerciantes no tenían conocimiento de que el decreto había sido expedido, sino un año después cuando contratistas de la administración fueron a aplicarlos con amedrentamientos, por lo que su aplicación fue suspendida de hecho por la misma administración.

Afirma que el alcalde Dionisio Vélez antes de terminar su periodo expidió en secreto dicho decreto para perjudicar los derechos de los comerciantes del mercado, beneficiándose, sacando provecho personal y para un grupo de constructores de la orden del juzgado 12 administrativo del traslado del mercado, creando una sociedad llamada Mercabastos apoderándose de terrenos, indica que dicha situación ya fue denunciada ante la Fiscalía General de la Nación.

⁷ Fols. 327 -330 Cdno 1



13-001-33-33-015-2016-00484-01

Sobre los demás argumentos, reitera lo expuesto en la demanda, por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y en consecuencia se concedan las pretensiones de la demanda.

3.4.2. Fidel Lara Díaz⁸

Los argumentos del escrito de apelación de quien se identifica como el representante legal de la asociación demandante, es exactamente igual al interpuesto por el señor Alberto Marín Zamora.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 17 de enero de 2018⁹; se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de abril de 2018¹⁰; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 28 de septiembre de 2018¹¹.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante¹²: Presentó escrito de alegatos, reiterando los argumentos de la demanda y el recurso de alzada.

3.6.2. La parte demandada no Presentó escrito de alegatos, y el Ministerio Público no allegó el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

⁸ Fols. 341- 344 cdno 1

⁹ Fol. 3 Cdno 2

¹⁰ Fol. 5 Cdno 2

¹¹ Fol. 32 Cdno 2.

¹² Fols. 35-38 cdno 2

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos del recurso de alzada, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Resulta procedente la declaratoria de nulidad del artículo 7 del Decreto Distrital No. 0160 29 de enero de 2015 “Por medio del cual se adoptó el reglamento para la administración y el funcionamiento del mercado de Bazurto del Distrito de Cartagena de Indias”, por infringir las normas en que debe fundarse, con desviación de atribuciones propias de quien lo profirió y con desconocimiento del derecho de defensa?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, toda vez que la jurisprudencia ha manifestado que la titularidad de las plazas de mercado recae sobre el ente municipal, y en el presente caso, la propiedad del mercado de bazurto la ostenta la Alcaldía Distrital de Cartagena.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Naturaleza de las plazas de mercado¹³

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-2004-01292-01



13-001-33-33-015-2016-00484-01

El H. Consejo de Estado en sentencia del 4 de octubre de 2012, se pronunció sobre los bienes de uso público y especialmente sobre las plazas de mercado,

“Para tal efecto precisará en que consisten los bienes de uso público y los bienes fiscales, la posibilidad de que aquellos sean transformados en éstos y la naturaleza de las plazas de mercado.

5.- Según reiterada jurisprudencia, la propiedad estatal está compuesta por BIENES DE USO PÚBLICO y BIENES FISCALES.

“La distinción entre unos y otros ha sido definida por la doctrina. ‘Bienes de Uso Público: Son aquellos que están destinados al uso general de los habitantes de un territorio, pertenecen al Estado como potestad económica y jurídica, pero él no los utiliza en su provecho, sino que están a disposición de los gobernados.

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

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

(...)

La Sala encuentra, tal como ya lo anotó, que el régimen de los bienes del Estado, denominados de USO PÚBLICO implica que son inalienables, imprescriptibles e inembargables (Constitución Política, artículo.63) y se caracterizan porque su uso pertenece a todos los habitantes, como las calles, plazas, puentes y caminos (C.C., artículo.674). Y el régimen de destino sólo puede ser variado por los Concejos, Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial, siempre y cuando sean canjeados por otros de características semejantes (artículo 6º ley 9 de 1989). Por su parte el régimen de los denominados BIENES FISCALES, que también



13-001-33-33-015-2016-00484-01

pertenecen al Estado y que este maneja del mismo modo que los particulares, por ejemplo, edificios, etc.) no ostentan las características inherentes a los clasificados como PÚBLICOS”8.

