

Radicado DADEP No. 20201100024273

****20201100024273****Bogotá D.C, 26-08-2020
110

Correo Electrónico

MEMORANDO**PARA: LEANDRO CORTÉS RODRÍGUEZ**
Subdirector de Administración Inmobiliaria y del Espacio Público**DE: CARLOS ALFONSO QUINTERO MENA**
Jefe de Oficina Jurídica -OAJ-**REFERENCIA: Radicados DADEP 20204000091942 y 20204000094772****ASUNTO: CONSOLIDACIÓN DE COMENTARIOS PARA TRÁMITE DE VALIDACIÓN DE LA
POLÍTICA PÚBLICA DE VENDEDORES INFORMALES - MINISTERIO DEL
INTERIOR.**

Cordial saludo,

De conformidad con el asunto de la referencia, según el cual solicitaron los comentarios de esta Oficina Asesora a propósito del caso que se expone en el radicado referido arriba, paso a pronunciarme en los siguientes términos:

I. NORMATIVIDAD APLICABLE

- Ley 9 de 1989.
- Ley 388 de 1997.
- Acuerdo Distrital 761 de 2020.
- Decreto Distrital 552 de 2018.
- Documento titulado Política Pública de Vendedores Informales (y anexos).

II. POSICIÓN DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA FRENTE AL CASO EN COMENTO.

Con base en lo anterior, esta Oficina Asesora Jurídica se dispone a analizar la situación y exponer su posición al respecto, tomando en consideración algunos postulados de la Corte Constitucional y revisando principalmente el marco normativo y las estrategias de gestión del documento a fin de identificar la relevancia del papel de los vendedores ambulantes frente al uso y aprovechamiento económico del espacio público:

Marco general del análisis:

El punto principal de reflexión del documento radica en aliviar la tensión existente entre el derecho fundamental al trabajo expresado en la **garantía al mínimo vital** frente a la **utilización del espacio público**, entendido este a partir de las características de los bienes de uso público - inalienables, imprescriptibles e inembargables- (página 7- Introducción), asunto este que parte de una equivocada apreciación del concepto de espacio público si se atiende la definición del artículo 5º de la Ley 9 de 1989 (Ley de Reforma Urbana) pues deja fuera de análisis el alcance complejo del espacio público sobre aspectos de la propiedad privada y el desarrollo progresivo desde el punto de vista urbanístico del concepto mismo de espacio público y su aprovechamiento económico.

Se percibe que si bien en el marco de la búsqueda de una solución para liberar tensiones en la dicotomía señalada atrás, el elemento que más desarrollo o avance ha experimentado ha sido el de la garantía del mínimo vital y el derecho al trabajo, ello no significa que el concepto de espacio público y su marco normativo no hayan prosperado en algún sentido. Por ende, se echa de menos que los antecedentes no ahonden en la forma como se vincula a la población de vendedores ambulantes con el espacio público entendido este como elemento estructural del ordenamiento de territorio municipal

Dicho esto, es evidente en el documento la profunda preocupación que desde el punto de vista socioeconómico, jurídico y cultural, le asiste al Gobierno Nacional en cuanto a la protección de la población que representan los comerciantes informales en el espacio público, al punto de expedir la Ley 1988 de 2019, como consecuencia jurídica e histórica del profuso desarrollo jurisprudencial que ha existido sobre la materia. No obstante, el enfoque resuelve la tensión planteada a través de la regulación y proyección de instrumentos jurídicos y soluciones administrativas que apuntan a la formalización de los vendedores informales, pero es ausente de reflexiones concretas sobre el manejo del espacio público.

Es claro que si bien las consideraciones posibles en materia de ordenamiento territorial (entendiendo esta materia como el marco general para las discusiones sobre espacio público) corresponden a la autonomía administrativa de los municipios y distritos, no es menos cierto que la materia que pretende abordar la política pública en estudio no se concibe sin esa relación directa en su origen, con la disposición misma del espacio público. Así las cosas, consideramos necesario hacer algunas precisiones al documento analizado:

1. Imprecisiones en los antecedentes del documento:

La referencia directa a la cifras nacionales y locales sobre actividades informales no guardan relación directa con la ocupación del espacio público, pues se refieren a un rango de actividades que no se circunscriben a las desplegadas por los vendedores ambulantes. Incluso, el documento lo reconoce así (pagina 12) al mencionar que *“como una lectura de la informalidad empresarial y laboral en general, y no cifras específicas de los vendedores informales, se encuentra la información del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) de conformidad con la Gran Encuesta Integrada de Hogares (...)”*, de tal suerte que la dimensión del factor a analizar no resulta del todo preciso.

