



Revista Digital de Derecho Administrativo
ISSN: 2145-2946
Universidad Externado de Colombia

PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN

El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión del reciente fallo de unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento

Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 22, 2019, pp. 35-59

Universidad Externado de Colombia

DOI: 10.18601/21452946.n22.03.

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503860786003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión del reciente fallo de unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento

JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRÍ¹

RESUMEN

En Colombia no existe claridad en cuanto a los contratos que permiten la ocupación privativa de los bienes de uso público o, lo que es lo mismo, su aprovechamiento económico. Ante la ausencia de claridad de las reglas de

1 Doctor en Derecho Público por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas, París, Francia. Docente investigador de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: pimiento.julian@gmail.com. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1353-1807>. Fecha de recepción: 25 de marzo de 2019. Fecha de modificación: 22 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2019. Para citar el artículo: PIMIENTO ECHEVERRÍ, JULIÁN, "El aprovechamiento económico de los bienes de uso público. Reflexiones con ocasión de la reciente unificación sobre la improcedencia del contrato de arrendamiento", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 22, 2019, pp. 35-59. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n22.03>.

esta categoría de bienes, el Consejo de Estado ha optado por cerrar la vía a ciertos tipos contractuales, como el contrato de arrendamiento. Esta solución, aunque adecuada, no ha sido debidamente sustentada por esa Alta Corte. En este artículo propongo un acercamiento distinto a la cuestión y pretendo sentar las bases de un nuevo modelo contractual de gestión de estos bienes que reconozca las particularidades de su régimen jurídico, la protección que merecen y su debida explotación social y económica.

Palabras clave: propiedad pública, bienes de uso público, aprovechamiento económico, contrato de arrendamiento, concesión de bienes públicos.

Economic Use of Public Property Available for Public Use. Some Thoughts About the Recent Unification Ruling Excluding the Lease Contract

ABSTRACT

In the Colombian legal system, rules pertaining to private occupation of public property available for public use, including its economic exploitation, are uncertain. In the absence of legal clarity, the Council of State has ruled to exclude the possibility to use a lease contract to grant private occupation of public property available for public use. Although a reasonable decision, such ruling is poorly justified by the Colombian administrative judge. This paper vindicates a new contractual model for managing public property available for public use that takes into account the peculiarities of its legal regime and protection, as well as the need of an economic and social use.

Keywords: Public Property, Public Property Available for Public Use, Economic Exploitation, Lease Contract, Concession Contract of Public Property.

INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, en el colombiano no existe claridad en cuanto a los mecanismos de gestión de los bienes públicos, en particular de los bienes de uso público. Esta grave situación se origina en la ausencia de una regulación clara de los bienes públicos en el derecho nacional, que se explica por el desinterés del legislador y la doctrina en este ámbito del derecho administrativo.

Las dificultades crecen cuando se integran problemas sociales a la ecuación. En efecto, la ausencia de un régimen de gestión claro se suma a la informalidad característica de la ocupación de los bienes de uso público urbanos, para generar una situación insostenible. Ello, aunado a una nueva, pero inadecuada y

draconiana, aplicación del Código de Policía ha generado mayores problemas para los municipios en lo que se refiere a la ocupación privativa de los bienes de uso público que componen el espacio público. Lo cierto, sin embargo, es que la cuestión ha retomado un reciente valor: por una parte, en los últimos años algunas entidades territoriales han expedido regulaciones integrales sobre el aprovechamiento económico del espacio público y, por la otra, en 2018 la Sala Plena del Consejo de Estado unificó su postura acerca de la improcedencia del contrato de arrendamiento de bienes de uso público.

La mejor protección del patrimonio público es su gestión eficiente. Pero, ¿cómo gestionar adecuadamente los bienes de uso público ante el desinterés del legislador en regular la materia?, y ¿de qué manera se puede lograr ese objetivo constitucional sin herramientas jurídicas adecuadas? El problema requiere de un planteamiento más amplio y de respuestas concretas que permitan soluciones pragmáticas.

Esa dificultad se ha agravado por cuenta de la ausencia de claridad conceptual en las categorías de bienes públicos y las reglas necesarias para su gestión (1); en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la incoherencia de las posturas jurisprudenciales que se asumieron para resolver la pregunta del mecanismo más adecuado para la gestión de los bienes de uso público, en particular acerca de la procedencia del contrato de arrendamiento (2), lo cual debe llevar a la necesaria indagación acerca de esos instrumentos (3).

1. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES: LAS CATEGORÍAS DE BIENES PÚBLICOS Y LAS REGLAS PARA LA GESTIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO

Según el Código Civil, existen dos categorías de bienes públicos: los bienes de uso público y los bienes fiscales. Tradicionalmente –y de manera equivocada–, la doctrina nacional y luego la jurisprudencia, siguiendo los postulados del derecho clásico francés, intentaron asimilar los bienes fiscales al régimen de la propiedad privada², mientras que, a los bienes de uso público, se les consideró como extraños a cualquier tipo de derecho real (aún el de propiedad). Se analizará, en este acápite, de manera sucesiva, el asunto de la propiedad y el de las categorías reconocidas por el ordenamiento jurídico colombiano.

- 2 Difiero en esto de la postura defendida por los civilistas clásicos en el derecho nacional (cf. LUIS VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, 14.^a ed., Bogotá: Ibáñez, 2019, pp. 66 y ss.), que pretenden señalar un pretendido dominio eminente como fundamento de la relación de las entidades públicas y los bienes de uso público, y el régimen de la propiedad privada para los bienes fiscales, tesis que se encuentra desactualizada y no se corresponde con la realidad normativa del régimen de los bienes públicos. Por mi parte, me limitaré a reiterar lo afirmado en repetidas ocasiones y escenarios sobre la mejor manera de entender esa relación a partir del concepto de propiedad pública.

En repetidas ocasiones he defendido la postura según la cual, en el sistema nacional, el legislador reconoció la propiedad de los bienes públicos, aplicable tanto a los bienes de uso público y de los fiscales. Nuestro sistema se ubica, entonces, en aquellos llamados *propietarias*³. Los argumentos que soportan esta afirmación son muy sencillos, pero vale la pena reiterarlos: a) en primer lugar, la lectura en conjunto de los artículos 669 y 674 del C.C. permite afirmar, sin duda alguna, que cuando se afirma "se llaman bienes de la unión, aquellos cuyo dominio pertenece a la República", lo que se está afirmando es que esos bienes son de *propiedad* de la República, pues en el derecho nacional, propiedad y dominio son sinónimos; b) en segundo lugar, estos bienes son de propiedad de las diferentes personas de derecho público, pues estas son titulares de un patrimonio y gozan de todos los mecanismos propios a dicha categoría, tal y como lo reconoce el artículo 362 de la C.P.; c) pero, además, en tercer lugar, la forma en que se proveen bienes de uso público (compra, expropiación, cesiones obligatorias gratuitas, etc.) exige que se realice la transferencia del derecho de propiedad a favor de la entidad expropiante, en todos los casos; y d) los bienes de uso público, junto con los bienes fiscales, se integran en el Plan Único de Cuentas, como parte de los activos fijos de las entidades públicas propietarias.

El ordenamiento jurídico no solo reconoce el derecho de propiedad, sino que le otorga un régimen jurídico concreto. Ese régimen se compone de tres pilares: un régimen público de gestión, un régimen de responsabilidades y un régimen de protección. Desde este punto de vista, todos los bienes públicos se encuentran sometidos a un régimen de derecho público más o menos intenso, que es propio de las personas públicas en el manejo de su patrimonio; el régimen de responsabilidad integra la fiscal, la penal, la disciplinaria y la civil, que busca garantizar una adecuada protección del patrimonio público y que se aplica a los funcionarios en el uso de esos bienes; en tercer lugar, el régimen de protección, que tiene tres aristas: la imprescriptibilidad, prerrogativa del poder, derivada del artículo 375 del CGP; la protección policiva, directamente por las autoridades locales y la protección judicial, cuya principal expresión es la acción popular, por la cantidad de derechos colectivos que entran en juego en la protección de la propiedad pública⁴.

3 Para todos estos puntos, véanse: JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI, "La propiedad de los bienes de uso público", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 18, enero-junio de 2014, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 73-98; "Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011; y, "Los bienes públicos y su régimen territorial", en *Derecho de las entidades territoriales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Paula Robledo, Héctor Santaella y Juan Carlos Covilla (eds.), 2018, pp. 453-492.

4 Cf. JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI, "La protección administrativa y judicial de los bienes públicos en Colombia: dificultades, incoherencias y perspectivas", *Revista de Derecho*, vol. 17, Piura: Universidad de Piura, 2016, pp. 321-352.

Se tiene entonces que tanto bienes de uso público como fiscales se encuentran sometidos a un derecho de propiedad: la propiedad pública.

Por otra parte, a pesar de que parece mantenerse por una inercia inmodificable, está la clásica distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales⁵. Dicha distinción no tiene mayor importancia, al menos en lo que a bienes fiscales se refiere, por cuanto en el sistema colombiano el régimen jurídico de ambas categorías se acerca mucho, de allí que se pueda afirmar que la tradicional y falsa idea de que los bienes fiscales sean una "propiedad privada del Estado" corresponde a una noción superada.

Desde esta perspectiva, entonces, para simplificar el régimen jurídico de los bienes públicos en Colombia habría que señalar que: a) todos los bienes públicos (fiscales y de uso público) son imprescriptibles; b) los bienes de uso público y los bienes fiscales destinados a la prestación de un servicio público, prestado por una entidad descentralizada o su concesionario, son inembargables; y c) los bienes de uso público y los fiscales que determine el constituyente o el legislador son inalienables (subsuelo o espectro electromagnético).

Desde el punto de vista de su gestión, la jurisprudencia ha aplicado un distinto régimen a las categorías de bienes públicos tradicionalmente existentes. Mientras que para los bienes fiscales se ha contemplado cierta libertad –dentro del marco del régimen estatal de contratación–, para los bienes de uso público, el desconocimiento de las bases mínimas de cómo funcionan ha llevado a la jurisprudencia a aportar soluciones incoherentes e inadecuadas, como se demostrará a continuación.

2. LA PROHIBICIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES DE USO PÚBLICO

El uso del contrato de arrendamiento para gestionar bienes de uso público se hizo de manera intuitiva por las entidades territoriales; parecía una manera segura de entregar un bien a un particular, para que lo usara temporalmente y pagara una suma dineraria en contraprestación. Sin embargo, ya fuera por una interpretación inadecuada del régimen de esos bienes o por los excesos en su configuración, los jueces decretaron su nulidad absoluta. Esta postura no fue pacífica, pues otra parte de la jurisprudencia promovió una interpretación

5 En palabras de Jaime Orlando Santofimio, "En relación con los bienes de propiedad pública, y no obstante las múltiples críticas que la doctrina nacional, especialmente la civilista, ha hecho en el sentido de la falta de técnica legislativa en cuanto al tratamiento de estos bienes en el Código Civil, lo cierto es que este ordenamiento continúa en la hora actual de nuestra evolución constituyendo el punto básico o piedra angular de cualquier referencia que se haga en torno a los bienes del común y de los diferentes entes públicos". JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 1039.

más acorde con la libertad de configuración contractual y propuso la revisión de cada contrato a la luz de las necesidades de dichos bienes. El auge –administrativo– y la caída –judicial– del contrato de arrendamiento es la primera evidencia del desorden normativo en la gestión de los bienes de uso público; por ello, se estudiarán, sucesivamente, las incoherencias jurisprudenciales (2.1) y la defectuosa sentencia de unificación de 2018, en la cual se prohibió definitivamente el uso de dicho contrato (2.2).

2.1. LA SITUACIÓN PREVIA: LAS INCOHERENCIAS JURISPRUDENCIALES DEL CONSEJO DE ESTADO

En el sistema jurídico colombiano, la gestión de los bienes de uso público ha sido el escenario de numerosos desaciertos jurisprudenciales, de lo cual daré cuenta en este acápite. La cuestión se centró en determinar si procedía o no la celebración del contrato de arrendamiento para realizar un aprovechamiento económico de los bienes de uso público. La idea no parecía descabellada pues de lo que se trataba era de entregar temporalmente uno de esos bienes a un particular, para que lo explotara económicamente y le entregara a su propietario –la entidad pública– una contraprestación económica.

Más allá de las particularidades de cada caso concreto, en particular de lo irrisorio del monto que percibiría la Administración propietaria, lo que interesa es identificar las distintas líneas jurisprudenciales contradictorias que se produjeron, particularmente en el seno de las secciones Primera y Tercera del Consejo de Estado, y que motivó la unificación jurisprudencial de 2018. En el marco de los bienes de uso público, la utilización del contrato de arrendamiento ha sido tan constante, como lo ha sido su anulación. Es posible analizar la cuestión a la luz de una jurisprudencia, pues algunas decisiones han terminado por poner un límite inaceptable a la libertad contractual de las personas públicas, mientras que otras parecen adoptar una posición más abierta, la cual no ha sido seguida por la jurisprudencia posterior.

La cuestión se volvió particularmente relevante en el caso de arrendamiento de escenarios deportivos –estadios, coliseos y otros similares–⁶. Por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 2001, decidió acerca de la nulidad del contrato de arrendamiento del parque estadio Olaya Herrera de la ciudad de Bogotá, y concluyó:

si bien el contrato de arrendamiento conlleva actos de administración y no de disposición, por cuanto quien arrienda no transfiere el dominio del bien, dicho acuerdo se caracteriza porque confiere al arrendatario el derecho de uso y goce exclusivo,

6 A pesar de que en las primeras sentencias se negó esa posibilidad, como se desprende de Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Exp. 5286.

el cual se encuentra amparado por la ley frente a cualquier clase de perturbación o impedimento, de conformidad con los arts. 1988, 1989 y 1990 del Código Civil. De manera que no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que, por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad. [...] En consecuencia, el denominado "contrato de arrendamiento" por la Corte Constitucional, debe garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las finalidades públicas a las cuales está destinado un bien de uso público, esto es su incorporación al uso y goce de la comunidad, finalidades que, sin duda, resultan contrariadas al entregar el bien en arrendamiento, puesto que es de la esencia de dicho contrato la entrega de la cosa para el uso y goce del arrendatario durante el tiempo que dure el convenio, sin ninguna perturbación o interferencia; de allí que algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento "no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien"⁷.

Esa misma postura se consignó en una sentencia de 2004^[8], en la que se desató un contencioso popular contra un contrato de arrendamiento cuyo objeto lo constituía una plaza pública; según el demandante, el contrato vulneraba los derechos colectivos al patrimonio público, a la moralidad administrativa y al uso del espacio público. El Consejo de Estado le dio la razón y afirmó: "no es jurídicamente viable que dichos bienes sean entregados en arrendamiento, dado que es de la esencia de dicho contrato el uso y goce exclusivo, sin ningún tipo de perturbación o molestia"⁹. Mientras que, en 2005, la misma Sección resaltó: "Si una de las características fundamentales de los bienes de uso público, es precisamente la de que su goce y disfrute sea de toda la comunidad, habrá de concluirse que resulta ilegal el arrendamiento de un bien de uso público, toda vez que este tipo comercial confiere la utilización exclusiva del bien, al arrendatario"¹⁰.

La sentencia más famosa que se produjo al respecto es de 2010, relativa al contrato de arrendamiento que tenía por objeto la explotación del Coliseo Cubierto de la ciudad de Bogotá; en esa providencia, el Consejo de Estado adoptó una metodología distinta, pues se centró en analizar la función social y económica del contrato de arrendamiento, para concluir su incompatibilidad con la afectación al uso público; al respecto señaló:

la prohibición constitucional y legal consistente en que respecto de bienes de esta naturaleza se configuren situaciones jurídicas en provecho exclusivo¹¹ de determinadas personas –menos aún situaciones jurídicas de carácter real y más claramente

7 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2001, Exp. 16596.

8 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. AP-1750.

9 *Ibíd.*

10 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 7392.

11 Estaría entonces prohibida toda autorización privativa.

proscrito todavía, derechos reales de titularidad de particulares— torna jurídicamente imposible que concurra uno de los elementos que determina la función económico-social del contrato de arrendamiento [...] el goce exclusivo.

Así, como lo he señalado en otra oportunidad, la transcripción de esos fallos permite esbozar algunas conclusiones previas a la unificación de 2018: a) la posición generalizada de la jurisprudencia es la de considerar que el contrato de arrendamiento es absolutamente nulo como consecuencia de su objeto ilícito, en los términos del artículo 1521 del Código Civil; b) la jurisprudencia considera que el contrato de arrendamiento es, en realidad, una venta temporal del bien; y c) la jurisprudencia considera de manera general que las administraciones públicas disponen de una libertad en cuanto a la elección del tipo contractual de la explotación de los bienes de uso público, y solo estarán prohibidos los contratos que comportan una obligación de transferir la propiedad¹².

La postura contradictoria, claramente minoritaria, se produjo entre 2003 y 2005 principalmente, en ella no se descalificó el contrato de arrendamiento de tajo, sino que le pusieron algunas condiciones. En un caso en el que se suscribió un contrato de arrendamiento con un club de golf para la utilización de una parte de un parque público, dentro de cuyas obligaciones se encontraba la de permitir el uso y el paso de los ciudadanos por todos los lugares del parque, el Consejo de Estado afirmó:

ninguna de las cláusulas del contrato constituye una vulneración o amenaza a los derechos colectivos invocados por el actor, pues en este no se varía el fin jurídico del bien de uso público [...] no hay normas que proscriban figuras jurídicas ni formas contractuales, como el arrendamiento sobre este tipo de bienes, salvo las que impliquen enajenación, pues lo que debe protegerse es que no se desnaturalice la finalidad pública a la que están destinados¹³.

La postura probablemente más interesante, se encuentra en una providencia de 2014, en la que la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al pronunciarse acerca de los contratos de arrendamiento de los locales comerciales del antiguo Aeropuerto El Dorado, afirmó:

Resulta útil puntualizar que un verdadero análisis de la jurisprudencia contractual requiere acudir al contexto de la decisión con relación a *la causa petendi* que se ventiló en el proceso judicial y al acervo probatorio correspondiente, puesto que estos supuestos marcan diferencias definitivas en el sentido de las decisiones judiciales específicas sobre un tipo de contrato, en virtud del principio de la congruencia de

12 JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI, *Derecho administrativo de bienes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 593.

13 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 noviembre 2003, Exp. AP-1503.

la sentencia consagrado en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984 –norma vigente para el presente proceso– en la misma forma que posteriormente fue establecido en el numeral 10 del artículo 180 y el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) [...]. Entonces, es importante observar que no existe jurisprudencia reiterada, mucho menos un precedente jurisprudencial, en el sentido de que el arrendamiento del bien inmueble de uso público esté prohibido (sí o sí), por el solo hecho de que se trata de un contrato que otorga el uso y goce a favor del particular; la conclusión en cada caso debe ligarse al contenido específico del contrato, su aplicación depende de los múltiples factores de clasificación legal que entran a constituir premisas de análisis en relación con el bien objeto del contrato y con su finalidad¹⁴.

En conclusión, la postura del Consejo de Estado previa a la sentencia de unificación de 2018 oscilaba, por una parte, entre la prohibición absoluta del contrato de arrendamiento por tener objeto ilícito en el caso de que recayeran sobre bienes de uso público y, por la otra, la necesidad de analizar el clausulado del contrato para determinar su compatibilidad con las reglas propias de dichos bienes. En 2018 se unificó la postura al respecto, con buenas intenciones, pero muy pobre ejecución, como se verá a continuación.

2.2. UNA OCASIÓN PERDIDA EN LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Dentro de la línea jurisprudencial en la materia, la sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018 es particularmente superficial, pero relevante por su valor de precedente jurisprudencial. Fue una ocasión perdida de realizar un estudio serio de los instrumentos contractuales de gestión de los bienes de uso público y aportar respuestas claras para las entidades territoriales. Su desarrollo demuestra poca solidez argumentativa, pues se dedicó a reiterar lo que se había hecho con mayor tino hasta ese momento por la Sección Tercera

14 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de octubre de 2014, Exp. 29851. Y concluyó con gran tino en ese caso que: “es importante puntualizar que sin necesidad de acudir a las diferentes concepciones de los bienes de uso público que se han mencionado en esta providencia, los locales comerciales ubicados en los aeropuertos de propiedad de la Aeronáutica Civil se consideran bienes de carácter *fiscal* por razón de su destinación, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado que se ha expuesto en el presente punto, de manera que con base en dichos pronunciamientos, aun en el supuesto aplicar en forma simple la clasificación del Código Civil, se predica la posibilidad de celebrar el contrato de arrendamiento sobre los referidos locales comerciales toda vez que –también– siguiendo los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil se encuentran excluidos de las restricciones impuestas a los denominados *bienes de uso público*. Así las cosas, la Sala resuelve afirmativamente el problema genérico previamente planteado, es decir que el contrato de arrendamiento de las áreas destinadas a locales comerciales en un aeropuerto público está en principio permitido de acuerdo con la ley”.

(2.2.1) y falla en un análisis sustancial acerca de los elementos del contrato para concluir su improcedencia (2.2.2).

Ello no quiere decir que se defienda el contrato de arrendamiento como una solución adecuada a la gestión de los bienes de uso público, que no lo es, sino que las razones aportadas por la jurisprudencia no se compadecen con el régimen del contrato o de los bienes que pretende proteger y restringe de manera inadecuada la libertad de configuración contractual de las entidades públicas.

2.2.1. El contrato de arrendamiento de bienes de uso público en la sentencia de unificación: "un giro de 360 grados"

La sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018^[15] solo se puede calificar como una oportunidad perdida. En realidad, la unificación se limitó a repetir, sin mayor profundidad, lo que se había dicho mejor en otros fallos proferidos por la Sección Tercera. Veamos.

El caso era relativamente sencillo y clásico en este tipo de escenarios: unos ciudadanos instauraron demanda en ejercicio de la acción popular con la finalidad de que se protegieran los derechos colectivos al goce del espacio público y la defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público y la libertad de locomoción (sic), que habrían sido violados como consecuencia de la celebración del contrato de arrendamiento mediante el cual se permitió la construcción de un kiosco de bebidas y alimentos en el parque Caldas del municipio de Támesis. La Sala Plena del Consejo de Estado, en la providencia en comento, reconoció que el ordenamiento jurídico siempre ha permitido el aprovechamiento de los bienes de uso público, siempre y cuando las obligaciones se viertan "en un clausulado contractual que al tiempo que garantice y desarrolle la prevalencia del interés general, respete los límites que se derivan del régimen jurídico delineado para estos bienes por el artículo 63 de la Constitución", pero que no existe claridad en el tipo contractual procedente en esos casos.

Por ello, decidió realizar un extenso recuento de la jurisprudencia más relevante al respecto, para llegar a la conclusión de que

Teniendo entonces en cuenta los derechos y acciones que surgen para el arrendatario, derivadas del contrato de arrendamiento y la protección que ellas ofrecen al uso y goce exclusivo, y siguiendo, la abundante jurisprudencia que sobre la materia ha trazado la Sección Tercera de esta Corporación, bien puede concluirse que no es procedente entregar en arrendamiento bienes de uso público.

15 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, Exp. AP-00157.

El fundamento de esa postura lo constituyen algunas reflexiones comúnmente utilizadas por la jurisprudencia en torno a que "no es posible conferir a una persona el uso y goce exclusivo de un bien de uso público, porque es contrario a su propia naturaleza y finalidad, toda vez que, por disposiciones constitucionales y legales, los derechos a su uso y goce pertenecen a toda la comunidad"¹⁶; frente a lo cual la propia Sala procede a concluir:

Vistas así las cosas, la Sala unifica su criterio, en el sentido de afirmar que el contrato de arrendamiento no puede ser utilizado para entregar bienes de uso público para su aprovechamiento¹⁷, quedando abierta la posibilidad a que se utilicen otras fórmulas contractuales o unilaterales, como el contrato de concesión, o la expedición de licencias o permisos para ese efecto. [...] No debe olvidarse aquí que, con independencia del instrumento jurídico que se utilice para la gestión del bien (acto administrativo unilateral, acto administrativo concertado o contrato a excepción del contrato de arrendamiento), por expresa disposición constitucional, siempre que el objeto del negocio jurídico tenga la calidad de bien de uso público, sus reglas de uso, disfrute y disposición deberán consultar forzosamente el régimen que se desprende del artículo 63 de la Carta y del principio de prevalencia del interés general (artículos 1 y 58 superiores). Por ende, deberá asumirse que además de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles, se trata de bienes afectados a una destinación de interés general, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad.

Y, finalmente, establecer unos lineamientos, muy genéricos e imprecisos, por cierto, para la gestión de los bienes de uso público. En efecto, para la Sala Plena del Consejo de Estado:

16 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2001, Exp. 16596.

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

No se pueden arrendar:

El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.

El derecho alimentario.

Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.

Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc." (bastardillas de la Sala). JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*, Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008, p. 406.

La exigencia es la proyección de tales condiciones directamente sobre el contenido del acto o contrato y que las condiciones allí consagradas se encuentren acordes con los principios básicos de la gestión de este recurso de las comunidades, los cuales se verían protegidos siempre que se garanticen los siguientes presupuestos:

- a. Que exista un vínculo jurídico formal, sea mediante acto administrativo o contrato. Si se trata de la celebración de un negocio jurídico, este no puede ser el de arrendamiento.
- b. Que se otorgue un uso temporal del bien.
- c. Que el objeto sea compatible con la naturaleza del espacio público, es decir, que no se cause afectación de los derechos colectivos.
- d. Que se asegure por parte de la Administración un seguimiento oportuno y adecuado a la ejecución del contrato con el fin de garantizar el uso de parte de la comunidad.

Así pues, en criterio del Consejo de Estado, el uso y goce exclusivo del bien que se le otorgaría al arrendatario se opondría fundamentalmente a la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento de bienes de uso público, los cuales se encuentran destinados para el uso y goce de toda la comunidad.

La providencia en comento es criticable tanto por aspectos de fondo, como de forma. A un recuento muy simplista de los fundamentos en los que se basaba la oposición al contrato de arrendamiento, se suma la ausencia de una *ratio decidendi* clara aplicable en esta sentencia, lo máximo que se puede afirmar es que la unificación consistió en tomar como propios de la Sala unos razonamientos que estaban mejor explicados en las sentencias anteriores. Desde esta perspectiva, la sentencia de unificación es defectuosa en su metodología y aproximación al problema jurídico.

Ahora bien, la defensa de un análisis más serio no radica en considerar que es posible entregar en arrendamiento bienes de uso público¹⁸, por lo que se

18 En numerosos ordenamientos jurídicos tampoco es posible; por ejemplo, en Francia se ha afirmado que este contrato se encuentra prohibido para gestionar bienes de uso público "la cesión libre del contrato de arrendamiento comercial iría en contra del carácter personal de los títulos de ocupación del dominio público; la precariedad de estos últimos, mediante la cual se busca que las personas públicas recuperen el bien en cualquier momento según las necesidades que imponga la afectación, no sería compatible con el derecho a la renovación que tendría el beneficiario de un contrato de arrendamiento comercial. Pero detrás de estos fundamentos jurídicos parece encontrarse una razón determinante de naturaleza financiera: al excluirse el contrato de arrendamiento comercial se evita que la Administración deba pagar la indemnidad debida al arrendatario en caso de no renovación del contrato (C. Com., art. L. 145-14). El principio de exclusión encuentra su principal motivación en la protección de los recursos públicos", CAROLINE CHAMARD-HEIM et al., *Les grandes décisions*

considera que el acercamiento superficial operado por la sentencia en estudio no aporta elementos claros a la respuesta de cuál es el instrumento de gestión contractual más adecuado para gestionar los bienes de uso público.

Creo que la metodología que debió haber seguido la Sala Plena del Consejo de Estado habría implicado analizar tres cuestiones distintas, para llegar a un resultado adecuado en punto a su compatibilidad con los bienes de uso público: a) ¿cuáles son las condiciones necesarias para que se pueda entregar a un particular la gestión de un bien de uso público?; b) ¿qué significa la exclusividad en el ámbito del contrato de arrendamiento?; y, en conclusión, c) ¿se puede adecuar el contrato de arrendamiento a las necesidades de los bienes de uso público?

2.2.2. Un verdadero análisis de compatibilidad del contrato de arrendamiento y los bienes de uso público

La primera pregunta que habría que resolver es, entonces, el análisis de las reglas aplicables a la ocupación privativa de bienes de uso público. Habría que afirmar, en cualquier caso, de manera previa y sin reservas, que la mejor protección de los bienes de uso público es una buena gestión y que para ello se requieren unas reglas procedimentales y sustanciales claras. En este orden de ideas, se impone establecer bajo qué condiciones se puede admitir la ocupación privativa, asunto sobre el cual ya me he pronunciado en varias oportunidades, y frente a lo cual cabe afirmar algunas cuestiones de manera muy breve.

En segundo lugar, se impone realizar un análisis del contrato de arrendamiento y la exclusividad que lo caracteriza. Desde el punto de vista normativo, el contrato de arrendamiento se encuentra definido en el artículo 1973 del Código Civil, por cuya virtud se establece que es un "contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado"; en ese orden de ideas, el arrendador se obliga a "librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada"¹⁹, durante la vigencia de la relación negocial. Por otra parte, según el ordenamiento jurídico, este contrato en principio no genera derechos reales sobre la cosa arrendada y tampoco confiere al arrendatario el denominado derecho de retención –derecho real–, en caso en que el arrendador no

du droit administratif des biens, París: Dalloz, 2013, p. 473 (comentario al fallo Kergo, CE, 23 de enero de 1976). Para una crítica de esta prohibición ver: CATHERINE MAMONTOFF, *Domaine public et entreprises privées*, París: L'Harmattan, 2003, pp. 87 y ss.; por una visión más actualizada: NORBERT FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 4.ª ed., París: LexisNexis, 2018, p. 201.

19 Artículo 1982 del Código Civil.

haya pagado las deudas que surgen con ocasión de las reparaciones locativas del bien, cubiertas por el arrendatario²⁰.

Queda claro, entonces, que el contrato de arrendamiento no atenta, como lo pudo afirmar alguna línea jurisprudencia, contra la inalienabilidad característica de los bienes de uso público²¹, pues, por una parte, es evidente que aquel y la compraventa son contratos sustancial y formalmente distintos, tanto en su objeto como en el fin que se persigue –conceder el uso y el goce de una cosa por una duración determinada, en el caso del arrendamiento, y transferir la propiedad, en el caso de la compraventa²²– y, por la otra, en el derecho colombiano, el contrato de arrendamiento no es un título apto para crear la obligación de transferir la propiedad.

Se debe analizar también lo relativo a la exclusividad o a la forma en que debe realizarse el uso del bien. Sin ánimo de entrar en las minucias propias del contrato de arrendamiento, vale la pena resaltar que este es particularmente dúctil frente a las necesidades del tráfico jurídico: por ejemplo, el arrendatario solo puede utilizar la cosa “a aquellos [objetos] a que la cosa es naturalmente destinada” (artículo 1996 del Código Civil). Así mismo, la obligación de mantener libre de perturbación debe entenderse no como una garantía en abstracto, sino ligada al uso previsto en las estipulaciones del contrato; en efecto, “se desprende, esta obligación, del interés que persigue el arrendatario de usar y

20 Artículo 1985 del Código Civil.

21 En efecto, en jurisprudencia constante el Consejo de Estado ha afirmado que “algunos doctrinantes sostienen que el contrato de arrendamiento ‘no es a la postre nada distinto a la venta temporal del uso de un bien’”. Para citar solamente un ejemplo, en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2001, Exp. 16596, se hace referencia a CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, Bogotá: Temis, 1996, p. 183.

22 Para Sánchez Medal, las diferencias son teóricamente muy claras, “en el primer contrato hay transmisión del derecho real de propiedad, inmediata o diferida, y pago de precio cierto precisamente en dinero, y en el segundo contrato hay solo nacimiento de obligaciones o derechos de crédito y el precio cierto puede consistir en otros bienes que no sean precisamente dinero”. RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, *De los contratos civiles*, 12.ª ed., México: Ed. Porrúa, 1993, p. 224. ROQUE FORTUNATO GARRIDO comparte esta distinción en *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires: Universidad, 1985, pp. 207 y ss. Según José Alejandro Bonivento Fernández, el contrato de arrendamiento otorga “la facultad de usar la cosa, que tiene el arrendatario, es personal, esto es de darle un goce para sí, para las personas señaladas en el contrato y no para terceras personas ajenas a la convención. De esta manera, quien celebra un contrato de arrendamiento, se entiende que es para usarlo directamente él, salvo, obviamente, estipulación en contrario”. JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Bogotá: Librería del Profesional, 1987, p. 322. Cabe señalar, entonces, que la doctrina encuentra diferencias fundamentales entre los dos contratos, siendo justamente la más importante que el contrato de arrendamiento no concede un derecho de propiedad –ni siquiera temporal– al arrendatario; pero el Consejo de Estado, para dar un soporte doctrinal a su afirmación, utiliza fuera de contexto la cita de Gómez Estrada, puesto que ese mismo autor afirma líneas más adelante que existen diferencias *fundamentales* entre los dos contratos. CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, *op. cit.*, p. 197.

gozar normal y eficazmente de la cosa arrendada. Por lo tanto, el arrendador debe librar al arrendatario de todo hecho o pretensión que distraiga o merme ese goce o uso"²³, pero siempre ligado a la naturaleza del bien.

Ahora bien, es esencial reiterar que el contrato de arrendamiento solo sería procedente si sus reglas se modifican y adecuan, particularmente en lo que respecta a la inclusión de las cláusulas que permiten la precariedad de la ocupación y la limitación de los derechos del arrendatario con el respeto de las reglas del uso público, como se verá a continuación.

En tercer lugar, finalmente, se debe establecer si existen condiciones de compatibilidad entre el contrato de arrendamiento y los bienes de uso público. De lo dicho hasta ahora, queda claro que no se puede predicar una oposición absoluta y total del contrato de arrendamiento a la gestión adecuada de este tipo de bienes, por cuanto la exclusividad no se refiere al uso del bien, sino a la imposibilidad de otorgar el mismo bien a dos arrendatarios distintos. Es evidente que, ante los bienes de uso público, el clausulado del contrato de arrendamiento debe adecuarse a las necesidades del uso por parte de la comunidad.

Sin embargo, existe una razón de peso que pone en duda su utilización: la imposibilidad de pactar cláusulas exorbitantes. En efecto, se ha dicho que la precariedad es un principio de la ocupación privativa, razón por la cual el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que la terminación unilateral, junto con las demás cláusulas exorbitantes, se deberá pactar en los contratos que impliquen explotación de bienes del Estado, pero el uso de estos mecanismos contractuales se encuentra proscrito en los contratos de arrendamiento, según la misma disposición normativa²⁴. Independientemente de la evidente antinomia que surge allí —¿qué pasaría si se arrienda un bien del Estado?—, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha hecho distinción en los distintos

23 JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 18.^a ed., Bogotá: Librería El Profesional, 2012, p. 429.

24 En efecto, el artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 obliga a las entidades públicas a incluir "las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión"; más adelante en el párrafo se afirma que en los contratos de "arrendamiento [...] se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales". Según la disposición normativa en comentario el artículo 14.2 parece contener una antinomia, ya que de por lado obliga a la inclusión, que se considerará pactada aún cuando no se ha consignado expresamente, una cláusula de terminación unilateral del contrato —se trata del principio de precariedad de la ocupación— al tratarse de contratos que tienen por objeto la explotación de un bien público; pero por otro lado, la norma excluye esta cláusula de los arrendamientos que la Administración podría contratar. Así, en presencia de una prohibición legal de incluir cláusulas exorbitantes en los arrendamientos, estos devienen incompatibles con los bienes de uso público.

lugares que puede ocupar la entidad estatal, como arrendadora o arrendataria, y ha excluido las cláusulas exorbitantes de ese tipo contractual, razón por la cual sería riesgosa –no prohibida– su utilización en el ámbito de la gestión contractual de los bienes de uso público.

En este orden de ideas, si bien el contrato de arrendamiento no resulta adecuado para gestionar adecuadamente bienes de uso público, no lo es por las razones establecidas en la sentencia –exclusividad otorgada al arrendatario–, sino por las dificultades inherentes a la precariedad necesaria, se trata, sin embargo, de una incompatibilidad relativa, derivada de una inadecuada interpretación judicial del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Resulta importante señalar, en todo caso, que la prohibición del contrato de arrendamiento de bienes de uso público también puede tener una incidencia negativa en otro tipo de mecanismos, como el de financiación de infraestructuras a partir del leasing con opción de compra, cuyo fundamento es el contrato de arrendamiento²⁵.

Ahora bien, se impone determinar el tipo contractual adecuado para gestionar este tipo de bienes, pues el ordenamiento jurídico nacional no permite muchas opciones en cuanto a tipología contractual se refiere.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO ECONÓMICO DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO

Así pues, si bien el ordenamiento jurídico nacional aporta una solución –aunque con algunos reparos– en la forma del contrato de aprovechamiento económico del espacio público (3.1), en la actualidad se impone un análisis más moderno y en sintonía con el derecho comparado, que permita desarrollar la dimensión económica y social de los bienes públicos (3.2).

3.1. LA POSIBILIDAD NORMATIVA: EL CONTRATO DE APROVECHAMIENTO ECONÓMICO DEL ESPACIO PÚBLICO

Lo cierto, sin embargo, es que el uso del contrato de arrendamiento para gestionar bienes de uso público es una solución intuitiva que permite resolver la cuestión del aprovechamiento económico. No se debe olvidar que la concesión administrativa de bienes encuentra su antecedente directo del contrato de arrendamiento²⁶. Aunque, en el derecho comparado, exista una evidente

25 Cf., IGNACIO DE LA RIVA, *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*, Buenos Aires: La Ley, 2018, pp. 148-149.

26 Así, “el instrumento jurídico que va a permitir a la Corona rentabilizar económicamente estos bienes será el contrato de censo enfiteútico, con el que se divide la propiedad en dominio directo reservado al Rey y dominio útil que recibe el concesionario. Este queda

resistencia frente al contrato de arrendamiento, como ocurre en el caso de la jurisprudencia francesa, muchos autores niegan una incompatibilidad de principio entre el contrato de arrendamiento y el régimen demanial²⁷.

En cualquier caso, es evidente que la gestión de los bienes de uso público mediante contratos plantea, entre otros, la dificultad de la elección del tipo contractual que se adapte mejor al cumplimiento de los fines buscados, la cual se ve ampliada por libertad contractual que la Ley 80 de 1993 les otorga a las entidades estatales²⁸. El punto de partida debe ser, en todo caso, que la afectación es la que determina el contenido del contrato y no solamente la tipología contractual que se pretenda utilizar para gestionar el bien de uso público.

Por ende, se considera que en el ordenamiento jurídico actualmente existen dos posibilidades: la concesión de bienes públicos y el contrato de aprovechamiento de espacio público. El primero, casi inexistente en el ámbito de la regulación general de los bienes públicos, y el segundo, con estrechos límites que requieren de adecuaciones importantes.

El contrato de aprovechamiento de bienes de uso público, a pesar de no ser muy conocido, es de común utilización por las entidades públicas encargadas de gestionar ese tipo de bienes, en particular aquellos que hacen parte del espacio público. En este caso, existe una consagración reglamentaria que merece un análisis particular²⁹.

sujeto al abono periódico de un canon censual en reconocimiento de aquel dominio directo y como medio de obtener una fuente regular de rentas". RAFAEL FERNÁNDEZ ACEVEDO, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Madrid: Thomson-Civitas, 2007, pp. 48-49. Esto mismo se prueba con la positivización del arrendamiento enfiteútico en Francia y el reconocimiento de contratos similares en otros países. Cf. ETIENNE FATÔME y PHILIP TERNEYRE, *Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public*, París: CJEG, 1994, p. 569; y YVES GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, París: LGDJ, 2008, pp. 260 y ss.

27 Cf. YVES GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

28 Según el artículo 32, los contratos se definen como "todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo". Lo que quiere decir que en el derecho colombiano las entidades públicas pueden escoger el tipo contractual que mejor se adapta a las necesidades públicas, y siempre con el respeto del régimen jurídico de los bienes que son objeto del acuerdo de voluntades.

29 Existen también algunos ejemplos sectoriales; por ejemplo, en Bogotá, el Decreto-Ley 1421 de 1993 permite la utilización de un contrato de arrendamiento que tenga por objeto los bienes destinados a la "recreación masiva y faciliten la práctica de los deportes o establecimientos e instalaciones complementarios de los anteriores" (artículo 174). Se trata específicamente de escenarios culturales, de recreación o deportivos, como lo establece el Decreto 2537 de 1993. Aunque para el Consejo de Estado esa norma se refiera específicamente a bienes fiscales (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Exp. 5286), ese tipo de instalaciones se ha considerado de manera relativamente pacífica como bienes de uso público.

El Decreto 1504 de 1998, hoy contenido en el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, 1077 de 2015, contempló una tipología contractual, en cuya virtud: “los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, el mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que impida a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito”³⁰. En el artículo 2.2.3.3.4 de esa regulación normativa se dispuso que, en:

En el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos. En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular³¹.

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

Un aspecto positivo de esa ausencia de regulación concreta en el ordenamiento jurídico nacional ha llevado a que se expidan a nivel local diversas normas que buscan regular el aprovechamiento económico de los bienes de uso público que integran el espacio público. Es el caso de Bogotá³², Cartagena³³ y Villavicencio³⁴, entre otras. Los elementos comunes a todas esas disposiciones

30 Artículo 2.2.3.3.3.

31 Cfr. Artículo 19.

32 El caso de Bogotá resulta particularmente interesante, pues fue uno de los primeros en lograr una regulación comprensiva de la cuestión, que fue recientemente actualizado mediante el Decreto 552 de 2018. Dentro de los aspectos relevantes se encuentra la clasificación del tipo de ocupación en atención a su duración y que permite que esta se materialice mediante actos unilaterales o contratos.

33 Contenido en el Acuerdo 10 de 2014, cuya regulación se encuentra basada, entre otras, en la Ley 1617 de 2013 de Distritos Especiales. Se trata de una regulación bastante completa y utilizada ampliamente para gestionar los bienes de uso público del Distrito Especial de Cartagena de Indias.

34 Contenido en el Acuerdo 202 de 2013. También contempla una regulación integral de la cuestión, con los elementos contenidos en los demás instrumentos.

normativas son: la duración (corta, media y larga), la dualidad entre autorización contractual y unilateral, las reglas inherentes a la ocupación y aquellas atinentes al cobro. Sin embargo, todas se encaminan a solucionar el problema de la ocupación indebida del espacio público, más que a generar la regulación comprehensiva del aprovechamiento con fines económicos. Por otra parte, no existe claridad en cuanto a la naturaleza del acto en el que se debe contener (acuerdo o decreto) y contempla algunos de los aspectos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ya ha reconocido como problemáticos en la materia –el cobro unilateral o la revocatoria de esas autorizaciones–, como se explicará en el acápite siguiente.

3.2. HACIA LA CONCESIÓN DE BIENES PÚBLICOS: EL NECESARIO RECONOCIMIENTO DE UN NUEVO TIPO CONTRACTUAL

En otras oportunidades he referido la necesidad de crear un régimen adaptado a la actualidad de los bienes de uso público, para aclarar todas las incoherencias conceptuales creadas por la doctrina clásica que nunca se supo actualizar, y perpetuadas por la ausencia de un acercamiento verdaderamente sistemático a la cuestión. En este sentido, ante la imposibilidad de acudir al contrato de arrendamiento, se impone caracterizar la tipología contractual que mejor se pueda adaptar a las necesidades de los bienes de uso público y a los imperativos de gestión adecuada.

Vale la pena resaltar que el contrato de aprovechamiento económico del espacio público, tal y como se encuentra contemplado en el ordenamiento jurídico, no parece diseñado adecuadamente, puesto que, por una parte, no tiene regulación concreta o específica y, por la otra, la poca reglamentación que tiene no parece adecuarse a las necesidades de una gestión adecuada de los bienes de uso público. En efecto, en los países latinoamericanos y europeos, el mecanismo adecuado para gestionar los bienes de uso público –lo que allá se llamaría dominio público³⁵– es la concesión; a diferencia de lo que ocurre en el sistema colombiano, en otros ordenamientos jurídicos la concesión de dominio público es un instrumento ampliamente utilizado y con un desarrollo normativo claro.

La primera gran discusión tiene que ver con las reglas aplicables a dichos instrumentos y la manera en que, sin perder de vista la importancia de garantizar las reglas propias del dominio público, se ha garantizado la estabilidad del ocupante privativo. En primer lugar, los bienes de uso público son de propiedad de las entidades públicas; en segundo lugar, en la gestión de estos bienes

35 El mejor estudio comparado al respecto fue realizado por la Red Internacional de Bienes Públicos: FERNANDO LÓPEZ RAMÓN y ORLANDO VIGNOLO CUEVA (coords.), *El dominio público en Europa y América Latina*, Lima: RIBP-CDA, 2015.

se debe distinguir lo que corresponde al uso común –uso por parte de todos los habitantes– de aquello que surge del uso privativo –otorgado mediante contrato o concesión–; en tercer lugar, para compatibilizar el uso común y el uso privativo, se requiere imponer algunas limitaciones y otorgar ciertos derechos, que se pueden resumir así: a) el título de habilitación es un acto previo a la realización de la utilización privativa; b) el título de habilitación es un acto esencialmente cedible; c) el título de habilitación es un acto temporal y esencialmente revocable antes de su término; d) el título de habilitación es constitutivo de derechos reales; e) el título de habilitación es esencialmente oneroso; y f) el título de habilitación crea una situación económicamente favorable para su titular³⁶.

También se ha discutido su naturaleza jurídica, es decir si tiene carácter unilateral o contractual. Sobre ese punto, si bien existe alguna postura que afirma que dicha concesión solo puede ser unilateral³⁷, el consenso legal y doctrinal es que su naturaleza puede ser tanto bilateral –contrato–, como unilateral –permiso–³⁸. En palabras de Foulquier, “las autorizaciones para la ocupación privativa del dominio público pueden adoptar la forma de dos tipos de actos normativos: la del acto unilateral y la del contrato”³⁹, lo importante es que en ambos casos los títulos habilitantes desarrollan el interés patrimonial del Estado, sin dejar de lado preocupaciones ligadas al respeto de la afectación y la garantía del orden público.

36 JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI, *Derecho administrativo de bienes*, óp. cit., pp. 565 y ss.

37 En efecto, para Fernández de Acevedo “teniendo en cuenta la falta de relación causal entre la prestación administrativa (puesta a disposición de la porción demanial de cuyo aprovechamiento se trata) y la actividad privada que el concesionario despliega sobre dicha porción, el carácter de mero acto de iniciación del procedimiento de la solicitud de la concesión, la naturaleza de simple requisito de validez de la aceptación del concesionario, así como del régimen de revisión de oficio y de extinción, no parece que pueda sostenerse que la relación jurídica surgida del otorgamiento de una concesión de dominio público posea carácter bilateral ni por su origen ni por sus efectos. Antes bien, se trata de una relación nacida de un acto administrativo unilateral necesitado de la colaboración del particular destinatario”. RAFAEL FERNÁNDEZ DE ACEVEDO, óp. cit., p. 126. En este sentido, podemos afirmar junto con Fernando López Ramón que “la naturaleza jurídica de una institución no es sino una síntesis de los efectos derivados de la misma. Pues bien, los efectos derivados de las concesiones demaniales parecen ser los propios y característicos de los contratos administrativos, dado que se rigen en buena medida por la legislación reguladora de los mismos [...]. No obstante, en la doctrina española parece prevalecer la tesis que considera la concesión demanial como un acto administrativo unilateral necesitado de colaboración por el particular afectado al no apreciarse disposición del concesionario de una porción demanial y la actividad del mismo concesionario”. FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Navarra: Thomson-Civitas, 2012, p. 156.

38 Para una teoría general de estos dos instrumentos, véase JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ, *Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

39 NORBERT FOULQUIER, óp. cit., p. 329.

Finalmente, en tercer lugar, está la cuestión de la difícil adaptación de esas figuras al derecho colombiano, que opera en diferentes grados según que se trate de los títulos habilitantes unilaterales o contractuales. Por una parte, en lo que tiene que ver con las autorizaciones unilaterales, existen dificultades insalvables en dos puntos particulares, que son consecuencia de la ausencia de un régimen especial en la materia: a) la imposibilidad de revocar esas autorizaciones antes de su vencimiento, para garantizar la precariedad que les es inherente, pues se tiene que aplicar el régimen general del CPACA que impide la revocatoria directa de actos de carácter particular sin autorización del titular del derecho⁴⁰; b) la inviabilidad de recibir un pago como contraprestación por la ocupación privativa, pues la tasa correspondiente no ha sido creada legalmente en el derecho nacional⁴¹, el país es de los pocos países que no permite la tasa por ocupación privativa de bienes de uso público.

También existen dificultades desde el punto de vista contractual: a) la ya mencionada ausencia de regulación real del contrato de aprovechamiento económico del espacio público y su carácter cerrado a bienes de uso público pertenecientes a esa categoría; por otra parte, b) el hecho de que la Ley 80 de 1993 se haya enfocado hacia las compras públicas, es decir una Administración pública que necesita adquirir bienes o servicios del mercado y no hacia la oferta de bienes de uso público para su uso privativo por los particulares⁴²;

40 En efecto, como lo indica Jaime Orlando Santofimio, "De llegar a advertirse una irregularidad discutible en torno a la legalidad del acto administrativo se requiere del beneplácito del sujeto pasivo para dejarlo sin vigencia a través de revocación". JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, óp. cit. p. 583. Ante la ausencia de consentimiento corresponde atacar la decisión ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como expresamente lo establece el artículo 97 del CPACA. Sin embargo, en Colombia no está permitida la revocatoria por razones de oportunidad, núcleo de la precariedad inherente a las ocupaciones privativas de bienes de uso público.

41 Sobre este punto, véase JULIÁN PIMIENTO ECHEVERRI, *Derecho administrativo de bienes*, óp. cit., pp. 611-634. Al respecto, se debe actualizar lo dicho en el libro, pues en sentencia de 2016, la Sección Cuarta del Consejo de Estado afirmó: "No puede considerarse que la facultad de administración o aprovechamiento económico establecida en la Ley 9 de 1989, ni los parámetros generales establecidos en la Ley 388 de 1997, puedan dar lugar a la imposición de un tributo, puesto que la autorización legal para crear gravámenes del orden territorial no puede ser de carácter indeterminado o ambiguo, ya que ello sería tanto como delegarle *in genere* a la respectiva entidad territorial el poder impositivo, que en el marco de la ley quiso el constituyente reservarle con exclusividad al Congreso de la República". Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. 19827. Véase, también, ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, *La tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público en la doctrina de los tribunales de justicia*, Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, 2011.

42 En la Ley 80 de 1993 parece privilegiarse la concesión de servicio público y la concesión de obra pública, pero no existe regulación general de la concesión de bienes públicos. Cf., ALBERTO MONTAÑA PLATA, "Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica", en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), 2017, pp. 641-663.

en consecuencia, c) las dificultades evidentes que se presentan a la hora de determinar el proceso de selección aplicable, las reglas presupuestales del contrato y las condiciones para su ejecución; finalmente, d) las dificultades inherentes a las condiciones en que se debe realizar la reversión de los bienes, que incluye los bienes que revierten y aquellos que se mantienen en el patrimonio del concesionario del bien.

Se requiere, entonces, que se regule de manera adecuada la concesión de bienes de uso público, con el fin de derrocar algunos mitos que se han forjado en torno a los bienes de uso público. En primer lugar, debe perderse el temor a encontrar en el ocupante privativo el titular de un derecho exclusivo –por el tiempo habilitado– a explotar el bien de uso público, en efecto, el "elemento determinante de esta modalidad de uso es la exclusividad y, por consiguiente, la exclusión de los demás en el acceso a esa porción del dominio público, con independencia de que sea consuntivo o no del bien público"⁴³; en segundo lugar, se debe garantizar su revocabilidad, la determinación del cobro que se puede realizar como contraprestación y la consagración de derechos reales administrativos, esencialmente revocables como ocurre con el título habilitante. Así mismo, se debe crear un procedimiento de selección para que, si procede, sea adecuado al supuesto de hecho de la concesión.

CONCLUSIONES

La ausencia de un régimen adecuado de aprovechamiento económico de los bienes públicos es solo una de las expresiones del dramático desinterés que tradicionalmente ha tenido el régimen de los bienes públicos en el derecho colombiano, aunado a una terrible desactualización de los componentes de su régimen jurídico y de las categorías que componen el patrimonio público. La solución a esas dificultades solo puede provenir del legislador, pues ya sea en el marco de una ley especial de este tipo de contratos o una general relativa al patrimonio del Estado, se requiere claridad en cuanto a la naturaleza del contrato, sus elementos esenciales, los límites para la configuración contractual, los derechos que genera para el ocupante, las cargas que impone y, en general, las reglas propias a la gestión del contrato. Por ahora, la única posibilidad que tienen las entidades públicas, propietarias de los bienes de uso público, en particular las territoriales, consiste en regular internamente, a nivel local, el contenido de esos títulos habilitantes. Se debe seguir, sin embargo, insistiendo en la necesidad de dotar de coherencia al sistema, para salir de los mitos creados por la doctrina civilista nacional, copiada del derecho francés

43 JULIO GONZÁLEZ GARCÍA, "Régimen general del dominio público", en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Bienes e infraestructuras públicas*, T. V., Madrid: lustel, Tomás Cano Campos (coord.), 2009, p. 28.

de principios de siglo XX y nunca revisada para adaptarla a las necesidades de la gestión económica y social de los bienes de uso público.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Bogotá: Librería del Profesional, 1987.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 18.^a ed., Bogotá: Librería El Profesional, 2012.

CHAMARD-HEIM, CAROLINE et al. *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, París: Dalloz, 2013.

COVILLA MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. *Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

DE LA RIVA, IGNACIO. *Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras*, Buenos Aires: La Ley, 2018.

FATÔME, ETIENNE Y PHILIP TERNEYRE. *Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public*, París: CJEG, 1994.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL. *Las concesiones administrativas de dominio público*, Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

FOULQUIER, NORBERT. *Droit administratif des biens*, 4.^a ed., París: Lexis Nexis, 2018.

GARRIDO, ROQUE FORTUNATO. *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires: Universidad, 1985.

GAUDEMET, YVES. *Droit administratif des biens*, París: LGDJ, 2008.

GÓMEZ ESTRADA, CÉSAR. *De los principales contratos civiles*, Bogotá: Temis, 1996.

GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO. "Régimen general del dominio público", en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Bienes e infraestructuras públicas*, T. V., Madrid: Iustel, Tomás Cano Campos (coord.), 2009.

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO. *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Navarra: Thomson-Civitas, 2012.

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO Y ORLANDO VIGNOLO CUEVA (coords.). *El dominio público en Europa y América Latina*, Lima: RIBP-CDA, 2015.

- MAMONTOFF, CATHERINE. *Domaine public et entreprises privées*, París: L'Harmattan, 2003.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO. *La tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público en la doctrina de los tribunales de justicia*, Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, 2011.
- MONTAÑA PLATA, ALBERTO. "Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica", en *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), 2017.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. "Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. "La propiedad de los bienes de uso público", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 18, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, enero-junio de 2014, pp. 73-98.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. *Derecho administrativo de bienes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. "La protección administrativa y judicial de los bienes públicos en Colombia: dificultades, incoherencias y perspectivas", *Revista de Derecho*, vol. 17, Piura: Universidad de Piura, 2016, pp. 321-352.
- PIMIENTO ECHEVERRI, JULIÁN. "Los bienes públicos y su régimen territorial", en *Derecho de las entidades territoriales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Paula Robledo, Héctor Santaella y Juan Carlos Covilla (eds.), 2018, pp. 453-492.
- SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. *De los contratos civiles*, 12.ª ed., México: Porrúa, 1993.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS. *Bienes*, 14.ª ed., Bogotá: Ibáñez, 2019.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Exp. 5286.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de febrero de 2001, Exp. 16596.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 noviembre 2003, Exp. AP-1503.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004, Exp. AP-1750.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2005, Exp. 7392.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 29 de octubre de 2014, Exp. 29851.

Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 25 de febrero de 2016, Exp. 19827.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, Exp. AP-00157.