En relación con la desafectación del bien de uso público, la jurisprudencia ha señalado que: (i) no opera frente a toda clase de bienes de esa naturaleza (ii) sólo puede declararla el legislador o el funcionario facultado expresamente por la ley y (iii) requiere de un medio idóneo y del lleno de ciertos requisitos. La Ley 9 de 1989 precisó al respecto que “El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del alcalde o Intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes”.

Ahora bien, desde el punto de vista jurisprudencial, son múltiples las providencias que han señalado que las plazas de mercado se han entendido como una especie de las plazas enunciadas en los artículos 674 y 1005 del Código Civil, esto es, son bienes de uso público cuando son propiedad del Estado, en especial de los Municipios. De modo que el género es la plaza y la especie es la plaza de mercado, por consiguiente una y otra están revestidas de las características de los bienes de uso público, tales como:-Que sea del dominio o propiedad del municipio.-Que exista afectación del mismo al uso público, ya sea formal o de hecho. Además, las mismas se encuentran cobijadas por los atributos propios de dichos bienes, como son la inembargabilidad, inenajenabilidad e imprescriptibilidad, consagrados en el artículo 63 de la Constitución y en el mencionado artículo 674. Igualmente, se ha sostenido que para que una plaza de mercado pueda considerarse como bien de uso público, debe estar destinada a la realización de actividades de expendio o venta de víveres o productos de primera necesidad, según se deduce del artículos 1º del Decreto No. 929 del 11 de mayo de 1943 y 1 del Decreto 77 de 198714.

De otro lado, la jurisprudencia ha señalado que¹⁴:

“...la forma de institucionalización de un bien como de uso público depende de si es natural, como los ríos o las playas, o artificiales, precisamente, como las plazas de mercado, sobre todo cuando ellas se dan en recintos cerrados o edificios. En el evento de los artificiales, que

¹⁴ *Ibidem*



13-001-33-33-015-2016-00484-01

es lo que interesa al caso, se tiene que para que adquieran la categoría de bien de uso público se requiere la afectación al uso público, la cual consiste en la manifestación de voluntad del Estado, a través de la autoridad competente, por medio de la cual se incorpora o destina al uso o goce de la comunidad.

Esta declaración de voluntad puede darse de manera formal, esto es, por medio de un acto jurídico, o de hechos o comportamientos que indiquen de manera inequívoca la decisión de consagrar el bien al uso público, como, por ejemplo, la inauguración de una obra (un puente, una calle, etc.) y darla como abierta al público.

Así las cosas, para que un inmueble pueda ser considerado como plaza de mercado es necesario que reúna los siguientes requisitos o supuestos:

- Que sea del dominio o propiedad del municipio*
- Que exista afectación del mismo al uso público, sea de manera formal o de hecho, y*
- Que el uso efectivo y real del bien inmueble sea la distribución o venta de productos de primera necesidad.*

Lo anterior, ha sido reiterado por el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa en sentencia del catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010)15

“Es incuestionable que la actividad de las plazas de mercado constituye un servicio público del orden municipal, tanto por determinación de la Ley como por reconocimiento jurisprudencial. Justamente, desde el punto de vista legal, se ha precisado que ello se desprende tanto del numeral 15 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal que hoy corresponde al numeral 10° del artículo 93 del Código de Régimen Municipal, como de los artículos 365 y siguientes de la Constitución Política de 1991. Desde el punto de vista jurisprudencial, son múltiples las providencias que lo han reconocido. Como bien se ha señalado, las plazas de mercado se han entendido como una especie de las plazas enunciadas en los artículos 674 y 1005 del Código Civil, esto es, son bienes de uso público cuando son propiedad del Estado, en especial de los Municipios. De modo que el género es la plaza y la especie es la plaza de mercado, por consiguiente una y otra están revestidas de las características de los bienes de uso público, tales como: -Que sea del dominio o propiedad del municipio. -Que exista afectación del mismo al uso público, ya sea formal o de hecho. Además, las mismas se encuentran cobijadas por los atributos propios de dichos bienes, como son la inembargabilidad, inenajenabilidad e

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C. catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010), Radicación número: 50001-23-31-000-2005-00055-01 (AP)



13-001-33-33-015-2016-00484-01

imprescriptibilidad, consagrados en el artículo 63 de la Constitución y en el mencionado artículo 674. Igualmente, se ha sostenido que para que una plaza de mercado pueda considerarse como bien de uso público, debe estar destinada a la realización de actividades de expendio o venta de víveres o productos de primera necesidad, según se deduce de los artículos 1º y 2º del Decreto No. 929 del 11 de mayo de 1943, y de la interpretación que ha realizado del mismo la Corte Constitucional en diferentes providencia, en especial en el proceso No. T - 238 de 1993".

(...)

En lo atinente a las plazas de mercado, la Sala estima necesario hacer dos precisiones, la primera relacionada con la naturaleza de la actividad y, la segunda, referente a los bienes en los cuales se presta el servicio.

i) La actividad de las plazas es un servicio público

Es incuestionable que la actividad de las plazas de mercado constituye un servicio público del orden municipal, tanto por determinación de la Ley como por reconocimiento jurisprudencial.

Justamente, desde el punto de vista legal, se ha precisado que ello se desprende tanto del numeral 15 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal que hoy corresponde al numeral 10º del artículo 93 del Código de Régimen Municipal, como de los artículos 365 y siguientes de la Constitución Política de 1991.

Desde el punto de vista jurisprudencial, son múltiples las providencias que lo han reconocido, como es el caso de las siguientes: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expedientes Nos.: 3026, 9 de noviembre de 1979, Consejero Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar; 959, 24 de julio de 1990, Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez; 3944, 25 de enero de 1996, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza; 5303, 6 de julio de 2000, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; Corte Constitucional, sentencia de junio 23 de 1993, Rad. T - 9472, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ii) Los bienes inmuebles en los cuales se presta el servicio de plaza de mercado son bienes de uso público

Como bien se ha señalado, las plazas de mercado se han entendido como una especie de las plazas enunciadas en los artículos 674 y 1005 del Código Civil, esto es, son bienes de uso público cuando son propiedad del Estado, en especial de los Municipios. De modo que el género es la plaza y la especie es la plaza de mercado, por consiguiente una y otra están revestidas de las características de los bienes de uso público, tales como:



13-001-33-33-015-2016-00484-01

-Que sea del dominio o propiedad del municipio.
-Que exista afectación del mismo al uso público, ya sea formal o de hecho.

Además, las mismas se encuentran cobijadas por los atributos propios de dichos bienes, como son la inembargabilidad, inenajenabilidad e imprescriptibilidad, consagrados en el artículo 63 de la Constitución y en el mencionado artículo 674.

Igualmente, se ha sostenido que para que una plaza de mercado pueda considerarse como bien de uso público, debe estar destinada a la realización de actividades de expendio o venta de víveres o productos de primera necesidad, según se deduce de los artículos 1º y 2º del Decreto No. 929 del 11 de mayo de 1943, y de la interpretación que ha realizado del mismo la Corte Constitucional en diferentes providencia, en especial en el proceso No. T - 238 de 1993.

La forma de institucionalizar un bien como de uso público depende de dos eventos: a) si es natural, como los ríos o las playas, o b) si es artificial, precisamente, como las plazas de mercado, sobre todo cuando se presta el servicio en recintos cerrados o edificios. En este evento, esto es, en el caso de bienes artificiales, que es el que interesa en el sub lite, se tiene que para que adquiera la categoría de bien de uso público, se requiere su afectación al uso público, la cual consiste en la manifestación de voluntad del Estado, a través de la autoridad competente, por medio de la cual incorpora al uso o goce de la comunidad.

Esa declaración de voluntad puede presentarse de manera formal, es decir, a través de un acto jurídico, o de hechos o comportamientos que indiquen de manera inequívoca la decisión de consagrar el bien de uso público, verbigracia la inauguración de una obra y darla como abierta al público.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁶, se ha pronunciado al respecto, reiterando lo antes expuesto:

“3. La jurisprudencia nacional ha sostenido de tiempo atrás que las plazas de mercado son bienes de uso público (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia julio 24 de 1990), no por el hecho de su destinación a la prestación de un servicio público sino por pertenecer su uso a todos los habitantes del territorio (C.Civil art. 674). El carácter de bienes de uso público somete a las plazas de mercado a la custodia, defensa y administración por parte de

¹⁶ Sentencia T- 238 de 1993



13-001-33-33-015-2016-00484-01

las entidades públicas respectivas (Sentencia junio 19 de 1968. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil).