Sumado a lo anterior, se incorporan conclusiones generadas en el año 2005 por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá según las cuales se sugiere que no es posible cobrar por la utilización del espacio público (pagina 12) derivado de la idea de libre acceso de los ciudadanos al espacio publico, cuando en la actualidad existen instrumentos probados para tal fin como los contenidos en normas locales del tipo del decreto distrital 552 de 2018 por medio del cual se establece el Marco Regulatorio del Aprovechamiento Económico del Espacio Público para Bogotá D.C.

Como se señaló en el Marco General del Análisis aquí aplicado, la política reconoce la tensión entre los derechos anotados en ese acápite, pero incurre en contradicciones como asumir como aplicable únicamente a los vendedores informales el problema de la ocupación no exclusiva del espacio público (Ver página 14):

“Uno de los mayores problemas en torno a la regulación de esta economía, es la correspondiente al empleo y ocupación de los espacios públicos, ya que estos oficialmente están para usarse sin exclusividad de un grupo de personas específicas y mucho menos de actividad comercial. No hay una solución estándar aplicable a todos los casos y como ya se mencionó anteriormente, las políticas deberán estar contextualizadas para cada caso local.”

Tomando las palabras del texto citado, el uso oficial sin exclusividad se predica de la ciudadanía en general salvo los casos específicamente regulados por las autoridades locales por las razones que le asistan conforme a la regulación del espacio público existente en el municipio o distrito. Por consiguiente, circunscribir dicha discusión a las formas de organización de la población heterogénea de vendedores informales en el espacio público, no consulta los intereses de otros grupo de población y los ciudadanos en general sobre la forma como acceden al espacio público, pues sugiere la concentración de un mecanismo legal aplicado al espacio público en favor de una comunidad específica, cuando la condición de especial protección que se reconoce a la población de vendedores ambulantes, pretende su especial atención en la formalización de su situación y no en su relación con el espacio público.

2. Ausencia de enfoque en la utilización equitativa del espacio público.

El marco normativo es adecuado en lo que respecta a la protección de la población de vendedores ambulantes y como se observa en las normas citadas, procura la formalización de estos y la defensa de grupos como los niños, tercera edad y población migrante, reconocidos como poblaciones con protección especial por tratados internacionales y jurisprudencia constitucional nacional. No obstante lo anterior, otra vez el documento omite señalar que la relación de la población de vendedores informales con el espacio público es y debe ser transitoria, pues dicha relación esta fundada en la falta de oportunidades laborales, entre otras, y la ocupación de un bien común a toda la ciudadanía.

El documento refiere las normas que sobre espacio público, reconocen el acceso libre a los ciudadanos y su utilización para el bien común, pero cuando pretende desarrollar la postura de la defensa de la población especial de vendedores ambulantes, no resuelve la forma equitativa como se debe autorizar el aprovechamiento del espacio público para todos los ciudadanos en capacidad de usar este último en igualdad de condiciones.

La jurisprudencia constitucional siempre ha reiterado que sus conclusiones apuntan a la incorporación de la población de vendedores ambulantes a la formalidad, por lo que se entiende que su paso por el espacio público es transitorio, y esto debido a la aplicación del principio de confianza legítima.

Es importante destacar que el reconocimiento de la aplicación del principio de la confianza legítima en una situación como esta, no se traduce en el incumplimiento final de las normas (restitución del espacio público utilizado) que se vieron afectadas por la falta de decisión inicial de la administración estatal. Lo que pasa es que para proceder a su aplicación será necesario considerar la situación generada en cabeza de los administrados y por consiguiente, atender esta de forma tal, que sus derechos y garantías sean respetados en todo momento. Ello, supone que la aplicación de la “*confianza legítima*” no es una patente de corzo para inaplicar el ordenamiento legal nacional o no ejercer de forma libre la competencia regulatoria del Estado, sino que la vuelta en razón de las autoridades para cumplir con sus deberes legales y corregir su actuar, no puede darse sin consideración a las “*expectativas legítimas*” generadas durante la situación irregular.

Las “*expectativas legítimas*”¹ cuya protección y cumplimiento persigue la aplicación del principio de la confianza legítima aluden a una categoría intermedia que derechos que aún están por consolidarse, motivo por el cual no pueden considerarse como derechos adquiridos (situación jurídicamente consolidada) pero tampoco como meras expectativas. Esto dependerá en gran medida de la credibilidad y convicción que sobre la actuación de la administración se haya generado y por lo cual se amerite el amparo del ordenamiento jurídico.

¹ DE VIVERO ARCINIEGAS, Felipe. “*La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal*” en: Revista de Derecho Público, N° 17. Universidad de los Andes. Bogotá. 2004.

Ahora bien, dado que la confianza legítima no es un derecho formalmente sino un principio, tampoco puede confundirse con un derecho fundamental a pesar de que la Corte Constitucional hubiese tramitado un gran número de sentencias de tutela en las que el tema central parece ser justamente este principio de confianza legítima. Estos casos ponen en evidencia el vínculo íntimo que se requiere para que la confianza legítima sea discutida vía tutela por conexidad con algunos derechos fundamentales. No así, **su principal asidero constitucional es el principio de buena fe.**

Considerando este enfoque, la Corte Constitucional apunta de forma reiterada a que las soluciones que se implementen para liberar la tensión entre los derechos discutidos en el presente análisis siempre supongan la terminación de la ocupación del espacio público. En tal sentido, el enfoque de la restitución del espacio público y el sentido colectivo ciudadano de su utilización, es el elemento que impulsa el desarrollo de planes de reubicación y la evolución de esta última hacia estrategias y programas de atención de población de vendedores ambulantes objeto de desalojo².

Es tan importante la preocupación de la Corte Constitucional en relación al manejo de la mitigación del impacto, que en la sentencia de la Corte Constitucional T-773 de 2007 señala claramente la necesidad de adoptar medidas que apunten **primero a la reubicación** (no es simplemente cambiar de inmueble en donde desarrolla la misma actividad), y **luego a las estrategias de forma alternativa o colateral**, con beneficios que no sean indemnizaciones. (En referencia a la sentencia de la Corte Constitucional SU-360/99).

De todo lo anterior da cuenta el numeral 1.2.3.5. del Marco Normativo de la Política Pública en estudio (pagina 25), al señalar:

"1.2.3.5. Disponer de espacios seguros para las actividades que realizan los vendedores informales.

Sobre la seguridad y convivencia, en el Código de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016, se incluyó que un comportamiento contrario al cuidado e integridad del espacio público es ocuparlo en violación de las normas vigentes (Artículo 140 núm. 4) y promover o facilitar el uso de este violando normas y jurisprudencia constitucional vigente (Artículo 140 núm.6).

² Puede ver las sentencias de Corte Constitucional T-801/06; T-908/10; T-135/10; T-458/11; T-244/12; T-904/12; T-314/12, en las cuales es clara la reiteración de obligación estatal de adoptar planes de recuperación de espacio público con **programas de reubicación** de vendedores ambulantes cuidando que en sus nuevas actividades se asegure su mínimo vital

Sin embargo, de acuerdo con los últimos desarrollos jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha establecido que no es una conducta contraria, el adquirir o consumir bienes o servicios ofrecidos por vendedores informales (Sentencia C-489/19, 2019).

Lo anterior debido a que “la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en la protección constitucional del derecho al trabajo especialmente de las personas que se dedican a las ventas informales. Tras comprender que el trabajo es un vehículo de acceso a la ciudadanía social, en tanto permite que las personas, a través del ingreso que deriva de sus labores, se provea de alimentación, vivienda, estudio, recreación, entre otros, la Corte ha señalado que, en principio, no es posible limitar su ejercicio cuando este se realiza en escenarios no formales; para ello además se ha prevalido de los principios de buena fe y de confianza legítima cuando las autoridades han permitido que se ocupen los espacios públicos en la realización de ese tipo de actividades” (Sentencia C-489/19, 2019).”

Los enfoques de la Política Pública Nacional se centran en consideraciones nacidas de la condición inicial de los vendedores y desconoce como enfoque la necesidad de atender las regulaciones urbanísticas sobre espacio público, olvidando que el suelo es objeto de aplicación del principio de reparto equitativo de cargas y beneficios mediante el ordenamiento del territorio, conforme a la ley 388 de 1997 y por lo tanto, un elemento transversal en la búsqueda de soluciones para la ocupación del espacio público por parte de todos los ciudadanos.

La descripción de los ejes (pagina 58) a partir de los cuales se desarrollan las estrategias contempladas por el gobierno nacional propone la participación de los gobiernos municipales y distritales mediante la implementación de una adecuada planeación y desarrollo y del ordenamiento territorial (Eje 2- Paginas 60- 61) evidenciando la búsqueda de soluciones de acceso directo al espacio público como población de especial protección.

Se considera que es equivocado señalar como línea de acción, el “*número de POT (...) con estrategias de uso y aprovechamiento del espacio público definidas para vendedores informales*”, si estas pretenden ser considerados como un elemento diferenciado o aislado de los procesos de participación colectiva de la ciudadanía en general para el aprovechamiento económico del espacio público.

Cabe señalar que el Plan de Desarrollo Distrital vigente contenido en el Acuerdo 761 de 2020, señala en el artículo 135 que los “Acuerdos de acción colectiva” mediante los cuales se pretende, entre otros, generar condiciones para la protección del interés común en el espacio público en el marco del desarrollo de actividades económicas informales, se supedita (según el párrafo del artículo referido) a la guianza de reflexiones y principios como los expresados hasta este punto (En el mismo sentido, el artículo 44º señala que las acciones afirmativas definidas por la Corte Constitucional se llevará a cabo en consideración al papel que como actores del espacio público tienen los vendedores ambulantes, pero con el propósito

de disminuir la "ilegalidad, conflictividad, y la informalidad en el uso y ordenamiento del espacio público, privado y en el medio ambiente rural y urbano").

Por último, cabe anotar que la regulación del espacio público en el Distrito Capital pretende incluir dentro de un marco regulatorio de actividades organizadas, la tensión entre los derechos definida al comienzo de este análisis, de tal suerte que deberá entenderse que la puerta de entrada para la utilización de mecanismos e instrumentos de gestión económica del espacio público tienen como condición la vocación de formalidad de los usuarios que a ello pretenden acceder y la erradicación de la ocupación indebida del elemento del espacio público. En este sentido, lo señala el Decreto Distrital 552 de 2018 que en sus considerandos refiere lo siguiente:

"Que es necesario establecer el Marco Regulatorio del Aprovechamiento Económico del Espacio Público - MRAEEP con los fines de prevenir o erradicar la ocupación indebida del espacio público; corregir las externalidades negativas que se generan por el aprovechamiento económico del espacio público cuando se realizan sin contar con el respectivo contrato o acto administrativo por parte de la entidad competente; generar retribuciones que contribuyan al mantenimiento y sostenibilidad del espacio público; definir la temporalidad de las actividades con o sin motivación económica en el espacio público; dictar las disposiciones aplicables a las actividades temporales con o sin motivación económica que se desarrollen en el espacio público; garantizar la integridad, uso común y libre acceso del espacio público cuando se realicen actividades de aprovechamiento económico; generar conciencia en la ciudadanía del respeto al espacio público y de su no utilización con fines de explotación económica sin el respectivo contrato o acto administrativo expedido por parte de la entidad competente. "

De esta forma, reconoce a norma citada que la posibilidad de los ciudadanos en general par acceder al aprovechamiento económico del espacio público solo puede considerarse como temporal y no genera derechos en favor de persona alguna:

"Artículo 5°.- Temporalidad. Las actividades de aprovechamiento económico del espacio público están condicionadas en el tiempo, no tienen vocación de permanencia, ni generan derechos adquiridos.

La temporalidad está ligada estrictamente a lo establecido en los instrumentos mediante los cuales se asigna el espacio público para su aprovechamiento económico y la modalidad establecida en el mismo. Las modalidades de aprovechamiento económico del espacio público son de corto, mediano y largo plazo."

En suma, se concluye que la propuesta del documento analizado, requiere profundizar en la forma como se aproxima a la población de vendedores ambulantes al espacio público, para

que esta se realice en condiciones de equidad con respecto al resto de ciudadanos, entendiendo que cualquier reglamentación legal no debería reconocerle en algo sentido, derechos o prelación sobre el acceso al espacio público o su aprovechamiento, pues el origen de la condición misma de dicha población radica no solo en las condiciones desventajosas socioeconómicas y culturales que arrastra, sino por la forma como las administraciones locales procedieron históricamente dando lugar a la confianza legítima que es justamente lo que produjo las actuaciones judiciales que actualmente sirven de impulso al marco normativo actual.

Así las cosas, la corrección de la actuación administrativa no debería entenderse como el reconocimiento de una situación con un factor diferencial para una población en su acceso al espacio público, sin que esto desconozca en algo sentido la responsabilidad de las autoridades territoriales para la atención de las necesidades evidentes de esta población y la necesidad de mejorar su relación con el tejido social mediante acciones y estrategias como la formalización de su actividad y el acceso a oportunidades que garanticen su mínimo vital y reconozcan su dignidad como personas.

Atentamente,



CARLOS ALFONSO QUINTERO MENA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Oscar Eduardo Gómez - Abogado contratista OAJ
Revisó: Carlos Alfonso Quintero - Jefe OAJ
Fecha: Agosto
Código de archivo:

