

ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, CIUDAD Y DERECHO URBANO

Competencias, instrumentos de planificación y desafíos



Editores: Jorge Iván Rincón Córdoba
Nicolás Cabezas Manosalva

JORGE IVÁN
RINCÓN CÓRDOBA
NICOLÁS
CABEZAS MANOSALVA
EDITORES

ORDENACIÓN DEL TERRITORIO,
CIUDAD Y DERECHO URBANO:
COMPETENCIAS, INSTRUMENTOS
DE PLANIFICACIÓN Y DESAFÍOS

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano : competencias, instrumentos de planificación y desafíos / Jorge Iván Rincón Córdoba, Nicolás Cabezas Manosalva (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.

1283 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587904482

1. Ordenamiento territorial -- Aspectos Jurídicos -- Colombia 2. Planificación regional -- Aspectos Jurídicos -- Colombia 3. Desarrollo de la comunidad urbana -- Colombia 4. Licencias de construcción y urbanismo -- Aspectos Jurídicos -- Colombia 5. Derecho urbanístico -- Colombia 6. Derecho administrativo -- Colombia I. Rincón Córdoba, Jorge Iván, editor II. Cabezas Manosalva, Nicolás, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título

344 SCDDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.

agosto de 2020

ISBN 978-958-790-448-2

© 2020, JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA Y NICOLÁS CABEZAS MANOSALVA (EDITORES)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S.A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CARLOS SEBASTIÁN BARRETO CIFUENTES

*Generación y gestión del espacio público en las ciudades:
una perspectiva desde el derecho administrativo colombiano*

SUMARIO

Introducción. 1. El concepto de espacio público. 1.1. El concepto de espacio público como fenómeno no-jurídico. 1.2. El concepto de espacio público como fenómeno jurídico. 2. Dificultades prácticas para el uso común del espacio público: vendedores informales y grupos excluidos de la generación y disfrute del espacio público. 3. La generación y re-generación del espacio público. 3.1. La generación de nuevo espacio público: nuevo espacio físico con destinación al uso común. 3.2. El concepto de re-generación de espacio público y la actividad de la Administración. 4. La gestión del espacio público, y en particular la compatibilización de finalidades de lucro, sociales y de uso común. 4.1. La gestión directa –normativa e institucional– del espacio público. 4.2. La gestión indirecta –contractual y unilateral– del espacio público. 4.2.1. Sobre los mecanismos contractuales para la gestión del espacio público. 4.2.1.1. Taxonomía de los mecanismos contractuales para el aprovechamiento del espacio público. 4.2.1.1.1. Sobre la posibilidad jurídica de celebrar un contrato de aprovechamiento económico del espacio público y algunos elementos del contrato. 4.2.1.1.2. Sobre la posibilidad jurídica de celebrar un contrato que instrumentalice una asociación público-privada para la gestión del espacio público. 4.2.1.1.3. Sobre la reciente creación del derecho real de superficie que permite la gestión del espacio público. 4.2.1.2. Algunas precisiones adicionales precontractuales y contractuales aplicables a los contratos para el aprovechamiento económico de los bienes que componen el espacio público. 4.2.1.2.1. Algunas complicaciones sobre los procedimientos de selección para escoger al contratista, superficiante, concesionario, etc., y propuestas para su solución. 4.2.1.2.2. Algunas lecciones sobre los mecanismos de selección objetiva para seleccionar asignatarios de permisos de uso del espectro. 4.2.2. Sobre los mecanismos unilaterales para la gestión del espacio público. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El espacio público es la ciudad¹, y quizás no haya mejor momento que el actual en la memoria colectiva para aceptarlo y reconocerlo. La mayor parte

1 JORDI BORJA y ZAIDA MUXÍ. *El espacio público: ciudad y ciudadanía*, Barcelona, Electa, 2003, p. 28.

de la población global ha estado confinada en sus hogares como consecuencia de la Covid-19 y se han podido observar las ciudades vacías. Y cuando decimos y pensamos en ciudades vacías no imaginamos, o recordamos, el éxodo masivo de los habitantes de la ciudad, sino que visualizamos y recordamos sin seres humanos los espacios públicos donde transitamos y nos instalamos pues, ya en el inconsciente colectivo, el espacio público es la ciudad.

Ese reconocimiento fundamental del espacio público como ciudad, así sea a manera de sinécdoque, justifica la presencia de este artículo en una obra colectiva dedicada a la ordenación del territorio y el derecho urbano, pues si consideramos que el espacio público es la ciudad, el objetivo de la ordenación del territorio y del derecho urbano, así como de la planificación y gestión de lo urbano, debe ser, o considerar como elemento central, la generación del espacio público y su gestión.

Así las cosas, este artículo tiene como objetivo central ofrecer una sistematización y análisis de las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico colombiano para la generación y gestión del espacio público.

Ahora bien, para alcanzar dicho objetivo de manera rigurosa resulta necesario hacer un análisis ‘escalonado’ del tema que pasará, entonces, en primer lugar, por la determinación del concepto de espacio público, en cuanto para poder encontrar en el ordenamiento las herramientas de ‘generación y gestión’ del espacio público es indispensable determinar su contenido. Por ello, solamente una vez se haya establecido el concepto de espacio público para los propósitos de este trabajo (con la ayuda de otras disciplinas) se pasará a observar en detalle cuáles mecanismos jurídicos hacen posible generarlo y gestionarlo.

En este punto se considera relevante advertir que se recurrirá a otras disciplinas para llenar de contenido algunos de los conceptos jurídicos utilizados en el ordenamiento. El uso de otras disciplinas en esta investigación (a la que evitamos darle el apelativo de interdisciplinaria, por no considerar que exista la rigurosidad científica suficiente para ello) se hará esencialmente respecto de la identificación del espacio público como concepto y de algunas problemáticas relacionadas con el mismo que demandan la búsqueda de las herramientas de gestión y generación.

Antes de continuar con el cuerpo principal del texto resulta necesario hacer algunas precisiones en esta introducción. En primer lugar, se debe decir que por generación de espacio público en este trabajo se entiende la producción de nuevo espacio público y la re-generación de espacio público

existente como área física pero que por diversas circunstancias no puede ser usado por los ciudadanos (o parte de ellos) en la manera esperada por el ordenamiento jurídico. En el acápite correspondiente se harán algunas precisiones conceptuales adicionales sobre el concepto de generación y regeneración de espacio público.

En segundo lugar, se debe precisar que por gestión de espacio público se entenderá de manera genérica la organización y el funcionamiento, así como (en los términos del art 7.º de la Ley 9 de 1989) la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico, de los bienes que componen el espacio público. Adicionalmente, como se verá, el espacio público está compuesto por bienes públicos y por elementos arquitectónicos y naturales de inmuebles privados; sin embargo, por el contexto en el que se produce este texto de investigación, el análisis se centrará en la gestión de los bienes que componen el espacio público y son de titularidad pública, y especialmente aquellos de uso público.

Resta una última precisión: este artículo no pretende mostrar de manera exhaustiva todos y cada uno de los mecanismos de generación y gestión del espacio público ni analizar el régimen jurídico de aquellos que son incluidos de manera detallada, pues ello no resultaría apropiado para los efectos de un volumen como el que contiene este texto, además de que un análisis de ese tipo excedería con creces los límites de espacio para lograr la uniformidad de esta obra colectiva. Por ello, se ha preferido recurrir a una ‘taxonomía’ general en la que se presenten los principales mecanismos de gestión y generación de espacio público.

Con base en lo dicho se puede presentar la estructura: el presente trabajo se divide en cuatro partes, la primera de ellas dedicada al análisis del concepto de espacio público (1); la segunda se centra en algunas situaciones fácticas que dificultan el uso esperado del espacio público en Colombia (2); la tercera concentra esfuerzos en sistematizar y presentar la taxonomía de los medios de generación de espacio público (3), mientras que la cuarta parte hace lo propio con los medios de gestión contemplados en el ordenamiento nacional (4).

I. EL CONCEPTO DE ESPACIO PÚBLICO

El concepto de espacio público, para los fines de este texto de investigación, será abordado, como se advirtió, desde dos perspectivas diferentes, una

jurídica y una no-jurídica. El uso de estas dos perspectivas tiene como objetivo exclusivo consolidar un concepto de espacio público que se acomode con el ordenamiento jurídico colombiano, y que a la vez responda a las preocupaciones de aquellas otras áreas del conocimiento que abordan también, con herramientas metodológicas diferentes, el fenómeno aquí analizado.

I. I. EL CONCEPTO DE ESPACIO PÚBLICO COMO FENÓMENO NO-JURÍDICO

Lo primero que se debe aclarar para poder acometer un abordaje general del espacio público como fenómeno no-jurídico es que no existe en la sociología o la arquitectura un concepto unívoco de espacio público. A la luz de lo anterior, se hace necesario revisar algunos de los conceptos elaborados por otras disciplinas para tratar de adoptar un concepto que, más que exacto, sea funcional para los efectos de este artículo.

La primera concepción, más que concepto, de espacio público que se trae a colación es la de espacio público como ciudad. Para Borja y Muxí, el espacio público es un espacio físico, simbólico y político que es “a un tiempo el espacio principal del urbanismo, de la cultura urbana y de la ciudadanía”. En este sentido, “supone reservar este suelo libre de construcción (excepto equipamientos colectivos, infraestructuras de movilidad, actividades culturales y a veces comerciales, referentes simbólicos monumentales, etcétera)”².

Para estos autores el hecho más relevante para garantizar el uso del espacio público por parte de todos, y aquí un elemento que atiende a la finalidad que es integral para el concepto, “es la diversidad; diversidad de funciones y de usuarios”³.

Con base en estas consideraciones podría afirmarse que para los autores apenas mencionados el espacio público es un lugar que, si bien no es vacío en sentido físico y simbólico, tiene como vocación esencial adoptar la función que le otorguen sus usuarios, para lo que se requiere que el suelo esté, al menos en alguna medida, libre de construcciones.

Similar concepto en relación con la multi-funcionalidad del espacio público ha sido adoptado por Navas, quien señala:

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 56.

... la manera más fácil de delimitar el ámbito del espacio público es utilizando la contraposición —el negativo— de todo aquello que mantenemos excluido o cercado [...] El valor del espacio público se manifiesta en la capacidad de admitir múltiples y variadas apropiaciones. Pero, si solo explicáramos el espacio público a través de su capacidad de ser apropiado, estaríamos dejando fuera su papel más importante: su capacidad para atraer y convertirse en centro de actividades colectivas en muy diferentes supuestos⁴.

De nuevo se puede observar que para este autor el concepto de espacio público está atado a la capacidad del territorio de admitir múltiples y variadas apropiaciones por parte de sus usuarios. Sin embargo, se agrega como elemento fundamental que este espacio, en tanto llamado a adoptar variadas funciones, tiene la potencialidad de convertirse en centro de actividades colectivas.

Similares conceptos han sido adoptados por otros autores según los cuales el espacio público tiene como elementos comunes la falta de construcciones y la potencialidad de ser usados y apropiados para diferentes funciones con un potencial fundamental: el uso para actividades colectivas y de socialización⁵.

Con fundamento en lo dicho se puede afirmar que existen algunos elementos comunes que hacen parte del concepto de espacio público en textos no-jurídicos: en primer lugar, unas características físicas relacionadas con la falta, por regla, de construcciones físicas; un segundo elemento relacionado con la potencialidad para servir a usos diferentes y diversos, y en tercer lugar, quizás como sub-elemento del anterior, un elemento relativo a la presencia de actividades colectivas y de socialización en el espacio público, como uno de sus usos fundantes.

Así las cosas, desde una perspectiva extra-jurídica solamente podrá hablarse de espacio público cuando estas características se encuentren satisfechas. Por ello, si desde una perspectiva física los espacios están saturados de construcciones no serán espacio público, como tampoco lo serán si no aceptan usos diversos, o actividades colectivas y de socialización por parte de todos los miembros de la sociedad.

4 FRANCISCO DANIEL NAVAS LORENZO. “Variables del espacio público contemporáneo: espacio público y arquitectura”, en *QRU. Quaderns de Recerca en Urbanisme*, n.º 1, 2013, p. 119.

5 GONZALO SARAVÍ. “Segregación urbana y espacio público: los jóvenes en enclaves de pobreza estructural”, en *Revista de la CEPAL*, n.º 83, 2004, pp. 36 y 37.

Antes de terminar este corto acápite sobre la concepción no-jurídica del espacio público vale la pena recordar la manera en que el derecho colombiano ha acogido estas preocupaciones extra-jurídicas y que, por lo tanto, se puede pensar que tiene efectos en el ordenamiento jurídico. En sentencia C-265 de 2002 la Corte Constitucional señaló:

La calidad de vida de las personas que habitan un determinado lugar está íntimamente ligada a la posibilidad de contar con espacios de encuentro y circulación que hagan posible la construcción de un tejido social en el que cada individuo se reconoce como miembro de una comunidad y se relaciona con otros para la satisfacción de sus intereses y necesidades. De esta manera, la defensa del espacio público contribuye a garantizar la existencia de un escenario de convivencia libre que acerca a todos los habitantes de una ciudad en condiciones de igualdad.

En tercer lugar, algunas de las formas en las que se materializa la democracia participativa que sustenta la estructura del Estado colombiano van de la mano de la existencia de espacios abiertos de discusión en los que las personas puedan reunirse y expresarse libremente. El espacio público es, entonces, el ágora más accesible en la que se encuentran y manifiestan los ciudadanos⁶.

La Corte acoge, entonces, un concepto de espacio público que se compadece con el adoptado en este escrito, y le agrega algunos elementos adicionales como aquellos relativos a la importancia de la circulación, encuentro y construcción del tejido social en la medida en que en él garantiza que las personas puedan reunirse y expresarse en espacios abiertos de discusión. Por lo mismo, uno de los usos que admite, y por lo cual es fundamental, el espacio público es la de ser espacio de manifestación y expresión de los ciudadanos; un elemento fundante de la democracia.

1.2. EL CONCEPTO DE ESPACIO PÚBLICO COMO FENÓMENO JURÍDICO

Desde una perspectiva netamente jurídica se puede decir que el espacio público tiene dos dimensiones diferentes⁷. La primera de ellas se refiere

6 Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 2002.

7 La visión de dimensiones del espacio público se puede encontrar en JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI. *Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 175.

al espacio público como derecho colectivo y la segunda de ellas al espacio público como afectación que pesa sobre determinadas propiedades. Según el artículo 82 CP:

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

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

Existen varios elementos relevantes que pueden extraerse de la calidad de derecho colectivo que el constituyente decidió otorgar al espacio público. Todos ellos han sido sistematizados con claridad por Pimiento de la siguiente manera:

[L]a consagración constitucional del uso común como un derecho colectivo permite afirmar que: 1. La protección de la integridad del uso público y del espacio público es un deber del Estado, 2. La destinación común de los bienes de uso público y del espacio público es un deber del Estado, 3. El uso común debe prevalecer sobre el interés particular, 4. El Estado tiene la competencia para reglamentar el uso común de los bienes de uso público y 5. El uso público es uno de los objetos materiales de la acción popular en tanto que es un bien jurídicamente garantizado⁸.

Así las cosas, existe una obligación jurídicamente exigible al Estado de cumplir con estos dos deberes reseñados. Su exigibilidad, en términos prácticos, está dada por la posibilidad de interponer acciones populares, de conformidad con la Ley 472 de 1998 y el artículo 88 CP, para garantizar el derecho e interés colectivo al goce del espacio público⁹.

Adicionalmente, del carácter de interés colectivo del espacio público se deriva otra consecuencia fundamental relacionada con las obligaciones del Estado, pues en tanto derecho constitucional se exige de él “la creación de situaciones materiales que permitan una verdadera garantía del derecho”¹⁰.

8 Ibid., p. 286.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 23 de agosto de 2019, exp. 13001-23-33-000-2015-00725-01(AP).

10 PIMIENTO. *Derecho administrativo de bienes*, cit., p. 287. Cfr. JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 193 ss.

Con base en lo anterior, se podría afirmar que existe una verdadera obligación para el Estado de generar espacio público y gestionarlo de tal manera que se garantice su destinación al uso común.

Ahora bien, esta categorización del espacio público como derecho colectivo es relevante para efectos de su conceptualización y tiene importantes consecuencias jurídicas; sin embargo, para poder consolidar una noción de espacio público en el ordenamiento colombiano es necesario estudiar su segunda dimensión, esto es, el espacio público como afectación que pesa sobre ciertas propiedades.

La norma principal que permite el estudio de esta segunda dimensión es la Ley 9 de 1989, que además determina por medio de una lista los bienes y elementos que lo conforman. El artículo 5.º de esta ley contiene la siguiente definición:

Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, *destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas* que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes (resaltado fuera de texto).

Con base en la norma transcrita es claro que el espacio público está conformado por inmuebles públicos y algunos elementos de inmuebles privados de carácter natural o arquitectónico. El elemento central de la definición se encuentra en la destinación de esos bienes, y en la afectación que consecuentemente recae sobre los mismos.

La destinación “por su naturaleza, por su uso o afectación” es *a las necesidades urbanas colectivas*; lo que parece hacer eco de las definiciones no-jurídicas comentadas en el acápite anterior.

Ahora bien, del hecho de que un bien o elemento arquitectónico esté destinado (por naturaleza, uso o afectación) a las necesidades urbanas colectivas, es decir, que haga parte del concepto de espacio público, se derivan unas reglas especiales: una afectación en sentido jurídico que limita el derecho de propiedad que recae sobre el bien público o el bien privado cuyos elementos pertenecen al espacio público.

La primera regla de ese régimen especial puede ser encontrada en la definición misma, esto es, que las necesidades urbanas colectivas “trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes” y, por

ello, “su destinación al uso común [...] prevalece sobre el interés particular” como lo estableció el artículo 82 CP.

Con base en lo recién reseñado, se debe hacer una precisión fundamental a efectos de determinar el concepto de espacio público y su naturaleza jurídica: el espacio público no es un bien sino una afectación. Como lo ha sostenido Pimiento¹¹, el concepto de espacio público en la legislación nacional no se compadece con el de un bien, y mucho menos con el de un bien público; ello se deriva tanto de la inclusión de elementos que pertenecen a bienes privados en el concepto de espacio público como de la definición de la ley, que demuestra que el espacio público es concebido como una afectación al uso común que trasciende los intereses individuales de los propietarios.

Hecha esta aclaración, es relevante anotar que el mismo artículo 5.º de la Ley 9 de 1989 incluye una lista de bienes que hacen parte del espacio público; así, para el mencionado artículo “constituyen el espacio público de la ciudad”:

- Las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular;
- Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana;
- Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías;
- Las fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares;
- Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos,
- Para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones,
- Para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos,
- Para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad;

11 PIMIENTO. *Derecho administrativo de bienes*, cit., p. 175.

- Las áreas necesarias para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales;
- Los terrenos de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas y corales,
- y, en general, *todas las zonas existentes o debidamente proyectadas* en las que el *interés colectivo sea manifiesto y conveniente* y que constituyan, por consiguiente, *zonas para el uso o el disfrute colectivo*.

En esta lista de áreas y elementos se puede observar un criterio funcional de espacio público que no permite afirmar que exista un listado taxativo de bienes que conforman el espacio público en la legislación. Por ello, por ejemplo, se hace referencia a las áreas “para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos”; se trata de una delimitación funcional que pretende incluir todas las áreas que cumplan o tengan la potencialidad de cumplir dicha función. Lo mismo puede decirse de la mayoría de los elementos de la lista que contienen una finalidad: las áreas “*para*” una u otra utilización.

Esta decisión del legislador, nuevamente, parece responder a las preocupaciones teóricas de otras disciplinas, y en particular a la necesidad de garantizar el espacio necesario para usos diversos, entre otros, los listados.

Antes de abandonar el análisis de esta lista es oportuno hacer notar que en la misma existe lo que podríamos denominar una inclusión generalizada de áreas de acuerdo con la finalidad, pues se considerará como espacio público a “todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan [...] zonas para el uso o el disfrute colectivo”.

Este es un concepto jurídico indeterminado que, en nuestra opinión, busca entregar a las autoridades administrativas la competencia para reglamentar los detalles y definir en casos concretos si determinado espacio o elemento pertenece o no al espacio público. Ello resulta lógico habida consideración de dos circunstancias: (i) la diversidad de realidades locales en materia arquitectónica, cultural, etc., que impacta la ordenación del territorio y el desarrollo urbano, y con ello el espacio público y los bienes afectos a él; y, consecuentemente, (ii) la atribución competencial a las entidades territoriales en materia de ordenación del territorio, lo que se traduce en la posibilidad de afectar al espacio público o no ciertos elementos de acuerdo con las realidades locales.

Así las cosas, se puede afirmar en términos generales que tanto la definición como la lista de los bienes, áreas y elementos afectos al espacio público son conceptos funcionales que tienen como elemento común la admisión de usos diversos y la potencialidad de servir de espacio físico en el cual se realicen actividades colectivas y de socialización por parte de todos los miembros de la sociedad.

Es también relevante hacer notar que el artículo 2.2.3.1.5 del Decreto 1077 de 2015 señala que “[e]l espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios...”, luego de lo cual establece una larga lista de dichos componentes, diferenciando, como advierte el enunciado, los elementos constitutivos de los complementarios, y para la primera categoría diferencia los elementos naturales (cerros, colinas, etc.) de los artificiales o construidos (perfiles viales vehiculares y peatonales, etc.). Si bien es cierto que esta lista no es taxativa, pues la ley no admitiría que la reglamentación limitara su contenido de esta manera, sí otorga mucha mayor claridad en relación con algunos elementos que pueden conformar el espacio público.

2. DIFICULTADES PRÁCTICAS PARA EL USO COMÚN DEL ESPACIO PÚBLICO: VENDEDORES INFORMALES Y GRUPOS EXCLUIDOS DE LA GENERACIÓN Y DISFRUTE DEL ESPACIO PÚBLICO

En el mundo en general, y en las sociedades latinoamericanas en particular, la desigualdad ha hecho que el espacio público admita un uso para el cual no fue teóricamente concebido: la ocupación por parte de vendedores informales¹².

Esta realidad comporta una complejidad práctica pues, en no pocas ocasiones, la presencia de vendedores informales implica la exclusión de otros usos comunes, y por ello el espacio público no puede ser usado para los fines que teórica, legal y constitucionalmente le corresponden en principio.

No obstante, lo anterior no puede dar lugar a una interpretación purista y en alguna medida de ‘higienismo social’ del espacio público¹³, en la que no

12 UN Hábitat et al. *Espacio público y derecho a la ciudad: la política de espacio público físico y la venta informal en Bogotá*, 2008, pp. 13, 14, 74-76.

13 BORJA y MUXÍ. *El espacio público*, cit., p. 55.

se tenga en consideración la faceta humana y social de las ventas informales en el espacio público.

Esto se puede afirmar tanto desde la perspectiva de otras disciplinas como desde el derecho, pues existe una clara línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que impide recurrir a la ‘recuperación’ del espacio público sin un manejo adecuado del fenómeno de las ventas informales. En ese sentido, en sentencia T-772 de 2003^[14] la Corte dijo:

De lo anterior se derivan dos clases de deberes diferenciables para el Estado: (i) por una parte, debe adoptar e implementar *las políticas, programas o medidas positivas encaminadas a lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados*, dando así cumplimiento a sus obligaciones internacionales y constitucionales de lucha contra la pobreza y progresiva satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población –en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”–; y (ii) por otra, *se debe abstener de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a generar más pobreza de la que actualmente agobia al país, y agraven la situación de exclusión o marginación de determinados sectores de la sociedad*, especialmente de aquellos que se encuentran en condiciones económicas precarias; mucho más si, como consecuencia de tales políticas, programas o medidas, se acaba por empeorar la situación material de quienes ya están en circunstancias extremas de subsistencia.

Es decir que el Estado, en materia de vendedores informales y espacio público, tiene tanto una obligación positiva como un deber de abstención. La obligación positiva se refiere a la necesidad de implementar medidas positivas, en general, para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados; el deber de abstención, por su parte, impide al Estado adelantar políticas que sean regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Traducido a términos concretos, lo anterior implica que el Estado no puede, sin más, despojar a los vendedores informales de su único sustento: las ventas en el espacio público. Para poder ‘recuperar’ el espacio público es necesario que exista un programa que otorgue alternativas viables de subsistencia a estas personas. El análisis de la Corte ha pasado también por

14 Reiterada en Corte Constitucional. Sentencia C-211 de 2017.

el respeto de las expectativas legítimas de los vendedores informales, pero dicho análisis concreto excede el objeto de este trabajo.

Sin embargo, lo que sí resulta fundamental señalar en este punto es que existe una realidad social que dificulta, cuando no impide, usos diferentes del espacio público de aquel que le dan los vendedores informales.

En adición a esta dificultad práctica para el goce del espacio público es necesario referir que el espacio público por regla general se produce y goza de manera prevalente por parte de los miembros más privilegiados de la sociedad, con exclusión de los demás.

En relación con las características estéticas del espacio urbano se ha dicho que “casi siempre están identificadas con la estructura social prevalente en el tiempo en cuestión”¹⁵. Esta observación de orden teórico y extra-jurídico resulta de suma importancia para nuestra materia. En primer lugar, demuestra que las ciudades son planeadas por reyes, gobernadores, alcaldes, etc., que por definición (o al menos por regla general) son los miembros privilegiados de una sociedad, y por lo tanto son sus preocupaciones estéticas las que quedan plasmadas en los trazados, estructuras y formación de los espacios públicos.

Esta es una realidad de gran importancia para sociedades que se precian de ser democráticas, entre otras razones porque una de las poblaciones históricamente excluidas son las mujeres y existe “un reflejo de la ideología masculina sobre el espacio [que] se encuentra igualmente en los principios de diseño y de planeación urbana”¹⁶.

Aun cuando esta observación podría tomarse a la ligera con el argumento de que la estética en materia de espacio público es transversal a toda la sociedad, lo cierto es que ejemplos prácticos tales como el uso y apreciación estética del grafiti parecen demostrar lo contrario. El grafiti pasó de ser considerado un fenómeno marginal ligado a la criminalidad¹⁷ a ser reconocido como una forma de arte, arte callejero, que se valora como manifestación legítima de creatividad¹⁸. Lo mismo podría decirse sobre las demandas

15 ROB KRIER y COLIN ROWE. *Urban Space*, Londres, Academy, 1979, p. 15.

16 PABLO PÁRAMO y ANDREA BURBANO. “Género y espacialidad: análisis de factores que condicionan la equidad en el espacio público urbano”, en *Universitas Psychologica*, n.º 10.1, 2011, pp. 61-70.

17 MARK HALSEY y ALISON YOUNG. “Our desires are ungovernable: writing graffiti in urban space”, en *Theoretical Criminology*, vol. 10, n.º 3, 2006, p. 290.

18 CAMERON MCAULIFFE. “Graffiti or street art? Negotiating the moral geographies of the creative city”, *Journal of Urban Affairs*, vol. 34, n.º 2, 2012, pp. 189-206.

de las mujeres en cuanto a la generación de espacio público en materia de iluminación y accesibilidad¹⁹.

Así las cosas, se considera relevante en este punto remarcar que la generación del espacio público no puede hacerse simplemente como un ejercicio simple de autoridad y de arriba hacia abajo, sino que ha de hacerse en el contexto de un ejercicio democrático en el que se escuche, en especial, a las poblaciones históricamente excluidas, y en particular a las personas en el área de influencia del espacio público que se quiere generar o intervenir.

Finalmente, en el mismo marco se debe reseñar que, si bien las desigualdades de la sociedad se manifiestan tanto en la generación del espacio público como en el uso que determinado sector de la sociedad se ve obligado a darle (el caso de los vendedores informales), también existe una desigualdad en cuanto al goce para determinados sectores de la sociedad que se encuentran materialmente excluidos o limitados respecto del disfrute del espacio público.

En particular, existe evidencia que demuestra que el goce del espacio público por parte de hombres y mujeres es desigual²⁰, pues por regla general los primeros tienen un goce prevalente de este. Así, se ha dicho que “las mujeres utilizan el espacio público para moverse al tiempo que los hombres se instalan en él y lo disfrutan”²¹.

Por ello se ha afirmado que “[l]os lugares públicos para todas las mujeres han sido siempre limitados en la medida en que el espacio de la mujer ha sido fundamentalmente el espacio doméstico, y en público se ha limitado a las plazas de mercado, centros comerciales, iglesias y escuelas”²².

19 BORJA y MUXÍ. *El espacio público*, cit., p. 41.

20 MAGALY BENALCÁZAR, YESSÉNIA CABRERA y RICARDO UREÑA. “La violencia escondida en el píropo callejero”, en *Ciencia y Tecnología al Servicio del Pueblo*, vol. 1, n.º 2, Universidad Técnica de Cotopaxi, 2014, pp. 85-92; PÁRAMO y BURBANO. “Género y espacialidad”, cit., pp. 61-70; FRIEDERIKE FLEISCHER y KEREN MARÍN. “Atravesando la ciudad. La movilidad y experiencia subjetiva del espacio por las empleadas domésticas en Bogotá”, *Revista EURE*, vol. 45, n.º 135, 2019, Santiago, pp. 27-47; ANA FALÚ. “Inclusion and right to the city. Exercising women’s citizen rights: the women’s agenda for Rosario, Argentina”, en *City, Social Inclusion and Education*, Barcelona, International Association of Educating Cities, 2014, pp. 59-65; LINA BUCHELY, FERNANDA y MARÍA VICTORIA CASTRO. “Mujer, espacio y poder: ciudad y transporte público como dispositivos de exclusión. Reflexiones desde la ciudad de Cali”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 18, n.º 2, 2016, pp. 227-252.

21 BORJA y MUXÍ. *El espacio público*, cit., p. 57.

22 PABLO PÁRAMO y ANDREA BURBANO. “Género y espacialidad: análisis de factores que condicionan la equidad en el espacio público urbano”, en *Universitas Psychologica*, n.º 10.1, 2011, pp. 61-70.

Por lo tanto, una preocupación con incidencias jurídicas tanto en la generación como en la gestión del espacio público debe ser la de habilitar mediante el actuar de la Administración el goce común del espacio público, goce común que ha de ser entendido en sentido material e incluir a los grupos históricamente excluidos de él.

3. LA GENERACIÓN Y RE-GENERACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

Cuando se piensa en la generación de espacio público, la primera idea que viene a la mente es la de producir nuevas áreas físicas que puedan ser categorizadas como espacio público. Esto resulta apenas obvio si se toma en consideración que el verbo ‘generar’ implica justamente producir o causar algo, y uno de los elementos del concepto de espacio público es el de ser un área en sentido físico.

Sin embargo, para poder dar el alcance adecuado al término ‘generación’ en materia de espacio público debe considerarse que el espacio público no es simplemente un espacio físico, sino que su concepto integra otros elementos y connotaciones, como la de admitir el uso común para propósitos variados, verbigracia, las actividades colectivas y de socialización²³.

Por lo tanto, si una franja de espacio es actualmente calificada como espacio público pero su uso no es común (en el sentido aludido en el acápite anterior), o no admite usos variados debido a su ocupación por fenómenos como las ventas informales, el espacio será público en el sentido jurídico-positivo pero podrá no serlo en sentido material y extra-jurídico.

Es por esto que el Decreto 1077 de 2015 diferencia entre déficit cuantitativo y déficit cualitativo. El déficit cuantitativo es definido en el artículo 2.2.3.2.5 como la “carencia o insuficiente disponibilidad de elementos de espacio público con relación al número de habitantes permanentes del territorio”. Por su parte, el déficit cualitativo se define en el artículo 2.2.3.2.6 como “las condiciones inadecuadas para el uso y goce de los elementos del espacio público que satisfacen necesidades colectivas por parte de los residentes y visitantes del territorio, con especial énfasis en las situaciones de inaccesibilidad debido a condiciones de deterioro, inseguridad o imposibilidad

23 Cfr. *supra* 1.

física de acceso, cuando éste se requiere, y al desequilibrio generado por las condiciones de localización de los elementos con relación a la ubicación de la población que los disfruta”.

En otras palabras, el déficit cuantitativo es la falta de espacio físico, y el déficit cualitativo es la dificultad para darle al espacio público el uso y goce que debería tener.

En relación con el déficit cualitativo se considera que, como se pasa a exponer, surge para el Estado la obligación de velar por su destinación al uso común y con ello garantizar que no se trate de espacio público solamente en sentido jurídico-positivo, sino también en sentido material: la obligación de re-generar el espacio público (3.2). Esto en adición a la generación de espacio público en sentido físico (cuantitativo), que será objeto de análisis en la sección subsiguiente (3.1).

3.1. LA GENERACIÓN DE NUEVO ESPACIO PÚBLICO: NUEVO ESPACIO FÍSICO CON DESTINACIÓN AL USO COMÚN

Semánticamente, la generación de espacio público implica la producción *ex novo* de este tipo de áreas. Es decir, la generación de espacio público en sentido cuantitativo es lo primero que debe analizarse.

Además, tal y como lo identificó el documento Conpes 3718 de 2012, existe un importante déficit cuantitativo de espacio público en términos de metros cuadrados por habitante, y ello es especialmente cierto para “zonas ocupadas por asentamientos precarios o informales, en centralidades o zonas urbanas con alta densificación y, eventualmente en las zonas de expansión urbana que se han ido incorporando a los suelos urbanos sin el manejo adecuado del indicador que establecen las normas vigentes”²⁴.

En este sentido, lo primero que se debe señalar es que existe espacio público que es susceptible de ser generado, mientras existen conjuntos de bienes cuya calificación proviene directamente de la ley y, por ende, no son susceptibles de generación. Para decirlo en términos sencillos, las playas y terrenos de bajamar son espacio público para la Ley 9 de 1989 y, aunque están

24 Conpes 3718 de 2012, Política Nacional de Espacio Público, 31 de enero de 2012, disponible en: https://www.dadep.gov.co/sites/default/files/marco-legal/1_politica_nacional_ep_1.pdf (consultado el 15 de abril de 2020).

sujetos a ser delimitados por las autoridades correspondientes, lo cierto es que no son susceptibles de ‘creación’ *ex novo*. Por ello, aunque resulte una obviedad, están excluidos de los comentarios realizados en este acápite; sin embargo, desde ahora se advierte que estos espacios están excluidos de este trabajo para efectos de su generación, pero lo que se diga en relación con la gestión resulta aplicable a ellos.

Hecha la anterior precisión, se debe aclarar que este texto no tiene por objetivo individuar de manera exhaustiva las herramientas que permitan, o puedan permitir, a las autoridades generar espacio público, sino identificar en el ordenamiento las principales herramientas y normas jurídicas relevantes en la materia.

La primera y más obvia facultad relevante para la generación de espacio público es la ordenación del territorio. Desde una perspectiva legal es necesario reseñar que de acuerdo con el artículo 3.º, numeral 1, de la Ley 388 de 1997 el ordenamiento del territorio es un fin de la función pública consistente en:

Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios (resaltado fuera de texto).

En el nivel del reglamento se debe poner de presente que según el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1077 de 2015:

El espacio público es el elemento articulador y estructurante fundamental del espacio de la ciudad, así como el regulador de las condiciones ambientales de la misma, y por lo tanto se constituye en uno de los principales elementos estructurales de los Planes de Ordenamiento Territorial (resaltado fuera de texto).

Aun cuando la reglamentación no llega hasta el punto de señalar que el espacio público es la ciudad, sí señala claramente el rol fundamental del espacio público al calificarlo como “elemento estructural” del POT. En otras palabras, el espacio público es la médula espinal de la función pública de ordenación del territorio y la ciudad debe estructurarse con base en dicho elemento.

Por lo mismo, el citado Decreto 1077 contiene varias provisiones que son fundamentales para el ejercicio de la función de ordenación del territorio. Así,

según el artículo 2.2.3.2.2, en los POT deben incorporarse ciertos elementos relativos al espacio público.

Por ejemplo, para el componente general del POT, se debe incluir la definición de políticas, estrategias y objetivos del espacio público, la definición del sistema de espacio público y los elementos que lo constituyen a nivel estructural. Por su parte, en el componente urbano se debe incluir: un inventario general de los elementos constitutivos del espacio público en el área urbana; la definición del sistema de enlace y articulación entre los diferentes niveles, y las acciones y proyectos necesarios para consolidar y complementar este sistema; la definición de la cobertura de espacio público por habitante, y del déficit cualitativo y cuantitativo, entre otros. De otro lado, en el componente rural se debe incluir: el inventario general de los elementos constitutivos del espacio público en el área rural; la definición del sistema rural regional de espacio público, y de los elementos de interacción y enlace entre el espacio público urbano y rural, así como de estrategias para su preservación y mantenimiento.

El diagnóstico sobre espacio público, que permite determinar el déficit del mismo –lo cual se debe incluir en el elemento urbano del POT–, “deberá comprender un análisis de la oferta y la demanda que permita establecer y proyectar el déficit cuantitativo y cualitativo del mismo” (art. 2.2.3.2.4 *ibíd.*).

Páginas atrás se definió en qué consisten uno y otro tipo de déficit, y se clarificó que este aparte estaba dedicado a la generación de espacio público en sentido cuantitativo.

Por su parte, el índice mínimo de espacio público efectivo (art. 2.2.3.2.7 *ibíd.*) es de un mínimo de 15 m² por habitante para ser alcanzado durante la vigencia del plan respectivo. Con base en el déficit que sobre dicho mínimo exista, las entidades competentes deben definir (art. 2.2.3.2.8 *ibíd.*) “las áreas de intervención con políticas, programas y proyectos para la generación, preservación, conservación, mejoramiento y mantenimiento de los elementos del espacio público”.

En palabras más sencillas, la función pública de ordenación del territorio debe perseguir alcanzar dicho mínimo, o aun superarlo. Esto constituye una obligación jurídica para las entidades territoriales a la hora de elaborar y ejecutar los instrumentos de planeación y ordenación del territorio.

Adicionalmente, es importante reseñar que el artículo 8.º de la Ley 388 de 1997 establece que la función pública de ordenamiento del territorio

local se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades territoriales, y señala que, entre otras, son acciones urbanísticas:

2. Localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos.

3. Establecer la zonificación y localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales, y definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas.

4. Determinar espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas.

[...]

10. Expropiar los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley.

11. Localizar las áreas críticas de recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística.

12. Identificar y caracterizar los ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados.

13. Determinar y reservar terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas.

Todas estas acciones urbanísticas pueden ser concretadas para generar espacio público *ex novo*. Algunas de ellas podrán ejercitarse en la concreción de los POT y demás instrumentos de planeación (tales como los nums. 2 a 4), como lo señala, entre otros, el artículo 13, numeral 2, de la misma ley, mientras que otras permiten la concreción práctica de lo ordenado en los instrumentos de planeación (como el num. 10).

En relación con este último punto debe señalarse que la adquisición a título oneroso de bienes inmuebles para convertirlos en espacio público es el mecanismo por excelencia para generar espacio nuevo, así como lo es

la destinación al espacio público de bienes que pertenecen a municipios o distritos.

En relación con la adquisición de bienes inmuebles a título oneroso, se podrán usar para ello las facultades de adquisición de predios a título oneroso establecidas en diferentes normas de nuestro ordenamiento²⁵. De esa manera, y de acuerdo con su finalidad, se podrán realizar la enajenación voluntaria de los predios y las expropiaciones administrativas o judiciales reglamentadas, entre otras, por la Ley 9 de 1989, modificada por la Ley 388 de 1997 y la Ley 1682 de 2013, en particular su título IV.

En adición a la adquisición a título oneroso, o a la destinación de predios de propiedad de las entidades para el espacio público, la normativa vigente establece otro importante mecanismo para la generación *ex novo* de espacio público, a saber, las cesiones que deben hacer los propietarios de predios.

Sobre este punto en particular, el artículo 37 de la Ley 388 de 1997 señala que las reglamentaciones para las diferentes actuaciones urbanísticas determinarán “las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general”, y también “deberán especificar, si es el caso, las afectaciones a que estén sometidos por efectos de reservas de terreno para construcción de infraestructura vial, de transporte, redes matrices y otros servicios de carácter urbano o metropolitano”.

Por su parte, el citado Decreto 1077 reglamentó la materia y fijó parámetros, tales como que, “para la determinación y configuración de las áreas de cesión pública, en las licencias de urbanización y en los proyectos urbanísticos generales se deberá garantizar la continuidad de la red vial y de las áreas de espacio público destinadas a parques, plazas y zonas verdes con las redes viales existentes o proyectadas y/o con las áreas de cesión obligatoria existentes o autorizadas en las licencias vigentes en predios colindantes” (art. 2.2.3.3.9).

El mismo decreto también determinó que los instrumentos de planeación territorial “determinarán las especificaciones para la conformación y dotación de las cesiones gratuitas destinadas a vías, equipamientos colectivos y espacio público en general” (art. 2.2.6.1.4.5). Además de aceptar la

25 FRANCISCO JAVIER CUERVO DEL CASTILLO. “Expropiación judicial y administrativa en el derecho urbano”, en GLORIA HENAO, CLAUDIA ACOSTA y JUANA HOFMAN (eds), *Manual de derecho urbano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019.

compensación en dinero bajo determinadas circunstancias, esta disposición también contiene una norma de suma relevancia para la generación de espacio público; en efecto,

... por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de las zonas de cesión con destino a parques, zonas verdes o equipamientos se distribuirán espacialmente en un solo globo de terreno y cumplirán con las siguientes características: 1. Garantizar el acceso a las cesiones públicas para parques y equipamientos desde una vía pública vehicular. 2. Proyectar las zonas de cesión en forma continua hacia el espacio público sin interrupción por áreas privadas. 3. No localizar las cesiones en predios inundables ni en zonas de alto riesgo.

A la luz de lo anterior es posible concluir que la generación de espacio público en tanto competencia estatal debe pasar necesariamente por el filtro de las competencias sobre ordenación del territorio, y en particular por el diseño del POT y su ejecución.

Adicionalmente, se puede señalar que existen en el ordenamiento colombiano tres herramientas centrales para la generación del espacio público de uso común previsto en los POT: (i) la adquisición a título oneroso de bienes inmuebles para su destinación al espacio público; (ii) la afectación al espacio público de bienes inmuebles de propiedad de las entidades territoriales, y, finalmente, (iii) las cesiones obligatorias gratuitas en actuaciones de urbanización de que tratan las normas legales y reglamentarias citadas que recaen sobre los propietarios de bienes inmuebles.

Lo anterior se adiciona a los componentes del espacio público que hacen parte de bienes privados, tales como los elementos naturales y arquitectónicos de estos, pues si bien la Administración puede gestionarlos, en alguna medida, no es de su competencia generar estos componentes del espacio público en sentido cuantitativo pues, como es obvio, la producción de elementos naturales y arquitectónicos en bienes privados dependerá de la voluntad de los particulares dueños de esos predios. Se advierte que lo anterior no puede interpretarse como una afirmación en el sentido de que no existen competencias de ordenación del territorio sobre esos bienes privados de manera más general.

Finalmente, para mantener la importancia dada a otras disciplinas del conocimiento en este trabajo, es importante traer a colación lo dicho sobre la generación de espacios públicos *ex novo*. En particular, Borja y Muxí han indicado que la producción de espacio público ha de formar parte de

toda operación de desarrollo urbano, pues el espacio público es el elemento ordenador de la ciudad, para a continuación señalar como una oportunidad de producir espacio público “[l]a consideración como espacios públicos, y no como espacios vacíos, de los espacios naturales –forestales, frentes de agua, reservas ecológicas– o agrícolas en regiones urbanas para definir usos compatibles con su sostenibilidad”²⁶.

En determinadas ciudades colombianas la consideración como espacios públicos de espacios naturales y agrícolas en regiones urbanas es una posibilidad con gran potencialidad. Sobre este punto se debe señalar que, según se explicó en punto del concepto de espacio público, el Decreto 1077 de 2015 consagra como elementos que conforman el espacio público algunos elementos constitutivos y otros complementarios. Entre los elementos constitutivos incluye los elementos constitutivos naturales, y allí enuncia, entre otros, las áreas para la conservación y preservación del sistema orográfico, tales como cerros, montañas, colinas, volcanes y nevados, así como elementos relacionados con corrientes de agua, tales como lagos, ríos y quebradas (art. 2.2.3.1.5).

En ese orden de ideas, en el ordenamiento colombiano existe la posibilidad de considerar como espacio público estos espacios naturales. Sin embargo, lo que procede desde una perspectiva práctica es su integración dentro del espacio público de la ciudad a través de usos compatibles con su sostenibilidad.

Sobre este aspecto se puede poner de presente, a manera de evidencia anecdótica, que en la ciudad de Bogotá la empresa de acueducto de la ciudad ha habilitado el ingreso a la quebrada La Vieja y la quebrada Santa Ana – La Aguadora por medio de una aplicación informática, para autorizar a un limitado número diario de usuarios, lo que permite la integración de dichas quebradas al espacio público al tiempo que garantiza la sostenibilidad de su entorno natural²⁷.

Sin embargo, sobre este punto en particular es relevante hacer notar que las autoridades locales con competencias de ordenación del territorio y de generación de espacio público no son las únicas autoridades con competencias

26 BORJA y MUXÍ. *El espacio público*, cit., p. 45.

27 Consúltense los nuevos horarios de ingreso a los senderos de la quebrada La Vieja, disponible en: <https://bogota.gov.co/asi-vamos/obras/horarios-de-ingreso-la-quebrada-la-vieja> (consultado el 16 de abril de 2020).

sobre estas áreas. Por ello, en determinadas circunstancias, será necesario coordinar con las autoridades ambientales el uso que admiten estos elementos del espacio público.

Otra de las oportunidades identificadas por los autores citados se refiere a “[l]a consideración como espacios públicos de calidad de las infraestructuras y equipamientos ‘especializados’ como estaciones, aeropuertos, centros comerciales o conjuntos de oficinas”²⁸.

Sobre esta consideración en particular debe ponerse de presente que los mismos, de conformidad con el Decreto 1077 de 2015, también son elementos constitutivos del espacio público los elementos artificiales o construidos, las áreas integrantes de los perfiles viales peatonal y vehicular (art. 2.2.3.1.5).

En este sentido, en general, es posible considerar como espacio público estos elementos y, en particular, a las estaciones del transporte público, pues en algunas ciudades colombianas estas tienen la potencialidad de ser mejoradas para lograr una mejor y mayor utilización como elemento integrante del espacio público. Para ello, se considera, es posible utilizar uno de los mecanismos de gestión de reciente creación y que será analizado en la siguiente sección: el derecho de superficie.

3.2. EL CONCEPTO DE RE-GENERACIÓN DE ESPACIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

En este escrito no se entiende el término re-generación en su acepción de “dar nuevo ser a algo que degeneró”²⁹, sino en la acepción de “restablecerlo”, y, para nuestro caso, de volver a producir el espacio público para el uso que jurídica y no-jurídicamente le corresponde.

En ese sentido, se pasa a presentar dos argumentos fundamentales: el primero de ellos refiere a la obligación jurídica que existe para el Estado de garantizar el uso común del espacio público, y al hecho de que ello implica la obligación jurídica de hacer compatible el uso común con los derechos de los vendedores informales. El segundo argumento se refiere a la obligación constitucional en cabeza del Estado de garantizar el uso equitativo del espacio público, pues de lo contrario no será común, para lo que se requiere

28 BORJA y MUXÍ. *El espacio público*, cit.

29 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, disponible en: <https://dle.rae.es/regenerar?m=form> (consultado el 15 de abril de 2020).

establecer mecanismos que garanticen el goce por parte de poblaciones históricamente excluidas.

El elemento central de estos dos argumentos es el artículo 82 CP, junto con las obligaciones que de él se derivan para el Estado colombiano. Como se mencionó, el derecho colectivo al espacio público implica para el Estado, entre otros, el deber de velar por la destinación al uso común del espacio público³⁰.

Además, como también se dijo, del carácter de derecho colectivo se desprende que el Estado tiene no solo obligaciones negativas, sino también obligaciones positivas, pues debe crear las situaciones materiales que permitan una verdadera garantía del derecho; es decir, el Estado debe crear situaciones materiales que permitan una verdadera y real destinación al uso común del espacio público.

Ese uso común del espacio público no está garantizado por las dificultades prácticas mencionadas en el acápite anterior y respaldadas en evidencia proveniente de otras ciencias sociales. Por lo tanto, en cumplimiento de sus deberes constitucionales corresponde al Estado, como obligación jurídica y no solo como alternativa viable de política pública:

– Compatibilizar el uso del espacio público por parte de los vendedores informales con otros usos que deben garantizarse en el mismo.

– Garantizar el goce real del espacio público por parte de poblaciones históricamente excluidas de ello, como las mujeres.

Estas dos obligaciones son relevantes no solamente por su exigibilidad, sino porque, de cumplirse ambas, se garantizaría que se pueda (re-)generar espacio público sin que necesariamente se tenga que incurrir en los altos gastos asociados a la generación física de nuevo espacio público.

En otras palabras, garantizar que más del 50% de la población pueda gozar del espacio público existente equivale, en términos prácticos, a garantizar nuevo espacio público para la mitad de la población.

De manera similar, la compatibilización del uso del espacio público que hacen los vendedores informales con otros usos permite la (re-)generación para el resto de la población de las franjas actualmente dedicadas exclusivamente a este uso.

30 PIMIENTO. *Derecho administrativo de bienes*, cit., pp. 286 y 287.

Las anteriores obligaciones, se debe señalar, son solamente la concreción general de la obligación de resolver el déficit cualitativo de espacio público y que debe ser objeto de abordaje general en el POT, pues, según el artículo 2.2.3.2.8 del citado Decreto 1077, “la estimación del déficit cualitativo y cuantitativo será la base para definir las áreas de intervención con políticas, programas y proyectos para la generación preservación, conservación, mejoramiento y mantenimiento de los elementos del espacio público”.

En estos casos, entonces, las obligaciones del Estado pueden ser concretadas por medio de la actividad de policía administrativa³¹. Sin embargo, es importante advertir que un enfoque exclusivamente de policía administrativa puede no ser suficiente, y, es más, al menos en el caso de los vendedores informales no es jurídicamente viable, pues, como se reseñó, la Corte Constitucional ha impuesto la obligación de presentar alternativas viables a estas personas para poder realizar la ‘recuperación’ del espacio público.

Dicho esto, es importante señalar que la re-generación del espacio público actualmente ocupado por los vendedores informales no tiene que ser la ‘recuperación’ de este, en el sentido de reubicar a estos vendedores ambulantes en espacios diferentes al espacio público, sino que puede pasar por mecanismos de gestión que permitan la compatibilización de este uso y la garantía del mínimo vital de los vendedores, restableciendo con ello al espacio público en su concepción primigenia, esto es, como un espacio que admite usos variados.

En otras palabras, tanto desde una perspectiva jurídica como desde una perspectiva extra-jurídica, uno de los múltiples usos del espacio público puede ser el de servir de foro para las ventas. Tal y como lo ha señalado Borja:

La presencia de la venta ambulante degrada el espacio público o lo anima. Si es absolutamente anárquica, crece exponencialmente, puede ser agresiva para los ciudadanos. Pero si está bien organizada puede darle vida a la ciudad. Lo que hay que tener en cuenta es una capacidad de negociación para que el Estado organice a los vendedores, al tiempo que garantice los derechos de los ciudadanos a caminar por las calles. Cuando hay mafias de comercio en las calles, la ciudad se degrada[,]

31 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 304-315.

y es ahí donde se hace necesario gestionar el espacio público. Ese es el gran reto para las ciudades latinoamericanas³².

En el acápite correspondiente a la gestión³³ se presentarán algunas herramientas jurídicas que permitan realizar una gestión para lograr la mencionada compatibilización de usos diversos para el espacio público.

Adicional a lo dicho, en el caso de la democratización del uso del espacio existente, las administraciones pueden valerse de políticas, programas y proyectos (art. 2.2.3.2.8 del Decreto 1077 de 2015), y otras formas de actuación de la Administración, para lograr generar espacio público en sentido cualitativo.

4. LA GESTIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO, Y EN PARTICULAR LA COMPATIBILIZACIÓN DE FINALIDADES DE LUCRO, SOCIALES Y DE USO COMÚN

A pesar de que se ha dicho en diferentes apartes de este trabajo, en este momento se considera necesario recordar que este texto no tiene la pretensión de evaluar y evacuar todas y cada una de las posibilidades de gestión entregadas por el ordenamiento a las entidades públicas, y en particular a los municipios y distritos, sino sencillamente la aspiración de entregar una taxonomía general de las principales herramientas que permitan dicha gestión.

Dicho lo anterior, se debe proceder al análisis de las normas especiales sobre gestión del espacio público que se encuentran contenidas en la legislación y los reglamentos vigentes.

A efectos de organizar un poco la taxonomía que se quiere realizar, se dividirán en dos los potenciales mecanismos de gestión; para ello se utilizará la tradicional distinción creada por la Escuela del Servicio Público, la cual diferencia entre mecanismos directos e indirectos de gestión, es decir, entre aquellos mecanismos en los que el Estado gestiona directamente el servicio y aquellos en los cuales se vale de particulares para dicha finalidad³⁴. Sin

32 BORJA y MUXÍ. *El espacio público*, cit.

33 Cfr. *infra* 4.

34 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. XIV, *La actividad regulatoria de la Administración*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 139.

embargo, como es obvio, dicha clasificación se adecuará para evidenciar que en unos casos las entidades públicas gestionan directamente su espacio público, mientras que en otros lo gestionan con la colaboración de particulares.

Así, en primer lugar, se pondrá de presente el mecanismo institucional de gestión directa del espacio público, para luego proceder al análisis de los diversos mecanismos de gestión indirecta.

4. I. LA GESTIÓN DIRECTA –NORMATIVA E INSTITUCIONAL– DEL ESPACIO PÚBLICO

La gestión del espacio público de manera directa por las entidades territoriales, en especial municipios y distritos, se encuentra acorde con las finalidades de la ordenación del territorio y las especiales funciones otorgadas a estas³⁵.

Se puede afirmar que existen dos mecanismos fundamentales para la gestión directa: el primero corresponde a una respuesta normativa, esto es, la reglamentación del aprovechamiento del espacio público para regular la materia y el mercado; el segundo, a una respuesta institucional que permite la creación de una entidad para gestionar el espacio público.

En relación con el primer gran mecanismo de gestión, la facultad reglamentaria, es preciso anotar que es este uno de los mecanismos de gestión directa más importantes que tienen las entidades territoriales, pues por medio de estas potestades las mismas podrán reglar el aprovechamiento y gestión de espacio público, y establecer en dicha reglamentación, entre otras cosas, los mecanismos de gestión directos e indirectos, así como el potencial aprovechamiento económico que corresponda en uno y otro caso.

Lo anterior resulta de una relevancia particular porque se debe tener en cuenta que el aprovechamiento del espacio público por parte de particulares, y en especial el que persigue fines económicos, es un mercado. Esta, además, será una premisa de trabajo para el resto de este texto.

Por lo tanto, es jurídicamente deseable desde una perspectiva de seguridad jurídica, a más de esperable desde una perspectiva de mercado, que el

35 Numeral 7 del artículo 313 de la Ley 9 de 1989 y Ley 388 de 1997, entre otras.

ente regulador, la entidad territorial competente³⁶, fije reglas y parámetros claros sobre el potencial aprovechamiento económico del espacio público.

En ese orden de ideas, aunque *prima facie* pueda sonar singular que uno de los mecanismos fundamentales para la gestión directa (e indirecta) del espacio público es la reglamentación por parte de las entidades territoriales, se considera que ello es así bajo las consideraciones reseñadas, y en particular por la necesidad de fijar parámetros claros de aprovechamiento para la gestión directa e indirecta.

De esa manera, la regulación del espacio público y de sus potenciales usos por parte de las entidades territoriales se puede leer como el primer gran mecanismo de gestión directa del espacio público.

Sobre este punto en particular es importante reseñar que en el Distrito Capital se ha utilizado la potestad reglamentaria para adoptar el Decreto 552 de 2018, por medio del cual se establece “el Marco Regulatorio del Aprovechamiento Económico del Espacio Público en el Distrito Capital de Bogotá y se dictan otras disposiciones”.

El segundo gran mecanismo para la gestión directa por parte de los entes territoriales es la posibilidad de crear entidades especializadas para la gestión del espacio público, particular sobre el cual el artículo 7.º de la Ley 9 de 1989 permite la creación de entidades “responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales”. La misma potestad es reglamentada, y las funciones de la potencial entidad determinadas, en el Decreto 1077 de 2015 (art. 2.2.3.3.2).

En ese orden de ideas, es posible el establecimiento de entidades independientes, con dedicación exclusiva o no, para elaborar el inventario del espacio público; definir las políticas y estrategias relativas a esta área; articular a las entidades cuya gestión involucra directa o indirectamente la planeación, diseño, construcción, mantenimiento, conservación, restitución, financiación y regulación del espacio público; elaborar y coordinar el sistema general del espacio público como parte del POT; diseñar los subsistemas, enlaces y elementos del espacio público, entre otras funciones (art. 2.2.3.3.2 *ibíd.*).

36 Cfr. CATALINA VILLEGAS DEL CASTILLO. “El Estado y la política de renovación urbana en Bogotá”, en HELENA ALVIAR GARCÍA y EVERALDO LAMPREA, *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

En este punto, a manera de evidencia anecdótica, se puede mencionar que este tipo de respuestas institucionales autorizadas por el artículo 7.º de la Ley 9 de 1989, así como por las potestades auto-organizativas de la Administración Pública³⁷, han sido utilizadas en la ciudad de Bogotá para la creación del Departamento Administrativo de la Defensa del Espacio Público³⁸.

Un vez evacuados los mecanismos de gestión directa –institucional y normativa– se puede proceder al análisis de los mecanismos de gestión indirecta autorizados por la legislación y por las normas reglamentarias –algunas del orden nacional y otras desarrolladas por reglamentaciones del orden territorial–.

4.2. LA GESTIÓN INDIRECTA –CONTRACTUAL Y UNILATERAL– DEL ESPACIO PÚBLICO

Sobre los mecanismos de gestión indirecta de los bienes que componen el espacio público lo primero que se debe decir es que el ordenamiento jurídico colombiano parece preferir los mecanismos contractuales, como se ahondará en el aparte relativo a la gestión vía contratos; sin embargo, no parece haber una obligación perentoria para utilizar el contrato y sí algunas normas que autorizan recurrir a vías no-contractuales, y en particular actos unilaterales de autorización, para realizar la gestión; sobre este particular se ahondará brevemente en el acápite dedicado a la gestión por medios unilaterales.

En esta línea parece encontrarse el Decreto Distrital 522 de 2018, en el cual se contempla la posibilidad de realizar el aprovechamiento tanto por medio de actos administrativos como de contratos. Así se deriva de los artículos 7.º sobre definiciones, 16 sobre “Instrumentos para la administración del aprovechamiento económico del espacio público”, 17 sobre actos administrativos y 18 sobre contratos.

El artículo 17 preceptúa: “Las Entidades Administradoras del Espacio Público o las Entidades Gestoras del Aprovechamiento Económico del Espacio Público *podrán expedir actos administrativos debidamente motivados,*

37 JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA. *La teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2018, pp. 31-38.

38 Consejo de Bogotá. Acuerdo 18 de 1999, disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=941> (consultado el 16 de abril de 2020).

ya sean permisos o autorizaciones, *para desarrollar actividades con o sin aprovechamiento económico del espacio público...*” (resaltado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 18 autoriza la celebración de contratos en los siguientes términos: “Las Entidades Administradoras del Espacio Público o las Entidades Gestoras del Aprovechamiento Económico del Espacio Público *podrán suscribir contratos para la realización de actividades de aprovechamiento económico del espacio público...*” (resaltado fuera de texto).

Las normas reglamentarias expedidas para el Distrito Capital demuestran la importancia de la gestión directa-normativa para lograr un adecuado funcionamiento del sistema de gestión indirecta. Ello, entre otras, porque permite aclararle al potencial mercado cuáles son las reglas establecidas para el aprovechamiento del espacio público, y garantiza la seguridad jurídica en relación con los mecanismos a los que se puede recurrir.

En otras palabras, el Decreto 522 de 2018 contribuye en términos de seguridad jurídica a la regulación del mercado por el simple hecho de aclarar respecto de la posibilidad de usar tanto mecanismos bilaterales como unilaterales para lograr el aprovechamiento de los bienes que componen el espacio público.

Dicho esto, se debe hacer notar que una de las diferencias, en el Decreto 522 de 2018, entre los mecanismos contractuales y los unilaterales es que para los actos administrativos la norma previene que se pueden “desarrollar actividades con o sin aprovechamiento económico”, mientras que para los contratos se contrae a “la realización de actividades con aprovechamiento económico del espacio público”.

Por lo anterior, los contratos solamente podrán ser utilizados como mecanismo de gestión cuando el uso perseguido por el particular implique la realización de actividades con aprovechamiento económico. Esto, se considera, se acompasa perfectamente con el carácter bilateral de los contratos estatales, como se explicará más adelante.

Adicionalmente, se debe señalar que este esquema puede ser replicado en otras entidades territoriales, pues el Decreto 522 de 2018 solamente se utiliza como punto de referencia para analizar las posibles medidas a utilizar, y la importancia de la facultad reglamentaria de municipios y distritos en la materia.

Antes de poder entrar en los mecanismos contractuales y unilaterales es necesario problematizar de manera breve esta cuestión, pues existen ciertos actos, contratos y usos que no resultan admisibles. Así, existen ciertos

contratos que no pueden ser utilizados, al menos *prima facie*, para la gestión de los bienes objeto de análisis, y ciertos usos que no pueden admitirse en el espacio público ni siquiera si se utilizan mecanismos admisibles para el ordenamiento.

Sobre la primera problemática debe señalarse que en repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha negado la posibilidad de realizar contratos de arrendamiento que tengan por objeto bienes de uso público³⁹, lo cual resulta aplicable a los bienes que conforman el espacio público que tengan tal calidad.

Adicionalmente, el uso otorgado, bien sea a través de contrato o acto administrativo, debe cumplir con ciertos requisitos que pueden ser extraídos de las decisiones del Consejo de Estado sobre arrendamiento de bienes de uso público. Pimiento ha sintetizado los principios básicos de gestión a través de ciertos presupuestos que deben ser respetados; estos son:

- 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 comunidad⁴⁰.

Se debe advertir que estos presupuestos son fundamentales, y los mismos deben ser respetados en la concreción de todos y cada uno de los mecanismos de la taxonomía que se pasa a explicar. Por lo mismo, se advierte, ellos no serán reiterados en las sub-secciones sobre mecanismos de gestión.

39 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, exp. AP-00157; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 14390. Una posición morigerada se adoptó en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de octubre de 2014, exp. 29851.

40 PIMIENTO. *Derecho administrativo de bienes*, cit., p. 52.

Dicho lo anterior, se puede proceder al análisis de los mecanismos contractuales (4.2.1) y unilaterales (4.2.2) para la gestión del espacio público.

4.2.1. SOBRE LOS MECANISMOS CONTRACTUALES PARA LA GESTIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

En punto de los mecanismos contractuales existen dos circunstancias diferentes que deben mantenerse separadas a efectos de su análisis. En primer lugar, se hará la anunciada taxonomía de figuras contractuales (4.2.1.1); en segundo lugar, se formularán algunas precisiones adicionales sobre circunstancias relacionadas con los procedimientos de selección para los contratos reseñados en la primera parte, y las obligaciones que allí podrían incluirse (4.2.1.2).

4.2.1.1. TAXONOMÍA DE LOS MECANISMOS CONTRACTUALES PARA EL APROVECHAMIENTO DEL ESPACIO PÚBLICO

Existen diversos mecanismos contractuales, o de vinculación de capital, que podrían ser instrumentalizados para lograr la gestión del espacio público. Sin embargo, de manera concordante con el objetivo planteado en la introducción, en este aparte del texto se presentarán, con intención taxonómica, solo algunos de esos instrumentos contractuales que permiten la gestión.

Así, se analizará en primer lugar la posibilidad de celebrar contratos de aprovechamiento económico (4.2.1.1.1); luego se analizará la posibilidad de concretar un mecanismo de APP (4.2.1.1.2), y finalmente, la viabilidad de celebrar un contrato para entregar el derecho real de superficie sobre un bien público que compone el espacio público (4.2.1.1.3).

4.2.1.1.1. SOBRE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE CELEBRAR UN CONTRATO DE APROVECHAMIENTO ECONÓMICO DEL ESPACIO PÚBLICO Y ALGUNOS ELEMENTOS DEL CONTRATO

El punto de partida para poder determinar los mecanismos de gestión del espacio público de manera indirecta es, al igual que para la gestión directa, el artículo 7.º de la Ley 9 de 1989. La disposición citada preceptúa que las

entidades, “[a]sí mismo, podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores”. Esta disposición encuentra eco en el Decreto 1077 de 2015 que reitera el anterior contenido y agrega que ello se puede hacer “sin que impida a la ciudadanía de su uso [*sic*], goce, disfrute visual y libre tránsito” (art. 2.2.3.3.3).

Es decir, la norma reglamentaria desarrolla el marco constitucional y legal del espacio público y señala que la gestión indirecta de este debe respetar el uso común ordenado por el artículo 82 CP, en este caso manifestado en los usos concretos señalados en el citado decreto.

Lo más relevante de las normas transcritas es la autorización a las entidades territoriales de celebrar contratos para la gestión del espacio público (administración, mantenimiento, aprovechamiento, etc.). En similar sentido apunta el Decreto 1077 de 2015 cuando señala:

Artículo 2.2.3.3.4 Áreas públicas de uso activo o pasivo. En el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, los municipios y distritos *podrán autorizar su uso* por parte de entidades privadas para *usos compatibles* con la condición del espacio *mediante contratos*. En ningún caso *estos contratos generarán derechos reales* para las entidades privadas y [estas] deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular (resaltado fuera de texto).

En esta norma se establece claramente que las entidades podrán autorizar, para las áreas de uso activo y pasivo, el uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio. Además, aclara que el uso se autorizará mediante contratos, y que dichos contratos no generarán, en ningún caso, derechos reales para las entidades privadas.

De las anteriores disposiciones se deriva una regla importante: el ordenamiento parece preferir los mecanismos contractuales cuando se trata de entregar a particulares alguna de estas funciones de gestión del espacio público. Esta precisión, se considera, resulta aplicable a los mecanismos de gestión en general.

De esta preferencia presente en las normas positivas podría extraerse también que resulta necesario seguir las reglas sobre contratación estatal, y en particular el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sus normas reglamentarias en materia de procedimientos precontractuales, para poder entregar a un particular, vía contrato, lo autorizado

por el artículo 7.º de la Ley 9 de 1989 y las dos previsiones reglamentarias citadas. Esto resultaría cierto sin importar el tipo contractual particular por medio del cual se encarga ese objeto.

En este punto debe reseñarse que, como indica Pimiento, el Estatuto General de Contratación está enfocado hacia las compras públicas y la adquisición de bienes y servicios, y no hacia “la oferta de bienes de uso público para su uso privativo por los particulares”. De esta última situación se derivan también dificultades en materia del procedimiento de selección que se debe utilizar, las reglas presupuestales del contrato, las condiciones de ejecución y las vicisitudes para la reversión de bienes⁴¹. Sobre estas dificultades se volverá en la sección 4.2.1.2 de este acápite.

Adicionalmente, Pimiento ha señalado que de las normas citadas se pueden extraer algunos elementos del contrato, en particular los siguientes:

- a) la ocupación privativa, complementaria o compatible con el uso público del bien; b) una remuneración a favor de la Administración propietaria por el uso privativo directamente ligado al beneficio financiero extraído de esta ocupación; c) la inclusión de una cláusula de protección de la afectación del bien, [así como de] cláusulas excepcionales y de reversión; y d) la imposibilidad de reconocer derechos reales en ese caso. Se trata, entonces, de un contrato que más que una regulación, contiene unas características generales que guían la celebración de ese tipo contractual. Esa falta de regulación técnica a nivel legal y la imposibilidad de crear derechos reales se erigen en barreras a la gestión adecuada de los bienes de uso público municipales⁴².

Como se había señalado en las consideraciones generales sobre gestión indirecta, el uso que se dé al mencionado bien debe ser compatible con su afectación al espacio público, por lo cual, en general, no debería existir acceso exclusivo para los clientes del contratista/concesionario, ni cerramientos que imposibiliten el uso común del bien entregado.

Adicionalmente, en relación con la remuneración, esta se puede derivar, principalmente, de los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 CP, de la prohibición del artículo 355 CP para realizar

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 55-56.

⁴² JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI. “El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión del reciente fallo de unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 22, 2019, p. 55.

donaciones a favor de particulares y del carácter conmutativo que tienen los contratos estatales (art. 28 de la Ley 80 de 1993).

En otras palabras, la Administración no puede entregar de manera gratuita la explotación de bienes que pertenecen al espacio público sin remuneración alguna por cuanto ello equivaldría a una donación de las prohibidas por el artículo 355 CP, contrariaría el carácter conmutativo de los contratos estatales y no concretaría los principios de moralidad administrativa, como tampoco los de eficacia, economía, igualdad e imparcialidad establecidos en el artículo 209 CP.

La inclusión de las cláusulas excepcionales se deriva del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, artículo que en su numeral 2 prescribe que las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación se pactarán “en los contratos que tengan por objeto [...] la explotación y concesión de bienes del Estado...”.

Por lo anterior, las cláusulas excepcionales se deberán pactar, y aun en ausencia de ellas se entenderán pactadas, para los contratos que tengan por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, concepto que comprende, como es obvio, los bienes públicos afectos al espacio público.

Adicionalmente, el propio artículo 14 establece que en “los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”. Con ello se torna también obligatoria, y ante su ausencia se entenderá incorporada, la mencionada cláusula de reversión, de manera tal que se garantice el retorno del uso de los bienes a la entidad estatal titular de los mismos.

Aclarada la posibilidad de celebrar contratos de aprovechamiento económico, solo resta comentar que también es posible, de acuerdo con el artículo 32, numeral 4 de la Ley 80 de 1993, celebrar contratos de concesión de bienes públicos⁴³.

La concesión de bienes públicos es una modalidad del contrato de concesión establecido por el Estatuto General de Contratación, que posibilita que los particulares puedan explotar económicamente un bien del Estado y que tiene por objeto que se otorgue a un particular, llamado concesionario, la prestación, operación, explotación organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o encomendar a dicho concesionario la construcción,

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 18 de marzo de 2010, exp. 14390.

explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público.

Con base en esta definición del artículo 32, numeral 4, sería posible argumentar que si lo que se pretende es entregar la concesión de un bien de uso público afecto al uso público, la figura de la concesión de bien público resulta perfectamente adecuada para ello. Además, el hecho de que esta explotación se haría siempre a cuenta y riesgo del particular, así como bajo vigilancia y control de la entidad estatal, se compadecería con los fines perseguidos por un contrato que busque el aprovechamiento económico de los bienes que componen el espacio público, pues garantizaría la indemnidad de la Administración (al menos en términos generales), así como la posibilidad de vigilar y controlar que no se dé al bien un uso incompatible con su afectación al uso público.

Adicionalmente, en el marco del artículo 32, numeral 4, multicitado también podría caber la posibilidad de que la entidad reciba una remuneración por el uso del bien de su titularidad. Este artículo señala que la labor del concesionario se realizará “a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Es decir, el concesionario podría pagarse con la explotación del bien, o con una suma única o porcentual sobre la explotación total y, además, se podría pactar cualquier otra modalidad de contraprestación entre las partes. Por lo tanto, como se explicará en la sección 4.2.1.2, será posible que la entidad participe en un porcentaje sobre el recaudo neto recolectado por el concesionario (o el patrimonio autónomo) por la explotación del bien.

Con ello se puede concluir que es viable jurídicamente celebrar tanto un contrato de concesión de bien de uso público como un contrato de aprovechamiento de los bienes públicos que componen el espacio público (como tipo autónomo y con las características referidas). En los dos casos, sin embargo, surgen circunstancias problemáticas en materia precontractual, porque el Estatuto de Contratación fue diseñado con una lógica de compra y adquisición y no de gestión o maximización de beneficios económicos a favor de la Administración. Estos inconvenientes serán evaluados y algunas propuestas se presentarán más adelante (4.2.1.2.1.).

4.2.1.1.2. SOBRE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DE CELEBRAR UN CONTRATO QUE INSTRUMENTALICE UNA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA GESTIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

Otro mecanismo contractual que puede eventualmente permitir el aprovechamiento económico de los bienes de uso público que pertenecen al espacio público son las APP⁴⁴.

A pesar de que lo recién mencionado puede ser cierto en principio, es importante subrayar que el régimen actual de APP en Colombia tiene varias disposiciones que parecen restringir el uso de este tipo de instrumentos para el aprovechamiento económico del espacio público, o de aquellos bienes que lo componen.

En primer lugar, es relevante reseñar que la Ley 1508 de 2012 define en su artículo 1.º este tipo de asociaciones como:

... un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Ya en la definición misma se pueden presentar algunas dificultades para utilizar el esquema mencionado. En primer lugar, por cuanto en el caso del aprovechamiento económico del espacio público la lógica no es siempre vincular capital privado para fines públicos (bienes públicos o servicios relacionados), sino que en ocasiones se busca simplemente lograr la maximización del aprovechamiento económico y social del espacio público.

En otras palabras, el aprovechamiento económico del espacio público puede no involucrar inversiones de capital privado, sino simplemente el uso

44 Cfr. SEBASTIÁN BARRETO CIFUENTES y MÓNICA IBAGÓN IBAGÓN. *Introducción a las asociaciones público-privadas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016; JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

del área para fines comerciales compatibles con el uso común del espacio público (como ocurre cuando se autoriza el uso de parte del andén de una calle o de secciones de una plaza para habilitar terrazas y mesas de restaurantes). En ese caso no hay inversión, ni provisión de bienes públicos, ni prestación de servicios relacionados.

En los casos recién referidos tampoco se puede observar que haya retención y transferencia de riesgos entre las partes, o mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y nivel de servicio de la infraestructura y/o servicios, porque, ante todo, no hay allí infraestructura que haya de ser construida ni servicio que deba ser prestado.

En esta misma línea surgen de otras disposiciones de la ley algunas complicaciones adicionales. El artículo 3.º de la Ley 1508 de 2012, que define el ámbito de aplicación de esta ley y por lo tanto también de las APP, prescribe que dicha regulación es aplicable “a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales *encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura*” (resaltado fuera de texto).

Como se puede observar, esta norma claramente presupone a un inversionista, lo que restringe el ámbito de aplicación a la efectiva existencia de una inversión. Adicionalmente, se limita el ámbito de aplicación de la norma al diseño y construcción, o a la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento; siempre con la finalidad de involucrar además la operación y mantenimiento de la infraestructura.

En general, hasta este punto, no se ve mayor dificultad en lograr, al menos en algunos casos, que exista reparación, mejoramiento o equipamiento, así como operación y mantenimiento del espacio público o, mejor, de los bienes que lo componen. El mejoramiento puede implicar mantenerlo en óptimo estado o generar/exhibir obras de arte en las áreas cuyo uso se permite, entre otras.

Sin embargo, el artículo citado, como se resaltó en la transcripción, demanda también la existencia de una infraestructura que debe ser objeto de operación y mantenimiento. Es justamente en este punto en donde surgen inconvenientes, puesto que, si bien es posible la existencia de bienes que componen el espacio público que quepa categorizar como infraestructura, o

intervenciones que podrían caer en dicha definición⁴⁵, existen otros bienes e intervenciones que difícilmente podrían categorizarse como tales, y es en relación con estos últimos que se imposibilita la utilización del mecanismo de APP.

Otra dificultad práctica que se puede presentar con esta herramienta se refiere al valor mínimo de la inversión; en efecto, como se ha criticado en general para este tipo de acuerdos⁴⁶, el hecho de que la inversión deba ser superior a 6.000 salarios mínimos puede privar a ciertos proyectos, y a ciertas entidades, de obtener los beneficios que podrían generar este tipo de asociaciones.

Así las cosas, es posible concluir que surgen en relación con este esquema dificultades similares a las que se presentan con el Estatuto General de Contratación, pues la Ley de APP fue concebida para vincular capital privado a fines públicos, y en particular para la construcción de bienes públicos (en especial infraestructura) y la prestación de servicios relacionados. Es decir, tiene una lógica más cercana a la adquisición de servicios (financieros y de construcción) que de aprovechamiento de bienes del Estado.

No obstante, lo anterior no representa un impedimento absoluto para la utilización de este tipo de esquema, pues consideramos que, siempre y cuando el objeto del contrato pueda caer dentro del concepto de infraestructura, y se involucre la operación, mantenimiento y alguna de las otras actividades relacionadas con ella, será posible celebrar un contrato que materialice una APP.

Antes de terminar este aparte dedicado a las APP resulta oportuno poner de presente que el Decreto Distrital 522 de 2018, que reglamenta el aprovechamiento del espacio público para la ciudad de Bogotá, expresamente excluye de su ámbito de aplicación el aprovechamiento económico del espacio público que se haga por medio del referido esquema asociativo, pues “respecto de ellas [APP] se aplicará lo previsto en las normas vigentes y en los contratos suscritos con ocasión de tales iniciativas” (parág. del art. 3.^o).

45 Sobre el concepto de infraestructura véase, en este mismo volumen, JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ. “Las infraestructuras con incidencia local en la ordenación del territorio”.

46 JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ. “Ley de Asociaciones Público Privadas, ¿única forma de vinculación de capital privado?”, en JOSÉ LUIS BENAVIDES (ed.), *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 77.

Esto revela una vez más la, al menos aparente, incompatibilidad que existe entre los esquemas asociativos de APP, que tienen una lógica más adquisitiva, y los esquemas de aprovechamiento de espacio público, cuyo esquema es más cercano a la gestión y generación de recursos a favor de la Administración.

4.2.1.1.3. SOBRE LA RECIENTE CREACIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE QUE PERMITE LA GESTIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

Otro de los mecanismos, uno de novedosa creación, que permite el aprovechamiento económico de parte del espacio público es el derecho de superficie creado por la Ley 1955 de 2019. Anticipar el éxito o tratar de dilucidar todos los elementos de este derecho real no resulta tarea fácil debido a su reciente creación. Sin embargo, se harán algunos comentarios generales al respecto.

En primer lugar, se debe resaltar que el artículo 97 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el 33 de la Ley 1753 de 2015, el cual creó el derecho de superficie analizado, se titula “Otras fuentes de financiación para los sistemas de transportes”. Además, dicho artículo 97 señala expresamente:

Con el objeto de contribuir a la sostenibilidad de los sistemas de transporte, a la calidad del servicio y de su infraestructura, incrementar la seguridad ciudadana, la atención y protección al usuario, [contribuir] al mejoramiento continuo del sistema y contar con mecanismos de gestión de demanda, las entidades territoriales podrán establecer recursos complementarios a los ingresos por recaudo de la tarifa del usuario [...] Las fuentes podrán ser las siguientes.

Así las cosas, la norma en cita preceptúa que los recursos recaudados en razón del otorgamiento de derechos de superficie tienen una destinación específica: la financiación de los sistemas de transporte. Si bien esto no se considera una dificultad absoluta para gestionar contractualmente bienes que pertenecen al espacio público, lo cierto es que dicha destinación puede obstaculizar el uso del derecho de superficie cuando la entidad no tiene como objetivo predeterminado utilizar los recursos recaudados para financiar dicho sistema.

Dicho esto, se puede observar que el numeral 8 del nuevo artículo 33 de la Ley 1753 de 2015 establece:

Una entidad pública denominada superficiante, titular absoluta de *un bien inmueble fiscal o de uso público destinado a la infraestructura de transporte* conforme a lo establecido en el artículo 4.º de la Ley 1682 de 2013, podrá otorgar el derecho real de superficie de origen contractual, enajenable y oneroso, a un tercero denominado superficiario, por un plazo máximo de treinta (30) años, prorrogables hasta máximo veinte (20) años adicionales. El superficiario tendrá la facultad, conforme a la normatividad de ordenamiento territorial del lugar donde se ubique el bien inmueble y las disposiciones urbanísticas vigentes, de realizar y explotar[,] por su exclusiva cuenta y riesgo, construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con todos los atributos de uso, goce y disposición de las mismas, a fin de que tales desarrollos puedan soportar gravámenes y limitaciones al dominio, sin afectar el uso público, la prestación del servicio de transporte, ni restringir la propiedad del inmueble base del superficiante (resaltado fuera de texto).

Como resulta claro, el aparte resaltado restringe la utilización del derecho de superficie a bienes destinados a la infraestructura de transporte de conformidad por lo normado por el artículo 4.º de la Ley 1682 de 2013, Ley de Infraestructura. Por lo tanto, solamente aquellos elementos que puedan ser clasificados como infraestructura de transporte podrán ser objeto del derecho de superficie. El ordenamiento no parece admitir la creación de este derecho real en relación con los demás elementos y bienes que componen el espacio público de cara a una lectura literal de la norma citada.

Del aparte transcrito se pueden subrayar algunos otros elementos que resultan importantes. En primer lugar, al menos para los bienes que caben dentro de su ámbito de aplicación, la norma comentada resuelve una de las críticas elevadas por Pimiento al ordenamiento, en el sentido de que no existía la posibilidad de generar derechos reales sobre bienes de uso público. Esta norma despeja toda duda sobre la materia al admitir la consolidación del derecho de superficie sobre estos (cuando se consideran destinados al transporte).

La existencia de un derecho real otorga seguridad jurídica a los potenciales superficiantes, y constituye un mensaje de claridad dirigido al mercado, en el sentido de que sus derechos serán respetados más allá de la precariedad que otorga un contrato (aunque siempre con respeto de la inenajenabilidad del bien de uso público).

Adicionalmente, el legislador ha establecido ciertos elementos del derecho: su origen contractual y su carácter enajenable y oneroso.

Sobre este último aspecto se debe remarcar que el derecho real es oneroso, con lo cual claramente se autoriza (e impone) a la entidad la recepción

de un emolumento a cambio del derecho de superficie otorgado sobre un bien de su titularidad.

En el artículo transcrito se establecen también plazos máximos (30 años, prorrogables por otros 20 adicionales), y unas facultades específicas para el superficiario. Estas facultades otorgadas, de suma importancia para el mercado, incluyen la posibilidad, conforme con la normatividad de ordenamiento territorial, de realizar construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables, con todos los atributos de uso, goce y disposición de estas. Además, obviamente, se admite que se exploten las construcciones y edificaciones realizadas por cuenta y riesgo del superficiario.

Con ello se admite la posibilidad de realizar construcciones sobre ciertos bienes de uso público afectos al espacio público. Por ejemplo, con base en dicha norma se podría autorizar la realización de edificaciones en o sobre estaciones del sistema de transporte, lo cual implicaría, en general, la construcción sobre la infraestructura urbana que soporta el sistema de transporte público y, en particular, en el espacio público conformado por andenes, separadores, zonas verdes, áreas de control ambiental, áreas de parqueo ocasional, entre otros (art. 4.º, num. 10, de la Ley 1682 de 2013).

Sin embargo, como resulta obvio, estas edificaciones y construcciones no podrán afectar el uso público, la prestación del servicio de transporte, ni restringir la propiedad del inmueble del superficiante, lo cual, como se dijo, son limitaciones generales aplicables a cualquier mecanismo de gestión del espacio público. Lo anterior se puede resumir como la necesidad de compatibilizar usos particulares con los usos jurídicos, sociales y colectivos que por afectación legal y constitucional corresponden a los bienes que componen el espacio público.

Aun cuando el artículo en comentario aborda varias circunstancias, como las relacionadas con la constitución del derecho, para no saturar al lector con las especificidades de dicha disposición y cumplir con la promesa de simplemente presentar la taxonomía, se finalizará este aparte con una precisión, en el sentido de que el artículo 97 ordena:

Para otorgar el derecho real de superficie el superficiante deberá contar con un estudio técnico, financiero y jurídico, que valide y determine las condiciones y beneficios financieros y económicos que se generan a partir de su implementación[,] y para la selección del superficiario el superficiante deberá sujetarse a las reglas propias de contratación que le apliquen a la entidad pública que actúe en tal calidad (resaltado fuera de texto).

Así entonces, se deberá recurrir, por regla general, a la licitación pública, pues no hay disposición exceptiva para la selección del superficiante. Lo anterior, salvo las excepciones relacionadas con la cuantía del contrato.

Por ello, también para el caso del derecho de superficie surgen inquietudes sobre las dificultades de utilizar un estatuto de compras, como el Estatuto General de Contratación, para maximizar los recursos económicos y las ventajas sociales que pueden ser recibidos por parte de la entidad en atención al espacio público; esto es, en donde es la entidad la que permite el uso de uno de los bienes de su titularidad y no viceversa. Sin embargo, como se había anunciado, el subsiguiente acápite estará dedicado a tratar de despejar y proponer soluciones para enfrentar las señaladas dificultades.

4.2.1.2. ALGUNAS PRECISIONES ADICIONALES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES APLICABLES A LOS CONTRATOS PARA EL APROVECHAMIENTO ECONÓMICO DE LOS BIENES QUE COMPONEN EL ESPACIO PÚBLICO

El presente acápite se dividirá en dos: en primer lugar, se realizarán algunas precisiones adicionales relacionadas con los procedimientos de selección (4.2.1.2.1); en segundo lugar, otras relacionadas con lecciones que se pueden aprender de la asignación de permisos de uso de espectro y transferir al aprovechamiento del espacio público (4.2.1.2.2).

4.2.1.2.1. ALGUNAS COMPLICACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN PARA ESCOGER AL CONTRATISTA, SUPERFICIENTE, CONCESIONARIO, ETC., Y PROPUESTAS PARA SU SOLUCIÓN

Debe reseñarse que si se entiende, de acuerdo con Pimiento, al contrato “de aprovechamiento económico de espacio público” con los elementos referidos arriba, de conformidad con el Estatuto de Contratación, y en particular el artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007, el procedimiento de selección de contratistas deberá ser el de la licitación pública. Lo anterior también resultaría cierto si se tratase de un contrato típico de “concesión de bienes del Estado”, o para escoger al superficiario, pues no existe para estos un procedimiento especial diferente de la licitación.

Como señala Pimiento, existen dificultades prácticas para la implementación de este tipo de contratos, entre las cuales reseña la ausencia de regulación real de este tipo de contratos, y el hecho de que el Estatuto General de Contratación esté enfocado hacia las compras públicas y la adquisición de bienes y servicios, y no hacia la recepción de ofertas para incrementar el valor o porcentaje a recibir como contraprestación. De esta última situación se derivan también dificultades en materia del procedimiento de selección que se debe utilizar, reglas presupuestales del contrato, condiciones de ejecución y vicisitudes para la reversión de bienes⁴⁷.

Respecto de lo anterior se deben señalar varias circunstancias. La primera de ellas se refiere a la ausencia de reglamentación del contrato de aprovechamiento de espacio público. Sobre este particular, en nuestra opinión, no es este de un defecto intrínseco, pues la tipificación y regulación de los contratos de la Administración no es necesariamente un fin en sí mismo, ni un requisito de la legislación. Lo cual también se puede corroborar por el carácter escueto de los contratos típicos del Estatuto de Contratación contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Por el contrario, consideramos, y con ello el citado autor concuerda, que la falta de reglamentación del contrato puede ser utilizada como una ventaja por las administraciones, en la medida en que gracias a ello estas pueden determinar el contenido del contrato y adecuarlo a sus necesidades particulares.

De otra parte, se considera certera la observación de Pimiento en el sentido de que la Ley 80 de 1993 parece tener una lógica preeminente de adquisición de bienes, obras y servicios, y en la cual la entrega de bienes por parte de la Administración busca lograr aprovechamiento económico y, preferiblemente, hacerse partícipe de la explotación económica realizada por el particular.

Sin embargo, aunque compartimos con Pimiento la dificultad que implica utilizar, para la entrega de bienes públicos para su explotación por un particular, un estatuto que fue pensado para la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración, también es importante poner de presente que esto no se ha instituido como una dificultad infranqueable para su uso.

47 PIMIENTO. *Derecho administrativo de bienes*, cit., pp. 55 y 56.

De nuevo, a manera de evidencia anecdótica, se pone de presente que en Villavicencio se celebró un contrato cuyo objeto era el de “entregar en concesión la administración, operación, explotación, señalización y preservación de las zonas de permitido parquero [*sic*] en la ciudad de Villavicencio–Meta”⁴⁸. En el mencionado contrato y procedimiento de selección se acordó que se constituiría un patrimonio autónomo con una entidad fiduciaria para el manejo, recaudo y distribución de los ingresos (recaudo de la tasa por el derecho de parqueo en la vía pública). Adicionalmente, a efectos de determinar la oferta más ventajosa para los fines del interés público⁴⁹ en este procedimiento de licitación en particular, se otorgaron 800 puntos por la calificación de la calidad técnica de la propuesta, 100 por el aspecto económico y 100 como apoyo a la industria nacional.

Lo relevante, para los propósitos de este texto, es que se estableció para el otorgamiento de los 100 puntos de la calificación económica (de los 1.000 posibles) lo siguiente: “Al oferente que manifieste que está dispuesto a recibir como remuneración por la operación de las Zonas de Permitido Parqueo por parte del Municipio una tasa por el derecho de parqueo en vía pública liquidable mensualmente menor del 80% del valor del recaudo neto”⁵⁰.

De esa manera, para poder hacerse acreedor a los 100 puntos de la calificación económica era necesario que el concesionario retuviese un porcentaje menor del “80% del recaudo neto”. Por lo mismo, según la cláusula octava del contrato de concesión, el municipio recibiría solamente el 20% del recaudo neto.

Se considera en este punto relevante advertir que no existe ningún impedimento en el ordenamiento jurídico colombiano, ni en especial en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para: 1. Otorgarle mayor valor a la calificación económica de la oferta que la que se dio en este caso, y 2. Establecer un mecanismo de puntuación inversamente proporcional al porcentaje del recaudo que el concesionario/contratista esté dispuesto a recibir.

48 Contrato de Concesión 0811 de 2014 entre el Municipio de Villavicencio y el Consorcio Zonas de Permitido Parqueo de Villavicencio (SIC).

49 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2001, exp. 12037.

50 Pliego de Condiciones, LP-004 de 2014, Municipio de Villavicencio.

Como es bien sabido, las entidades estatales pueden hacer ejercicio de sus funciones discrecionales, salvo en el caso de pliegos tipo, para determinar los factores ponderables para calificar las ofertas. Así, se podría, por ejemplo, pensar en el otorgamiento de 50 puntos adicionales por cada 5% mayor de recaudo recibido por el municipio sobre el recaudo neto. En ese orden de ideas, quien estuviera dispuesto a aceptar el 75% recibiría 150 puntos, quien estuviera dispuesto a aceptar el 70% recibiría 200, y así sucesivamente.

De esta manera sería posible maximizar los ingresos percibidos por la entidad dentro del marco establecido por las normas de contratación pública.

Otra posibilidad, aunque menos ortodoxa, sería utilizar la posibilidad de determinar total o parcialmente la oferta de manera dinámica. Sin embargo, en ese caso particular la Ley 1150 en su artículo 2, numeral 1, establece que esa conformación dinámica deberá hacerse mediante subasta inversa, lo que responde totalmente a la lógica de compra pública y adquisición que preside todo el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (art. 2.2.1.2.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015).

Por lo anterior, resulta contraintuitivo que sea posible utilizar el mecanismo de subasta inversa para maximizar los beneficios económicos percibidos por la entidad pública, pues lo lógico sería poder utilizar el mecanismo de subasta a la alza, posibilidad no contemplada expresamente por el Estatuto de Contratación. Sin embargo, consideramos que existe al menos una posibilidad de maximizar los beneficios en el marco de la subasta inversa, y es hacer la subasta con pujas a la baja, en donde los oferentes pujan sobre el menor precio que están dispuestos a recibir.

Así, por ejemplo, la subasta podría empezar con un 80% del recaudo neto para el concesionario (y un 20% para la entidad), y los lances irían reduciendo progresivamente el margen para el contratista y, consecuentemente, aumentando el margen que recaudaría la entidad sobre el recaudo neto.

Sin embargo, se reitera, esta es una estrategia poco ortodoxa para lograr los fines de maximización de beneficios económicos, y, con Pimiento, pensamos que resultaría conveniente la expedición de soluciones legislativas, *de lege ferenda*, para no tener que recurrir a mecanismos tan ‘creativos’ y poco ortodoxos como el señalado.

4.2.1.2.2. ALGUNAS LECCIONES SOBRE LOS MECANISMOS DE SELECCIÓN OBJETIVA PARA SELECCIONAR ASIGNATARIOS DE PERMISOS DE USO DEL ESPECTRO

Para tratar de arrojar algunas luces sobre potenciales soluciones *de lege ferenda*, así como para colaborar en la estructuración de proyectos con la legislación actual, vale la pena reseñar brevemente algunas ventajas observadas en otro esquema de aprovechamiento de un bien de titularidad del Estado: el espectro radioeléctrico. Aun cuando constituye un marco normativo completamente diferente, el aprovechamiento del espectro electromagnético corresponde a un esquema en el cual existen normas y mecanismos orientados a la maximización de los beneficios económicos percibidos por el titular del bien y cuyas lecciones podrían ser aplicadas, *mutatis mutandis*, al tema del que se ocupa este texto.

Se considera que existen dos grandes lecciones que se pueden aprender de los mismos: (i) la viabilidad y necesidad de maximizar los recursos percibidos por el Estado a cambio del uso de bienes que son de su titularidad sin necesidad de una norma que regule de manera extensiva los procesos de selección, y (ii) la posibilidad de recibir beneficios diferentes de los económicos para concretar los deberes jurídicos estatales en asuntos relacionados con la gestión de sus bienes.

Sobre la primera de estas dos ‘lecciones’, es importante señalar que el artículo 72 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el 29 de la Ley 1978 de 2019, preceptúa:

Con el fin de *asegurar procesos transparentes* en la asignación de bandas de frecuencia y *la maximización del bienestar social*, la cual incluye recursos para *promover la inclusión digital*, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico deberán someterse a las siguientes reglas:

[...]

En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar el bienestar social, la cual [maximización] incluye recursos para promover *la inclusión digital*, se aplicarán *procesos de selección objetiva*[,] entre ellos *la subasta*, que atiendan a criterios como la masificación del acceso a las Tecnologías

de la Información y las Comunicaciones y la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios (resaltado fuera de texto).

En desarrollo de la obligación legal de adelantar procesos transparentes en los cuales se asegure la maximización del bienestar social, las entidades competentes deben promover la inclusión digital. En términos prácticos, esta maximización, dispone la citada norma, debe darse mediante procesos de selección objetiva en donde podrá realizarse también una subasta.

Esta autorización general para realizar subastas, naturalmente a la alza y no inversas como las contempladas por el Estatuto de Contratación, permite a las entidades acudir directamente a mecanismos de conformación dinámica del precio para maximizar los recursos a cambio de los permisos de uso de espectro.

Adicionalmente, por tratarse de una autorización general, la especificación de las reglas, con base en las cuales se adelantará el proceso de selección de asignatarios de espectro, puede ser concretada por las entidades competentes por vía de reglamento.

En el reciente proceso de asignación de permisos de uso de espectro realizado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (además de un proceso inicial declarado desierto) se expidió un proyecto de resolución para comentarios, esto es, la Resolución 3078 de 2019, “por la cual se declara la apertura y se establecen los requisitos, las condiciones y el procedimiento para participar en el proceso de selección objetiva mediante el mecanismo de subasta, para otorgar permisos de uso del espectro radioeléctrico a nivel nacional...”⁵¹.

En esta resolución se establecieron algunos requisitos habilitantes que fueron verificados con posterioridad, y más tarde en el proceso se realizó una subasta en la que se hicieron lances para cada uno de los bloques, se estableció el ganador para cada uno de ellos y, finalmente, se expidieron actos administrativos particulares y concretos que contienen⁵²: la asignación del permiso de uso de espectro y las condiciones del mismo, lo cual incluye,

51 Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Resolución 3078 de 2019, disponible en: http://micrositios.mintic.gov.co/asignacion_espectro/ (consultado el 15 de abril de 2020).

52 Véase Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Resoluciones 322 a 333 del 20 de febrero de 2020, disponibles en: http://micrositios.mintic.gov.co/asignacion_espectro/ (consultado el 15 de abril de 2020).

entre otras cosas, las contraprestaciones económicas, los compromisos de ampliación de cobertura, la obligación de renovación tecnológica y las condiciones de las garantías para respaldar dichas obligaciones.

Sobre la primera lección se puede observar que no es necesaria una legislación extensiva con el objeto de poder realizar un proceso de selección objetiva de potenciales usuarios de bienes públicos. Este argumento, con base en la habilitación legal de las normas de la Ley 9 de 1989 y del Decreto 1077 de 2015, permitiría seguir una estructura similar, pero con respaldo en las normas del Estatuto General de Contratación.

Otra circunstancia relevante por resaltar se refiere al hecho de que en la Ley 1341 de 2009 sí existe una norma expresa, el artículo 13, que habilita a la Administración para recibir una contraprestación económica por el uso del espectro, mientras que no parece existir una norma similar en el ordenamiento que habilite a la Administración a recibir contraprestaciones por el uso del espacio público, al menos respecto de aquellas partes que pertenezcan a bienes de uso público.

Sin embargo, este argumento puede ser contrapesado por el hecho de que las normas citadas, y en particular el artículo 7.º de la Ley 9 de 1989, permiten contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes públicos. Ello, sumado a la conmutatividad y demás argumentos reseñados más arriba, permite concluir que sí existe un sustento legal para que la Administración reciba una contraprestación económica por el uso de los bienes del espacio público que son de su propiedad. Lo anterior, obviamente, siempre con el debido respeto del derecho colectivo al espacio público, con lo que el contrato celebrado no puede privar a los ciudadanos del uso común que constitucionalmente corresponde al espacio público.

La segunda lección que puede aprenderse de este esquema es la posibilidad de que los beneficios recibidos no se reduzcan a contraprestaciones económicas a favor de la entidad contratante, sino que se extiendan a otros aspectos relacionados con la administración y gestión del bien. Si se observan las resoluciones que otorgan permisos de uso de espectro, las mismas les imponen obligaciones de ampliación de cobertura y de renovación tecnológica a los asignatarios. *Mutatis mutandis*, este esquema podría ser objeto de utilización en materia de espacio público.

Así las cosas, por ejemplo, dentro de las obligaciones del contratista podría exigírsele que desarrolle ciertos elementos dentro del espacio público

urbano para re-localizar en el mismo, de manera compatible con otros usos, vendedores informales. De similar manera, si se trata de un contrato como el de las zonas de parqueo de la ciudad de Villavicencio, podría imponerse como obligación contractual que se emplee a una parte de la población dedicada a las ventas informales (bajo el supuesto de que esta acepte este cambio de oficio).

Lo anterior es perfectamente posible en el marco actual de la legislación colombiana que permite la utilización de cláusulas sociales en materia de contratación⁵³. Adicionalmente, tal y como lo ha dicho Arrowsmith a propósito de su taxonomía⁵⁴, hay varias maneras para concretar las políticas horizontales, tales como el otorgamiento de puntaje en los criterios para la adjudicación, obligaciones impuestas para el contratista adjudicatario, entre otras.

En este punto se considera relevante resaltar, como se había anunciado en el aparte 3.2 de este texto, que esta es una posible vía para concretar en los mecanismos contractuales de gestión la compatibilización entre aprovechamiento económico del espacio público, ‘re-generación’ y las obligaciones del Estado para con las poblaciones vulnerables y, en particular, los vendedores informales.

4.2.2. SOBRE LOS MECANISMOS UNILATERALES PARA LA GESTIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO

Si bien es cierto, como se explicó, que el ordenamiento jurídico colombiano parece tener una preferencia por los mecanismos contractuales en materia de aprovechamiento económico, lo cierto es que la posibilidad de realizar gestión por medios unilaterales es una posibilidad igualmente válida.

En primer lugar, se debe considerar que la posibilidad de expedir actos unilaterales para la gestión indirecta del espacio público puede encontrar sustento en las normas expedidas en ejercicio de las facultades reglamentarias que en materia de ordenamiento territorial y espacio público tienen las entidades territoriales. Tal es precisamente el caso del Decreto Distrital 522

53 Cfr. JUAN DAVID DUQUE BOTERO. *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*, Bogotá, Universidad del Rosario y Tirant lo Blanch, 2018.

54 SUE ARROWSMITH. “Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 223.

de 2018. Adicionalmente, de las potestades de policía administrativa de las autoridades territoriales podría derivarse idéntica consecuencia.

Sin embargo, para introducir mayor claridad, el ordenamiento colombiano admite explícitamente la gestión indirecta del espacio público mediante actos administrativos. En efecto, el artículo 2.2.6.1.1.12 del Decreto 1077 de 2015 define como sigue la licencia de intervención y ocupación del espacio público:

Es la autorización previa para ocupar o para intervenir bienes de uso público incluidos en el espacio público, de conformidad con las normas urbanísticas adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente.

Adicionalmente, el párrafo 1.º del citado artículo establece que los municipios y distritos solamente podrán exigir “las licencias, permisos y autorizaciones que se encuentren previstos de manera taxativa en la ley o autorizados por esta”.

El decreto en cita establece una tipología de permisos y autorizaciones que incluye: licencias de ocupación del espacio público, tales como la licencia de ocupación para la localización de equipamiento; licencias de intervención del espacio público, entre las cuales se incluye la construcción, rehabilitación, y otras actividades relacionadas con la ampliación e instalación de redes para la provisión de servicios públicos y de telecomunicaciones, la utilización del espacio aéreo o del subsuelo para generar elementos de enlace urbano entre inmuebles privados o entre estos y el espacio público, tales como puentes peatonales, pasos subterráneos, entre otros, para la dotación de amoblamiento urbano y la instalación de expresiones artísticas o arborización, para lo cual los municipios reglamentarán la materia, construcción y rehabilitación de andenes, parques, plazas, y otros elementos que componen el espacio público; y, finalmente, licencias de intervención y ocupación temporal de playas marítimas y terrenos de bajamar, materia esta última donde existen competencias concurrentes con la DIMAR.

Estas licencias, todas ellas, permiten que terceros (particulares) se involucren de una manera u otra en la gestión del espacio público, lo que las sitúa dentro de la categoría genérica de mecanismos que permiten la gestión indirecta de este. Se reitera una vez más que, a pesar de la necesidad de dedicar a estas licencias especial atención, el objetivo de este trabajo es presentar un panorama general, una taxonomía de las principales herramientas de gestión y generación.

Antes de culminar este texto es importante hacer notar que si se observan las licencias previstas en el artículo 2.2.6.1.1.13 del Decreto 1077 de 2015 referenciadas, no se encuentra en ellas un mecanismo de gestión que admita de alguna manera el aprovechamiento económico del espacio público mediante explotación por parte de los particulares.

Por el motivo reseñado, resulta fundamental el ejercicio de las potestades reglamentarias de los municipios y distritos en materia de espacio público para aclarar los potenciales usos que pueden permitirse por la vía de la autorización, licencia o permiso, y en especial para poder hacer compatibles los usos comunes del espacio público con los potenciales usos de aprovechamiento económico.

Lo anterior resulta fundamental por varias razones, que no se expondrán sino de manera enunciativa. En primer lugar, porque los actos unilaterales son el medio jurídico adecuado para permitir usos del espacio público compatibles con el uso común y que no impliquen aprovechamiento económico. Si bien es cierto la Ley 80 de 1993 responde a una lógica de adquisición y la normatividad de aprovechamiento del espacio público lo hace a una lógica opuesta, lo cierto es que en uno y otro caso existe una lógica económica y esto permite, en alguna medida y de manera poco ortodoxa, utilizar los mecanismos del Estatuto de Contratación para las finalidades perseguidas cuando del aprovechamiento económico se trata.

Sin embargo, la misma conclusión no puede ser de ninguna manera aceptada para el caso en que los particulares no persigan el aprovechamiento del espacio público, pues, ante la ausencia de finalidades económicas por parte de ambas partes involucradas en la relación, la Ley 80 de 1993 simplemente resulta de improbable, por no decir imposible, aplicación. Sin mercado, competencia u ofrecimientos, los mecanismos del Estatuto de Contratación resultan inapropiados.

De otra parte, incluso en aquellos eventos en que existan fines de lucro o aprovechamiento económico por parte de los particulares, pueden presentarse circunstancias en que existan desfases prácticos entre el Estatuto de Contratación y los fines perseguidos.

Tal sería el caso, por ejemplo, cuando no haya competencia para el otorgamiento de un permiso o licencia de uso privativo del espacio público. Para concretar el ejemplo anterior se puede pensar en el uso de andenes o partes de vías para la ubicación de terrazas fuera de los restaurantes, caso

particular (salvo en lugares de altísima concurrencia) en el que es difícil observar competencia en cuanto al uso del espacio público.

En general, en esa circunstancia podría pensarse que existe un desajuste entre la Ley 80 de 1993 y el fin perseguido, y podría argüirse que los mecanismos unilaterales de actuación de la Administración resultan más adecuados para estos fines. No obstante, se debe reseñar que existe en la Ley 1150 de 2007 una disposición (art. 2.º, num. 4, lit. g) que permite la contratación directa “cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado”; esta causal podría servir de sustento, y eventualmente como respuesta, para librar de engorrosos trámites a la Administración cuando esta pretenda entregar parte de un bien público que compone el espacio público y claramente no hay competencia para su aprovechamiento económico, su uso exclusivo y compatible, etc. En este punto se debe advertir que esto no puede entenderse como una recomendación general para usar dicha causal de contratación directa para estos casos.

Finalmente, en la línea expuesta, se reitera que la mejor manera para lograr articular los diferentes esfuerzos y superar las dificultades que se observan en las normas actuales es formular mecanismos normativos que otorguen seguridad jurídica. La misma, de manera ideal, debería ser garantizada por el legislador mediante la introducción de una ley de bienes públicos, en la cual se regule la explotación, gestión y administración de bienes de uso público –incluidos aquí aquellos que componen el espacio público–.

Sin embargo, aun en ausencia de esta iniciativa de carácter legislativo, una alternativa viable es la observada en el Distrito Capital, esto es, la reglamentación específica de los órganos competentes y las posibilidades de gestión de los bienes que componen el uso público de manera tal que se aclaren a las entidades competentes y al mercado las posibilidades de gestión que ofrece el ordenamiento local. En este punto consideramos relevante agregar que, aunque resulte obvio, este ordenamiento local producido por la vía de reglamentos de las entidades territoriales debe respetar el ordenamiento superior y la distribución de competencias establecidas legal y constitucionalmente en la materia.

CONCLUSIONES

Formular conclusiones sobre este texto no es una tarea fácil pues el mismo no tiene la estructura de un trabajo investigativo tradicional, sino el de una

taxonomía en donde se exploran diversos aspectos relacionados con el espacio público. A pesar de ello, se hará un esfuerzo por sintetizar los que se consideran los principales aportes de este texto de investigación.

En primer lugar, es relevante señalar que la construcción de un concepto de espacio público requiere analizar elementos jurídicos y extra-jurídicos. En relación con las aportaciones de las perspectivas extrajurídicas se debe señalar que si los espacios físicos están saturados de construcciones no serán espacio público, ni tampoco podrán ser categorizados como tales si no admiten usos diversos, ni actividades colectivas o de socialización por parte de todos los miembros de la sociedad.

En ese sentido, resulta fundamental, a efectos de determinar las obligaciones del Estado, analizar, así sea de manera breve, las dificultades prácticas que entorpecen el uso del espacio público. En ese sentido, se pusieron de presente algunas dificultades, tales como su uso por parte de los vendedores informales y la desigualdad para la generación y goce del mismo por poblaciones históricamente excluidas.

Estos aspectos adicionales resultan esenciales puesto que la re-generación de espacio público, entendida como se expuso en este trabajo, ofrece una alternativa viable para la generación de nuevo espacio público, no en sentido físico, sino en relación con su goce y disfrute por las poblaciones destinatarias, esto es, generación en sentido jurídico.

Además de estas posibilidades de re-generación, el ordenamiento jurídico colombiano ofrece posibilidades de generación de espacio público, y ello mediante: (i) la adquisición a título oneroso de bienes inmuebles para la destinación al espacio público; (ii) la afectación al espacio público de bienes inmuebles de propiedad de las entidades territoriales, y, finalmente, (iii) las cesiones obligatorias gratuitas en actuaciones de urbanización de que tratan las normas legales y reglamentarias citadas que recaen sobre los propietarios de bienes inmuebles.

En lo que atañe a la generación de espacio público es posible afirmar que para ello existen mecanismos que emanan del derecho y otros que provienen de otras disciplinas, aunque su operatividad esté jurídicamente condicionada. Dentro de la última categoría se enmarcan estrategias como la reconsideración de espacios naturales o agrícolas en regiones urbanas como espacios públicos, con un uso compatible con su sostenibilidad.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la gestión del espacio público puede ser directa o indirecta. En el primer caso, los mecanismos

de gestión pueden ser normativos, cuando implican la producción reglamentaria, e institucionales, cuando suponen la creación de instituciones funcionalmente pensadas para la gestión del espacio público.

La gestión indirecta del espacio público es particularmente rica en cuanto a las alternativas que ofrece, y puede desarrollarse por dos cauces principales: el primero de ellos es contractual, y se da cuando las administraciones recurren a los particulares, por medio de la contratación, para que estos coadyuven en la gestión adecuada del espacio público. Como se expuso, la taxonomía de la gestión indirecta contractual contempla las asociaciones público-privadas, el reciente derecho de superficie, la tradicional concesión y el contrato de aprovechamiento.

El segundo cauce por el cual la gestión indirecta puede desarrollarse es el unilateral, es decir, mediante actos administrativos como las licencias, los permisos y las autorizaciones debidamente expedidos por la Administración en ejercicio de sus competencias, para abrir la gestión del espacio público.

Tal como se explicó, existen ciertas dificultades tanto para el cauce contractual como para el unilateral. Ante tales dificultades, la solución ideal sería la expedición de una ley de bienes que unificara la materia y brindara una seguridad jurídica general. Sin embargo, en su defecto, la gestión directa normativa por la vía reglamentaria se revela como un mecanismo igualmente válido y eficaz.

REFERENCIAS

- ARROWSMITH, SUE. “Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- BARRETO CIFUENTES, SEBASTIÁN y MÓNICA IBAGÓN IBAGÓN. *Introducción a las asociaciones público-privadas en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BENALCÁZAR, MAGALY; YESSSENIA CABRERA y RICARDO UREÑA. “La violencia escondida en el piropo callejero”, en *Ciencia y Tecnología al Servicio del Pueblo*, vol. 1, n.º 2, Universidad Técnica de Cotopaxi, 2014.
- BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BORJA, JORDI y ZAIDA MUXÍ. *El espacio público: ciudad y ciudadanía*, Barcelona, Electa, 2003.

- BUCHELY, LINA FERNANDA y MARÍA VICTORIA CASTRO. “Mujer, espacio y poder: ciudad y transporte público como dispositivos de exclusión. Reflexiones desde la ciudad de Cali”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 18, n.º 2, Universidad del Rosario, 2016.
- COVILLA MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. “Ley de Asociaciones Público Privadas, ¿única forma de vinculación de capital privado?”, en JOSÉ LUIS BENAVIDES (ed.), *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- CUERVO DEL CASTILLO, FRANCISCO JAVIER. “Expropiación judicial y administrativa en el derecho urbano”, en GLORIA HENAO, CLAUDIA ACOSTA y JUANA HOFMAN (eds.), *Manual de derecho urbano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2019.
- DUQUE BOTERO, JUAN DAVID. *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva*, Bogotá, Universidad del Rosario y Tirant lo Blanch, 2018
- FALÚ, ANA. “Inclusion and right to the city. Exercising women’s citizen rights: the women’s agenda for Rosario, Argentina”, *City, Social Inclusion and Education [Monograph]*, Barcelona, International Association of Educating Cities, 2014.
- FLEISCHER, FRIEDERIKE y KEREN MARÍN. “Atravesando la ciudad. La movilidad y experiencia subjetiva del espacio por las empleadas domésticas en Bogotá”, en *Revista EURE*, vol. 45, n.º 135, Santiago, 2019.
- HALSEY, MARK y ALISON YOUNG. “Our desires are ungovernable: writing graffiti in urban space”, en *Theoretical Criminology*, vol. 10, n.º 3, Sage, 2006.
- KRIER, ROB y COLIN ROWE. *Urban Space*, Londres, Academy, 1979.
- MCAULIFFE, CAMERON. “Graffiti or street art? Negotiating the moral geographies of the creative city”, *Journal of Urban Affairs*, vol. 34, n.º 2, 2012.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. XIV, *La actividad regulatoria de la Administración*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.
- NAVAS LORENZO, FRANCISCO DANIEL. “Variables del espacio público contemporáneo: espacio público y arquitectura”, en *QRU. Quaderns de Recerca en Urbanisme*, n.º 1, 2013.
- PÁRAMO, PABLO y ANDREA BURBANO. “Género y espacialidad: análisis de factores que condicionan la equidad en el espacio público urbano”, en *Universitas Psychologica*, n.º 10.1, 2011.

- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN ANDRÉS. “El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión del reciente fallo de unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 22, 2019.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. *Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *La teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2018.
- RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- SARAVÍ, GONZALO. “Segregación urbana y espacio público: los jóvenes en enclaves de pobreza estructural”, en *Revista de la CEPAL*, n.º 83, 2004.
- VILLEGAS DEL CASTILLO, CATALINA. “El Estado y la política de renovación urbana en Bogotá”, en HELENA ALVIAR GARCÍA y EVERALDO LAMPREA, *El Estado regulador en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

El grupo de investigación de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia entrega al público una obra que le permite al lector comprender las diferentes competencias e instrumentos de ordenación del territorio colombiano y, en esta labor, establecer no solo cuáles son las relaciones entre los diferentes niveles territoriales sino además identificar las contradicciones que se derivan de la superposición de decisiones que confluyen sobre el suelo como objeto de intervención de las esferas nacionales, departamentales, regionales, locales y sectoriales.

En este galimatías jurídico se enmarca la planificación de la ciudad, la cual, en el ejercicio de la autonomía reconocida por la Constitución a los municipios, se somete a directrices territoriales de diversas autoridades, pero, al mismo tiempo, establece aquellas particularidades que le dan identidad. Así las cosas, la planificación se convierte en un instrumento que permite que en los municipios se definan los difusos límites que existen entre lo urbano y lo rural, se potencie una construcción participativa del territorio, se reconozca la existencia de fórmulas colaborativas entre instancias públicas y privadas, se refuercen actuaciones encaminadas a la mayor generación de espacio público, de protección de valores medio ambientales, de mejor prestación de servicios públicos, etc. En definitiva, una concepción del urbanismo identificada con todas estas aristas y en que se tenga como norte la mejora de la calidad de vida de las poblaciones y la generación de mayores condiciones de igualdad material.