4. La elaboración y ejecución de planes de renovación, saneamiento, reubicación y aprovechamiento del espacio público tienen claro sustento constitucional y legal. Las entidades públicas - entre ellas el municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado (CP art. 311) - están facultadas para regular la utilización del suelo en defensa del interés común (CP art. 82). El Estado, a cuyo cargo está la dirección general de la economía, interviene "en el uso del suelo y en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del medio ambiente" (CP art. 334).

5. Por virtud de la ley, los municipios están obligados a poner a disposición de productores y consumidores un espacio - abierto o cerrado - dentro del perímetro urbano destinado al libre intercambio de productos de primera necesidad a precios no especulativos (D. 929 de 1943, artículo 1º). La práctica comercial, consagrada luego legalmente, ha llevado a distinguir dentro de las plazas de mercado por lo menos dos tipos de puestos de venta: los "puestos fijos", corrientemente dotados de algunos servicios públicos, y los puestos "accidentales", dispuestos para recibir el mercado campesino que fluye al pueblo o ciudad en forma irregular y dependiendo de las fluctuaciones en las cosechas. Es así como los municipios no están autorizados para exigir impuesto, contribución o derecho alguno ni pueden prohibir a los campesinos productores que expendan directamente sus productos, a no ser que se les haya señalado previamente sitio fijo en la plaza de mercado (art. 2º ibídem.).

En consecuencia, la primera autoridad municipal tiene la facultad legal de adoptar las medidas administrativas que considere indispensables para la adecuada utilización del espacio público en las plazas de mercado, en particular con el fin de garantizar unas condiciones de libre competencia y de salubridad óptimas que propicien la comercialización directa y efectiva por los campesinos de productos de primera necesidad. La intervención estatal en el ámbito de la libertad de mercado debe orientarse estrictamente a conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la localidad mediante la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo".



13-001-33-33-015-2016-00484-01

5.4.2. RECURSO DE APELACIÓN – Nuevos hechos, cargos y pretensiones

El Consejo de Estado ha reiterado que no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero que no hacen parte del concepto de violación del libelo, ni que la sentencia de primera instancia estudió" [...] reiterando que en virtud de los principios de lealtad procesal, contradicción y de defensa y la congruencia que debe existir entre el recurso, la sentencia censurada, el concepto de violación de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación de la misma, imponen que al apelante le esté vedado exponer en el recurso de apelación hechos, cargos y presentar pretensiones nuevas que no alegó ni en la demanda ni en la contestación. Si lo hiciera, el ad quem no puede abordar el estudio de estos nuevos reproches, pues es su deber salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa de la contraparte en el proceso¹⁷.

5.5. Caso concreto

Se observa que, lo que se pretende con la demanda es la declaratoria de nulidad del artículo 7 del Decreto Distrital No. 0160 de 29 de enero de 2015 "Por medio del cual se adoptó el reglamento para la administración y el funcionamiento del mercado de Bazurto del distrito de Cartagena de Indias", por infringir las normas en que debe fundarse, con desviación de atribuciones propias de quien lo profirió y con desconocimiento del derecho de defensa.

Encuentra esta Sala que mediante Acuerdo No. 05 de marzo 01 de 1994 se suprimió y liquidó las empresas de servicios públicos de Cartagena, reasumiendo por parte del Distrito de Cartagena la gestión, administración, ejecución y prestación de los servicios públicos, concediéndole facultades al Alcalde Mayor de la ciudad de Cartagena, entre dichos bienes inmuebles cedidos se encontraban los afectos al servicio del mercado público, lo anterior se avizora en el reverso del folio 114 de la gaceta distrital allegada, y es reafirmada a folio 8 del expediente.

De igual forma, se avizora a folios 8-25 el Decreto No. 0160 del 29 de enero de 2015, "por el cual se adopta el reglamento para la administración y el funcionamiento del mercado de Bazurto del Distrito de Cartagena de Indias y

¹⁷ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)



13-001-33-33-015-2016-00484-01

se dictan otras disposiciones”, acto del cual se solicita la nulidad de su artículo 7 en esta demanda, en el mismo se establece en su parte considerativa que el Acuerdo 05 de 1994 fue reglamentado mediante Decreto 538 del 31 de mayo de 1994 expedido por el Alcalde de Cartagena “Por el cual se adoptan medidas administrativas y presupuestales para la liquidación de la Empresa de Servicios Públicos Distritales de Cartagena E.P.D. Empresa Industrial y Comercial del orden distrital”. De igual forma, en los considerandos se establece que mediante Resolución No. 300 del 15 de diciembre de 2008 se dejó sentado la culminación del proceso liquidatorio de las Empresas de Servicios Públicos Distritales, dejando constancia de la cesión en favor del Distrito de Cartagena de los inmuebles donde funcionan el mercado de Santa Rita, Bazurto y San Andresito, y mediante Acta de entrega del 12 de diciembre de 2008 se hizo la entrega formal y material de los mencionados inmuebles. Lo anterior, se reafirma con los folios 171 del expediente, además, lo antes mencionado no es debatido por la parte demandante en el escrito de demanda.

En ese sentido, no encuentra esta Sala asidero para considerar que hubo una extralimitación de poder por parte del Alcalde de Cartagena de la época al expedir el Decreto No. 0160 del 29 de enero de 2015, cuando se encuentra que la titularidad del mercado de Bazurto se encuentra en cabeza de la Alcaldía de Cartagena, el cual es representada por su Alcalde Distrital; lo anterior, tiene respaldo en la jurisprudencia aquí citada en el marco normativo, por lo que no había lugar a realizar una consulta como lo expresa el apelante en su escrito de impugnación.

En ese orden de ideas, no se cuenta probado que con la expedición de dicho Decreto se esté violentando el derecho a la propiedad, defensa y debido proceso de quienes tienen su propiedad y demás derechos adquiridos, o aquellos que debido al crecimiento del mercado de Bazurto se encuentran en calidad de poseedores de buena fe; toda vez que tal y como se expuso en la jurisprudencia, las plazas de mercado son bienes de uso público, no por el hecho de su destinación a la prestación de un servicio público sino por pertenecer su uso a todos los habitantes del territorio.

Expone el demandante en su escrito de demanda, que el acto administrativo se expidió sin estudios previos para verificar la situación de títulos que demuestran hasta donde llega la propiedad privada de las empresas públicas distritales, y los bienes de quienes poseen títulos y tienen dominio de ellos,

13-001-33-33-015-2016-00484-01

vulnerando el derecho de defensa, a los afectados con su proceder arbitrario, este argumento no tiene respaldo por lo antes expuesto, además concuerda esta Sala con lo expuesto por la A-quo al concluir, que no se demuestra la titularidad de las personas que dicen tener títulos o dominios, no se allegaron escrituras públicas, contratos de compraventa y mucho menos demostraron ser poseedores de buena fe, por lo tanto la carga de la prueba para la prosperidad de este cargo le correspondía a la parte actora.

Como último argumento de su demanda, manifiesta que la mayoría de los comerciantes del mercado de Bazurto son personas de la tercera edad que se encuentran en debilidad manifiesta, por lo que merecen una protección especial, no obstante, de esta afirmación tampoco reposa prueba en el expediente que permita acreditar dicha condición que se alega, por lo que no está llamado a prosperar este cargo de nulidad.

Por otro lado, en su escrito de apelación el demandante agregó hechos y alegaciones nuevas, como son que el alcalde Dionisio Vélez antes de terminar su periodo expidió en secreto dicho decreto para perjudicar los derechos de los comerciantes del mercado, beneficiándose, sacando provecho personal y para un grupo de constructores de la orden del juzgado 12 administrativo del traslado del mercado, creando una sociedad llamada Mercabastos apoderándose de terrenos, indicando que dicha situación ya fue denunciada ante la Fiscalía General de la Nación. De igual forma, indicó como hecho nuevo que el Decreto objeto de nulidad se expidió sin la socialización del mismo. En suma, los anteriores argumentos no hicieron parte del marco de la litis, no fueron materia de estudio y decisión de primera instancia por el A-quo, por lo que no puede ser objeto de pronunciamiento en segunda instancia.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia será confirmada, por encontrarse ajustada a la jurisprudencia.

5.6. De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará



13-001-33-33-015-2016-00484-01

en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En el caso concreto, esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, puesto que esto es una acción pública en la cual no es permitido este tipo de condenas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 053 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN