

Cartagena de Indias D. T. y C, veintiocho (28) de mayo de de dos mil veintiuno (2021).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-005-2016-00309-01
<b>Demandante</b>	ALASA S.A.S.
<b>Demandado</b>	NACIÓN – MIN. DEFENSA – DIMAR
<b>Actuación</b>	SENTENCIA DE 2º INSTANCIA
<b>Magistrada Ponente</b>	MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
<b>Tema</b>	ARRENDAMIENTO BIENES USO PÚBLICO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diez (10) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## II.- ANTECEDENTES.

### 2. La demanda.

#### 2.1. Pretensiones.

Se formularon las siguientes (se transcribe):

*"1. Que se declare la NULIDAD de los actos administrativos: de 27 de julio de 2012, proferido por la Capitanía de Puerto de Cartagena en el que declara responsable a la empresa ADMINISTRACIÓN LOGÍSTICA ANDINA S.A., con NIT 900.041.597-5, por ocupación indebida de un bien de uso público, sin autorización de la Capitanía de Puerto de Cartagena, así como los actos administrativos de 31 de octubre de 2012 y 18 de marzo de 2016, expedidos por la Capitanía de Puerto de Cartagena y Dirección General Marítima respectivamente, con los cuales se resuelve el recurso de reposición y de apelación.*

*2. Que como consecuencia de las declaraciones de NULIDAD solicitadas respecto de los actos administrativos mencionados se le ordene a la accionada el reembolso de las sumas de dinero que le corresponda pagar a la Compañía ADMINISTRACIÓN LOGÍSTICA ANDINA S.A., con NIT 900.041.597-5, por concepto de las multas impuestas, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de tales actos y vías de hecho, incluidos dentro de estos los gastos de defensa jurídica, tanto ante la Autoridad Marítima como ante la Autoridad de Policía, todo lo cual estimo en una suma superior a CIENTO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$100.000.000).*

(.....)”

## **2.2. Hechos.**

Cuenta el abogado del extremo activo en síntesis los siguientes:

- La Capitanía de Puerto de Cartagena decidió abrir investigación administrativa sancionatoria contra la empresa LOGISTICA AL DIA por presunta ocupación de bienes de uso público, con sustento en el memorando del 27 de enero del 2012, suscrito por el responsable del Área de Litorales y Áreas Marinas.
- En el citado memorando se manifiesta la existencia de una ocupación indebida sobre bienes de uso público de la Nación y se señala como responsable a JULIO CESAR UPEGUI y la Empresa LOGISTICA AL DIA, en 4.079,35 M2 y 13.762,08 M2, respectivamente.
- También se dice la Capitanía de Puerto solicitó al Alcalde Local de la Localidad Industrial y de la Bahía llevar a cabo las acciones de restitución sobre las áreas referidas.
- El representante Legal de ADMINISTRACIÓN LOGISTICA ANDINA S.A. le aclaró a la autoridad marítima su condición de arrendatario del predio, identificando claramente al propietario del mismo como INVERSIONES LA SOLEDAD S.A., y aportó evidencias que en la parte posterior del predio, por el lindero de la Bahía se estaban llevando a cabo obras y movimientos de tierra.
- La Capitanía de Puerto se abstuvo de vincular a la actuación al representante legal de la Compañía propietaria del predio, INVERSIONES LA SOLEDAD S.A., a rendir sus descargos o indagar por los responsables de las obras denunciadas.
- Con esa precaria (sic) instrucción, la Capitanía de Puerto de Cartagena, profirió la decisión del 27 de julio del 2012 en la que declaró a la Compañía ADMINISTRACION LOGISTICA ANDINA S.A., responsable por ocupación indebida sobre un bien de uso público sin autorización e impuso a título de sanción una multa de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- La ADMINISTRACIÓN LOGISTICA ANDINA (ALASA S.A.S.), interpuso dentro del término legal, el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la

decisión sancionatoria y éstos fueron resueltos mediante los actos administrativos de 31 de octubre de 2012 y 18 de marzo de 2016 que confirmaron lo decidido.

### **2.3 Normas violadas y concepto de la violación.**

Se acusa el acto de ser violatorio de las normas en que debería fundarse en tanto salta a la visa que los funcionarios de la Capitanía de Puerto llevaron a cabo una inspección en la que brillan por su ausencia los exámenes, experimentos, investigaciones y fundamentos técnicos que den lugar a concluir que el predio ocupado por LOGISTICA AL DIA corresponde a un bien de uso público.

Asegura que el autor del concepto técnico o memorando del 27 de enero del 2012 al calificar el bien como de uso público propicio el envío de oficios a la Alcaldía Local para que procediera a restituir sin haber dado la oportunidad de ejercer el derecho de defensa.

Sostiene que la ocupación del bien tiene su fuente en un contrato de arrendamiento que de buena fe celebró la ADMINISTRADORA LOGISTICA AL DIA con la Compañía INVERSIONES LA SOLEDAD S.A.S., y a pesar de ello no se vinculó a esta última.

En razón a lo dicho asegura que se violó el debido proceso administrativo, el derecho a la defensa, la buena fe, la igualdad, la confianza legítima y finalmente el principio de legalidad.

También se acusa el acto de falsa motivación como quiera que se aplicó una responsabilidad objetiva que el ordenamiento jurídico no permite, sin vincular al propietario del bien, que es quien finalmente debe responder.

### **3. La contestación.**

La demandada se opuso a las súplicas de la demanda, argumentando que la actuación de la autoridad marítima se encuentra ajustada a la Constitución, a la ley y al régimen jurídico aplicable a los bienes de uso público de propiedad de la Nación; así mismo, debidamente motivada, con reconocimiento de los derechos de defensa de los interesados y conforme al trámite del Decreto Ley 2324 de 1984.

#### **4. Sentencia de primera instancia.**

En sentencia apelada negó las suplicas de la demanda, erigiendo la siguiente tesis:

*“Los actos administrativos no deben ser anulados porque los mismos no incurrieron en ninguna de las causales de nulidad que fundamentan las pretensiones de la demanda y el concepto de la violación de la demanda.*

*Los actos expedidos por la entidad demandada fueron producto de un procedimiento administrativo que se ajustó a derecho, conservando la entidad competencia para expedirlos dentro de su facultad sancionatoria que le otorga el Decreto ley 2324 de 1984 y con respeto al debido proceso de la demandante a quien se le ofreció todas las oportunidades de contradicción, tanto de las pruebas, entre ellas el informe técnico que fundamentó la investigación, como de las decisiones adoptadas en el curso de la actuación .”*

Al respecto, aseguró el a quo el informe técnico que dio fundamento a la sanción fue producto de la facultad de vigilancia y control que ejerce la entidad demandada y además fue puesto en conocimiento del representante legal de la sociedad demandante, sin que este hiciera cuestionamiento alguno dado que no solicitó ni opuso prueba alguna para confrontarlo, pues tan solo aportó un contrato de arrendamiento celebrado con la empresa INVERSIONES LA SOLEDAD como arrendadora.

Negó que sea cierto que no se otorgó oportunidad a la demandante para ejercer su derecho de defensa en la solicitud que la Capitanía de Puerto de Cartagena le hizo a la Alcaldía Local No. 3 para la restitución por ocupación indebida sobre bienes de uso público, porque la solicitud de la entidad demandada se hizo por las facultades y competencia de policía de la Alcaldía Local para la restitución del bien y ello se escapa de las competencias de la entidad demandada pese a tratarse de áreas bajo su jurisdicción, al responder dicha actividad a una actuación de policía , y en todo caso, se trata de una actuación distinta a la administrativa llevada a cabo por la entidad demandada, sin que puedan confundirse las actuaciones, pero la que adelantó la DIMAR y que es objeto de este proceso, tuvo audiencia de la sociedad demandante.

Sostuvo, en cuanto a la no vinculación de la sociedad INVERSIONES LA SOLEDAD S.A.S., que el contrato de arrendamiento celebrado con ésta no es oponible en cuanto de lo que se trata es de zona de playa y terrenos de baja mar o zona de jurisdicción de la DIMAR y en tanto debe entenderse que dicha zona no ha salido del dominio de la Nación por su carácter

inalienable, imprescriptible e inajenable, por ello no era obligatoria la vinculación que se pide.

### **5. Recurso de apelación.**

La parte demandante acusa el fallo de erróneo en la interpretación de las normas del Decreto ley 2324 de 1984, argumentando, para explicar el supuesto error que los actos acusados se identifican con la decisiones del 27 de julio de 2012 en la que se declara la responsabilidad por ocupación indebida de bien de uso público y los de 31 de octubre de 2012 y 18 de marzo de 2016 que resolvieron los recursos.

Insiste en el argumento (lo subraya) de que el representante legal de la empresa actora demostró su condición de tenedor del inmueble, repitiendo lo ya indicado sobre el particular en el libelo de demanda y concluyendo que si alguien tenía que responder era la empresa SOCIEDAD INVERSIONES LA SOLEDAD.

Reproduce fielmente, con el ánimo de explicar las supuestas violaciones todos los argumentos facticos y jurídicos expuestos en el ítem del concepto de la violación contenido en la demanda.

### **6. Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no emitió concepto.

## **III.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **4.1. Competencia.**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este

Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

#### **4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.**

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**“Art. 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

#### **4.3. Problema jurídico.**

La parte activa no confrontó ninguno de los argumentos de fondo de los que se valió la primera instancia para construir su tesis y decisión; esto refulge a prima facie de la lectura de la alzada.

Adolece el escrito de consistencia y fuerza argumentativa en ese sentido, pues aun cuando se endilga yerro al fallo por interpretación indebida de las normas del Decreto Ley 2324 de 1984, se desliza simplemente que ello opera porque los actos acusados son las decisiones del 27 de julio de 2012, en la que se declara la responsabilidad por ocupación indebida de bien de uso público y los de 31 de octubre de 2012 y 18 de marzo de 2016 que resolvieron los recursos. Es decir, se atribuye error al fallo pero no se explica en qué consiste ese error.

Es así que, lo que se expone en gran medida (por no decir en todo) es una fiel replica de los argumentos inmersos en el escrito de demanda, sin que pueda observarse, se reitera, un ataque frontal a los argumentos de fondo de la sentencia.

Ahora bien, con todo y eso, la Sala abordará el estudio del caso, concretándolo en el análisis de los efectos jurídicos (derechos adquiridos) del contrato de arrendamiento que con insistencia y vehemencia se reclama, siendo que al parecer esa fue la dirección que quiso dársele a la alzada, con todo y las falencias advertidas y en garantía de la tutela judicial efectiva.

Así pues, se contraerá el debate a determinar si el aludido contrato de arrendamiento celebrado entre la parte activa y un tercero, para el caso, la Sociedad INVERSIONES LA SOLEDAD, deviene procedente a efectos de garantizar derechos adquiridos al arrendatario respecto del bien de uso

público ocupado, calidad esta que no ha sido puesta en duda y que no fue objeto de cuestionamiento en el alzada y, si ello debe necesariamente redundar en perjuicio de la legalidad de los actos demandados.

#### **4.4. Tesis.**

Se sostendrá que no hay lugar a revocar el fallo de primera instancia en tanto se constata que, a la luz del ordenamiento jurídico, el contrato de arrendamiento invocado no es oponible y por ende no enerva la facultad sancionadora del ente demandado, luego lo que se impone es la pervivencia de la presunción de legalidad de los actos cuestionados.

#### **4.5. Argumentación normativa y jurisprudencial.**

En sentencia de unificación jurisprudencial que data del 14 de agosto del 2018<sup>1</sup>, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo (en pleno) del Consejo de Estado, se definió la **improcedencia** del contrato de arrendamiento respecto de bienes uso público.

Esa improcedencia se justificó, merced a los derechos y acciones que surgen para el arrendatario, derivadas del contrato de arrendamiento y la protección que ellas ofrecen al uso y goce exclusivo de los bienes arrendados y siguiendo, la abundante jurisprudencia que sobre la materia ha trazado la Sección Tercera del Consejo de Estado, llevándolo a concluir que no es procedente entregar en arrendamiento bienes de uso público.

Citó la aludida corporación judicial, en desarrollo de su postura, entre otras, la sentencia del 18 de marzo de 2004, expedida en el proceso de radicación número 52001-23-31-000-2002-01750-01 por la Sección Tercera, donde se definió el tema de la siguiente forma:

*“De otro lado, como lo ha reiterado la jurisprudencia<sup>2</sup> el contrato de arrendamiento supone actos de administración más no de disposición, toda vez que el arrendamiento no transfiere el dominio del bien, sino simplemente el derecho de uso y goce de la cosa arrendada, el cual se encuentra protegido frente a cualquier clase de perturbación o molestia, por lo que no es posible arrendar un bien de uso público, ya que iría en contravía de su propia naturaleza y finalidad.”*

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-33-31-003-2009-00157-01 (AP)REV-SU

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 16.596 de 16 de febrero de 2001.



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

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

En este sentido, esta Corporación ha señalado:

“En consecuencia, el denominado “contrato de arrendamiento” por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidad que, sin duda resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bienes”.<sup>3</sup>

No obstante, debe precisarse, además, que en el marco del ordenamiento jurídico, con el fin de preservar y asegurar la correcta y debida utilización de este tipo de bienes, las autoridades estatales bien pueden reglamentar el uso de tales bienes, para evitar una utilización abusiva, caprichosa o arbitraria<sup>4</sup>, en orden de lograr, al propio tiempo, una mejor realización del interés general, para cuyo propósito, aquellas podrán establecer determinados requisitos y fijar algunas restricciones, como por ejemplo de horarios, periodos, actividades posibles de realizar, etc.”.

También se trajo a colación, para evidenciar la constancia de la línea argumentativa en el seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado el fallo del 16 de febrero de 2001, dictado en expediente número 16596, que dijo:

**“Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio<sup>5</sup>, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna**

<sup>3</sup> Ibídem.

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 0055 de 25 de abril de 2002.

<sup>5</sup> Según el profesor JOSE J. GOMEZ “los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno.” Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.



**discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita<sup>6</sup>.**

*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.***

Explica el Alto Tribunal que la naturaleza de los bienes de uso público así como la esencia del contrato de arrendamiento impiden concebir que uno y otro encuentren una confluencia válida en el plano jurídico ya delineado desde la perspectiva de las normas que gobiernan cada materia. Y apoya su pensamiento en la línea jurisprudencial decantada por la Alta Corporación, resaltando sentencia expedida el 15 de agosto de 2007, que sobre el punto reseñó:

*“Por manera que cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad del espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en el acceso al espacio público (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) ajeno a su destinación al uso común general.”<sup>7</sup>*

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

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

<sup>6</sup> Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes referida.

<sup>7</sup> “La utilización colectiva, o uso común, es la que tiene lugar por el público en general y, por tanto, indiscriminadamente, en forma anónima, sin necesidad de título alguno. Este es el tipo de utilización que corresponde a las vías públicas terrestres (carreteras, calles, plazas, paseos) (...) Normalmente, la utilización de los particulares se traducirá en una actividad de circulación o en una situación de breve estacionamiento, pudiendo, en ocasiones, llegar a aprovecharse de los frutos o productos de la dependencia demanial (pesca, caza).

El uso común general, o régimen normal de las utilidades colectivas, se rige por los principios de libertad, igualdad y gratuidad, principios que deben respetar los actos administrativos o disposiciones que se dicten sobre la utilización de estos bienes” PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, III, Bienes públicos-derecho urbanístico, Marcial Pons, Madrid, 2002, novena edición, p. 76.



**contratos cuando quiera que con ellos justamente se esté garantizando la destinación de dichos bienes al uso común.**

(...)

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

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

**“Por disposición constitucional dichos bienes son inembargables, imprescriptibles e inalienables, vale decir, se encuentran fuera del comercio<sup>8</sup>, y se caracterizan por su afectación a una finalidad pública, esto es, están destinados a ser usados y disfrutados por la comunidad, sin ninguna discriminación, en forma directa, libre, impersonal, individual o colectivamente y, en general, gratuita<sup>9</sup>.**

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

“En consecuencia, el denominado “contrato de arrendamiento” por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento “no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien”.<sup>10</sup>

“La posibilidad de garantizar la destinación del bien a su uso común, podría realizarse a través de acuerdos celebrados entre el Estado y los particulares (como por el ejemplo el contrato de mandato o representación y administración), siempre y cuando no atenten contra la naturaleza e integridad de los bienes de uso público, sino que por el

<sup>8</sup> Según el profesor JOSE J. GOMEZ “los bienes de uso público se caracterizan por hallarse fuera del comercio, lo que quiere decir que no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno.” Cf. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 98.

<sup>9</sup> Quedan a salvo las facultades legales de cobro de derechos de uso, tal como precisó la Sección Primera en la sentencia de agosto 18 de 1995, Exp. 3237, antes referida.

<sup>10</sup> CESAR GOMEZ ESTRADA. De los principales contratos civiles. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1996, pág. 183.

*contrario su objeto sea la realización de los fines constitucional y legalmente asignados a dichos bienes.”<sup>11</sup>*

Así pues, se define en el comentado fallo que lo que hoy impera es un criterio unificado, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento<sup>12</sup>, quedando abierta la posibilidad de que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto.

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

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

<sup>12</sup> Sobre el punto es preciso traer a colación el análisis del doctor José Alejandro Bonivento Hernández: **“c) Que la cosa no esté prohibida por la ley para ser arrendada.** El principio general es que todas las cosas se pueden arrendar. Las excepciones surgen de las prohibiciones de ley. Casi todas las cosas que se pueden vender son susceptibles de arrendarse. En cambio, no todas las cosas que se pueden arrendar son susceptibles de venderse; por ejemplo: un bien embargado o secuestrado puede ser arrendado, sin autorización del juez o del acreedor, pero no puede ser vendido por tener objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto es el artículo 1521 del Código Civil. La Razón emana de la misma naturaleza del contrato de arrendamiento que excluye cualquier posibilidad de disposición de la cosa.

No se pueden arrendar:

- a) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.
- b) El derecho alimentario.
- c) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.
- d) Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc.” (Subrayas de la Sala).

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

#### **4.6. El caso concreto.**

Ni el bien mismo, ni su calidad de uso público fueron cuestionados en la censura, y es más, diría la Sala que desde el principio fue esto un extremo aceptado por la parte activa, luego bien que se puede relevar de cualquier disquisición sobre el particular.

Ahora bien, la Sala concuerda con él *a quo*, luego de hechas las valoraciones sobre el arrendamiento de bienes de uso público y su improcedencia, que el contrato de arrendamiento del que pretende el actor derivar derechos adquiridos, haciéndolo ver como una suerte de escudo protector frente a la actuación administrativa sancionatoria, no le viene oponible a la administración.

Recuérdese (como se indicó supra), que este tipo de bienes están destinados al uso, goce, disfrute visual y libertad de tránsito por parte de todos los ciudadanos, son expresión del espacio público y tienen las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, de ahí que no puedan entregarse a ningún título a los particulares, si con ello se vulnera la destinación al **uso común** que a ellos corresponde por mandato superior (véase el artículo 63 superior).

Solo excepcionalmente las autoridades administrativas están habilitadas para la celebración de algunos contratos cuando quiera que con ellos justamente se garantice la destinación de dichos bienes al uso común, no cabe allí el arrendamiento. En el caso de marras, bien pudo la administración, esto es, la DIMAR, entregar el predio en cuestión (playas y zonas de baja mar) en concesión para el uso común, pero no ocurrió así pues lo que se sabe es que se entregó en arrendamiento y no propiamente por la DIMAR, sino por un particular.

Ahora bien, no es solo la improcedencia señalada la que se muestra como justificativa de la decisión cuestionada en este contencioso subjetivo; ocurre que según el Decreto Ley 2324 de 1984, "*Por el cual se organiza la Dirección General Marítima y Portuaria*", norma que sustenta la competencia sancionatoria de la Capitanía de Puerto de Cartagena, los sectores de playa y de baja mar son bienes de uso público (véase artículo 166) y solo se pueden entregar a particulares para su uso y goce, a través de **concesiones, permisos y licencias** (esto en armonía absoluta con lo discernido atrás) por la propia autoridad marítima, de conformidad con la regla 169 ídem, luego evidentemente un contrato de arrendamiento de las

características del aludido en el *sub lite*, es decir, absolutamente improcedente, no genera excusa válida para justificar la ocupación o el uso indebido y menos se puede mostrar como un título jurídico oponible a la autoridad marítima capaz de refrenar su capacidad de imponer sanciones por uso indebido de los bienes de uso público, pues de Perogrullo es que solo la concesión, el permiso, o la licencia dadas por la DIMAR, legitiman la ocupación de dichos bienes.

Razones sobran para no aceptar el arrendamiento en las condiciones fácticas advertidas como justo título para legalizar la ocupación del bien de uso público y menos su uso particular, dada la destinación constitucional que le es ínsita a los bienes de uso público.

Por todo lo dicho y dado que no se enerva la presunción de legalidad de los actos demandados, se CONFIRAMRA la sentencia apelada.

#### **4.7. Condena en costas.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el artículo 365 de la ley 1564 del 2012 (CGP).

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado<sup>13</sup> en segunda instancia por ser ésta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación y haberse además confirmado en su totalidad la decisión de primera instancia, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., e incluyendo en la misma las agencias en derecho, de conformidad con el acuerdo que deba regir del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **III.- FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, de conformidad con las consideraciones previamente expuestas.

<sup>13</sup> Num. 8º art. 365 C.P.G.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas en segunda instancia a la parte demandante. Líquidense por el *a quo* de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

**Los Magistrados,**

  
MARCELA DE JESÚS LOPEZ ÁLVAREZ  
(Ponente)

  
JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

  
DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN