

CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. – Incumplimiento / UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA DESFILES DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA EN LA VÍA 40 – Restricción / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PARA CONTROVERTIR UN CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD – Improcedencia / ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES POR EL HECHO DEL PRÍNCIPE – Elementos para su procedencia / ALTERACIÓN EN EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Como consecuencia de un acto administrativo de carácter general expedido por la administración / ACCIÓN DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES POR EL HECHO DEL PRÍNCIPE – Era la procedente

[L]a acción de controversias contractuales [...] permite [...] que se declare la existencia o nulidad de un contrato y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales y que se ordene su revisión. Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha indicado que esta es la acción pertinente para reclamar el incumplimiento de un contrato, y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. La legitimidad para ejercer este tipo de acción radica en primer lugar en las partes contratantes. En segundo lugar, en el Ministerio Público y los terceros con interés en el contrato. En el caso objeto de examen, la parte actora alega el incumplimiento del contrato de constitución de la sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A., vertido en la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, como consecuencia de la expedición del Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007, “por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de carnavales en la vía 40, expedido por el Distrito de Barranquilla. El aludido contrato de sociedad fue suscrito entre el alcalde del entonces municipio de Barranquilla, el representante legal de la Cámara de Comercio de Barranquilla, la fundación Mario Santo Domingo, la promotora para el desarrollo del Distrito Central “PROBARRANQUILLA”, la Fundación para el Desarrollo Integral de la Región Caribe Colombiana “Fundecaribe” y el Fondo Mixto de Promoción Turística del Atlántico. A este respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado la teoría del hecho del príncipe, como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación contractual, la cual se configura cuando, como consecuencia de un acto administrativo de carácter general expedido por la administración, se genera una alteración en el equilibrio económico del contrato, [...] En el caso sometido a análisis, de acuerdo con lo argumentado por la parte actora, la Sala advierte la configuración de esos elementos para la procedencia del medio de control de controversias contractuales por el hecho del príncipe, así: - La expedición de un acto general y abstracto [...] - La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal. [...] – La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto. [...] – La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato [...] En este escenario, la Sala concluye que, en lo que tiene que ver con la argumentación de la parte actora, relacionada con el presunto incumplimiento del contrato de constitución de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., la demanda presentada se encuentra mal enfocada. Esto en la medida en que lo que se deriva del acto que se demanda no es una controversia de nulidad y restablecimiento, sino una contractual, en particular bajo la teoría del hecho del príncipe o del acto de la administración, que en este caso presuntamente afectó un contrato. Dentro de ese tipo de proceso puede solicitarse entonces el restablecimiento del equilibrio contractual, el cumplimiento o la resolución del contrato.

SISTEMA DE FUENTES / FUENTES PRINCIPALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO – Norma jurídica, equidad y negocio jurídico / FUENTE FORMAL DEL DERECHO / NORMA EN SENTIDO AMPLIO / JERARQUÍA NORMATIVA – Inexistencia / ESCRITURA PÚBLICA – No tiene la categoría de norma jurídica / NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR VULNERAR OTRO ACTO DE LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA – Improcedencia / NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR CONTRADECIR UNA ESCRITURA PÚBLICA - Improcedencia

[A] la Sala le corresponde resolver en segunda instancia los siguientes problemas jurídicos: 1) Es procedente solicitar la nulidad de un decreto expedido por la Alcaldía de un Distrito por ser contrario a otro decreto y a una resolución expedida por esa misma entidad territorial, y por contradecir la escritura pública de constitución de una sociedad. [...] En el caso objeto de examen, por un lado, se observa que la Resolución Reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, “por la cual se reglamenta el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991”, y el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992, “por el cual se fija la participación del municipio de Barranquilla en las disposiciones reglamentarias”, no son normas de carácter superior al acto demandado en este proceso judicial. En efecto, la Resolución reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991 fue expedida por el Alcalde del Distrito de Barranquilla, en uso de la facultad reglamentaria conferida por el artículo 5 de la Ley 49 de 1987, que concede a los alcaldes la potestad para “reglamentar los acuerdos municipales”. Así mismo, el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992 fue expedido por la Alcaldía de Barranquilla, en uso de las facultades conferidas en el artículo 2 del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, [...]. Por su parte, el Decreto 008 de 17 de enero de 2007, demandado, también fue expedido por la Alcaldía de Barranquilla, y a través del mismo se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de Carnaval en la vía 40. En este contexto se observa que, tanto el acto acusado como la Resolución Reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991 y el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992, fueron expedidos por la misma autoridad del orden municipal, esto es, el alcalde de Barranquilla. Luego no es posible predicar, como lo hace la parte recurrente, una jerarquía normativa entre aquellas y con fundamento en ello, declarar nulo el acto administrativo demandado en este proceso por “infringir las normas en que debería fundarse el acto”, de acuerdo con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. En conclusión, no es posible solicitar la nulidad de un decreto expedido por la Alcaldía de un municipio por ser contrario a una resolución y a un decreto expedido por esa misma alcaldía, en atención a que estas normas no ostentan una categoría de norma jurídica superior. [...] La Sala observa que la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, por medio de la cual se constituye la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., no tiene la categoría de norma jurídica. La escritura pública es un instrumento público que contiene la declaración de voluntad de uno o varios sujetos de derecho, con el fin de concretar un determinado acto jurídico o contrato, emitida ante el notario. [...] En este contexto, la escritura pública en sí misma no goza del carácter de fuente de derecho, lo que es fuente son los actos jurídicos o contratos que en aquella reposan. Por lo tanto, no es posible predicar la nulidad de un acto administrativo solamente con fundamento en que este resulta contrario a una escritura pública de constitución de una sociedad.

CONSERVACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO - Marco normativo / CONSERVACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO MUNICIPAL - Corresponde al alcalde / ESPACIO PÚBLICO – Concepto / ESPACIO PÚBLICO DE LA CIUDAD / COMPETENCIA DE LAS ALCALDÍAS PARA ESTABLECER LIMITACIONES EN EL USO Y GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO

[S]e advierte que, constitucional y legalmente, los alcaldes se encuentran obligados a velar por la protección e integridad del espacio público en sus respectivos municipios y Distritos. [...] [E]l diseño del espacio público, la determinación de su uso y su protección, son funciones que las autoridades municipales ejercen en virtud de las atribuciones conferidas por los artículos 82 de la Constitución Política, 5 y 6 de la Ley 388 de 1997. Ahora bien, en relación con las autorizaciones que otorgan los municipios para la utilización del espacio público, el artículo 18 del Decreto 1504 de 1998 autoriza a los municipios a otorgar permiso para el uso del espacio público en los siguientes términos: "(...) Los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que se impida a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. (...)” [...] En este contexto, de la exposición normativa y jurisprudencial transcrita, se concluye que las autoridades municipales (concejo y alcaldía) se encuentran facultadas constitucional y legalmente para imponer regulaciones y restricciones al uso del espacio público, dada la prevalencia del interés general que subyace en este. Así mismo, las autorizaciones, permisos, licencias y similares que se conceden para el uso del espacio público no son derechos absolutos, deben ceder frente al interés público o general y armonizarse con los demás derechos reconocidos constitucional y legalmente.

AUTORIZACIÓN A LA SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. PARA RECIBIR UNA CONTRAPRESTACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA LA REALIZACIÓN DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – Connotación jurídica / SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. – Derechos concedidos / CONTRAPRESTACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA LA REALIZACIÓN DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – En forma general / IMPUESTOS Y TARIFAS RELACIONADAS CON LAS DIFERENTES ACTIVIDADES DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – Recaudo

[E]n relación con la autorización concedida a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. por parte del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, para obtener una contraprestación como consecuencia de la utilización del espacio público necesario para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla, el acto acusado (Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007), transcrito en el acápite anterior (II.3), en ninguno de sus artículos preceptúa expresamente que se revocará esa autorización. Ahora bien, a partir de una lectura integral del acto demandado, tampoco se observa que éste prohíba o impida que la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. utilice, previo cumplimiento del acto acusado, los espacios públicos que sean necesarios para el desarrollo del mentado carnaval. Lo que se advierte en el acto acusado son una serie de limitaciones o restricciones generales para el uso del espacio público en ese evento, más no una eliminación de la autorización que le fue otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. para obtener una contraprestación por la utilización del espacio público para la realización del carnaval. A juicio de la parte recurrente, el acto acusado revocó la autorización para usar el espacio público en la medida en que el artículo 6 preceptúa que las licencias para la ocupación temporal del espacio público, deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital. En este punto, la Sala comparte la postura del tribunal, toda vez que la autorización que le fue otorgada a la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A., en el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, es para efectos de recibir la contraprestación económica que generan las actividades desarrolladas en el Carnaval de Barranquilla en las calles, vías y demás espacios públicos necesarios

para la realización del mismo. Pero ello no quiere decir que pueda disponer de manera libre e ilimitada del espacio público, pues el control sigue estando en cabeza del Estado, en este caso el Distrito de Barranquilla, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 constitucional [...] En este sentido, la licencia de que trata el artículo 6 del acto acusado es con el objetivo de hacer cumplir las limitaciones previstas en ese acto para utilizar el espacio público dentro de los parámetros allí dispuestos, más no constituye una prohibición a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para seguir organizando el carnaval y obtener las contraprestaciones económicas derivadas del mismo por el término de 50 años. En este mismo sentido, la Sala observa que la autorización que le fue otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. por parte del Acuerdo 33 de 1991 fue general, es decir, se trató de una autorización para obtener una contraprestación por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla. En esa autorización no se especifica un espacio en particular o una vía específica respecto de la cual la sociedad actora pueda alegar el desconocimiento de un derecho. En consecuencia, la citada sociedad, aparte de poder hacer uso de los espacios que se delimitaron en el acto acusado, también puede hacer uso de los demás espacios que no se encuentran limitados por el acto acusado, pues la autorización que le fue concedida fue en general respecto del espacio público necesario para el desarrollo normal de las actividades del carnaval.

CORPORACIÓN AUTÓNOMA DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – Supresión / AUTORIZACIÓN DEL CONCEJO DE BARRANQUILLA – Al alcalde para participar en la creación de una sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A. / AUTORIZACIÓN A LA SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. – Para la realización del Carnaval de Barranquilla / CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS – Concepto y regulación en el Decreto Ley 222 de 1983 / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA POR CONCESIÓN – Concepto y regulación en el Decreto Ley 222 de 1983 / SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA – Naturaleza jurídica / SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA – Objeto / CARNAVAL DE BARRANQUILLA – Es una manifestación cultural protegida legal y constitucionalmente / CARNAVAL DE BARRANQUILLA – No es un servicio público / AUTORIZACIÓN A LA SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. – No tiene como objeto la ejecución de una obra pública / AUTORIZACIÓN A LA SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. PARA LA REALIZACIÓN DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – No tiene el carácter de una concesión

[L]a Sala debe determinar si es cierto que el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, “por el cual se suprime la Corporación Autónoma del Carnaval y se concede autorización al Alcalde Mayor para participar en la creación de una sociedad de economía mixta”, otorgó una concesión a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para que explotara económicamente las vías y el espacio público del municipio de Barranquilla con la realización del carnaval. [...] Para el caso objeto de examen, se advierte que, tal y como lo alega la parte recurrente, no era posible aplicar retroactivamente la definición prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, [...]; esto en consideración a que, para el momento de la expedición del Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991, esa ley no había entrado en vigencia, y que las normas sobre contratos estatales que estaban vigentes y que regulaban la figura de la concesión eran la Ley 19 de 1982 y el Decreto Ley 222 de 1983. [...] En conclusión, en el marco normativo aplicable para el momento de la expedición del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, expedido por el

Concejo de Barranquilla, se regulaban dos clases de contratos de concesión, uno para obras públicas o como una modalidad de pago de una obra pública y otro para la prestación de servicios públicos. En el asunto objeto de examen, no se advierte la celebración de un contrato de concesión ni de obra pública, ni de servicios públicos [...] En el caso objeto de análisis, se observa que, mediante el Acuerdo 003 de 1991, el Concejo de Barranquilla autorizó la creación de una sociedad de economía mixta con unos objetivos específicos señalados en el artículo cuarto, los cuales giran en torno a la organización del Carnaval de Barranquilla, dentro de los cuales, evidentemente, no se definió la construcción, adecuación o mantenimiento de un bien inmueble de carácter público. Por lo tanto, no es cierto que mediante este acto se haya celebrado un contrato de concesión. Por otro lado, en relación con el contrato de concesión para la prestación de un servicio público, tampoco se advierte que el Carnaval de Barranquilla se trate de un servicio público que pueda estar sujeto a concesión en los términos del Decreto Ley 222 de 1983. [...] En este caso, el Carnaval de Barranquilla no reúne las características de un servicio público, principalmente porque se trata de una actividad de carácter cultural que se lleva a cabo en esa ciudad, tal como fue reconocida mediante la Ley 706 de 2001. [...] En este contexto, el Carnaval de Barranquilla se trata de una manifestación cultural protegida legal y constitucionalmente, más no un servicio público. [...] En este orden de ideas, a la luz del ordenamiento jurídico vigente para el momento de la expedición del Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991, no era posible que la autorización otorgada por el Distrito de Barranquilla a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. se tratara de una concesión, dado que no tenía por objeto la ejecución de una obra pública ni tampoco de la prestación de un servicio público. [...] En consecuencia, la Sala concluye que, contrario a lo manifestado por el apelante, la autorización otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. no era un contrato de concesión.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 82 / ACUERDO 033 DE 1991 (9 de septiembre) CONCEJO DE BARRANQUILLA / LEY 19 DE 1982 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 16 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 80 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 81 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 82 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 102 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 103 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 104 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 105 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 106 / DECRETO LEY 222 DE 1983 – ARTÍCULO 182 / DECRETO LEY 1050 DE 1968 – ARTÍCULO 8 / LEY 706 DE 2001 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 87 / LEY 9 DE 1989 / LEY 388 DE 1997

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 08001-23-31-703-2007-00342-01

Actor: CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. Y FUNDACIÓN CARNAVAL DE BARRANQUILLA

Demandado: DISTRITO DE BARRANQUILLA

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho – C.C.A

Acto acusado: Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007, “por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de carnavales en la vía 40”, expedido por el Distrito de Barranquilla.

Tesis: No incurre en causal de nulidad por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, el decreto por medio del cual se establecen unas limitaciones para el uso del espacio público en un carnaval que se lleva a cabo en un distrito, cuando previamente esa entidad territorial le había otorgado el derecho a la empresa organizadora del Carnaval a obtener una contraprestación económica por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo del evento y le había cedido el recaudo de las tarifas e impuestos relacionadas con la realización de aquél.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 28 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Subsección de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Carnaval de Barranquilla S.A. y Fundación Carnaval de Barranquilla en contra del Distrito de Barranquilla.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA

El 15 de mayo de 2007, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. y la Fundación Carnaval de Barranquilla, por intermedio de apoderado judicial, pretendieron la declaratoria de nulidad del **Decreto nro. 008 de 17 de enero de 2007**, “por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de Carnavales en la Vía 40”, expedido por el Alcalde del Distrito de Barranquilla, así:

“Primero. -Declare que el DECRETO No. 008 de 17 de enero de 2007, “POR MEDIO DEL CUAL SE ESTABLECEN UNAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE ESPACIO PÚBLICO PARA EL DESARROLLO DE DESFILES DE CARNAVALES EN LA VÍA 40”, expedido por el Alcalde del Distrito de Barranquilla, es NULO por haber sido proferido con abuso y desviación de poder por parte del Alcalde Distrital y en clara violación de las normas jurídicas que, en aplicación del principio de legalidad, enmarcan el ejercicio de sus competencias.

Segundo.-Que debidamente actualizadas y en los términos y cuantías que en el acápite especial de PERJUICIOS se mostrarán, se condene consecuentemente al auto del acto ilegal, es decir al DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA a reconocer, cancelar a favor de las DEMANDANTES los daños y perjuicios morales y materiales que por concepto de daño emergente y lucro cesante se le causaron y se le pueden seguir causando (si no se le suspende o deroga) por la expedición del Decreto 08 de 2.007.

Tercero. -Que de conformidad con lo que dispone el artículo 178 del C.C.A. la condena por las indemnizaciones impetradas se haga con los pertinentes ajustes con aplicación de los factores a que se refiere la norma o a cualquier otra que en el momento de proferir la sentencia; de todas las más favorable a los demandantes.

Cuarto. - Que como complemento del pleno restablecimiento del derecho y en aplicación del artículo 171 del C.C.A. condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho liquidadas según tarifa vigente de CONALBOS o la aplicable; de todas, la más favorable a nuestra acción.

Quinto. - Que en la sentencia se disponga dar estricta aplicación a lo normando por los artículos 176 y 177 del C.C.A. (...).”

I.1.2. Los hechos que fundamentan de la demanda, a juicio de la parte actora, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Manifestó que, mediante Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991, el Concejo del Distrito de Barranquilla facultó al alcalde de Barranquilla para que

creara un ente descentralizado de economía mixta, denominado Carnaval de Barranquilla S.A.

Expuso que el citado acuerdo otorgó una concesión a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla. Así mismo, le cedió el recaudo de los impuestos y tarifas relacionadas con las actividades del carnaval.

Indicó que estos derechos concedidos por el Acuerdo 033 de 1991 también quedaron plasmados en la Resolución nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, "*Por el cual se reglamenta el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991*", el Decreto 008 de 3 de enero de 1992, "*por medio del cual se fija la participación del municipio de Barranquilla en las disposiciones reglamentarias*", y la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, por medio de la cual se constituyó la sociedad de economía mixta Carnaval de Barranquilla S.A., vinculada al municipio de Barranquilla.

Relató que el 17 de enero de 2007, el alcalde (E) de Barranquilla profirió el Decreto 008 (demandado), "*Por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de Espacio Público para el desarrollo de desfiles de Carnaval en la Vía 40*".

A su juicio, en dicho acto administrativo, el ente territorial limitó y desconoció la concesión y las atribuciones que se le habían otorgado a CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. mediante los actos administrativos que le dieron origen, en la medida en que se dispuso que, para los efectos de la regulación del espacio público en los desfiles a realizarse en la Vía 40, con motivo del carnaval de Barranquilla, es obligación de toda persona, pública o privada, ceñirse a las disposiciones de ese decreto.

Explicó que, como consecuencia del acto acusado, el Instituto Distrital de Urbanismo y Control (en adelante IDUC) le impuso un recorte al plan de distribución y utilización del espacio público así:

- Solamente le autorizó la instalación de 35 palcos, es decir dos (2) menos de los 37 que tenía proyectados y contratados, lo cual significó una reducción de 546 usuarios por palco, equivalente a \$ 152.880.000.00

- Únicamente le autorizó la instalación de 550 minipalcos, es decir 130 menos de los que tenía proyectados y contratados, lo que equivale a una reducción de ingresos de \$78.000.000.oo.
- Por derechos publicitarios en los dos (2) palcos que no pudo colocar, dejó de percibir \$20.000. 000.oo.
- Por la ubicación de cada portal de los ocho (8) cuya instalación se impidió, dejó de percibir \$22.500. 000.oo en patrocinio y publicidad, es decir, que en total dejó de percibir \$ 180.000.000.oo por este concepto.

Adujo que, en aplicación del decreto demandado, *“el IDUC liquidó e impuso a la demandante el pago de derechos e impuestos por valor de (sic)”*

I.1.3. Cargos planteados en la demanda

Los cargos planteados en la demanda pueden sintetizarse de la siguiente manera:

A juicio de la parte actora, el acto acusado es contrario a los artículos 1, 2, 90, 209, 313 numerales 6, 7 y 9 y 315 numeral primero de la Constitución Política. También adujo que el acto demandado es contrario a los artículos 132 del Código de Régimen Político y Municipal; 43, 44, 73, y 74 del Código Contencioso Administrativo; 4, 6 y 10 del Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1999, proferido por el Concejo de Barranquilla; 5 y 6 de la Resolución nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, proferida por la Alcaldía de Barranquilla; y al Decreto 008 de 3 de enero de 1992, expedido por la Alcaldía de ese municipio.

Como explicación de esta contradicción normativa, sostuvo que el Distrito de Barranquilla, con la expedición del acto acusado, desconoció el Acuerdo 033 del nueve (09) de septiembre de 1991, la Resolución nro. 2911 del cinco (05) de noviembre de 1991 y el Decreto 008 de 3 de enero de 1992, que autorizaron la creación de la Sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., le otorgaron una concesión por la utilización transitoria de calles, avenidas y demás espacios públicos que sean necesarios para escenificar las fiestas del carnaval, y le cedieron el derecho a recaudar tarifas e impuestos por la realización del evento, lo cual quedó

plasmado en la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1991, por medio de la cual se constituyó la sociedad.

Manifestó que el alcalde del Distrito de Barranquilla, al momento de expedir el acto administrativo demandado, desconoció las competencias establecidas en el numeral 6 del artículo 313 constitucional, que otorga a los concejos municipales y distritales la potestad de determinar la estructura de la administración municipal, así como la creación de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales, y la constitución de empresas de economía mixta. Esto en la medida en que no se tuvo en cuenta la estructura administrativa del Distrito, que prevé la existencia de la sociedad de economía mixta Carnaval de Barranquilla S.A.

Indicó que el acto acusado desconoció el numeral 9 del artículo 313 de la Constitución, el cual otorga a los concejos municipales la competencia para dictar las normas necesarias para preservación y defensa del patrimonio cultural, ya que dicho acto interfirió en la organización del carnaval de Barranquilla y recortó los ingresos económicos necesarios para realizarlo.

Expuso que, si bien el decreto acusado tiene la apariencia de ser un acto administrativo general, lo cierto es que el mismo va dirigido de manera personalizada a un ente particular, la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. Por lo tanto, se violaron los artículos 43 y 44 del C.C.A. que establecen que los actos administrativos de carácter general deben ser publicados en el diario oficial, o en el diario, gaceta o boletín local y que las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, representante o apoderado; y en el caso concreto, no se publicó y mucho menos se notificó dicho acto a las demandantes.

Afirmó que el acto acusado no siguió el procedimiento establecido para la revocatoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto previsto en los artículos 73 y 74 del C.C.A., que establecen el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular del derecho. Esto en la medida en que revocó unilateralmente los derechos que le habían sido concedidos a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. por el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991 y sus normas reglamentarias.

I.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Durante la oportunidad procesal correspondiente, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla no contestó la demanda.

I.3. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 28 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo del Atlántico (en adelante el Tribunal), negó las pretensiones de la demanda.

Como problema jurídico planteó el siguiente: *“si el acto administrativo demandado debe declararse nulo al haber reducido el espacio en el cual, las demandantes podrían ejercer sus actividades comerciales durante las festividades del Carnaval de Barranquilla en el año 2007, consistente en la instalación de palcos y minipalcos y venta de entradas a los mismos, vallas publicitarias, entre otras.; y consecuentemente ordenar el restablecimiento del derecho, materializado en el reconocimiento de los perjuicios de tipo económicos que se reclaman.”*

Respecto de este problema el tribunal advirtió que el numeral 7° del artículo 313 de la Constitución Política preceptúa que corresponde a los concejos municipales, reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. De tal disposición coligió que la competencia para reglamentar el uso del suelo está radicada en cabeza de dichas corporaciones públicas.

Adujo que, mediante el Acuerdo nro. 003 de 9 de septiembre de 1991, el Concejo Municipal de Barranquilla estableció en el numeral sexto que se autorizaba al Alcalde para aportar hasta \$150.000.000.00 como participación del 51% de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., y en el literal b) de dicha norma, se indicó que \$100.000.000.00 de ese valor correspondía al valor de la concesión por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla.

Explicó que mediante el Decreto nro. 008 del tres (03) de enero de 1992, el alcalde de Barranquilla fijó la participación de dicha entidad territorial en la Sociedad demandante, indicando en el numeral segundo, que la concesión a la

que se hacía referencia en el literal b) del artículo sexto del Acuerdo No. 033, esto es, la utilización de calles, avenidas y demás espacios públicos, se haría por un término de 50 años.

De acuerdo con lo relatado en precedencia, advirtió que, si bien las normas expedidas por las autoridades distritales concesionaron en favor de la Sociedad Carnaval de Barranquilla la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos, ello no significa, per se, que se esté concesionando el uso del suelo, pues el dominio sobre el mismo radica de manera exclusiva en el estado, y su reglamentación a nivel territorial en los concejos municipales.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 82 de la Constitución Política, consideró que las normas emanadas del Concejo Municipal de Barranquilla y el Municipio de Barranquilla expedidas entre los años 1991 y 1992, relacionadas con el uso de la Vía 40 y otros espacios públicos para el desarrollo de los desfiles del carnaval, en realidad, lo que estaban concesionando, era la plusvalía que generara las actividades allí desarrolladas, ejecutadas por la Fundación Carnaval de Barranquilla y la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A.

En consecuencia, a su juicio, la accionante no puede pretender que, con base en normas de alcance municipal, se pretenda desconocer la Constitución Política de 1991; no solo porque la reglamentación de los usos del suelo es competencia del Concejo del Distrito de Barranquilla, sino porque el citado artículo 82 impone al Estado la obligación de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. Así mismo, indica que las entidades públicas regularán la utilización del espacio público en defensa del bien común y tendrán derecho a participar en la plusvalía que genere su actuación urbanística.

Estimó que, si bien es cierto en el Acuerdo Distrital 033 de 1991 se hace referencia a la concesión del espacio público en favor de la Sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., lo cierto es que, con la expedición de la Ley 80 de 1993, no puede considerarse tal actividad como una concesión, como quiera que el artículo 32 de dicho estatuto define tal figura como un contrato estatal, en los siguientes términos:

"Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, 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" .

En consecuencia, como quiera que en el caso concreto no existe un contrato estatal de concesión, no puede considerarse que en efecto se concesionó la disposición del uso del suelo, sino que tan solo se le autorizó o permitió su uso temporal para el normal desarrollo de las actividades culturales o desfiles propios del carnaval de Barranquilla.

Sobre este punto, citó la sentencia de 2 de diciembre de 1999¹, proferida por el Consejo de Estado, en la cual se señaló el carácter no absoluto de los términos en que se conceden permisos o licencias, debido al interés público involucrado en su objeto, lo que descarta que puedan predicarse derechos adquiridos.

Bajo esa directriz jurisprudencial concluyó que, tratándose de actos administrativos que otorgan autorizaciones para el desarrollo de una actividad, que para el presente caso es la utilización de la Vía 40 para el montaje y comercialización de palcos y minipalcos en dicha avenida, pueden ser revocados oficiosamente por la entidad que las concedió, sin que medie el consentimiento del interesado, pues esta facultad se entiende ejercida en pro del correcto uso del suelo, del desarrollo urbanístico y del patrimonio ecológico, por lo que no genera derechos adquiridos y absolutos en favor del directo afectado.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente núm. 5692, Magistrado Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

A contrario sensu, manifestó que, con el acto demandado, lo que se pretende es garantizar el disfrute del Carnaval de Barranquilla a todos los habitantes del Distrito, al haberse reservado espacios para el disfrute de las personas o espectadores de pie que disfrutarían de los desfiles de manera gratuita. Por otro lado, por razones de seguridad, se prohibió la instalación de palcos y minipalcos en zonas con amenaza de arroyos y/o cercanas a estaciones de servicios.

Por todo lo anterior, estimó que las sociedades demandantes no lograron desvirtuar la presunción de legalidad del Decreto nro. 008 de 2007, pues el mismo fue expedido por razones de interés general, el cual, en todo caso, debe primar frente al interés particular perseguido por aquellas.

Por otro lado, en relación con la notificación del acto administrativo demandado, consideró que ese argumento no da lugar a la declaratoria de nulidad, toda vez que la falta de publicidad no es una causal de nulidad.

Explicó que la publicidad debe entenderse como presupuesto básico para la eficacia de los actos administrativos, pero no para su validez, pues dentro de los atributos básicos de las manifestaciones de la voluntad de la administración, el presupuesto de la divulgación es un elemento necesario para su obligatoriedad y ejecutividad respecto de los interesados.

En gracias de discusión, expuso que, de todas formas, tal como consta a folios 372 a 374, el Decreto demandado se publicó en la Gaceta Distrital nro. 270 de 31 de enero de 2007.

I.4. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos.

En primer lugar, cuestionó el problema jurídico planteado por el *a quo*, pues, a su juicio, este no recoge sus planteamientos. Indicó que el problema que debió plantearse debió ser el siguiente:

“Determinar si con la expedición del acto demandado, el Distrito de Barranquilla violó el marco jurídico que delimita sus competencias y sí

además, con el mismo, en violación del artículo 74 del C.C.A. revocó implícitamente derechos de naturaleza particular que en beneficio del ente descentralizado CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A., de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 33 de septiembre 9 de 1.991 y su Decreto Reglamentario No. 8 de enero 3 de 1.992, habían sido otorgados a la sociedad de economía mixta, por virtud de los cuales se le otorgó el beneficio de recaudar y administrar los impuestos derechos y demás rentas e ingresos relacionados con las diferentes actividades del carnaval y especialmente los siguientes a) impuesto del carnaval ... c) Las inscripciones de candidatas, bailes, pickups, casetas y similares y hoteles, conforme a la reglamentación que adopte la Junta Directiva de la Sociedad, d) Los demás que se obtengan con la realización de eventos organizados por la sociedad antes, durante s y después del carnaval, como el festival de orquestas ... e) Todos los derechos de radio, prensa, televisión y cualquier otro medio publicitario y además el derecho a la utilización "concesión" temporal del espacio público requerido para la escenificación de las fiestas canestolendas, todo de conformidad con lo pactado en la Escritura Pública No. 9 de 1.992 de la Notaría Quinta de Barranquilla."

A su juicio, el fallador de primera instancia se centró solamente en argumentar la utilización del espacio público, omitiendo valorar el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991 y el Decreto 008 de enero 3 de 1992, así como la voluntad societaria vertida en la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, llegando a la simplista conclusión de que, al no ser éstos equiparables a un contrato estatal de concesión, el ente territorial no puede verse obligado a cumplir lo convenido.

El Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991 y su Resolución reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991 le confirieron unos derechos, como el de la utilización transitoria del espacio público que se estimara necesaria para escenificar las fiestas del carnaval.

En segundo lugar, consideró que el tribunal también se equivocó al dejar de lado el análisis de la Resolución nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, "por la cual se reglamenta el acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991", en tanto que, al ser un acto jurídico antecedente, cobijado por la presunción de legalidad, le es aplicable y por tanto limita las competencias del ente territorial.

En tercer lugar, manifestó que se debe recordar que el Decreto 8 de 3 de enero de 1992, expedido por el Alcalde "*En uso de sus facultades legales y, en especial las conferidas en el artículo 20 del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991 y el Artículo 50 numeral 7 de la Ley 49 de 1987*", invocó como consideraciones las siguientes:

"1. Que mediante acuerdo No. 033 de septiembre 9 de 1991, el Honorable Concejo Municipal de Barranquilla, autorizó al Municipio para participar como accionista en una Sociedad de Economía Mixta denominada "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. " 2- Que el mencionado acuerdo señaló como aporte del Municipio, los activos que resultaren de la liquidación de la Corporación Autónoma del Carnaval, más el valor de la concesión por la utilización de calles, avenidas y demás espacios públicos, avaluada en la suma de CIEN MILLONES DE PESOS, más un aporte en dinero efectivo de CINCUENTA MILONES DE PESOS(...) Argumentos que a su juicio le sirven para decretar: "ARTÍCULO PRIMERO: El Municipio de Barranquilla, participará en la Sociedad "Carnaval de Barranquilla S.A." con un aporte inicial de SESENTA MILLONES DE PESOS (\$60.000.000.00) de los cuales CINCUENTA MILLONES DE PESOS. (\$50.000.000.00) se aportarán en dinero en efectivo y los DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000.00) restantes, corresponden al valor anticipado de la concesión por los primeros cinco años.

ARTÍCULO SEGUNDO: la concesión por la utilización de calles, avenidas y demás espacios públicos, a que se refiere el literal 8 del Artículo Sexto del Acuerdo 33, se aportará a la Sociedad "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A." por un término de cincuenta años, igual al definido en el Acuerdo como de duración de la Sociedad para efectos de la cuantificación de tales aportes, el Municipio de Barranquilla, con base en el avalúo realizado por el Concejo, aportará al capital de la Sociedad "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. (resaltado fuera del texto), tal valor por quinquenios anticipados, es decir, que inicialmente y luego al vencimiento de cada período de cinco años de la duración de la concesión, se incrementará el aporte del Municipio en la suma de IDEZ MILLONES DE PESOS M.L hasta completar el valor total de la concesión."

Este decreto no fue tenido en cuenta por el Tribunal, y en el mismo se consagran los derechos concedidos en favor de Carnaval de Barranquilla S.A., los cuales pasaron a formar parte del aporte en especie que para la constitución de la sociedad fue hecho por el Distrito, como consta en la Escritura Pública de constitución de la sociedad nro. 9 de 1992.

Los derechos en comento se desconocen cuando el decreto demandado resuelve que *"Las licencias para la ocupación temporal del espacio público, deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital, de conformidad con el Decreto Nacional No. 564 de 2006, previa solicitud del permiso que deberá tramitarse ante el Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC"*, y conmina con apremio de multa el incumplimiento de las disposiciones del decreto.

En cuarto lugar, indicó que, en relación con el argumento del *a quo*, consistente en que no es de recibo la supuesta pretensión de la actora de dar primacía a una noma de alcance municipal sobre normas de orden constitucional, indicó que en realidad es la demandada y el tribunal quienes desconocen la competencia que el numeral 9 del Art. 313 constitucional le otorga a los Concejos para *"Dictar las normas necesarias para la preservación y defensa del patrimonio cultural"*. Esto en la medida en que con la expedición del acto demandado se vulneraron las disposiciones del Acuerdo 033 de 1.991, donde el Concejo, en ejercicio de su competencia, había autorizado a Carnaval de Barranquilla S.A. para *"Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio."*

Esta atribución resultó vulnerada en la medida en que interfirió en la organización del evento, pero además se recortaron los ingresos económicos necesarios para el patrocinio de los grupos que hacen el carnaval.

En quinto lugar, indicó que el tribunal yerra de manera grave al sustentar su decisión en la institución contractual de la "concesión", regulada en la Ley 80 de 1993, por las siguientes razones: 1) Porque se fundamenta en una noma posterior a los actos administrativos que le otorgaron la concesión, lo cual es contrario al principio de irretroactividad de la ley y a la seguridad jurídica; 2) Porque soslaya evidenciar que el acuerdo societario vertido en la Escritura Pública nro. 9 de 1992 de la Notaría Quinta de Barranquilla, en tanto que pacto multilateral y oneroso que atribuye a la sociedad "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. el derecho para el

uso y la explotación temporal del para la escenificación de las fiestas del Carnaval de Barranquilla”, sí es un verdadero contrato de concesión, ya que le otorga a la sociedad el derecho a usar y explotar temporalmente el espacio público a cambio de una remuneración, que se convierte en su aporte al capital social.

Ahora bien, frente al carácter policivo que el fallador pretende darle a la concesión hecha por el entonces Municipio de Barranquilla, en lo atinente al uso del espacio para el desarrollo de las actividades propias del Carnaval de Barranquilla, manifiesta que ésta se dio en el marco del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1.991 y del Decreto 008 de enero 3 de 1992, por lo que no pueden tomarse o equipararse las anteriores disposiciones a un simple permiso para uso de suelo, como el que se le daría a unos vecinos para cerrar la vía por una noche para montar una verbena. Su concesión no es revocable, y si se procede en contrario, como lo ha hecho el Distrito en el Decreto 008 de 2007 que se demanda, este debe ser anulado y la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. debidamente reparada.

Por último, adujo que también constituyen razón de inconformidad la falta de pronunciamiento del tribunal en relación con la ilegalidad que implica la imposición de cobro por uso de espacio público que el decreto demandado le impuso a "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A., así como la sustracción del derecho a recaudo que en favor de "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. le había otorgado el Acuerdo 033 de 1.991, al disponerse ahora que *“Las licencias para la ocupación temporal del espacio público, deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital, de conformidad con el Decreto Nacional No. 564 de 2006, previa solicitud del permiso que deberá tramitarse ante el Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC”*.

I.5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

I.5.1. Mediante auto de 29 de marzo de 2016, el Despacho sustanciador admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2014, por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

I.5.2. En auto de 10 de junio de 2016, el Despacho corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado para que, si así lo considera, formule su concepto.

I.5.1.1. El Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, por intermedio de apoderado judicial, solicitó confirmar la sentencia apelada, con fundamento en los siguientes argumentos:

- *Inexistencia de contrato de concesión*

En primer lugar, indicó que la facultad que el Distrito de Barranquilla concedió a Carnaval de Barranquilla relacionada con el uso del espacio público para el desarrollo de las fiestas del carnaval, no puede entenderse como un contrato de concesión, porque, si bien dentro de las competencias otorgadas a los concejos municipales en el artículo 313 de la Constitución Política, está la de reglamentar los usos del suelo, no significa esto que, con la expedición del Decreto 008 de 2007, se haya transgredido esa disposición.

En relación con el contrato de concesión, indicó que, antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, no se consideraba como una tipología independiente de contrato, sino que se trataba una forma de pago al contratista, por el valor de una obra pública.

Explicó que la norma vigente para el momento de la expedición del Acuerdo 033 de 1991 y de la Resolución nro. 2911 era el Decreto Ley 222 de 1983, el cual, en su artículo 102, señalaba lo siguiente: *“Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.”*

De lo anterior se vislumbra que la figura de la concesión era, antes de la expedición de la Ley 80 de 1993, una forma de pago de las obras públicas ejecutadas por el contratista, que consistía en derechos o tarifas que éste podía cobrar a los usuarios por un tiempo determinado, previa aprobación de la autoridad competente.

Estimó que mal haría el juez en respaldarse en la concesión para resolver este caso, toda vez que esta es una figura propia de la contratación estatal, aplicable como una modalidad de pago del precio de los contratos de obra pública, más no aplicable a aquellos en los que la administración confiera una licencia o una autorización, que fue lo que precisamente ocurrió en el presente asunto.

Manifestó que tampoco es de recibo el argumento de la parte actora, consistente en que el derecho para el uso y la explotación temporal del espacio público para la escenificación de fiestas del carnaval de Barranquilla sí es un verdadero contrato de concesión, ya que le otorga a la sociedad el derecho de usar y explotar temporalmente el servicio público de vías y espacio público a cambio de una remuneración. Esto en la medida en que el Carnaval de Barranquilla es una actividad cultural pero no puede tenerse como un servicio público, como sí lo son la educación o la seguridad social.

- *Competencia para reglamentar los usos del suelo*

Frente a las facultades otorgadas en la Constitución Política a los concejos municipales, el artículo 313 de la Constitución Política señala que les corresponde, entre otras cosas, reglamentar los usos del suelo, y dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, atribución que se desarrolla en la Ley 388 de 1997 y que señala varios objetivos en la reglamentación del uso del suelo.

En observancia de estas disposiciones, a su juicio, el permiso otorgado a Carnaval de Barranquilla S.A. por el Concejo de Barranquilla a través del Acuerdo 033 de 1991, no puede tratarse de la explotación del suelo, pues la facultad de la que trata el artículo 313 de la Constitución Política se refiere al ordenamiento territorial, a la definición de áreas urbanas y rurales, a la protección del medio ambiente y prevención de desastres, más no al desarrollo de una actividad cultural como lo son estas fiestas en el espacio público del Distrito.

I.5.1.2. La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, reiteró los argumentos del recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia.

I.5.1.3. El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1 COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 129 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 de 1984 y 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto.

II.2. Connotación jurídica de la autorización otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A.

De manera previa al planteamiento de los hechos relevantes del caso y del problema jurídico, la Sala observa que un punto importante en el cual se fundamentan las pretensiones de la parte actora tiene que ver con la connotación jurídica que se le debe dar, en el caso concreto, a la autorización otorgada a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para recibir una contraprestación como consecuencia de la utilización de las calles, vías y el espacio público en general para la realización del Carnaval de Barranquilla.

A juicio de la parte recurrente, el Acuerdo Distrital nro. 033 de 1991 le otorgó una concesión por la utilización del espacio público para la realización del Carnaval. Esto en la medida en que, desde su punto de vista, este acto administrativo le dio el derecho a usar y explotar temporalmente las vías y el espacio público en general de Barranquilla para la realización del evento, a cambio de una remuneración, que se convierte en su aporte al capital social de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. Esto significa, desde su perspectiva, la configuración de un verdadero contrato de concesión y no un simple permiso para usar el espacio público como lo estimó el *a quo*.

Para efectos de resolver este problema, la Sala debe determinar si es cierto que el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, *“por el cual se suprime la Corporación Autónoma del Carnaval y se concede autorización al Alcalde Mayor para participar*

en la creación de una sociedad de economía mixta”, otorgó una concesión a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para que explotara económicamente las vías y el espacio público del municipio de Barranquilla con la realización del carnaval.

A este respecto, la Sala se permite transcribir el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, expedido por el Concejo de Barranquilla, así:

“Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991

“Por el cual se suprime la Corporación Autónoma del Carnaval y se concede autorización al Alcalde Mayor para participar en la creación de una sociedad de economía mixta”

EL CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANQUILLA

En uso de sus facultades legales y en especial las conferidas en el Artículo 92, numeral 4 del Decreto 1333 de 1986, Código del Régimen Municipal,

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: Suprímase la Corporación Autónoma del Carnaval y ordénese iniciar el proceso de liquidación.

*ARTÍCULO SEGUNDO: Autorízase al Alcalde Mayor de Barranquilla por el término de cuatro (4) meses contados a partir de la vigencia del presente Acuerdo **para promocionar y participar en la creación de una sociedad de Economía Mixta denominada “CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A.” cuya duración será de 50 años.***

*ARTÍCULO TERCERO: El Municipio de Barranquilla **participará por lo menos con un 51% del capital social.***

ARTÍCULO CUARTO: CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. tendrá por objeto:

- 1- Promover, fomentar, organizar y llevar a cabo todas las actividades y certámenes encaminados al buen éxito del Carnaval y en general, apoyar todo evento que vaya en beneficio de la protección del turismo, el folclor y la cultura de la Nación.**
- 2- Organizar el carnaval de Barranquilla nacional e internacionalmente.**
- 3- Promover la ciudad de Barranquilla y su actividad carnestolénica a nivel nacional e internacionalmente durante todo el año.**
- 4- Organizar, participar y promover todo tipo de reinados y eventos nacionales e internacionales, tendientes a promover turísticamente el Carnaval de Barranquilla.**

ARTÍCULO QUINTO: Los activos que presenten de la liquidación de la Corporación Autónoma del Carnaval constituirán parte del aporte social que el municipio de Barranquilla efectúe a favor de CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A.”

*ARTÍCULO SEXTO: Además de la participación establecida en el artículo anterior, se autoriza al Alcalde para aportar hasta ciento cincuenta millones de pesos \$150.000.000.00 como participación del 51% de la nueva sociedad en la siguiente forma: a) \$50.000.000.00 como aporte en dinero efectivo. b) **\$100.000.000 valor de la concesión por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla.”***

ARTÍCULO SÉPTIMO: La Junta Directiva del CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. estará conformada por diez (10) miembros con su respectivo suplente de la siguiente manera: (...)

ARTÍCULO OCTAVO: La sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. tendrá un representante legal, escogido por la Junta Directiva, tal como lo establece el código de comercio.

ARTÍCULO NOVENO: El control fiscal sobre la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. se ejercerá por la Contraloría Municipal bajo la modalidad de control posterior.

ARTÍCULO DÉCIMO: Las utilidades que genera "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. en cada ejercicio fiscal serán distribuidos de la siguiente manera: a) 80% para reinversión en desarrollo del objeto social; b) 10% para el Asilo de San Antonio; c) 10% para la Sala de quemados del Hospital Pediátrico.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Cédanse a favor de la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. los impuestos y derechos relacionados con las diferentes actividades del carnaval y especialmente los siguientes:

- a) Impuesto del Carnaval.**
- b) Los auxilios, contribuciones, donaciones y aportes de la Empresa Privada y Entidades Oficiales.**
- c) Las inscripciones de candidatas, bailes, pick – up, casetas y similares y hoteles, conforme a la reglamentación que para tal efecto adopte la Junta Directiva del CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A."**
- d) Las demás que se obtengan con la realización de eventos organizados por "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A." antes, durante y después del Carnaval, como el Festival de Orquestas y otros cuya organización, dirección y recursos obtenidos serán de la sociedad "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A."**
- e) Todos los derechos de radio, prensa y televisión y cualquier otro medio publicitario.**

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: La Junta Directiva del organismo creado mediante el presente Acuerdo, deberá presentar al Concejo Municipal de

Barranquilla la programación total de cada Carnaval hasta los primeros 15 días del mes de Noviembre de cada año para su aprobación definitiva por parte de la Corporación.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: El presente Acuerdo rige a partir de su publicación y deroga todas las medidas que le sean contrarias.”

Sobre este punto, la Sala observa que en dicho acto administrativo se hace referencia a que el Distrito de Barranquilla aportará 150 millones como participación del 51% del capital de esa sociedad, de los cuales, 100 millones corresponden al valor de *“la concesión por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla”*.

Para el caso objeto de examen, se advierte que, tal y como lo alega la parte recurrente, no era posible aplicar retroactivamente la definición prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*; esto en consideración a que, para el momento de la expedición del Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991, esa ley no había entrado en vigencia, y que las normas sobre contratos estatales que estaban vigentes y **que regulaban la figura de la concesión** eran la Ley 19 de 1982 y el Decreto Ley 222 de 1983.

La Ley 19 de 1982, *“por la cual se definen nuevos principios de los Contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones”*, establecía en su artículo primero que: *“Son contratos administrativos además de los que se señalen en ejercicio de las facultades que se otorgan por la presente Ley, los de obras públicas, los de prestación de servicios, **los de concesión de servicios públicos**, los de explotación de bienes del Estado, y los de suministros. Se denominan de obras públicas los contratos que se celebren para la ejecución de obras; **de concesión de servicios públicos aquellos mediante los cuales se encomienda a una persona natural o jurídica la gestión de un determinado servicio**; de suministros, los contratos que comprenden la adquisición de bienes muebles por la administración en forma sucesiva y por precios unitarios; de*

prestación de servicios los regulados bajo esa denominación en el Decreto-ley 150 de 1976. (...) (Se destaca)

Por su parte, el Decreto Ley 222 de 1983, “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*”, establecía en su artículo 16 los distintos tipos de contratos administrativos y mencionó la “*concesión de servicios públicos*”.

En concordancia con ello, el artículo 80 de ese estatuto estableció las diversas clases de contratos, así: “*de obras públicas, de consultoría, de suministro, de compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, **concesión de servicios públicos**, de correos, acuñación de moneda metálica y de billetes, empréstito y seguros.*”

La regulación sobre la concesión de servicios públicos estaba prevista en el capítulo 14 del Decreto Ley 222 de 1983, concentrada en el servicio público de telecomunicaciones. En su artículo 182 establecía que este tipo de concesión consistía en aquellos contratos “*por medio de los cuales el Estado permite a las personas naturales o jurídicas, en forma temporal, la explotación de frecuencias, bandas y canales, por líneas físicas o de radio que le pertenecen, con o sin utilización de sus instalaciones.*” Estos contratos se subdividían en la prestación de servicios de correspondencia pública y privada, de servicios especiales de telecomunicaciones, de estaciones experimentales, de estaciones de radioaficionados, de la prestación del servicio de radiodifusión, de espacios de televisión.

El Decreto Ley 222 de 1983 también reguló, entre sus artículos 102 a 106, el **contrato de obra pública por concesión**. De estos artículos se destaca la definición de este tipo de contrato y sus características, así:

“Contratos de obra pública por el sistema de concesión.

*Artículo 102. **De la definición del contrato de concesión de obra pública.** Mediante el sistema de **concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra***

pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.

Artículo 103. De la adjudicación del contrato de obra pública por concesión. Los contratos de obras públicas por el sistema de concesión se adjudicarán siempre en licitación pública.

(...)"

Como puede apreciarse, el sistema de concesión **para obras públicas** consistía en un contrato mediante el cual una persona, llamada concesionario, se obligaba, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas. Estos contratos se adjudicaban siempre mediante licitación pública.

En concordancia con lo anterior, el artículo 82 del estatuto en comento preceptuaba la concesión, también como una forma de pago de los contratos de obra pública, así:

Artículo 82. De las formas de pago en los contratos de obra. Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:

- 1. Por un precio global.*
- 2. Por precios unitarios, determinando en monto de la inversión.*
- 3. Por el sistema de administración delegada.*
- 4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y*

5. Mediante el otorgamiento de concesiones.” (Se destaca)

En conclusión, en el marco normativo aplicable para el momento de la expedición del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, expedido por el Concejo de Barranquilla, se regulaban dos clases de contratos de concesión, uno para obras públicas o como una modalidad de pago de una obra pública y otro para la prestación de servicios públicos.

En el asunto objeto de examen, no se advierte la celebración de un contrato de concesión ni de obra pública, ni de servicios públicos, como se expone a continuación.

En relación con la concesión para obras públicas, el artículo 81 del Decreto Ley 222 de 1983 define los contratos de obra pública como *“los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración **de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público**”*.

En el presente caso, la naturaleza jurídica y el objeto de las sociedades de economía mixta, para la época de expedición del Acuerdo 033 de 1991, estaba regulada en los Decretos-Leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976. De conformidad con el artículo 8 del Decreto Ley 1050 de 1968, las sociedades de economía mixta: *“Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales **con aportes estatales y de capital privado**, creados por la ley o autorizadas por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. El grado de tutela y, en general, **las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades determinan en la ley que las crea o autoriza** y en el respectivo contrato social”*. (Se destaca)

En el caso objeto de análisis, se observa que, mediante el Acuerdo 003 de 1991, el Concejo de Barranquilla autorizó la creación de una sociedad de economía mixta con unos objetivos específicos señalados en el artículo cuarto², los cuales

² ARTÍCULO CUARTO: CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. tendrá por objeto:

giran en torno a la organización del Carnaval de Barranquilla, dentro de los cuales, evidentemente, no se definió la construcción, adecuación o mantenimiento de un bien inmueble de carácter público. Por lo tanto, no es cierto que mediante este acto se haya celebrado un contrato de concesión.

Por otro lado, en relación con el contrato de concesión para la prestación de un servicio público, tampoco se advierte que el Carnaval de Barranquilla se trate de un servicio público que pueda estar sujeto a concesión en los términos del Decreto Ley 222 de 1983.

En efecto, para la fecha de expedición del Acuerdo municipal 003 de 9 de septiembre de 1991 ya estaba vigente la Constitución de 1991 (promulgada el 6 de julio de 1991), la cual preceptúa, en sus artículos 48 y 67, la seguridad social (salud, pensión, riesgos profesionales) y la educación, como servicios públicos. La Seguridad social entendida como “**un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.**” La educación entendida como “**un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social;**” (Se destaca)

Por su parte, el capítulo 5 de la Constitución Política regula la finalidad social del Estado y de los servicios públicos, y en sus artículos 365 y 366, respecto de la definición de servicios públicos preceptúa lo siguiente:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por

-
- 1- Promover, fomentar, organizar y llevar a cabo todas las actividades y certámenes encaminados al buen éxito del Carnaval y en general, apoyar todo evento que vaya en beneficio de la protección del turismo, el folclor y la cultura de la Nación.
 - 2- Organizar el carnaval de Barranquilla nacional e internacionalmente.
 - 3- Promover la ciudad de Barranquilla y su actividad carnestolénica a nivel nacional e internacionalmente durante todo el año.
 - 4- Organizar, participar y promover todo tipo de reinados y eventos nacionales e internacionales, tendientes a promover turísticamente el Carnaval de Barranquilla.

comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

ARTÍCULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (...) (Se destaca)

Como puede observarse, por mandato constitucional los servicios públicos guardan una relación intrínseca con la finalidad social del Estado colombiano y una de sus características consiste en asegurar su prestación eficiente **a todos los habitantes del territorio nacional.**

En este caso, el Carnaval de Barranquilla no reúne las características de un servicio público, principalmente porque se trata de una actividad de carácter cultural que se lleva a cabo en esa ciudad, tal como fue reconocida mediante la Ley 706 de 2001³.

En concordancia con ello, el artículo 72 de la Constitución Política preceptúa que: *“El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se*

³ Congreso de la República declaró patrimonio cultural de la Nación el Carnaval del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y le reconoció la especificidad de la cultura caribe, a la vez que le brindó protección a sus diversas expresiones.

encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.”

En este contexto, el Carnaval de Barranquilla se trata de una manifestación cultural protegida legal y constitucionalmente, más no un servicio público.

Adicionalmente, en el Acuerdo 003 de 9 de septiembre de 1991, que autorizó la creación de la sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A., se estableció en su artículo 4 los objetivos de esta sociedad⁴, entre los cuales no se observa que haya sido facultada para la prestación de un servicio público; los objetivos giran en torno a organizar, promover, fomentar y llevar a cabo una actividad cultural (Carnaval de Barranquilla).

Por lo tanto, tampoco es posible que, a la luz del Decreto Ley 222 de 1983, a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. se le hubiere otorgado una concesión para la prestación de un servicio público, pues la norma que autorizó la constitución de esta sociedad, no la habilitó para ese fin, sino para efectuar una actividad cultural concreta.

En este orden de ideas, a la luz del ordenamiento jurídico vigente para el momento de la expedición del Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991, no era posible que la autorización otorgada por el Distrito de Barranquilla a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. se tratara de una concesión, dado que no tenía por objeto la ejecución de una obra pública ni tampoco de la prestación de un servicio público.

Ahora bien, tampoco es acertado cuando el recurrente afirma en su recurso de apelación que el contrato de concesión se encuentra vertido en la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, como quiera que en esta escritura obra el contrato de constitución de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., en cumplimiento de lo ordenado por el Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991,

⁴ *ARTÍCULO CUARTO: CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. tendrá por objeto:*

- 5- Promover, fomentar, organizar y llevar a cabo todas las actividades y certámenes encaminados al buen éxito del Carnaval y en general, apoyar todo evento que vaya en beneficio de la protección del turismo, el folclor y la cultura de la Nación.*
- 6- Organizar el carnaval de Barranquilla nacional e internacionalmente.*
- 7- Promover la ciudad de Barranquilla y su actividad carnestolénica a nivel nacional e internacionalmente durante todo el año.*
- 8- Organizar, participar y promover todo tipo de reinados y eventos nacionales e internacionales, tendientes a promover turísticamente el Carnaval de Barranquilla.*

que dispuso la creación de una sociedad de economía mixta que se encargara de organizar y realizar el carnaval de Barranquilla. En acatamiento de ese acuerdo, en el artículo 77 del contrato de constitución de la sociedad se reguló el capital aportado por el municipio de barranquilla donde se vuelve a hacer referencia a la expresión “concesión”, así:

*“El capital pagado por parte del municipio de Barranquilla en el acto de constitución, o sea, la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000.00) **corresponde al aporte en especie de que trata el literal b) del artículo sexto del Acuerdo 33 de 1991, emanado del Concejo de Barranquilla,** aporte este que consiste en liberar como capital pagado los primeros cinco años de la concesión por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos. La concesión anotada, que se realiza en el presente acto por un término de 50 años contados desde la fecha de constitución de la sociedad, se aportará en especie como capital pagado, por quinquenios anticipados, es decir, que inicialmente y luego al vencimiento de cada periodo de cinco años de cinco años de la duración de la concesión, se incrementará el aporte del municipio en la suma de Diez Millones de pesos hasta completar el valor total de la concesión.” (Se destaca)*

Como puede apreciarse, la referencia que se hace a la expresión “concesión” se da en cumplimiento de lo dispuesto en el literal b) del artículo sexto del Acuerdo 33 de 1991, donde también se utiliza esa palabra, pero que en estricto sentido no se trata de un contrato de concesión en donde las partes se hayan puesto de acuerdo para realizar una manifestación de la voluntad con las características de este tipo de contratos según la explicada regulación de la época; se trata de un acuerdo municipal por medio del cual se autoriza la constitución de una sociedad de economía mixta.

En consecuencia, la Sala concluye que, contrario a lo manifestado por el apelante, la autorización otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. no era un contrato de concesión.

Adicionalmente, se observa que el Concejo de Barranquilla autorizó a la administración para constituir una sociedad de economía mixta, lo que supone entonces que, mediante la escritura pública respectiva, la administración distrital celebró un contrato de sociedad, en el cual concurrieron los demás socios; y que

el aporte de la administración (contraprestación debida), es, entre otros asuntos, el uso del espacio público, previamente valorado en la suma de \$100.000.000.

Desde esta perspectiva, si el aporte o contraprestación se denomina concesión o no, es un asunto irrelevante.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala advierte que lo que en el fondo se está discutiendo es lo siguiente. En primer lugar, si como consecuencia del acto demandado, el Distrito de Barranquilla incumplió las obligaciones que se derivan del contrato de sociedad que ha celebrado mediante escritura pública, y en especial, si incumplió con la obligación de aportar la suma a la cual se comprometió. En segundo lugar, se discute, independientemente del contrato de sociedad, si es cierto que el acto administrativo demandado revocó de manera general los derechos que el Acuerdo 33 de 1991 le concedió a la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. consistentes en: i) la autorización para obtener una contraprestación por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla; y ii) el recaudo de los impuestos y tarifas relacionadas con las diferentes actividades del carnaval.

II.3. Derechos concedidos en favor de Carnaval de Barranquilla S.A.

Otro punto que la Sala estima importante dilucidar de manera previa al planteamiento de los hechos probados y del problema jurídico, consiste en determinar si es cierto que el acto administrativo demandado revocó los derechos que el Acuerdo 33 de 1991 le concedió a la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A., consistentes en: i) la autorización para obtener una contraprestación por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla; y ii) el recaudo de los impuestos y tarifas relacionadas con las diferentes actividades del carnaval.

Esto en consideración a que, a juicio de la parte recurrente, el acto acusado revocó los citados derechos, en la medida en que resolvió que las licencias para la ocupación temporal del espacio público deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital, de conformidad con el Decreto Nacional nro. 564 de 2006, previa solicitud del permiso que deberá tramitarse ante el Instituto Distrital de

Urbanismo y Control IDUC, conminando con apremio de multa el incumplimiento por parte de cualquier persona.

Al respecto, la Sala observa que, en relación con la autorización para obtener una contraprestación económica por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos, el artículo sexto del Acuerdo 33 de 1991 previó lo siguiente:

*ARTÍCULO SEXTO: Además de la participación establecida en el artículo anterior, se autoriza al Alcalde para aportar hasta ciento cincuenta millones de pesos \$150.000.000.00 como participación del 51% de la nueva sociedad en la siguiente forma: a) \$50.000.000.00 como aporte en dinero efectivo. b) **\$100.000.000 valor de la concesión por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla.***

En cuanto al recaudo de impuestos y demás tarifas relacionadas con la realización del carnaval, el artículo 11 de la norma en comento previó lo siguiente:

*ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Cédanse a favor de la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. **los impuestos y derechos relacionados con las diferentes actividades del carnaval y especialmente los siguientes:***

- a) Impuesto del Carnaval.*
- b) Los auxilios, contribuciones, donaciones y aportes de la Empresa Privada y Entidades Oficiales.*
- c) Las inscripciones de candidatas, bailes, pick – up, casetas y similares y hoteles, conforme a la reglamentación que para tal efecto adopte la Junta Directiva del CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A.”*
- d) Las demás que se obtengan con la realización de eventos organizados por “CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A.” antes, durante y después del Carnaval, como el Festival de Orquestas y*

otros cuya organización, dirección y recursos obtenidos serán de la sociedad "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A."

e) Todos los derechos de radio, prensa y televisión y cualquier otro medio publicitario.

Como puede apreciarse, en relación con la autorización concedida a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. por parte del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, para obtener una contraprestación como consecuencia de la utilización del espacio público necesario para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla, el acto acusado (Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007), transcrito en el acápite anterior (II.3), en ninguno de sus artículos preceptúa expresamente que se revocará esa autorización.

Ahora bien, a partir de una lectura integral del acto demandado, tampoco se observa que éste prohíba o impida que la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. utilice, previo cumplimiento del acto acusado, los espacios públicos que sean necesarios para el desarrollo del mentado carnaval. Lo que se advierte en el acto acusado son una serie de limitaciones o restricciones generales para el uso del espacio público en ese evento, más no una eliminación de la autorización que le fue otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. para obtener una contraprestación por la utilización del espacio público para la realización del carnaval.

A juicio de la parte recurrente, el acto acusado revocó la autorización para usar el espacio público en la medida en que el artículo 6 preceptúa que las licencias para la ocupación temporal del espacio público, deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital.

En este punto, la Sala comparte la postura del tribunal, toda vez que la autorización que le fue otorgada a la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A., en el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, es para efectos de recibir la contraprestación económica que generan las actividades desarrolladas en el Carnaval de Barranquilla en las calles, vías y demás espacios públicos necesarios para la realización del mismo. Pero ello no quiere decir que pueda disponer de manera libre e ilimitada del espacio público, pues el control sigue estando en cabeza del Estado, en este caso el Distrito de Barranquilla, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 constitucional que establece lo siguiente: "*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.”

En este sentido, la licencia de que trata el artículo 6 del acto acusado es con el objetivo de hacer cumplir las limitaciones previstas en ese acto para utilizar el espacio público dentro de los parámetros allí dispuestos, más no constituye una prohibición a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para seguir organizando el carnaval y obtener las contraprestaciones económicas derivadas del mismo por el término de 50 años.

En este mismo sentido, la Sala observa que la autorización que le fue otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. por parte del Acuerdo 33 de 1991 fue general, es decir, se trató de una autorización para obtener una contraprestación por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla. En esa autorización no se especifica un espacio en particular o una vía específica respecto de la cual la sociedad actora pueda alegar el desconocimiento de un derecho.

En consecuencia, la citada sociedad, aparte de poder hacer uso de los espacios que se delimitaron en el acto acusado, también puede hacer uso de los demás espacios que no se encuentran limitados por el acto acusado, pues la autorización que le fue concedida fue en general respecto del espacio público necesario para el desarrollo normal de las actividades del carnaval.

En relación con el derecho al recaudo de impuestos y tarifas por la realización del carnaval, a partir de una lectura integral del acto acusado, tampoco se observa que el mismo resuelva revocar el derecho que le fue concedido a Carnaval de Barranquilla S.A. en ese sentido. Ninguno de sus artículos le prohíbe a la citada empresa seguir recaudando las tarifas por concepto de la realización del carnaval y obtener recursos por concepto de auxilios, contribuciones, donaciones y aportes de empresas privadas y entidades oficiales; de inscripciones de candidatas, bailes, pick – up, casetas, hoteles y similares, conforme a la reglamentación que para tal efecto adopte la Junta Directiva del CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A; de la

realización de eventos organizados por esa sociedad antes, durante y después del Carnaval, como el Festival de Orquestas y otros; y de todos los derechos de radio, prensa, televisión y cualquier otro medio publicitario. Tampoco se observa que el acto acusado le imponga a la parte actora un cobro por el uso del espacio público que le fue autorizado utilizar para el desarrollo del carnaval.

En este contexto, no se tiene acreditado que el acto acusado revocó los derechos que el Acuerdo nro. 33 de 1991 le había concedido a Carnaval de Barranquilla S.A. para obtener una contraprestación por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla y el recaudo de los impuestos y tarifas relacionadas con las diferentes actividades del carnaval.

Así las cosas, de todo lo dicho anteriormente, la Sala concluye que: i) la autorización otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. no era un contrato de concesión; ii) la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el CCA no es procedente para controvertir el incumplimiento del contrato de constitución de una sociedad, pues para ese efecto se tiene la acción de controversias contractuales, y iii) no se tiene acreditado que el acto acusado revocó los derechos que le habían sido concedidos a Carnaval de Barranquilla S.A. a través del Acuerdo nro. 33 de 1991.

Finalizada esta exposición, la Sala procede a fijar cada uno de los hechos probados y relevantes de la segunda instancia, y con base en ellos plantear los problemas jurídicos que concentran la atención de esta colegiatura.

II.4. HECHOS RELEVANTES

En Acuerdo nro. 033 de 9 de septiembre de 1991, el Concejo del Distrito de Barranquilla facultó al alcalde de Barranquilla para que creara una sociedad, descentralizada, de economía mixta, denominada Carnaval de Barranquilla S.A., cuyo objeto es la realización de actividades para la celebración del Carnaval de Barranquilla.

El mentado Acuerdo autorizó a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para obtener una contraprestación económica por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de

las actividades del Carnaval de Barranquilla. Así mismo, una vez se constituyera la sociedad, le cedió el recaudo de los impuestos y tarifas relacionadas con las diferentes actividades del carnaval.

El día 5 de noviembre de 1991, el alcalde de Barranquilla expidió la Resolución nro. 2911, "Por el cual se reglamenta el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991", y en su artículo 5 dispuso lo siguiente: "ARTÍCULO QUINTO: El Municipio de Barranquilla promoverá la creación de una Sociedad de Economía Mixta de carácter municipal en la cual participará con el 51% del capital social; el 49% restante estará conformado por capital privado o de otras entidades oficiales." En su artículo 6 estableció lo siguiente: "La Sociedad tendrá la denominación "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. y tendrá por objeto: 1.-Promover, fomentar, organizar y llevar a cabo todas las actividades y ceremonias encaminadas al buen éxito del carnaval y en general, apoyar todo evento que vaya en beneficio de la promoción del turismo, el folclor y la cultura de la ciudad. 2.- Organizar el Carnaval de Barranquilla nacional e internacionalmente. (...) 4.- Organizar, participar y promover todo tipo de reinados y eventos nacionales e internacionales, tendientes a promover turísticamente el carnaval de Barranquilla (...)"

El 3 de enero de 1992, el alcalde de Barranquilla expidió el Decreto 008 de ese año, "por medio del cual se fija la participación del municipio de Barranquilla en las disposiciones reglamentarias", en cuyo artículo primero se estableció: "ARTÍCULO PRIMERO: El municipio de Barranquilla, participará en la Sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. con un aporte inicial de SESENTA MILLONES DE PESOS ML. (\$60,000.000) de los cuales CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50,000.000) se aportarán en dinero en efectivo y los DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10,000.000) restantes, corresponden al valor anticipado de la concesión por los primeros cinco años. ARTÍCULO SEGUNDO: La concesión por la utilización de calles, avenidas y demás espacios públicos, a que se refiere el literal B del Artículo sexto del Acuerdo 033, se aportará a la Sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. por un término de cincuenta años, igual al definido en el Acuerdo como de duración de la Sociedad. Para efectos de la cuantificación de tales aportes, el Municipio de Barranquilla, con base en el avalúo realizado por el Concejo aportará al capital de la sociedad "CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A.", tal valor por quinquenios anticipados, es decir, que inicialmente y luego al vencimiento de cada periodo de cinco años de la duración de la concesión, se

incrementará el aporte del Municipio en la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS hasta completar el valor total de la concesión. ARTÍCULO TERCERO: La cesión de impuestos y derechos a que se refiere el artículo décimo primero del Acuerdo 033, tendrá una duración de cincuenta (50) años. El municipio no devengará por ella contraprestación alguna y ella constituye, a favor de la sociedad, un derecho particular y concreto, en los términos del artículo 73 del Decreto 01 de 1984".

En Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, se constituyó la sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A., vinculada al municipio de Barranquilla, cuyo objeto principal consiste en *"promover, fomentar, organizar y llevar a cabo todas las actividades y certámenes encaminados al buen éxito del carnaval y en general, apoyar todo evento que vaya en beneficio de la promoción del turismo, el folclor y la cultura en la ciudad de Barranquilla"*. Igualmente, en esta escritura quedó establecido que *"De conformidad con el Acuerdo 33 de 9 de septiembre de 1991 y su Decreto Reglamentario No. 8 de enero 3 de 1992, la sociedad recaudará y administrará los impuestos, derechos y demás rentas e ingresos y administrará los impuestos, derechos, renta e ingresos relacionados con las diferentes actividades del carnaval y especialmente los siguientes: a) impuesto del carnaval. b) los auxilios, contribuciones, donaciones y aportes de la empresa privada y entidades oficiales. c) las inscripciones de candidatas, bailes, pock-ups, casetas y similares y hoteles, conforme a la reglamentación que adopte la Junta Directiva de la sociedad. d) las demás que se obtengan con la realización de eventos organizados por la sociedad, antes, durante y después del carnaval, como el Festival de Orquestas y otros cuya organización, dirección y recursos obtenidos serán de la sociedad. e) todos los derechos de radio, prensa y televisión y cualquier otro medio publicitario."*

La sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. y la Fundación Carnaval de Barranquilla organizan el Carnaval de Barranquilla, para lo cual instalan un escenario transitorio y realizan actividades culturales y comerciales de manera transitorias en los meses de febrero y marzo, en la vía 40 y la calle 17 del Distrito de Barranquilla, ocupando temporalmente el espacio público y obteniendo ingresos como consecuencia de dicha actividad. El escenario consiste en la instalación de portales de acceso, palcos, minipalcos y sillas, dejando un espacio para la ubicación de personas de pie o bordilleros.

Durante los años 2006 y 2007, la parte actora suscribió varios contratos para la instalación de graderías, minipalcos, escenografía y venta de boletería.

El 17 de enero de 2007, el alcalde del Distrito de Barranquilla expidió el Decreto 008, (demandado), "*por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de Carnaval en la vía 40*". En esta norma se establecieron una serie de limitaciones y restricciones para el uso del espacio público durante la realización del Carnaval de Barranquilla.

II.5. ANÁLISIS

A juicio del recurrente, el acto acusado es contrario a la Resolución nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, "*Por el cual se reglamenta el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991*", al Decreto 008 de 3 de enero de 1992, "*por medio del cual se fija la participación del municipio de Barranquilla en las disposiciones reglamentarias*", y a la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, por medio de la cual se constituyó la sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A., vinculada al municipio de Barranquilla. Esto en la medida en que, desde su punto de vista, revocó los derechos que esos actos le habían concedido para obtener una contraprestación económica por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla; y para recaudar los impuestos y tarifas relacionadas con las diferentes actividades del carnaval.

Por otro lado, el recurrente también planteó en su recurso, que el acto demandado desconoce la competencia prevista en el numeral 9 del artículo 313 constitucional, el cual le otorga a los concejos municipales la facultad de dictar las normas necesarias para la preservación y defensa del patrimonio cultural; que se concretó en este caso con la expedición del Acuerdo 033 de 1991, que concedió derechos sobre el espacio público a Carnaval de Barranquilla S.A. para poder llevar a cabo todos los años el Carnaval en esa ciudad, los cuales se vieron afectados en la medida en que se intervino en la organización del evento y se recortaron los recursos necesarios para el patrocinio de los grupos hacedores del carnaval.

Teniendo en cuenta los argumentos planteados por la parte recurrente, a la Sala le corresponde resolver en segunda instancia los siguientes problemas jurídicos: 1) Es procedente solicitar la nulidad de un decreto expedido por la Alcaldía de un

Distrito por ser contrario a otro decreto y a una resolución expedida por esa misma entidad territorial, y por contradecir la escritura pública de constitución de una sociedad. 2) Incurrir en causal de nulidad por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, el decreto por medio del cual se establecen unas limitaciones para el uso del espacio público en un carnaval que se lleva a cabo en un Distrito, cuando previamente esa entidad territorial le había otorgado el derecho a la empresa organizadora del Carnaval a obtener una contraprestación económica por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo del evento y le había cedido el recaudo de las tarifas e impuestos relacionadas con la realización de aquél.

II.5.1. Improcedencia de nulidad de un acto administrativo por vulnerar otro acto de la misma jerarquía normativa y por contradecir una escritura pública

La Sala advierte que es necesario determinar la jerarquía normativa de dos normas que, a juicio de la parte actora, se desconocen como consecuencia del acto administrativo acusado; estas son la Resolución nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, "*Por el cual se reglamenta el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991*", y el Decreto 008 de 3 de enero de 1992, "*por medio del cual se fija la participación del municipio de Barranquilla en las disposiciones reglamentarias*", expedidas por la Alcaldía del Distrito de Barranquilla.

Por otro lado, también es necesario examinar si es procedente solicitar la nulidad del acto administrativo demandado por ser contrario a la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, por medio de la cual se constituyó la sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A., vinculada al municipio de Barranquilla.

A este respecto, la Sala pone de presente que, en providencia proferida el 21 de julio de 2020⁵, esta Corporación tuvo la oportunidad de indicar que, dentro de las fuentes principales del derecho administrativo, se tiene a la norma en sentido amplio (toda norma jurídica con efectos vinculantes), la equidad y el negocio jurídico.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00413-00, Actor: José Helí Torres Varón, Demandado: Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC (Dirección Territorial Tolima) y Municipio de Ibagué.

En este sentido, en la providencia en cita se indicó que los operadores que enfrentan un problema jurídico deben buscar la fuente formal de Derecho en que puedan resolverlo, recurriendo **en primer lugar a la norma** (en sentido amplio), excepto en los asuntos que sólo interesen a los particulares, caso en el cual deberán recurrir primero al negocio jurídico, y aquéllos cuya solución haya sido encomendada a los conciliadores o árbitros en equidad, o a los jueces de paz, pues en estos últimos eventos la fuente prioritaria será la equidad.

La consagración de la ley como **fuentes principal** del ordenamiento jurídico colombiano deriva directamente de la Constitución Política, cuando en el inciso segundo de su artículo 4° establece que “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”, lo cual es reiterado en el artículo 95 cuando expresa que “toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”.

En relación con la norma en sentido amplio, es decir, toda norma jurídica con efectos vinculantes, se tiene en primer lugar la Constitución Política como norma suprema (artículo 4 de la Constitución), en este mismo rango los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción (artículos 93 y 214.1) y todas las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. En segundo lugar, se tienen las leyes expedidas por el Congreso de la República (artículo 114 y 150 de la Constitución) y las normas expedidas por el poder ejecutivo con fuerza material de ley, como son los decretos leyes y los decretos legislativos (artículos 150.10 y 212 a 215). En tercer lugar, se tienen los actos administrativos, entendidos como manifestaciones unilaterales de la administración encaminadas a producir efectos jurídicos, por medio de los cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas. En esta categoría se encuentran los reglamentos generales, los actos ordinarios del poder ejecutivo (resoluciones, decretos, directivas, circulares etc), los actos de las corporaciones administrativas (acuerdos, ordenanzas, resoluciones). También se ubican allí los actos administrativos de carácter particular y concreto, cuyos efectos recaen sobre sujetos claramente individualizados y determinados, como es el caso de los permisos, las licencias, entre otros.

En el caso objeto de examen, por un lado, se observa que la Resolución Reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, *“por la cual se reglamenta el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991”*, y el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992, *“por el cual se fija la participación del municipio de Barranquilla en las disposiciones reglamentarias”*, no son normas de carácter superior al acto demandado en este proceso judicial.

En efecto, la Resolución reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991 fue expedida por el Alcalde del Distrito de Barranquilla, en uso de la facultad reglamentaria conferida por el artículo 5 de la Ley 49 de 1987, que concede a los alcaldes la potestad para *“reglamentar los acuerdos municipales”*. Así mismo, el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992 fue expedido por la Alcaldía de Barranquilla, en uso de las facultades conferidas en el artículo 2 del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, el cual *“autoriza al Alcalde Mayor de Barranquilla por el término de cuatro (4) meses contados a partir de la vigencia del presente acuerdo para promocionar y participar en la creación de una sociedad de economía mixta denominada CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A., cuya duración será de 50 años”*.

Por su parte, el Decreto 008 de 17 de enero de 2007, demandado, también fue expedido por la Alcaldía de Barranquilla, y a través del mismo se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de Carnaval en la vía 40.

En este contexto se observa que, tanto el acto acusado como la Resolución Reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991 y el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992, fueron expedidos por la misma autoridad del orden municipal, esto es, el alcalde de Barranquilla. Luego no es posible predicar, como lo hace la parte recurrente, una jerarquía normativa entre aquellas y con fundamento en ello, declarar nulo el acto administrativo demandado en este proceso por *“infringir las normas en que debería fundarse el acto”*, de acuerdo con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

En conclusión, no es posible solicitar la nulidad de un decreto expedido por la Alcaldía de un municipio por ser contrario a una resolución y a un decreto expedido por esa misma alcaldía, en atención a que estas normas no ostentan una categoría de norma jurídica superior.

- **Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, por medio de la cual se constituye la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A.**

La Sala observa que la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, por medio de la cual se constituye la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., no tiene la categoría de norma jurídica. La escritura pública es un instrumento público que contiene la declaración de voluntad de uno o varios sujetos de derecho, con el fin de concretar un determinado acto jurídico o contrato, emitida ante el notario.

El artículo 13 del Decreto 960 de 1970, "*Por el cual se expide el Estatuto del Notariado*", aplicable para la fecha de expedición de la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, establece que ésta "*es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el Notario, con los requisitos previstos en la Ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización.*" Como instrumento, la escritura tiene en unos casos carácter de requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem*, y en otros, solamente *ad probationem*.

Así mismo, esta sección del Consejo de Estado ha sostenido que "*(...) la escritura pública no es en sí misma un acto administrativo, luego no es susceptible de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa. Lo que sí puede ser enjuiciado ante esta jurisdicción es su contenido siempre y cuando éste consista en un acto administrativo o un contrato estatal; dicho de otra forma, que la declaración que contenga y que mediante ella sea protocolizada constituya en sí misma por producir de manera directa una situación jurídica general o particular sin necesidad de su protocolización, un acto administrativo o un acuerdo de voluntades en la que intervenga una entidad estatal (...)*".⁶

En este contexto, la escritura pública en sí misma no goza del carácter de fuente de derecho, lo que es fuente son los actos jurídicos o contratos que en aquella reposan. Por lo tanto, no es posible predicar la nulidad de un acto administrativo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Radicación número: 13001-23-31-000-2000-99073-01, Actor: Grupo Hotelero Mar y Sol S.A., Demandado: Distrito de Cartagena de Indias T. H y C.

solamente con fundamento en que este resulta contrario a una escritura pública de constitución de una sociedad.

De todas formas, al revisar el contrato de constitución de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., protocolizado en la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992⁷, el cual sí constituye fuente del derecho a la luz de lo previsto en los artículos 15⁸, 16⁹, 1602¹⁰ y 1603¹¹ del Código Civil, se observa que este hace referencia a la facultad para recaudar y administrar impuestos, derechos y demás rentas e ingresos relacionados con las actividades del carnaval, potestad concedida por el Acuerdo 33 de 1991 en favor de la mencionada sociedad, el cual, como se explicó en líneas anteriores, no es desconocido por parte del acto demandado en este proceso.

En cuanto a la autorización para obtener una contraprestación por el uso de las calles, vías y en general el espacio público, esta tampoco es desconocida por el acto acusado, como se indicó en el acápite II.4.

En conclusión, no es procedente declarar la nulidad de un acto administrativo por ser contrario a una escritura pública, dado que ésta por sí sola no es una norma jurídica a la que deban sujetarse los actos administrativos.

Por lo tanto, no prospera el cargo planteado por la parte recurrente.

II.5.2. Improcedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el contrato de constitución de una sociedad

Otro punto que la Sala debe dilucidar consiste en establecer si es procedente controvertir a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el incumplimiento del contrato de constitución de la sociedad Carnaval de

⁷ Obrante de folios 45 a 62 del expediente.

⁸ <RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS>. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.

⁹ <DEROGATORIA NORMATIVA POR CONVENIO>. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

¹⁰ <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

¹¹ <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Barranquilla S.A. Esto en la medida que, a juicio de la parte actora, como consecuencia del acto demandado, el Distrito de Barranquilla incumplió las obligaciones que se derivan del contrato de sociedad que ha protocolizado en escritura pública, y en especial, si incumple con la obligación de aportar la suma a la cual se comprometió.

Para efectos de dilucidar este punto, la Sala se permite explicar cómo, para resolver el problema planteado por el actor, la vía adecuada era plantear una controversia contractual.

De conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, norma aplicable para la fecha en que se interpuso esta demanda, la acción de controversias contractuales estaba regulada así:

“De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

El Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta. El juez administrativo queda facultado para declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso. En todo caso, dicha declaración sólo podrá hacerse siempre que en él intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.

Como puede apreciarse, este tipo de acción permite entonces que se declare la existencia o nulidad de un contrato y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales y que se ordene su revisión. Igualmente, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹², ha indicado que esta es la acción pertinente para reclamar el incumplimiento de un contrato, y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

La legitimidad para ejercer este tipo de acción radica en primer lugar en las partes contratantes. En segundo lugar, en el Ministerio Público y los terceros con interés en el contrato.

En el caso objeto de examen, la parte actora **alega el incumplimiento** del contrato de constitución de la sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A., vertido en la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, como consecuencia de la expedición del Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007, *“por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de carnavales en la vía 40”*, expedido por el Distrito de Barranquilla.

El aludido contrato de sociedad fue suscrito entre el alcalde del entonces municipio de Barranquilla, el representante legal de la Cámara de Comercio de Barranquilla, la fundación Mario Santo Domingo, la promotora para el desarrollo del Distrito Central “PROBARRANQUILLA”, la Fundación para el Desarrollo Integral de la Región Caribe Colombiana “Fundecaribe” y el Fondo Mixto de Promoción Turística del Atlántico.

A este respecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹³ ha desarrollado la teoría del hecho del príncipe, como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación contractual, la cual se configura cuando, como consecuencia de un acto administrativo de carácter general expedido por la

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2019)., Radicación número: 13-001-23-31-004-2001-00696-01(59676), Actor: BOTERO AGUILAR Y CÍA S.A. Y OTROS, Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de mayo de 2003, exp. 14.577.

administración, se genera una alteración en el equilibrio económico del contrato, así:

“a) La expedición de un acto general y abstracto.

b) La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal.

c) La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.

d) La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato [o de la presentación de la propuesta, según el caso]”.

En el caso sometido a análisis, de acuerdo con lo argumentado por la parte actora, la Sala advierte la configuración de esos elementos para la procedencia del medio de control de controversias contractuales por el hecho del príncipe, así:

- *La expedición de un acto general y abstracto*

La Sala advierte que, mediante Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, se protocolizó el contrato de constitución de la sociedad de economía mixta denominada Carnaval de Barranquilla S.A.

No obstante, el 17 de enero de 2007, el Distrito de Barranquilla expidió el Decreto Distrital nro. 008, *“por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de carnavales en la vía 40”*, expedido por el Distrito de Barranquilla (acto demandado en este proceso).

En relación con la naturaleza jurídica de este decreto, se observa que, contrario a lo manifestado por la parte recurrente (actora), se trata de un acto administrativo de carácter general, respecto del cual el accionante tiene un interés, lo cual no convierte el acto en particular y concreto.

En efecto, el acto demandado establece lo siguiente:

“EI ALCALDE DEL DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, EN USO DE SUS FACULTADES CONSTITUCIONALES Y LEGALES Y

CONSIDERANDO

Que el artículo 2° de la Constitución Política establece que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución, en consecuencia, establece el mismo artículo, que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Que el artículo 63 de la Constitución Política dispone que los bienes de uso público y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Que el artículo 82 de la Constitución Política señala que 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. Igualmente determina que 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.

Que el artículo 5 de la Ley 9a de 1989 en cuanto al espacio público establece lo siguiente:

“Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos 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.

Así, 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, fuentes de agua, parques, plazas zonas verdes y similares, las 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, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por 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.”

Que el artículo 315 de la Constitución Política determina como atribuciones del alcalde, conservar el orden público en el municipio. de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la Republica y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

Que el artículo 209 de la Constitución Política señala que, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización delegación y la desconcentración de funciones, asimismo dispone esta norma que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Que la destinación al uso común del espacio público es un principio ineludible mediante el cual se posibilita la conservación del orden público en el área urbana del Distrito de Barranquilla, por lo tanto su garantía se debe convertir en una política pública que debe ser desarrollada con base en el

trabajo coordinado de las diferentes entidades Distritales que tengan injerencia en su protección, para que en esta forma, se traduzca en inversión social que refleje un mejoramiento en la calidad de vida de los habitantes.

Que es facultad de las autoridades públicas, como fin esencial garantizar a todos los habitantes del territorio nacional, la convivencia pacífica, su seguridad y su tranquilidad, y los derechos e intereses colectivos, en especial, el goce del espacio público.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO: Para los efectos de la regulación del espacio público en los desfiles a realizarse en la Vía 40 con motivo del Carnaval de Barranquilla, será obligación de toda persona, sea pública o privada, ceñirse a las siguientes disposiciones:

PARA LA ACERA OCCIDENTAL:

- 1. Solamente se permite la instalación de Palcos Comerciales, desde la Calle 82 hasta la Calle 72.*
- 2. Los Palcos institucionales únicamente podrán ser instalados desde la Calle 72 hasta la Calle 58. Los palcos institucionales sólo serán asignados a las siguientes entidades oficiales*
 - a) Acción Naval*
 - b) Acción Social Obras Sociales en Beneficio de la Policía Nacional*
 - c) Fuerza Aérea.*
 - d) Alcaldía Distrital de Barranquilla*

Se exceptúa de lo aquí previsto, por razones de seguridad, el palco de la Acción Social del Ejército Nacional el cual se ubicara en donde lo dispongan sus autoridades.

3. Desde la Calle 58 Hasta la Calle Murillo, el espacio público deberá ser distribuido en la siguiente proporción.

a. El 70% del espacio público será destinado para espectadores de pie de manera gratuita.

b. El 30% del espacio público será destinado para las personas que ofrezcan el servicio de silletería.

PARA LA ACERA ORIENTAL:

1. Solamente se permitirá la instalación de Minipalcos desde la Calle 82 hasta la Calle 76.

Se prohíbe la instalación de estos Minipalcos en los frentes de las viviendas ubicadas en este sector.

2. Desde la Calle 76 hasta la Calle Murillo el espacio público deberá ser distribuido en la siguiente proporción:

c) El 70% del espacio público será destinado para espectadores de pie de manera gratuita.

d) El 30% del espacio público será destinado para las personas que ofrezcan el servicio de silletería

ARTÍCULO SEGUNDO: Se permitirá la instalación de portales de control de acceso al público, solamente en el sector comprendido desde la Calle 82 hasta la Calle 72. Estos portales deberán estar ubicados a 50 metros de la Vía 40 sobre las Calles o Vías de Acceso.

ARTÍCULO TERCERO: Por ser consideradas como zonas de alto riesgo, queda prohibida la instalación o funcionamiento de cualquier clase de

Palco, actividades comerciales y acceso del público en general en los frentes de las siguientes instalaciones ubicadas sobre la Vía 40.

a) AGA FANO

b) PUENTE ARROYO DEL COUNTRY

c) CÁRCEL MODELO

d) ESTACIONES DE SERVICIO

De manera excepcional se aplica esta misma prohibición sobre la zona en donde está ubicada la empresa GRIFFIN

ARTÍCULO CUARTO: El Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC en conjunto con la Oficina de Centros Locales para la Convivencia y la Seguridad Ciudadana, quedan ampliamente facultados para expedir las Resoluciones necesarias, para el efectivo cumplimiento y reglamentación de las disposiciones adoptadas mediante el presente Decreto.

ARTÍCULO QUINTO: Facúltese al secretario del Interior, para que de manera conjunta con la Oficina Prevención de Emergencias y Desastres, mediante Resolución, expidan las medidas necesarias para garantizar la seguridad y tranquilidad de los asistentes a los espectáculos a celebrarse en los desfiles programados en la Vía 40 relacionados con el Carnaval de Barranquilla.

PARÁGRAFO: En materia de seguridad, para su control, regulación y vigilancia, en cuanto al espacio público se refiere, únicamente será ejercida por las autoridades oficiales.

ARTÍCULO SEXTO: Las Licencias para la ocupación temporal del espacio público, deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital, de conformidad con el Decreto Nacional No. 564 de 2006 previa solicitud del permiso que deberá tramitarse ante el Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC.

ARTÍCULO SÉPTIMO: El incumplimiento por parte de cualquier persona de las disposiciones contenidas en el presente Decreto, acarreará las sanciones establecidas en el Código Nacional de Policía y el Código de Urbanismo, de conformidad con la modulación que para el efecto expida el Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC y la pérdida del derecho del interesado a la utilización del espacio público.

ARTÍCULO OCTAVO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Barranquilla el día 17 de enero de 2007.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ALCALDE MAYOR DE BARRANQUILLA (E)”

Como puede apreciarse, el Decreto nro. 008 de 17 de enero de 2007 es de carácter general, en la medida en que en su parte resolutive se establecen una serie de disposiciones generales en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de carnavales en la vía 40 en la ciudad de Barranquilla.

Esas disposiciones generales fijan unos parámetros para el uso adecuado y racional del espacio público, al establecer unas limitaciones para la ubicación de palcos, minipalcos y silleterías en la acera occidental y en la acera oriental en la vía 40; determinar cómo se distribuye el espacio público para las personas que estarán de pie en el carnaval y para las personas que estarán en silla; permitir la instalación de portales de control de acceso al público, solamente en el sector comprendido desde la Calle 82 hasta la Calle 72; prohibir la instalación de palcos en zonas de alto riesgo, en aras de garantizar la seguridad colectiva; conceder al Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC la competencia para expedir resoluciones con el fin de hacer cumplir el decreto; facultar al Secretario del Interior para que expida las medidas necesarias para garantizar la seguridad y tranquilidad de los asistentes a los espectáculos a celebrarse en los desfiles programados en la Vía 40, y establecer que las licencias para la ocupación temporal del espacio público deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital, de conformidad con el Decreto Nacional No. 564 de 2006,

previa solicitud del permiso que deberá tramitarse ante el Instituto Distrital de Urbanismo y Control IDUC.

Como se observa, tales disposiciones no hacen alusión a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. ni tampoco indican que se revoca algún derecho o contraprestación por la utilización del espacio público, concedida a esa sociedad.

El acto no identifica o individualiza a los sujetos sobre los cuales recaerán sus efectos, estos recaen sobre la comunidad en general que requiera utilizar el espacio público para llevar a cabo el Carnaval de Barranquilla en esa ciudad.

Por lo tanto, se cumple el primer presupuesto para la procedencia de la acción de controversias contractuales por el hecho del príncipe, en la medida en que, contrario a lo manifestado por la parte actora, el acto acusado sí es de contenido general.

- ***La incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal***

La parte actora alega en su demanda y en su recurso de apelación, la incidencia que tiene el Decreto nro. 008 de 17 de enero de 2007 (acto general) sobre el contrato de constitución de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., pues a su juicio, ese acto administrativo revocó los derechos concedidos a ésta en el aludido contrato, consistentes en: i) la autorización para obtener una contraprestación por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla; y ii) el recaudo de los impuestos y tarifas relacionadas con las diferentes actividades del carnaval.

- ***La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto.***

La parte recurrente también pone de presente una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato de sociedad como consecuencia de la expedición del Decreto 008 de 17 de enero de 2007, como quiera que alega que, debido a la aplicación del mismo, ha tenido unas pérdidas económicas en relación con la autorización que le fue otorgada en el contrato social para hacer uso del espacio público, en la medida en que ya no puede utilizar la misma

cantidad de palcos, minipalcos y derechos de publicidad del evento denominado Carnaval de Barranquilla S.A.

En este sentido, expuso en su demanda que, como consecuencia del acto acusado, el Instituto Distrital de Urbanismo y Control (en adelante IDUC) le impuso un recorte al plan de distribución y utilización del espacio público así:

- Solamente le autorizó la instalación de 35 palcos, es decir dos (2) menos de los 37 que tenía proyectados y contratados, lo cual significó una reducción de 546 usuarios por palco, equivalente a \$ 152.880.000.00
- Únicamente le autorizó la instalación de 550 minipalcos, es decir 130 menos de los que tenía proyectados y contratados, lo que equivale a una reducción de ingresos de \$78.000. 000.00.
- Por derechos publicitarios en los dos (2) palcos que no pudo colocar, dejó de percibir \$20.000.000.00.
- Por la ubicación de cada portal de los ocho (8) cuya instalación se impidió, dejó de percibir \$22.500.000.00 en patrocinio y publicidad, es decir, que en total dejó de percibir \$ 180.000.000.00 por este concepto.

Adujo que, en aplicación del decreto demandado, *“el IDUC liquidó e impuso a la demandante el pago de derechos e impuestos por valor de (sic)”*.

Así mismo, la parte actora alegó que, con ocasión de la expedición del Decreto nro. 008 de 17 de enero de 2007, la administración distrital está incumpliendo con su aporte (utilización del espacio público por 50 años), plasmado en el contrato de constitución de la sociedad. Esto en la medida en que presuntamente revoca el derecho a usar el espacio público y obtener una contraprestación, al exigirle para tal efecto que se pida permiso previo (licencia), situación que, a juicio de esta Sala, conlleva un debate sobre incumplimiento contractual, y no sobre la nulidad del acto.

- *La imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato*

Por último, también se observa que en el momento de la celebración del contrato de sociedad (Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992), no se tenía conocimiento que 15 años después la administración iba a expedir un acto administrativo de carácter general, (Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007), que podría impactar la contraprestación por el uso del espacio público que se había pactado en favor de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., en el contrato de constitución de la sociedad.

En este escenario, la Sala concluye que, en lo que tiene que ver con la argumentación de la parte actora, relacionada con el presunto incumplimiento del contrato de constitución de la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., la demanda presentada se encuentra mal enfocada. Esto en la medida en que lo que se deriva del acto que se demanda no es una controversia de nulidad y restablecimiento, sino una contractual, en particular bajo la teoría del hecho del príncipe o del acto de la administración, que en este caso presuntamente afectó un contrato. Dentro de ese tipo de proceso puede solicitarse entonces el restablecimiento del equilibrio contractual, el cumplimiento o la resolución del contrato.

Por lo tanto, no prosperan los argumentos del recurrente en lo que tiene que ver con el presunto desconocimiento o incumplimiento del contrato de constitución de la Sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., por parte del acto administrativo demandado en este proceso.

II.5.3. Vulneración del ordenamiento jurídico superior

A juicio de la parte recurrente, el acto acusado es contrario al numeral 9 del artículo 313 constitucional, el cual le otorga a los concejos municipales la competencia para dictar las normas necesarias para la preservación y defensa del patrimonio cultural, que se concretó en este caso con la expedición del Acuerdo 033 de 1991, que otorgó una “concesión” sobre el espacio público a Carnaval de Barranquilla S.A. para poder llevar a cabo todos los años el Carnaval en esa ciudad, derechos que se vieron afectados en la medida en que se intervino en la organización del evento y se recortaron los recursos necesarios para el patrocinio de los grupos que realizan el carnaval.

Para efectos de resolver este problema, la Sala se permite exponer los fundamentos normativos de la competencia de las alcaldías para establecer

limitaciones en el uso y goce del espacio público. Posteriormente se resolverá el caso concreto.

II.5.3.1. Competencia de las Alcaldías municipales para velar por la protección e integridad del espacio público

La Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 31 de enero de 2019¹⁴, tuvo la oportunidad de recopilar el marco normativo que regula las funciones asignadas constitucional y legalmente a las alcaldías municipales y distritales en lo que a la conservación y preservación del espacio público se refiere.

En esa oportunidad se precisó, en primer lugar, que la autoridad encargada de velar por la conservación del espacio público en el ámbito municipal es el **alcalde Municipal**¹⁵.

De conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política de Colombia de 1991, es deber estatal velar por la protección de la integridad del espacio público y su destinación al uso común, en los siguientes términos: ***“(...) Artículo 82. 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 (...).”*** (Se destaca)

En relación con los alcances de esta norma, la Corte Constitucional ha manifestado que: ***“(...) La consagración de este deber constitucional es reflejo de la importancia otorgada por el Constituyente a la preservación de espacios urbanos abiertos al uso de la colectividad, que satisfagan las diversas necesidades comunes derivadas de la vida en las ciudades y poblados y contribuyan, igualmente, a***

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-01703-01(AP), Actor: RICARDO GARCÍA RAMÍREZ.

¹⁵ Esta competencia deviene de lo dispuesto en el artículo 315 numeral 2 de la Constitución Política que dispone: **Artículo 315.** Son atribuciones del alcalde:
2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante.

mejorar la calidad de vida de sus habitantes, permitiendo la confluencia de los diversos miembros de la sociedad en un lugar común de interacción (...).¹⁶

(Se destaca)

En concordancia con lo anterior, el artículo 311 constitucional, también establece que: (...) *Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, **ordenar el desarrollo de su territorio**, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes [...].*

En relación con las funciones asignadas a los concejos municipales en protección del espacio público y del patrimonio cultural, el artículo 313 de la Constitución Política preceptúa en sus numerales 7 y 9 las siguientes: “*Corresponde a los concejos: (...) 7. **Reglamentar los usos del suelo** y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda. (...) 9. **Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.***” (Se destaca)

En relación con las atribuciones de los alcaldes, en la citada sentencia proferida el 31 de enero de 2019¹⁷, se indicó que el artículo 315 numeral 2 impuso en los alcaldes municipales y distritales (en su calidad de primera autoridad de policía), la regulación de la utilización del suelo y el espacio público, de manera tal que se garanticen la realización de los derechos y libertades colectivas, así:

“ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde: [...] **1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo, 2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo**

¹⁶ H. Corte Constitucional, sentencia de tutela No. T-722 de septiembre 4 de 2003, exp No. T-728123, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 76001-23-33-000-2016-01703-01(AP), Actor: RICARDO GARCÍA RAMÍREZ.

gobernador. El alcalde es la primera autoridad de policía del municipio. La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el alcalde por conducto del respectivo comandante. (Se destaca)

En este contexto, se advierte que, constitucional y legalmente, los alcaldes se encuentran obligados a velar por la protección e integridad del espacio público en sus respectivos municipios y Distritos.

Ahora bien, el artículo 5 la Ley 9 de 1989¹⁸ define el espacio público como: (...) 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.** (...) Así, **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**, fuentes de agua, **parques**, plazas, zonas verdes y similares (...). (Se destaca)

Como puede apreciarse, el espacio público comprende 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.**

De igual forma los artículos 5 y 6 de la Ley 388 de 1997¹⁹, vigente para el momento de la expedición del acto demandado en este proceso, **habilitan a las autoridades municipales y distritales a regular la ocupación del espacio público al definir el ordenamiento territorial:**

*Artículo 5. CONCEPTO. El **ordenamiento del territorio municipal y distrital** comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y*

¹⁸ «Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compra - Venta y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones.»

¹⁹ «Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.»

áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, **en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio**, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.

Artículo 6. OBJETO. El ordenamiento del territorio municipal y distrital tiene por objeto complementar la planificación económica y social con la dimensión territorial, racionalizar las intervenciones sobre el territorio y orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible, mediante:

1. **La definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo, en función de los objetivos económicos, sociales, urbanísticos y ambientales (...)**” (Se destaca)

De todo lo anterior se infiere que el diseño del espacio público, la determinación de su uso y su protección, son funciones que las autoridades municipales ejercen en virtud de las atribuciones conferidas por los artículos 82 de la Constitución Política, 5 y 6 de la Ley 388 de 1997.

Ahora bien, en relación con las autorizaciones que otorgan los municipios para la utilización del espacio público, el artículo 18 del Decreto 1504 de 1998²⁰ autoriza a los municipios a otorgar permiso para el uso del espacio público en los siguientes términos: “(...) **Los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que se impida a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. (...)**” (Se destaca)

Así mismo, la Sección Primera de esta Corporación ha manifestado en oportunidades anteriores que las autorizaciones o permisos para el ejercicio de

²⁰ «Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial.»

una actividad no constituyen un derecho absoluto, desprendido del interés público o general, así:

“De otra parte, cabe advertir que, conforme lo observó la señora Agente del Ministerio Público, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en torno al carácter no definitivo ni absoluto de los términos en que se conceden los permisos o licencias, dado el interés público involucrado en su objeto, lo que descarta que frente a ellos puedan predicarse derechos adquiridos.

Es así como en sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Expediente núm. 5692, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa), se reiteró:

“Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos”. (...)²¹ (Se destaca)

Igualmente, en cuanto a las restricciones para el uso del espacio público, la Sección Quinta de esta Corporación²² ha manifestado lo siguiente:

“Pues bien, el espacio público es un derecho constitucional de carácter colectivo, instituido expresamente en el artículo 82 de la Constitución y en la lista enunciativa de derechos que, según el inciso primero del artículo 88 de la Carta, son objeto de protección a través de las acciones populares.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, providencia de 9 de septiembre de 2004, proceso nro. 2001-01001-01, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: ÁLVARO GONZÁLEZ MURCIA, Bogotá D.C., veinte (20) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación número: 50001-23-31-000-2002-0267-01(AP), Actor: JUAN ALEJANDRO GÓMEZ SÁNCHEZ, Demandado: POLICÍA NACIONAL Y EL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Por su parte, la seguridad pública es también un derecho colectivo, que tradicionalmente se identifica como constitutivo del orden público y, por tanto, como uno de los objetos a proteger por parte del poder de policía. Se identifica como aquella ausencia de riesgos o de accidentes o como la prevención de accidentes de diverso tipo y de atentados contra la seguridad del Estado.

*Ahora, en lo que tiene que ver con el uso o la administración del espacio público, el Estado debe propender, no sólo por facilitar la adecuación, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, **sino también por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común.***

*En ese orden de ideas, **las limitaciones razonables que se imponen al espacio público para favorecer la seguridad pública no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas, sino la realización de una legítima garantía de convivencia. Por tanto, los ciudadanos deben sujetarse a las restricciones impuestas al aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la seguridad pública; todo lo cual responde a una verdadera necesidad colectiva.***” (Se destaca)

En este contexto, de la exposición normativa y jurisprudencial transcrita, se concluye que las autoridades municipales (concejo y alcaldía) se encuentran facultadas constitucional y legalmente para imponer regulaciones y restricciones al uso del espacio público, dada la prevalencia del interés general que subyace en este. Así mismo, las autorizaciones, permisos, licencias y similares que se conceden para el uso del espacio público no son derechos absolutos, deben ceder frente al interés público o general y armonizarse con los demás derechos reconocidos constitucional y legalmente.

II.5.4. Caso concreto

La parte recurrente alega que el acto acusado desconoce el artículo 313 numeral 9 de la Constitución Política, el cual preceptúa que corresponde a los concejos

municipales *“Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.”* (Se destaca)

Sobre este punto, no se observa un desconocimiento de esta norma, dado que ninguno de los artículos del acto acusado prohíbe que se lleve a cabo el Carnaval de Barranquilla, tampoco impone restricciones o limitaciones desproporcionadas que hagan imposible el ejercicio de esa manifestación cultural en la práctica.

Como se explicó en el acápite II.3, el acto acusado fijó unas restricciones generales para el uso adecuado y racional del espacio público. Estas restricciones, más allá de ser razonables para un uso y goce adecuado del espacio público en un evento cultural, son la expresión de una competencia por parte de la autoridad definida para ello (Alcaldía Distrital y Concejo Distrital), para velar por la protección e integridad del espacio público, según lo dispuesto en los citados artículos 82, 311, 313 numeral 7 y 315 numeral 2 de la Constitución Política, 4 y 5 de la Ley 388 de 1997, y 18 del Decreto 1504 de 1998.

En este contexto, la Sala destaca que la norma superior citada por la parte actora (artículo 313 numeral 9 de la Constitución Política) debe ser interpretada armónicamente con la facultad que otorgan los explicados artículos, para que las autoridades municipales y distritales (Concejos y Alcaldías) dicten normas tendientes a la protección y guarda de la integridad del espacio público y a garantizar su uso común.

Por otro lado, la parte actora adujo que el decreto demandado en este proceso lo dejó con menos recursos económicos para la realización del Carnaval de Barranquilla, como consecuencia de las restricciones frente al uso del espacio público. Sin embargo, la Sala advierte que la parte actora no allegó prueba de esa afirmación.

Sobre el punto, se destaca que, de conformidad con lo señalado por el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, de manera que, si una parte realiza una afirmación, está obligada a demostrarla en la oportunidad que la ley establezca para ello y sin que el juez encargado de dirimir el asunto pueda suplir de oficio dicha carga, toda vez que ello implicaría la

violación al derecho fundamental al debido proceso, en los términos en que lo señala el artículo 29 de la Constitución Política.

Además, la Sala advierte que, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta en el acápite anterior, los derechos que el Acuerdo 033 de 1991 otorgó a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para obtener una contraprestación por la utilización de vías, calles y el espacio público en general como consecuencia de la celebración de ese carnaval, no son absolutos o ilimitados, deben por supuesto ejercerse dentro del marco constitucional, legal y reglamentario que regula el espacio público, dada la prevalencia del interés general sobre el particular, explicado en el acápite anterior.

Por último, en relación con el compromiso de aporte del Distrito de Barranquilla a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., representado en los derechos en comento, no puede dejarse de lado que, si como consecuencia de la expedición del acto administrativo de carácter general (Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007) se afectan esos derechos, podría tratarse de un acto que afecta la relación contractual, no por ello ilegal, pero que sí podría dar lugar a una acción de esta naturaleza (controversias contractuales), ya sea para restablecer el equilibrio económico, o para tomar las demás medidas que la ley establece en el evento en que una de las partes en un contrato de sociedad no cumplan con su aporte, tal y como se explicó en líneas anteriores.

En este escenario, el acto acusado no desconoce el artículo 313 numeral 9 de la Constitución Política, el cual preceptúa que corresponde a los concejos municipales *“Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.”*

II.6. Conclusión

Como quiera que no es procedente declarar la nulidad de un decreto expedido por la Alcaldía de un Distrito por ser contrario a otro decreto y a una resolución expedida por esa misma entidad territorial, que tampoco es procedente declarar la nulidad de un acto solamente por contradecir una escritura pública, y que el decreto por medio del cual se fijaron unos parámetros mínimos para la utilización del espacio público en la realización del Carnaval de Barranquilla no contradice el ordenamiento jurídico superior y la autorización concedida a Carnaval de

Barranquilla S.A. para obtener una contraprestación económica por la utilización del espacio público durante el desarrollo del Carnaval y para recaudar las tarifas relacionadas con el evento, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de la cual se negaron las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho del Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007, *“por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de carnavales en la vía 40”*, expedido por el Distrito de Barranquilla.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 28 de noviembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007, *“por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de carnavales en la vía 40”*, expedido por el Distrito de Barranquilla.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

(firmado electrónicamente)

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

Presidente

(firmado electrónicamente)

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

(firmado electrónicamente)

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

(firmado electrónicamente)

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON

Consejera de Estado