LA DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN DE UN RÉGIMEN GENERAL DE CONCESIONES DEMANIALES EN EL DERECHO COLOMBIANO

JULIÁN A. PIMIENTO ECHEVERRI
Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma Universidad. Doctor por la Universidad París II

CRISTINA INGRID JIMÉNEZ
Universidad de Antioquia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CONCESIONES DEMANIALES Y CONTRATACIÓN ESTATAL: 1. Las bases del sistema de bienes públicos en el derecho colombiano. 2. La dificultad de encontrar la concesión demanial en el régimen general de la contratación estatal.– III. LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO: 1. La exclusión del contrato de arrendamiento de bienes de uso público. 2. El contrato de administración y aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público 3. Hacia un modelo de concesión demanial: tendencias y transformaciones: A) El necesario reconocimiento de un sistema de «ventas públicas». B) La estabilidad de la concesión de bienes de uso público destinados a infraestructura vial.– IV. IDEAS FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.– VI. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: La ausencia de una teoría general de los bienes públicos en derecho colombiano dificulta la construcción de unas reglas generales aplicables a las concesiones demaniales. Ante la inadaptabilidad del contrato de concesión de la Ley 80 de 1993, surgen nuevas opciones producto de recientes reformas normativas, en las cuales se permite la creación de contratos especiales para gestionar el dominio público local y se les otorga la competencia a las autoridades locales para su reglamentación. Este artículo pretende analizar las dificultades que genera la ausencia de un régimen enfocado en la gestión de los bienes públicos y propone una lectura del ordenamiento jurídica en línea con la valorización de estos activos de las entidades públicas.

Palabras clave: concesión demanial; dominio público; bienes de uso público y fiscales; contrato de concesión; contrato de aprovechamiento de espacio público; contrato estatal de arrendamiento.

ABSTRACT: The absence of a general theory of public goods in Colombian law hinders the construction of general rules applicable to public concessions. Given the inadequacy of the concession contract of Law 80 of 1993, new options arise as a result of recent regulatory reforms, in which the creation of special contracts to manage the local public domain is allowed and local authorities are given the power to regulate. This article aims to analyze the difficulties generated by the absence of a regime focused

on the management of public assets and proposes a reading of the legal system in line with the social and economic valorization of these assets.

Key words: concession of public domain; public domain; public assets; public contracts; concession; public lease contract.

I. INTRODUCCIÓN

La gestión «externa» de los bienes públicos es uno de los temas centrales de esta rama del derecho público económico. Independientemente de la teoría que se acoja en relación con la propiedad del dominio público, las concesiones demaniales han sido una de las piedras angulares de un régimen jurídico que se ha construido históricamente y que requiere de instrumentos adecuados de gestión y valorización de la propiedad pública.

En derecho comparado mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de las concesiones, si son actos o contratos, acerca de los derechos que otorgan y de los mecanismos de selección objetiva del concesionario. Sin embargo, la extraordinaria diversidad de los bienes que componen el dominio público —en el caso colombiano, los bienes de uso público— ha dificultado la creación de unas reglas comunes y, sobre todo, su aplicación a nuevos supuestos. A ello se ha sumado la proliferación de antiguas concesiones en sectores estratégicos que se han renovado, como la infraestructura, los recursos naturales, los hidrocarburos (1) o el espectro electromagnético. Así, la tradicional figura de las concesiones demaniales se encuentra en una transformación que va de lo especial a lo general.

A manera de precisión previa, se puede señalar que la concesión demanial es el mecanismo mediante el cual se pone a disposición de un tercero, la gestión de un bien demanial con el propósito de que lo utilice privativamente, ordinariamente a cambio de una prestación dineraria. Las concesiones demaniales pueden o no revestir la forma de un contrato según el país y el sector en el que se hayan desarrollado. En esta línea de pensamiento, se requiere, además, realizar una precisión preliminar y necesaria para el derecho colombiano, consistiría en señalar la dificultad de acudir al acto administrativo como ropaje jurídico de las concesiones demaniales, si bien desde 2021 se aportó algo de claridad en la posibilidad de utilizar el acto administrativo como título habilitante para la ocupación demanial, no existe una regulación especial de la materia y se sigue pensando en el contrato público como régimen general de la gestión demanial (2).

---

(1) Santos, J. (2016): pp. 59 a 86.

(2) Aunque antes se utilizaba el acto administrativo como soporte de la concesión en algunos casos —puertos y recursos naturales—, la tendencia de este tipo de actuaciones es adoptar la forma de contratos, por el poco desarrollo que ha tenido esta materia en el derecho colombiano.

Así, en el caso colombiano, la ausencia de un régimen general de bienes públicos y, por lo tanto, de una teoría general de las concesiones demaniales, contrasta con el reciente desarrollo de estos regímenes sectoriales. En este artículo será cuestión de abordar las dificultades interpretativas de las concesiones demaniales en el derecho colombiano, que permiten resaltar la inexistencia de un régimen general de derecho positivo de las concesiones demaniales; sin embargo, existe un desarrollo importante para los bienes de uso público municipales que podría permitir la consolidación de un régimen concesional aplicable a todos ellos. Con el propósito de explicar esa dicotomía y los recientes desarrollos normativos y jurisprudenciales en la materia, en un primer momento se hará un análisis de las dificultades de encontrar un régimen común de las concesiones demaniales en el derecho nacional (I), para luego analizar los vectores de transformación (II).

II. CONCESIONES DEMANIALES Y CONTRATACIÓN ESTATAL

En el derecho colombiano no existe una ley de bienes públicos en la cual se encuentre definida, de manera, general la concesión demanial. Sin embargo, la concesión, como contrato, fue positivizada en la Ley 80 de 1993, contentiva del régimen general de la contratación estatal. Corresponde, entonces, analizar el régimen del contrato de concesión (2), con el propósito de determinar si en dicha regulación caben las concesiones demaniales, para lo cual se deben revisar someramente las bases del derecho de los bienes públicos en el sistema nacional (1).

1. Las bases del sistema de bienes públicos en el derecho colombiano

La clasificación original de los bienes públicos en el derecho nacional se encuentra en el artículo 674 del Código Civil, el cual, siguiendo los cánones del derecho comparado en la materia, positivizó una clasificación binaria contentiva de la *división fundamental entre bienes de uso público y bienes fiscales* (3). Así, la referida clasificación normativa se pueden encontrar dos categorías de bienes públicos:

> «ARTICULO 674. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

(3) En otra oportunidad se explicaron las razones por las cuales se considera que en Colombia no se puede hablar propiamente del dominio público como un régimen jurídico similar al modelo europeo, pues, aunque el régimen jurídico de protección existe, no obedece a la misma lógica, ni ha sido tratado a nivel interno de la misma manera. PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA, Héctor (2015): p. 332.

»Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

»Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales».

Como se puede anotar, sin definir las reglas propias para su calificación, el codificador de 1887 determinó que la pieza fundamental de todo el sistema eran los bienes de uso público, al catalogar los bienes fiscales como una categoría residual. En otras palabras, la configuración del sistema jurídico nacional establece que, si un bien no puede calificarse como de uso público, debe ser considerado como un bien fiscal (4). De la misma manera que, según el artículo 675 del mismo cuerpo normativo, si un bien no es privado, necesariamente debe ser público.

La jurisprudencia ha reconocido que el ordenamiento jurídico nacional acepta de una manera general el derecho de propiedad pública común a todas las categorías de bienes públicos y que el régimen jurídico aplicable a ellos depende de la afectación al interés general que se aplique (5). Este fue el criterio utilizado por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en 2015, cuando señaló:

«Las diferencias y puntos en común entre una y otra categoría son evidentes». En cuanto a los puntos en común, se puede afirmar que: i) ambas categorías se encuentran sometidas a un régimen de propiedad pública, tal y como lo reconoce el propio artículo 674 del Código Civil, en el entendido en que la expresión dominio contenida en el inciso primero de la referida disposición normativa debe entenderse como propiedad a la luz de lo dispuesto en el artículo 669 *ejusdem*, régimen de propiedad pública marcado por la pertenencia a una persona de derecho público; ii) en punto a su régimen jurídico, los bienes de uso público y los fiscales son imprescriptibles atendiendo lo prescrito en los artículos 2519 del Código Civil y 407 del C. de P. C. —ahora 375 C.G.P.—; iii) de igual manera, en lo que atañe a su inalienabilidad e inembargabilidad, el legislador ha establecido que los bienes de uso público y los fiscales destinados a un servicio público son inembargables —artículo 684 del C. de P. C.–, y serán inalienables aquellos que el constituyente o el legislador hayan calificado como tales, es el caso del subsuelo

(4) Solo para efectos ilustrativos, este mismo enfoque se encuentra los derechos francés y español.

(5) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Rad. 2154. Se puede, entonces, afirmar junto con Libardo Rodríguez que «no solo se han configurado especialidades alrededor de distintos tipos de bienes que forman parte tanto de los de uso público como de los fiscales, sino que han comenzado a aparecer y a desarrollarse expresiones del patrimonio público que no encajan dentro de las categorías tradicionales, como son los ejemplos del "espacio público" ... y del "patrimonio cultural y arqueológico de la nación"», RODRÍGUEZ LIBARDO. (2017): pp. 497 a 498.

y del espectro electromagnético; y, iv) tanto los bienes de uso público como los fiscales se encuentran sometidos de manera general a un régimen de derecho público en cuanto a su gestión y administración.

»Sus diferencias son, también, evidentes: i) los bienes de uso público se caracterizan jurídicamente porque el ordenamiento jurídico los ha puesto a disposición de los particulares para su uso directo, mientras que los bienes fiscales se encuentran, general pero no exclusivamente, destinados para el uso por parte de las entidades públicas, así se encuentren algunas porciones de ellos "abiertos al público"; ii) el régimen jurídico de los bienes de uso público es de naturaleza constitucional (art. 63 C.P.), mientras que el de la mayoría de los bienes que componen la categoría de fiscales es de carácter legal» (6).

Así, como primera conclusión, que se puede extraer de la jurisprudencia en cita es que los bienes de uso público y los bienes fiscales, se encuentran sometidos a un régimen común, ligado a la propiedad pública. Así mismo, la diferencia entre una y otra categoría corresponde a la destinación dada al bien, para el cumplimiento de los fines del Estado (uso público, servicios públicos, patrimonio cultural, espacio público, etc.).

Por otra parte, tampoco hay un inventario claro desde el punto de vista normativo que permita calificar un bien público como de uso público en el derecho colombiano. Por lo anterior, para definir en qué categoría se debe integrar un determinado bien público, se deben revisar los siguientes elementos:

i) En primer lugar, la calificación de un bien como de uso público puede provenir directamente del ordenamiento jurídico, pues puede ocurrir que una disposición normativa o la jurisprudencia califiquen determinado inmueble de esta manera. En este sentido, entre otros, son bienes de uso público por disposición legal las *calles, plazas, puentes y caminos* (674 CC), los *ríos y todas las aguas* (677 CC), los bienes ejidos (Ley 41 de 1948), las aguas definidas en los artículos 4 y 5 del Decreto 1541 de 1978. La jurisprudencia también ha calificado, de manera un poco ligera, ciertos bienes como de uso público, en especial se puede hacer referencia a las plazas de mercado (7) o el Coliseo Cubierto El Campín (8).

---

(6) Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 31612, la cual acogió la postura que hemos venido defendiendo desde 2010. Cf. Pimiento Echeverri, Julián y Santaella, Héctor (2015): pp. 332 y 333.

(7) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de julio de 1990, Exp. 959. De manera más reciente, en sentencia de 2010, la Sección Primera del Consejo de Estado encontró que la Plaza de Mercado «San Isidro» de Villavicencio es un bien de uso público, por cuanto, por una parte, le pertenece a una entidad de derecho público y, por la otra, «por su naturaleza de plaza de mercado, como por los diferentes documentos y manifestaciones de las partes, es un predio abierto al público que se encuentra destinado a prestar el servicio a la población de Villavicencio» (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de

ii) En segundo lugar, en caso de que el bien no se enmarque en las categorías de bienes de uso público definidas por la ley, la doctrina ha definido que los elementos característicos del uso público son la libertad, la gratuidad y la universalidad. Sin embargo, la evolución de estas características ha llevado a que se trate más de reglas o indicios para identificar las condiciones en que debe darse el uso que de calificaciones concretas.

iii) Desde un punto de vista más sustancial, para avanzar una definición que permita distinguir entre ambas categorías, se puede afirmar que los bienes de uso público se han catalogado como aquellos bienes públicos que se han puesto a disposición del público para su uso directo e inmediato, es decir para que puedan catalogarse de esta manera la Administración propietaria debe haber tenido como propósito destinar el bien para el uso de los ciudadanos, este uso debe ser directo y no como un medio para acceder a un servicio que preste el Estado (9).

Este asunto, de la definición jurídica de la naturaleza del bien público es de capital importancia a la hora de definir el régimen jurídico aplicable a las herramientas de gestión. Se podría decir, desde este punto de vista, que las concesiones demaniales nacieron con el propósito de otorgar un régimen especial de gestión a los bienes demaniales —en el caso colombiano, según si el bien se encuentra afecto al uso público—, ante la imposibilidad de aplicar los tradicionales del derecho privado, como el contrato de arrendamiento. En consecuencia, se puede señalar que el régimen contractual depende en buena medida de la calificación jurídica del bien y de su afectación, como se explicará a lo largo de este artículo.

2. La dificultad de encontrar la concesión demanial en el régimen general de la contratación estatal

Como se explicó, en el derecho colombiano, la tendencia ha sido hacia la contractualización de todas las formas de gestión de los bienes públicos

octubre de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2005-00055-01(AP)). Igual ocurrió en sentencia de 2019 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, Exp. 41934), en la cual la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca de un contrato de concesión de una plaza de mercado y reafirmó el carácter de bien de uso público del bien inmueble concesionado.

(8) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.

(9) Otra definición indica que son aquellos necesarios para el ejercicio de libertades fundamentales, en particular la libre locomoción. En palabras de Yves Gaudemet, «*el dominio público no debe ser protegido y conservado por sí mismo, sino en relación con las utilidades que genera; en cuyo primer rango se encuentra el ejercicio de los derechos individuales y colectivos*», GAUDEMET, Yves (1998): p. 134.

y, en general, de la acción administrativa (10). Por otra parte, así se puedan encontrar algunos modelos concesionales unilaterales, estos son excepcionales y han ido desapareciendo. Por ello, en la actualidad, el régimen general de las concesiones demaniales se debe buscar en el Estatuto de Contratación Estatal.

El régimen general de los contratos estatales se encuentra en la Ley 80 de 1993. Ella contiene los principios, las modalidades de selección, la identificación de algunos contratos y unas cuantas reglas relativas a su contenido, ejecución y liquidación.

La concesión de bienes públicos encuentra su caracterización en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993, a cuyo tenor:

> 4. Contrato de concesión 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 todo caso, desde hace algunos años parece haber claridad en cuanto a que las concesiones pueden incluir uno o varios en conjunto de los siguientes objetos:

i) La concesión de obra pública, cuyo propósito consiste en financiar una obra pública general, aunque no exclusivamente, a través de la explotación del bien.

ii) La concesión de servicio público, mediante la cual se pretende entregarle a un particular —contratista— la prestación de un servicio público a cargo de la entidad contratante.

iii) La concesión de bien público, a través de la cual, la entidad pública contratante entrega un bien de uso público o destinado a un servicio de su propiedad, a un concesionario para que lo explote económicamente y cambio de ello le pague una suma periódica o única.

---

(10) En efecto, «la verdad es que el Estado del siglo XXI se desarrolla sobre el extenso campo de la contractualización administrativa. La contratación pública asume progresivamente una mayor relevancia en la Administración contemporánea, en sustitución o complemento de las tradicionales formas unilaterales de la acción administrativa. De esta manera, se vuelve habitual, en diferentes ordenamientos, la idea del ejercicio de la actividad gubernamental por medio de contratos», GABARDO, Emerson y LIMA LÓPEZ-VALLE, Vivian (2021): p. 287.

Así, habría una concesión de servicio público y una concesión de ocupación y de explotación de los bienes públicos. A esto sería necesario añadir un tercer tipo, la concesión de obra pública que implica la construcción de un bien público, financiado por el contratista (11). Sin embargo, son tres objetos completamente diferentes que apelan a reglas específicas. Por supuesto, en caso de que confluyan dos o más objetos el contrato de concesión será aquél que más razonablemente permitirá cumplirlos.

A pesar de que, teóricamente, la Ley 80 de 1993 contempla la concesión de bienes públicos, lo cierto es que, en este tipo de casos, el Estado no actúa en el marco de las *compras públicas*, como se demostrará, sino que, en este caso, el concedente recibe los recursos derivados de la explotación privativa del bien, pues el particular no presta un servicio público o realiza una obra en nombre de la entidad pública.

En consecuencia, la cuestión radica en la manera en que se deben adecuar las normas de la Ley 80 de 1993, enfocada en las compras públicas, a casos en los cuales el municipio ofrece algo a los ciudadanos, máxime si se tiene en cuenta que, respecto de estos contratos, la situación social exige un tratamiento especial respecto de ciertos sectores de la población. En este punto, resulta esencial que se analice con detenimiento el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley para la celebración de contratos de concesión, a pesar de que, en este caso, no se trata realmente de un contrato de carácter financiero (12), sino de la entrega de un bien a un particular para que lo explote y, en contraprestación, pague el valor estipulado en el contrato.

Dos consecuencias pueden entonces extraerse de esta definición: la primera es que el objeto de la concesión del artículo 32.4 incluye la concesión de ocupación privativa de los bienes de uso público y de bienes destinados a la prestación de un servicio público. La segunda, que proviene de una circunstancia fáctica, es que de manera general la legislación no tiene en cuenta ni las diferencias inherentes entre cada uno de esos objetos, dejándole esa tarea a cada entidad estatal. Así, la cuestión no radica en el hecho de su aplicabilidad, sino de la adaptabilidad de su contenido al objeto de una concesión demanial.

De manera general, la ley 80 de 1993 fue construida sobre la base de la Administración que solicita un servicio o un bien de un particular, es decir que la economía de este contrato estatal está fundada sobre la idea de com-

(11) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10217.

(12) Así lo ha entendido la doctrina reciente al parecer confundiendo la concesión de obra pública con todo tipo o modelo concesional, excluyéndose la «concesión demanial» de tajo del «contrato de concesión». Sobre esta idea del contrato de concesión como contrato financiero, ver: FAJARDO PEÑA, Santiago (2019): pp. 61-96, para quien: «El contrato de concesión, más que un típico contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad se caracteriza por ser un negocio financiero», p. 62.

pras públicas (13). Se pueden entonces identificar, de una manera general, las siguientes dificultades en su adaptación a las necesidades de las concesiones demaniales (14):

i) En el derecho nacional se ha entendido que todo contrato estatal debe estar precedido de un certificado de disponibilidad presupuestal (15). En efecto, según el principio de economía, consagrado en el artículo 25.6 de la ley 80 de 1993, «*las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales*»; así mismo, el artículo 41 de la misma ley, modificado por el artículo 23 de la ley 1150 de 2007, consagra como condición para la ejecución de un contrato «*la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes*».

Esta obligación está acompañada de una sanción disciplinaria puesto que está vedado a los funcionarios públicos «*asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes*» (art. 57.3 de la ley 1952 de 2019).

Desgraciadamente, se ha entendido que se trata de una obligación generalmente exigible a todos los contratos celebrados por entidades públicas, independientemente del hecho de que el Estado no realice erogación alguna. Pues bien, en este caso se trata de un particular que solicita a la Administración la posibilidad de la ocupación y es éste quien debe pagar por la ventaja creada por la autorización, en consecuencia, esa exigencia no solo es inútil, sino que constituye una demostración de que la Ley 80 de 1993 se enfoca en las *compras públicas*.

ii) En segundo lugar, está el tema si resulta necesario acudir a mecanismos competitivos para escoger el concesionario. Este es un asunto de gran interés

---

(13) Aunque se ha insistido sobre este punto desde 2011, solamente en los últimos dos años la doctrina y la jurisprudencia han reconocido el enfoque de la Ley 80 de 1993 como un régimen adaptado para adquirir bienes y servicios, más que a ofrecerlos. Cf. Pimiento Echeverri, Julián (2015).

(14) Cf., para un visión general de estos puntos, Dávila Vinueza, Luis (2016).

(15) Esta obligación va a determinar varias disposiciones de diferente naturaleza, con fines diversos; el certificado de disponibilidad presupuestal es «el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos» (art. 2.8.1.7.2 del Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015, sector Hacienda), la obtención de ese documento es obligatoria según el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, según el cual todos los actos «administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos». Ver, también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 25 de septiembre de 2018, Rad. 2389.

a nivel internacional, pero que, en el derecho nacional adquiere algunos puntos particulares.

Aunque sea necesario, en virtud del principio de igualdad de los oferentes y de transparencia de la actividad contractual, respetar las reglas de selección objetiva del contratista, establecidas en los artículos 24 y 30 de la ley 80 de 1993 y en el título I de la ley 1150 de 2007.

Esas reglas, aunque permiten un procedimiento en condiciones de libre competencia, no resultan adecuadas para el objeto de la concesión de ocupación privativa. Así, la regla general para la elección del ocupante es la licitación pública —salvo en los casos de selección abreviada según el monto del contrato (art. 2 de la ley 1150 de 2007)—, en ese marco las limitaciones o las inadaptaciones son evidentes, a título indicativo podemos citar:

a. La iniciación del procedimiento de selección debe estar precedida de un estudio donde «*se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones*» la utilidad de un estudio en este sentido no es evidente en el marco de los acuerdos que exclusivamente autorizan una ocupación privativa;
b. Las ofertas deben, también, «*referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas*», esto quiere decir que en el pliego de condiciones se les solicita a los oferentes una prestación técnica o económica que no está presente de manera general en las concesiones de ocupación privativa;
c. Es decir que de manera general la elección del contratante se hace luego de un procedimiento muy reglamentado de audiencias públicas, debates sobre las condiciones del contrato, sobre el precio solicitado y sobre el plazo para su ejecución.

El sistema está visiblemente construido sobre las bases de las prestaciones recíprocas el contratista se compromete a realizar una obra o a prestar un servicio, y la Administración se compromete en contrapartida a pagar por esa obra o por el servicio prestado.

iii) También la economía del contrato de concesión, en caso de que su objeto lo constituya la sola ocupación privativa del artículo 32.4, presenta dificultades a partir de las reglas que rigen lo relativo a los bienes de uso público. Aún si es posible afirmar que la ley 80 de 1993 no contempló una regulación exhaustiva del contrato, es la generalidad de las reglas que rigen la materia la que debe ser revisada, con el fin de adaptarla a la idea de la «ocupación privativa»; lo anterior, especialmente, a partir de la noción de

concesión que se ha decantado en la jurisprudencia del Consejo de Estado y del régimen de la cláusula de reversión.

La definición jurisprudencial del contrato de concesión crea un obstáculo para las concesiones de ocupación privativa en los límites planteados. En efecto, para el Consejo de Estado, toda concesión está caracterizada por:

> «(i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (ii) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (iii) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público» (16).

Frente a lo cual el Consejo de Estado ha concluido que, en el marco de las concesiones, «el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión» (17).

Según esta jurisprudencia, cuya redacción puede ser objeto de fuertes críticas, *toda* concesión debe establecer una remuneración para el concesionario. En consecuencia, parecería que incluso en aquellos contratos en los cuales la ocupación privativa surge de manera exclusiva por la existencia de un interés económico para el concesionario, pero ninguno para la Administración, se hace necesario que la Administración concedente le pague alguna contraprestación al concesionario.

El Consejo de Estado parece olvidar que «*las concesiones demaniales y las de servicio público y obra pública tienen distinto objeto, están sometidas a regímenes jurídicos diversos y poseen también una naturaleza jurídica distinta*» en este sentido, «[t]*ratándose pues de tres figuras en muchos aspectos heterogéneas la construcción unitaria de una categoría concesional se manifiesta excesivamente genérica, imprecisa y poco menos que irrelevante*» (18).

iv) Finalmente, las reglas que consagran la reversión de los bienes concedidos son también inadecuadas para una explotación social y económica

---

(16) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390. Cf. también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de mayo de 1999, Exp.1190 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, Exp. 27921.

(17) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390. Cf. también, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de mayo de 1999, Exp.1190 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, Exp. 27921.

(18) FERNÁNDEZ-ACEVEDO, Rafael (2007): p. 98.

de los bienes de uso público. En efecto, el artículo 14.2 de la ley 80 de 1993, indica, por su parte, que «en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión». Esta figura hace parte de las cláusulas exorbitantes al derecho común, y puede ser definida de la siguiente manera: «*en los contratos de explotación o de concesión de los bienes de uso público será necesario acordar que al finalizar la explotación o la concesión, los elementos directamente afectos a la concesión, serán propiedad de la persona pública contratante, sin que por ello deba pagar una compensación*» (19).

La redacción de la cláusula, en el derecho positivo colombiano, amerita una observación, por cuanto el texto de la norma indica que en este tipo de contrato se pactará que al finalizar el término de la concesión o de la explotación, los bienes directamente afectos a ella *pasen a ser* propiedad de la entidad estatal. La redacción del artículo en cuestión podría permitirnos afirmar que los bienes afectos al uso público y construidos por los concesionarios no hacen parte del patrimonio público sino hasta el fin de la concesión; esta interpretación no es contraria a los textos normativos, pero es inadecuada porque podría dar lugar a considerar al concesionario como propietario de los bienes construidos en el marco de una concesión. Se trataría, así, de una propiedad privada del concesionario afecta a un uso público (20). Esta interpretación debe ser descartada.

Estas dificultades, junto con otras técnicas de la estructuración financiera de las concesiones, han imposibilitado el uso del «contrato de concesión» para ejecutar las «concesiones demaniales», para lo cual se ha acudido a otras figuras que han evolucionado por fuera del Estatuto de Contratación Estatal.

III. LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Ante la dificultad de utilizar el «contrato de concesión» de la Ley 80 de 1993, las autoridades, principalmente locales, han intentado acudir a otros modelos y tipologías contractuales. En un primer momento se utilizó el contrato de arrendamiento, que luego de algún debate jurisprudencial fue excluido por

(19) Contra, J. Santos (2010): p. 465 y s.

(20) Lo que es completamente imposible a la luz del artículo 676 del Código Civil según el cual «[l]os puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes de la Unión, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos los habitantes de un territorio. Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño», se trata de un acto de simple tolerancia.

considerarse nulo absolutamente por contener un objeto ilícito (1), frente a lo cual han surgido nuevos tipos contractuales (2), que invitan a una renovación del sistema de contratación estatal en esta materia (3).

1. La exclusión del contrato de arrendamiento de bienes de uso público

En primer lugar, cabe señalar que por vía jurisprudencial se ha excluido de manera absoluta el contrato de arrendamiento de bienes de uso público. En sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018 (21), la Sala Plena del Consejo de Estado reconoció que «*no es procedente entregar en arrendamiento bienes de uso público*». Al respecto concluyó:

> «... 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 aprovechamiento (22), 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 gene-

(21) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, Exp. AP-00157.

(22) 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:

a) El derecho de servidumbre separado del predio en cuyo beneficio se ha constituido.
b) El derecho alimentario.
c) Los derechos estrictamente personales como el uso y habitación.
d) *Las cosas comunes, es decir, los bienes de uso público, etc.*» (destacados de la Sala). (Bonivento Fernández, José Alejandro. (2008): p. 406).

ral, que constituye su finalidad esencial y que no es otra que servir para el uso y disfrute de la colectividad».

Así, al quedar excluido el contrato de arrendamiento del marco de la gestión de este tipo de bienes públicos. El sistema parece permitir solo dos opciones de aquellas tipificadas o, al menos, nominadas: el contrato de aprovechamiento económico de bienes de uso público, por una parte, y, por la otra, el contrato de concesión, definido en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2. El contrato de administración y aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público

Partiendo de las precisiones conceptuales realizadas sobre las categorías de bienes públicos, la exclusión jurisprudencial de la aplicación a los bienes de uso público de las figuras contractuales como las concesiones demaniales y del contrato de arrendamiento para la efectiva gestión de los bienes de uso público y dada su inaplicabilidad práctica y logística por las razones expuestas, el legislador ha optado por abrir espacio por fuera del régimen general de los contratos estatales.

Concretamente, se trata del contrato de administración y aprovechamiento del espacio público (23), existente desde el Decreto 1504 de 1998, pero recientemente contenido en el artículo 40 de la ley 2079 de 2021. Se abren entonces opciones como los contratos de administración y/o aprovechamiento económico del espacio público —pues todos los bienes de uso público hacen parte del espacio público (24)—, en las modalidades especiales permitidas por el ordenamiento jurídico. Dicha disposición normativa otorga facultades a los alcaldes municipales y distritales para que, mediante decreto, reglamenten lo concerniente a la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico

(23) Cf. Galvis Gaitán, Fernando (2019): p. 259 a 303.

(24) De conformidad con el DUR 1077 de 2015:

ARTÍCULO 2.2.3.1.2. Definición de espacio público. El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que transcienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

ARTÍCULO 2.2.3.1.3. Componentes del espacio público. El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo.

2. Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público.

3. Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Título.

del espacio público. Reglamentación abiertamente extensiva a los bienes de uso público de acuerdo con las categorías de bienes públicos antes explicadas.

En concreto, el artículo 40, modificatorio del artículo 7 de la Ley 9 de 1989, establece:

> «ARTÍCULO 7. Los Concejos Municipales y Distritales podrán, de acuerdo con sus competencias, crear entidades responsables de administrar, defender, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión.
>
> Así mismo, el alcalde Municipal o Distrital en el marco de sus competencias podrá crear dependencias u organismos administrativos, otorgándoles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica.
>
> Los alcaldes municipales y distritales mediante decreto reglamentarán lo concerniente a la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público. Así mismo, podrán entregar a particulares la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes de uso público, utilizando el mecanismo contenido en el Capítulo XVI de la Ley 489 de 1998. Igualmente podrán expedir actos administrativos que permitan la ocupación temporal de dichos bienes, considerando en ambos casos lo dispuesto por el artículo 63 de la Constitución.
>
> (...)
>
> PARÁGRAFO 1. Se presume de derecho que en los actos y contratos que se expidan y suscriban para el aprovechamiento económico del espacio público, se encuentra contenida la cláusula de reversión contenida en el Artículo 14, Numeral 2 y 19 de la Ley 80 de 1993 y Artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, la cual operará una vez se extinga el plazo dispuesto en los actos y contratos.
>
> PARÁGRAFO 2. Para la intervención u ocupación de los espacios públicos, la entidad administradora del espacio público o el tercero encargado no requerirá de la obtención de licencia de ocupación e intervención.
>
> PARÁGRAFO 3. El ejercicio de las competencias contenidas en los incisos 1 y 2 de este artículo, referidas a los Concejos y Alcaldes Municipales y Distritales, se cumplirán con estricta sujeción a lo dispuesto por la Ley 617 de 2000 y todas aquellas normas que sobre responsabilidad fiscal se encuentren vigentes».

La interpretación del inciso tercero en estudio parece arrojar claridad en cuanto a que se trata de tres proposiciones diferentes: a. la competencia de los alcaldes para reglamentar directamente los contratos de aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público, con miras a su administración, mantenimiento y aprovechamiento; b. la posibilidad de utilizar un mecanismo asociativo para gestionar estos bienes; y c. La posibilidad de permitir ese aprovechamiento a través de actos administrativos.

Parece claro que el legislador habilitó a los alcaldes municipales y distritales para que reglamentaran directamente el aprovechamiento de los bienes públicos que hacen parte del espacio público, en particular de los bienes de uso público. En consecuencia, en caso de considerar que las plazas de mercado son bienes de uso público, por extensión se debería admitir que este

poder reglamentario incluye la tipología especial de contratos de administración, mantenimiento y aprovechamiento de las plazas de mercado y de sus locales comerciales.

En este caso, resulta imperativo recordar que el debate surge a partir de la dificultad de aplicar la Ley 80 de 1993 a aquellos casos, como estos, en los cuales son las entidades públicas las que ofrecen un bien, para ser usado por un particular a cambio de una contraprestación, es decir, no se trata de una *compra pública*. A nivel internacional, por otra parte, esos contratos se encuentran ampliamente regulados y no se encuentran sometidos a las reglas propias de las compras públicas (*commande publique, public procurement*), sino a las propias y específicas de la gestión de los bienes públicos (25).

En cuanto al segundo punto, relacionado con la posibilidad de autorizar el aprovechamiento de los bienes de uso público a través de actos administrativos de naturaleza unilateral, se genera la duda en torno a la posibilidad de realizar esa ocupación de manera onerosa, por la ausencia de claridad en cuanto a la naturaleza del cobro. En consecuencia, valdría la pena que se aclare la posibilidad de si, en el estado actual de la Ley 2079 de 2021, se puede emitir este acto administrativo incluyendo una cláusula para poder exigir un cobro por ese aprovechamiento, en particular para aquellos casos en que se requiera la autorización de la ocupación por plazos cortos.

Ahora bien, se debe reafirmar como ya se ha dicho en otra oportunidad (26), que el ordenamiento jurídico además de reconocer sobre los bienes de uso público el derecho de propiedad, también les otorga un régimen jurídico concreto y constituido sobre tres pilares: un régimen público de gestión, un régimen de responsabilidades y un régimen de protección. Partiendo de esta premisa, el análisis subsiguiente se centrará en el régimen jurídico relacionado con la gestión de los bienes de uso público.

En Colombia, todos los bienes públicos se encuentran sometidos a un régimen de derecho público que se debe armonizar con el régimen propio del derecho privado, que es preponderante en el manejo del patrimonio inmobiliario en aquellos apartados en los que el derecho público no regula la materia particularmente.

El artículo 40 de la ley 2079 de 2021 no es la excepción, claramente el objetivo de esta disposición no es la desambiguación de las diferentes posturas de los gestores fiscales para administrar los bienes públicos, pero tampoco se centra en establecer figuras únicas, terminadas y determinantes de gestión de los bienes de uso público como antítesis de los confusos y dispersos

(25) Ver, al respecto, Fernández Acevedo, Rafael (2007), el autor encuentra que estas concesiones son actos administrativos.

(26) Pimiento Echeverri, J. 2019: p.35—59.

pronunciamientos de las Altas Cortes con relación al tema. Por el contrario, con esta reglamentación se pretende promover la adopción de esquemas de aprovechamiento económico del espacio público por parte de las entidades territoriales, que garanticen su recuperación y sostenibilidad económica, en una palabra, su valorización (27). Pero se deja abierta la posibilidad para que el jefe de la entidad territorial propietaria del bien, en un marco reglamentario y posteriormente contractual, establezca las reglas básicas y estipulaciones esenciales para la adecuada y correcta conservación, administración, custodia y disposición de los bienes públicos.

Frente a esta a facultad, es importante acotar que, además, la ley colombiana la relaciona con un instrumento de gestión determinado, indicando en el artículo 2.2.3.3.3 del Decreto Único Reglamentario No. 1077 de 2015 que: «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 impida a la ciudadanía su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito».

Con relación entonces a estos apartados normativos, es claro que en Colombia, existe una delegación legal expresa y directa en los municipios y distritos para definir los instrumentos de gestión de sus bienes, en un marco de características sociales y territoriales específicas y bajo las premisas de la norma constitucional que garanticen la indemnidad del patrimonio público.

En este orden, las entidades territoriales en Colombia, en aplicación de la competencia reglamentaria, teniendo el marco general legal y constitucional de base para determinar un régimen adecuado a los bienes inmuebles destinados al uso público que poseen en sus inventarios de activos, están además legitimadas para que en ejercicio de la autonomía de la voluntad en la celebración de los actos jurídicos generadores de obligaciones previstos en el derecho público o privado, típicos o atípicos y establezcan sus propios mecanismos para un eficiente y racional manejo de sus contratos y bienes, por autorización expresa del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (28).

Para el caso concreto de la gestión de los bienes de uso público, habiendo descartado la procedencia de otras figuras que desbordan el marco de la necesidad, encontramos que en el país se ha hecho escuela con el concepto

---

(27) Artículo 2 de la ley 2079 de 2021. No es una tendencia nueva, ver al respecto: Fernández Scagliusi, Mª de los Ángeles (2015). Ello también tiene que venir aparejado de instrumentos que permitan valorizar la propiedad pública, «la valorización de un bien público —explica Yves Gaudemet— comporta, sin lugar a dudas, su realización y mantenimiento al menor costo, su venta al mejor precio si no tiene utilidad, pero también su adecuación constante al interés general que debe servir. En pocas palabras, la valorización de los bienes públicos significa una valorización al servicio de la utilidad pública», Gaudemet, Yves (2004): N° 147.

(28) Tal y como lo establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

de *contrato de administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico de bienes de uso público o de espacio público*, según la categoría de bienes que se trate.

Este concepto se ha incorporado en varias reglamentaciones del nivel territorial en las ciudades más importantes de Colombia, para referirse al instrumento jurídico contractual con el cual, se emplea el conocimiento y experticia de un tercero que puede ser privado, en el ejercicio de las facultades de disposición de los bienes inmuebles de uso público, circunscritas a su administración, mantenimiento y su aprovechamiento económico.

Estas tres facultades, normalmente del interés y competencia de quien ostenta el derecho de dominio completo sobre un bien determinado, deben entenderse en un sentido restrictivo para los bienes de uso público, según se deduce de las determinaciones jurisprudenciales, para que no haya lugar a equívocos frente a la tipología de contrato y la denominación de la fuente de la cual se derivan los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, en este sentido, se debe determinar con detalle el alcance del ejercicio de la actividad encomendada, pero en todo caso, se debe dejar claro que la responsabilidad del ejercicio de estas actividades recaen en el propietario del inmueble, y bajo ningún escenario se realizan por cuenta y riesgo del contratista o administrador.

En estos modelos de gestión territoriales y las normas que los autorizan, se identifican una serie de elementos esenciales y accidentales del contrato, extraídos de otras tipologías contractuales para la construcción del contrato de administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico de bienes de uso público, y que conforman la suma de actividades más importantes para la gestión de los inmuebles en los aspectos complejos de la tercerización de su administración y conservación, así:

a. La destinación del bien inmueble debe ser complementaria o compatible con el uso público del bien.
b. Debe establecerse una contraprestación a favor de la entidad pública propietaria del bien, con destinación específica a su cualificación, directamente ligada a los ingresos que genera la ocupación del bien.
c. La remuneración que obtiene el contratista, con cargo a los ingresos que genera la ocupación del bien, no es participación en la explotación del bien, ni contraprestación por su cuidado.
d. Definición de los aspectos económicos y financieros del contrato, con preponderancia de los conceptos de auto sostenibilidad y reinversión.
e. Inclusión de cláusulas de protección de la afectación del bien, cláusulas excepcionales y de reversión.
f. Inclusión de las cláusulas de renuncias a mejoras y retenciones.

g. En la vigilancia y control de las actividades que se desarrollen en el bien inmueble concurren varias autoridades públicas, según la naturaleza de las actividades.

Estas particularidades ponen en evidencia la presencia de un instrumento de gestión de los bienes de uso público, que es nominado pero atípico, en cuanto a que sus elementos esenciales se pueden extraer de diversas formas contractuales, según el alcance definido por el propietario del inmueble y con las limitaciones de la categoría propia de bien de uso público que le impone la norma.

Es claro entonces que mediante el ejercicio de ciertas prerrogativas para reglamentar, diseñar y configurar, las entidades pueden y de hecho están obligadas a formular modelos de gestión que propendan por la correcta gestión de los recursos públicos con independencia de su origen o categoría, están habilitadas para su correcto proceder como guardadoras de dichos recursos y mientras que no se sobrepasen las limitaciones que la ley impone, o se desvirtúen las características propias de los recursos entregados en custodia, son las idóneas para conocer, identificar y anticipar las necesidades que surgen en un contexto territorial, económico y social dado y determinar la manera de brindar solución.

Frente a este aspecto, se encuentra que la forma clásica del orden territorial para este instrumento, se realiza a través de las reglamentaciones urbanísticas, contenidas en las normas de ordenamiento territorial que imponen a los propietarios del suelo, una serie de cargas, restricciones, limitaciones y derechos para su preservación, uso equitativo y racional. Entonces, la carrera que en Colombia ha adelantado el aparato jurisdiccional, está dejando en evidencia lo anacrónico de sus decisiones y arbitrario de sus determinaciones, pues es evidente la falta de análisis de las transformaciones y evolución de las relaciones de las entidades estatales con las cosas, con las personas y sus territorios.

Estas decisiones de las Altas Cortes y se puede generalizar que la gran mayoría de las proferidas en torno a los contratos celebrados sobre los bienes de uso público y en particular la más importante y reciente con carácter de unificación (29), desconocen puntos de suma importancia para esclarecer el tema de la gestión de los bienes de uso público y que subyacen al análisis de las primitivas normas sustanciales contenidas en el compendio civil, es fundamental entonces que se comiencen a considerar y a integrar algunos temas en estas discusiones como los relacionados con:

i) El desarrollo de infraestructura pública, dotacional y equipamientos, así como la distribución de cargas y beneficios en el control territorial, hace que las entidades administrativas se vean avocadas cada vez en mayor medida, a incorporar en sus planes de gobierno y marcos

(29) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, Exp. AP-00157.

presupuestales, la destinación de recursos económicos y la generación de programas y proyectos orientados a la sostenibilidad de los bienes en sus dimensiones fiscal y de uso público.

ii) La administración de estos bienes patrimoniales y en especial los de uso público, que se pueden denominar como no operacionales, pero que están destinados al uso y disfrute de la comunidad en general como los mercados, los parques, los escenarios artísticos y culturales, los bulevares y los equipamientos deportivos que propenden por el bienestar y entretenimiento de la población, una vez construidos y en operación se desvinculan de la misionalidad de las entidades estatales, a pesar de que es claro que se debe garantizar su conservación a altos costos financieros, lo que a su vez impacta negativamente en la desfinanciación de proyectos de impacto social y en el detrimento físico de estas instalaciones.

iii) El legislador reconoce estas situaciones y las ha planteado de manera general, incluso desde antes de la Constituyente del 1991, se reconoce que existe una necesidad clara de definir estrategias por parte de las entidades que procuren la conservación de estos bienes, e incluso se reconoce que estas estrategias se pueden desarrollar con aliados privados, pero se debe dejar un margen de discrecionalidad y libertad de configuración de las entidades, para establecer con indicadores de actualidad los puntos que hagan el negocio factible y viable.

iv) Por la destinación, características, connotación social y pública de interés general de este tipo de bienes y las dinámicas para los que fueron diseñados, al servicio de la comunidad en general, bajo ningún concepto podrían someterse a una relación de beneficio o favorecimiento particular porque su destinación *per se*, implica que su uso principal se conserve con independencia de lo que contractualmente se determine, por esto, es claro que si se define la necesidad de financiar la auto sostenibilidad de estos bienes, a través de una figura contractual que incluya estos elementos, se debe aplicar la que no relativice la naturaleza del bien en sentido amplio y de manera categórica, pues la concesión demanial no excluye esta relativización.

v) Los contratos celebrados por las entidades públicas, en general obedecen a estipulaciones bilaterales, pero en los que se establecen ciertas prerrogativas a la administración, de manera que el patrimonio público y el interés general sean siempre los postulados que permeen las demás cláusulas contractuales, hablamos de las facultades exorbitantes y del derecho de reversión, y de las demás prerrogativas de la autonomía de la voluntad de los contratantes como la renuncia a mejoras, las condiciones resolutorias, la renuncia a retenciones, la terminación

Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública
ISSN 1133-4797, XXIV, Zaragoza, 2022, pp. 37-67

anticipada y demás, que claramente en un escenario de planificación y estudio previo de las necesidades que se tienen frente a ciertos tipos de inmuebles, pueden incorporarse en todas las tratativas para garantizar que los riesgos previstos no se materializarán o se dará un tratamiento eficaz ajustado al caso, lo que impactará necesariamente en la disminución del índice de litigiosidad de este tipo de contratos.

vi) Finalmente, partiendo siempre de la existencia de una necesidad real y cierta, en la que se definió de manera oportuna y conveniente cómo abordarla, en el marco del principio de legalidad, de la buena fe y la confianza legítima, se garantizarán los derechos de todos los intervinientes en el proceso y en particular de los administrados, de quienes, su derecho de uso y goce de los bienes de uso público tiene primacía y prevalencia.

En consecuencia, entonces, se abre una importante posibilidad para que las entidades territoriales definan las condiciones y términos de las concesiones demaniales relacionadas con sus bienes de uso público.

3. Hacia un modelo de concesión demanial: tendencias y transformaciones

Este pequeño avance en los modelos de gestión de los bienes de uso público municipales genera algunos debates relacionados con su adaptabilidad a las reglas propias de la contratación estatal, pero debe invitar a un replanteamiento global del régimen de compras públicas a las realidades propias de la gestión demanial (a). En segundo lugar, el artículo 40 de la Ley 2079 de 2021 se enmarca en una evolución más interesante, aunque desordenada y tímida, de modernización de las herramientas de gestión de los bienes de uso público, que se apuntala por la creación de los derechos reales administrativos (b).

A) El necesario reconocimiento de un sistema de «ventas públicas»

Desde hace casi 30 años, el Estatuto de Contratación Estatal, con algunas reformas, se ha entendido como el instrumento integral de la contratación pública en Colombia. Se entiende que las disposiciones allí contenidas tienen utilidad para aquellos casos en los que el Estado actúa como «contratante», pero también como «contratista». Sin embargo, existen algunos ejemplos que dan cuenta del hecho de que el ECE fue creado como una norma de compras públicas y no de ventas públicas, es decir, que se evidencia su inadaptabilidad a aquellos casos en los cuales el Estado ofrece bienes o servicios a los particulares, entre los que se cuentan las concesiones demaniales.

En cuanto al primer punto, la premisa es la inadaptabilidad de la Ley 80 de 1993 a las necesidades del Estado prestador de servicios o titular de

bienes que se ofrecen en una lógica mercantil para el uso o adquisición de particulares o de entidades públicas. Son muchos los ejemplos que permiten ilustrar esta realidad: i) Las modalidades de selección buscan todas garantizar que las entidades públicas paguen menos por los bienes o servicios que necesitan de los particulares; ii) El principio de planeación —angular en el régimen de contratación estatal— tiene como fundamento identificar la *necesidad de la entidad contratante*, a pesar de que, en este tipo de eventos, la necesidad es entregar el uso del bien, venderlo o prestar el servicio correspondiente; iii) Las reglas relacionadas con el *gasto público* no pueden ser las mismas que aquellas destinadas a producir ingresos a través de las actividades económicas del Estado, sin embargo, todo el Estatuto de Contratación Estatal gira alrededor del control del gasto público —Estudio de Mercado, CDP, RP, etc.–; iv) Las normas relacionadas con el contenido de los contratos, en particular la procedencia de las cláusulas excepcionales no distingue si las entidades públicas actúan como contratantes o como oferentes, lo cual dificulta la celebración de contratos como el de arrendamiento, el de gestión de propiedades o aún la compraventa; v) si bien existe una remisión a la codificación civil o a la comercial en lo relacionado con el contenido del contrato de compraventa, lo cierto es que la regulación relativa a la enajenación de bienes del Estado no está regulada por la Ley 80 de 1993, sino por el Decreto Reglamentario —DUR 1082 de 2015—, pues dicha norma de rango legal no permite la posibilidad de subasta, sino de la subasta inversa.

Es claro que ni la Ley 80 de 1993, ni las normas que se han emitido con posterioridad a ella se adaptan a la realidad del Estado oferente, como ocurre en el caso de las concesiones demaniales. En efecto, en este tipo de contratos las entidades no esperan una prestación o servicio de los particulares —aunque existen unas cargas de cuidado y mantenimiento del bien—, sino que, por el contrario, los particulares reciben un beneficio del Estado al poder utilizar de manera privativa los bienes de uso público y en contraprestación se paga ordinariamente una retribución al Estado.

En consecuencia, se puede pensar en las siguientes adecuaciones urgentes para reconocer normativamente la realidad de las «concesiones demaniales»:

i) Se debe replantear la idea de una sola norma general para todos los contratos estatales, para enfocar esos esfuerzos en distinguir las «compras públicas» de otro tipo de manifestaciones contractuales de las entidades públicas. Ello implica, que se distingan las situaciones en las que el Estado requiere un bien o un servicio, de aquellas en las que actúa como oferente.

ii) El principio de planeación debe adaptarse a las concesiones demaniales. La idea de «compra pública» ha hecho del proceso de selección un trámite pesado, estructurado para controlar la transparencia en

el gasto público (30), sin embargo, en las concesiones demaniales el único recurso que se utiliza es el bien objeto de la concesión. En consecuencia, se deben simplificar las reglas relativas a la selección del contratista, simplemente para verificar capacidad de pago.

iii) Otro punto importante es la duración de la ocupación (31). La extraordinaria variedad de concesiones demaniales es un reflejo de la compleja composición de la categoría del dominio público y de las actividades que allí se realizan, por ello, el mecanismo deberá permitir la flexibilidad de ocupaciones de muy corta duración (unas horas, en el caso de plazas para eventos culturales, por ejemplo) hasta unas de larga duración para garantizar la estabilidad de los ocupantes privativos (un caso, el de plazas de mercado).

iv) Se deben replantear las reglas de selección del contratista en este tipo de casos. Uno de los tópicos usuales en materia de concesiones demaniales es la creciente necesidad de garantizar condiciones concurrenciales de acceso al contrato, sin embargo, para el caso colombiano se deben distinguir:

a. Las concesiones demaniales de naturaleza exclusivamente económica, en las cuales se puede o no acudir a un proceso competitivo según si se trata de las ocupaciones de bienes que expanden un negocio existente (terrazas de café o de restaurantes, por ejemplo).

b. Las concesiones demaniales de naturaleza social, por la función que cumplen para promover la formalización de vendedores estacionarios o semiestacionarios.

Este último aspecto es, probablemente, el de mayor importancia para un país como Colombia, en la cual los bienes de uso público que hacen parte del espacio público se convierten en el escenario de la realización de actividades económicas informales. En este sentido, es interesante anotar que buena parte de la evolución del régimen de lo que en otros países se conoce como concesiones demaniales, pues por orden de tutela (amparo) se ha venido manteniendo y formalizando la ocupación de bienes de uso público municipales, pues la capacidad del Estado de recuperar esos espacios se fue limitando de manera importante por la jurisprudencia en materia de confianza legítima producida por la Corte

(30) Así lo definen Duque Botero *et al.*, al señalar: «el Sistema de Compra Pública o Sistema de Compras y Contratación Pública es el conjunto de elementos y herramientas para tomar decisiones de gasto público...», Duque Botero, Juan y Vanegas Sandoval, Luisa (2019): p. 31.

(31) En el derecho colombiano no existe, como en otros países, la distinción entre permiso y concesión según las instalaciones y la duración, razón por la cual no se puede acudir a una definición formal de concesión —como categoría jurídica concreta—, sino que corresponde distinguir, en su interior adecuaciones propias según las condiciones concretas de modo, tiempo y lugar. Ver, sobre la distinción, Laguna de Paz, José (2022): pp. 659 y siguientes.

Constitucional, en relación con los vendedores estacionarios y semiestacionarios, en particular las sentencias SU-360/99, T-772/03 y la C-211 de 2017.

Se trata de un asunto de singular relevancia en la materia que se está analizando, pues pone en duda el concepto tradicional de selección objetiva del contratista del Estado, toda vez que, en estos casos, la ocupación privativa del espacio público se convierte en expresión de una política pública de carácter social, en el marco de la cual resultaría —por decir lo menos— desaconsejable realizar un proceso de carácter competitivo, exigir pólizas (pues no son susceptibles de acceder a ellas) o adjudicar el contrato en función del mayor pago que se pueda realizar, ya que ninguno de los *contratistas* cumpliría con esos requisitos y se generaría una crisis socioeconómica.

Desde esta perspectiva, resulta claro que se trata, en muchos casos, de contratación pública de carácter social, con cláusulas que reconozcan que el propósito de la ocupación no es solamente el de generar recursos para las entidades territoriales, sino que son una manifestación de una política social de garantía de condiciones de vida en un marco de no regresividad (32). En consecuencia, se debe replantear la idea de «selección objetiva», para cumplir ese propósito, así mismo se debe reconsiderar el concepto de «estudios de mercado» para identificar el beneficiario de la política social a través del contrato estatal.

En la actualidad, si bien se han logrado avances en la materia, al trasladarle la competencia a los municipios de diseñar e implementar las políticas de ocupación del espacio público y darles la competencia para reglamentar el aprovechamiento contractual, no se ha dado claridad acerca del alcance de la reglamentación por fuera del esquema de la contratación estatal.

B) La estabilidad de la concesión de bienes de uso público destinados a infraestructura vial

El reconocimiento de la existencia de los derechos reales administrativos (DRA) es una de las consecuencias primordial del reconocimiento de la propiedad pública, como institución subyacente a los regímenes de afectación. Se trata de un instrumento útil para una gestión más eficiente en términos económicos, los DRA a más de darle mayor estabilidad a los ocupantes privativos, por su regulación propia se perfilan como instrumentos de financiación y gestión eficiente de las infraestructuras sobre los que están llamados a recaer.

---

(32) En este sentido, se puede señalar que «las compras públicas socialmente responsables —CPSR— son aquellas en las que, para la selección del contratista se busca la oferta que tenga un mayor impacto social positivo. La inclusión de este criterio no parte de una innovación o modernización del ordenamiento jurídico nacional; se desprende de la obligación del Estado y de las entidades que lo integran de adoptar medidas que, de forma indirecta, garanticen el bienestar general logrando mayor eficiencia por parte de la administración en el cumplimiento de sus objetivos», DUQUE BOTERO, Juan y VANEGAS SANDOVAL, Luisa. (2019), p. 1319.

Esta figura no es original en el derecho de la infraestructura, pues en el derecho francés, desde 2006 es claro que toda ocupación privativa genera derechos reales (33); en el sistema jurídico español desde 2003, los DRA eran una realidad tangible (34); en el derecho peruano, se consagró la posibilidad de hipotecar la concesión, lo que, por vía consecuencial, permitiría considerarla como un derecho real en sí mismo (35). En Chile (36), se hace

(33) Fue precisamente lo que hizo el legislador con la expedición del Código General de la Propiedad de las Personas Públicas, en su artículo L2122-6, por cuya virtud «el titular de una autorización de ocupación temporal del dominio público del Estado tiene, salvo disposición en contrario en el título, un derecho real sobre las obras, las construcciones y las instalaciones de carácter inmobiliario que realice para el ejercicio de una actividad autorizada por este título // Ese derecho real confiere a su titular, durante el plazo de la autorización y en las condiciones y límites precisados en el presente parágrafo, las prerrogativas y las obligaciones del propietario».

Esta figura se encontraba en el ambiente jurídico desde 1906, con el fallo del Consejo de Estado francés, 15 de mayo de 1906, Chemins de fer d'Orléans y la teorización que de él hizo M. HAURIOU (en HAURIOU, M. (1929): p. 270 y s.). Pero su reconocimiento formal correspondió al legislador, como respuesta a la negativa jurisprudencial de dotar de mayor flexibilidad al régimen demanial frente a las necesidades de financiación modernas.

(34) El artículo 97 de la Ley 33 de 2003, «del Patrimonio de las Administraciones Públicas», estableció:

«Artículo 97. Derechos reales sobre obras en dominio público.

1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.

2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario».

(35) El artículo 3 de la Ley N. 26885 dispuso:

«Artículo 3.– Establézcase una hipoteca sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a que se refiere el Texto único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, la que podrá constituirse, previa autorización del sector u organismo correspondiente del Estado.

Dicha hipoteca surtirá efecto desde su inscripción en el Registro de Hipoteca de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. El indicado Registro estará a cargo de las Oficinas Registrales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

La hipoteca a que se refiere esta norma, podrá ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes al constituirse la obligación.

Para la ejecución de la hipoteca a que se refiere este artículo, será necesaria la opinión favorable del Estado, a través del sector u organismo correspondiente, de manera tal que el derecho de concesión sólo pueda ser transferido a favor de quien cumpla con los requisitos establecidos en las bases de la Licitación Pública Especial o del Concurso de Proyectos Integrales.

La opinión del Estado deberá emitirse dentro de los sesenta días de presentada la solicitud. Vencido este plazo, sin que el Sector u Organismo del Estado hubiere expresado su opinión, la solicitud se considerará aprobada».

(36) Tal como la define el artículo 43 del Decreto MOP No. 900, mediante el cual «Fija Texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP n° 164, de 1991 Ley de concesiones de obras públicas», a cuyo tenor:

referencia a la prenda especial de la concesión de obra pública. En efecto, que en todos esos sistemas jurídicos se considere que las concesiones otorgan derechos reales sobre los bienes que constituyen el objeto del contrato de infraestructura, denota el carácter novedoso, pero útil en la actualidad, del reconocimiento generalizado de la figura y de su relación íntima con esta visión moderna del derecho administrativo. Su finalidad, independientemente del nombre o contenido que adopte la figura, se puede resumir así: «[p] oco importa, en efecto la naturaleza de ese derecho real, siempre que se tranquilice a los inversionistas privados y se logre ofrecer a los ocupantes del dominio garantías suficientes y medios de financiamiento para la realización de equipamientos pesados» (37).

Por ello, el mecanismo de su funcionamiento sigue dejando muchas dudas, las cuales deberán, al menos en el derecho colombiano, ser despejadas por el legislador, contando para ello con un cambio profundo en la concepción que tienen las autoridades públicas del régimen jurídico de los bienes de uso

---

«Artículo 43°.– Establécese una prenda especial de concesión de obra pública, la cual será sin desplazamiento de los derechos y bienes prendados. Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Ella podrá recaer:

a) sobre el derecho de concesión de obra pública que para el concesionario emane del contrato;

b) sobre todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, y

c) sobre los ingresos de la sociedad.

Esta prenda deberá constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y en el del domicilio de la sociedad concesionaria, si éste fuere distinto. Además, deberá anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio. Cuando esta prenda recaiga sobre acciones de la sociedad concesionaria, se anotará, además, en los registros correspondientes de la sociedad.

A esta prenda se aplicará lo dispuesto en los artículos 25, inciso primero, 30; 31; 32; 33; 36; 37; 38; 40; 42; 43; 44; 46; 48; 49 y 50 de la ley N° 5.687, sobre Prenda Industrial.

Será competente para conocer de todo litigio y de la ejecución de esta prenda especial de concesión de obra pública, a elección del acreedor, el Juez de Letras de la ciudad cabecera de la Región en la que se encuentre inscrita la sociedad concesionaria o el de asiento de corte en que tuviere su domicilio aquél».

Los derechos reales administrativos existen, en el derecho chileno, por fuera de los estrechos límites de la contratación pública, tal y como lo pone de presente el profesor VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): pp. 473 a 493.

(37) COMBE, Christine (2002): p. 760. En palabras de Ignacio DE LA RIVA: «La categoría de los derechos reales administrativos aplicada a la posición del concesionario de un bien público configura, en última instancia, una concepción orientada a dar mayor estabilidad a los derechos de aquel, teñidos *per se* de cierta precariedad … Por carácter transitivo la figura contribuye, también, a fortalecer a posición de quienes aportan recursos para el financiamiento de las obras realizadas sobre dichos bienes, lo cual ayuda a generar la confianza necesaria entre los potenciales inversores», DE LA RIVA, Ignacio (2018): 67.

público. Este movimiento se da en dos tiempos, uno tímido y desafortunado que solo permitía el reconocimiento de DRA sobre bienes fiscales que no fueran necesarios para el desarrollo del proyecto de infraestructura y la segunda, muy reciente, en la cual se acudió al mecanismo de manera, en mi opinión, adecuada. Se trata de la disposición contenida en el artículo 97 de la Ley 1955 de 2019, contentiva del último Plan Nacional de Desarrollo, a cuyo tenor:

> Artículo 33. Otras Fuentes de Financiación para los Sistemas de Transporte. Con el objeto de contribuir a la sostenibilidad de los sistemas de transporte, a la calidad del servicio y de su infraestructura, incrementar la seguridad ciudadana, la atención y protección al usuario, al mejoramiento continuo del sistema y contar con mecanismos de gestión de la demanda, las entidades territoriales podrán establecer recursos complementarios a los ingresos por recaudo de la tarifa al usuario, que podrán ser canalizados a través de fondos de estabilización y subvención. Las fuentes podrán ser las siguientes:
>
> (...)
>
> 8. Derecho real accesorio de superficie en infraestructura de transporte. Una entidad pública denominada superficiante, titular absoluta de un bien inmueble fiscal o de uso público destinado a la infraestructura de Transporte conforme a lo establecido en el artículo 4° de la Ley 1682 de 2013, podrá otorgar el derecho real de superficie de origen contractual, enajenable y oneroso, a un tercero denominado superficiario, por un plazo máximo de treinta (30) años, prorrogables hasta máximo veinte (20) años adicionales. El superficiario tendrá la facultad, conforme a la normatividad de ordenamiento territorial del lugar donde se ubique el bien inmueble y las disposiciones urbanísticas vigentes, de realizar y explotar por su exclusiva cuenta y riesgo, construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con todos los atributos de uso, goce y disposición de las mismas, a fin de que tales desarrollos puedan soportar gravámenes y limitaciones al dominio, sin afectar el uso público, la prestación del servicio de transporte, ni restringir la propiedad del inmueble base del superficiante.
>
> El derecho real de superficie se constituye mediante contratos elevados a escritura pública suscritos entre el titular del inmueble base y los terceros que serán superficiarios, los cuales contendrán la delimitación del área aprovechable, el plazo de otorgamiento del derecho, las condiciones de reversión de las construcciones, las causales de terminación del contrato, las obligaciones de las partes y la retribución que corresponde al superficiante, debiendo además inscribirse ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el folio de matrícula inmobiliaria del predio sobre el cual se confiere el derecho real de superficie, en el que deberá realizarse una anotación de este como derecho accesorio, identificándose el área conferida al superficiario y los linderos de la misma y las construcciones, además deberán registrarse los actos jurídicos que se efectúen en relación con el derecho real de superficie.
>
> La cancelación de la constitución de este derecho real accesorio de superficie procederá mediante escritura pública suscrita por las partes constituyentes, que será objeto de registro en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente y ante la Oficina de Registro competente.

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

La creación del derecho real de superficie por el legislador es una evolución considerable en el ordenamiento jurídico nacional, tan proclive a la regulación pasiva de los bienes públicos, pero que bajo el concepto de financiación de infraestructuras reencuentra su creatividad. Afortunadamente, no solo llegó el reconocimiento de los DRA, como lo he venido proponiendo desde 2010, sino que se hizo bajo la forma del derecho real de superficie, tal y como lo expuse en 2015 *(38)*, así que para los aspectos más técnicos de la cuestión remito a lo allí afirmado.

Solo resulta relevante transmitir que estos DRA pudieron nacer en la medida en que se confrontó la realidad de algunos derechos con la administratividad de algunos bienes públicos —aquellos sometidos al régimen de la demanialidad pública. En el caso colombiano, independientemente de las dificultades prácticas que la cuestión pueda generar, el DRA de superficie contiene los elementos más característicos de la teoría.

En efecto, se trata de: i) un derecho accesorio; ii) que se otorga a un tercero ocupante de la infraestructura de transporte; iii) que tiene origen contractual; iv) circula en el tráfico jurídico, pues es enajenable y oneroso; v) tiene una vigencia importante y puede ser superior a la concesión misma (máximo 80 años); vi) su contenido consiste en la facultad de realizar y explotar por su exclusiva cuenta y riesgo, construcciones o edificaciones en áreas libres aprovechables con los atributos del propietario; vii) derechos que, además, están llamados a soportar gravámenes y limitaciones al dominio; pero, viii) cuya existencia no puede afectar el uso público o la afectación del bien; y, finalmente, ix) su objetivo primordial es servir de fuente de financiación de la infraestructura.

No dejaré de resaltar que el éxito de los derechos reales administrativos depende de la voluntad de permitir su funcionamiento en condiciones que garanticen los fines que con ellos se pretende cumplir: mejores condiciones de financiamiento a través de mayor estabilidad para su titular. Ello implica, ante todo, claridad en su funcionamiento, seguridad jurídica para el titular, pero siempre adecuación a las necesidades de interés general.

---

(38) No se quiere asumir ningún tipo de paternidad de la norma, es suficiente indicar que se lo relevante es reconocer la importancia del mecanismo y el carácter premonitorio de su creación, como forma de inscribirse en un movimiento global. Cf., PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015).

IV. IDEAS FINALES

Algunas ideas para concluir. Es cierto que el derecho nacional no tiene una tradición jurídica que haya permitido la construcción y consolidación de un régimen general de las concesiones demaniales. Algunas nombras dispersas sirvieron para que las entidades territoriales gestionaran sus bienes, mientras concesiones sectoriales se fueron desarrollando. Sin embargo, en los últimos años se ha abierto paso la necesidad de mayor claridad y estabilidad en la materia. Solo hasta 2021 el legislador notó la importancia de considerar los bienes públicos municipales como objeto de valorización y, a pesar de no lograr un resultado unificado, al menos invita a la reflexión. Es probable que estos esfuerzos desemboquen en la consolidación de una ley de bienes públicos que reconozca la singularidad de las concesiones demaniales como instrumentos de gestión de la propiedad pública.

V. BIBLIOGRAFÍA

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro (2008): «*Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*». Librería Ediciones del Profesional Ltda., p. 406 y 1319.

COMBE, Christine (2002): «Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites», JCP N, París, 2002 p. 760.

DÁVILA VINUEZA, Luis (2016): *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3ª ed., Legis.

DE LA RIVA, Ignacio (2018): *Lo público y lo privado en el Derecho de las infraestructuras*, La ley, Buenos Aires, p. 67.

DUQUE BOTERO, Juan y VANEGAS SANDOVAL, Luisa (2019): *GPS Contratación Pública*, Tirant lo Blanch, Bogotá, p. 31.

FAJARDO PEÑA, Santiago (2019): «Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, U. Externado, No. 22, p. 61-96.

FERNÁNDEZ-ACEVEDO, Rafael (2007): *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas, Madrid, p. 308-309, p. 98.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.ª de los Ángeles (2015): *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*, INAP, Madrid.

GABARDO, Emerson y LIMA LÓPEZ-VALLE, Vivian (2021): «Característica relacional y mutabilidad de los contratos estatales: la concesión como herramienta de planeación», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 25, U. Externado, p. 287.

GALVIS GAITÁN, Fernando (2019): *Manual de derecho urbanístico*, 2.ª ed., Temis, p. 259 a 303.

GAUDEMET, Yves (1998): «Libertés Públiques et domaine public», *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, p. 134.

GAUDEMET, Yves (2004). «Le rapport de l'Institut de la gestion déléguée», *Les Petites Affiches*, N° 147.

HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, T. III, Sirey, 1929.

LAGUNA DE PAZ, José (2022). *Tratado de Derecho administrativo. General y económico*, Civitas, Madrid.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2015): *Derecho administrativo de bienes*, U. Externado.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA, Héctor (2015) «Estado actual del "dominio público" en el derecho colombiano», en López Ramón, F. y Vignolo Cueva, O. (coords.), *El dominio público en Europa y América Latina*, RIBP-CDA, Lima.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián (2019): «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*, 22 (jun. 2019), 3-59. DOI:https://doi.org/10.18601/21452946.n22.03.

RODRÍGUEZ, Libardo (2017): *Derecho Administrativo. General y Colombiano*, T. I, 20ª ed., Temis.

SANTOS, Jorge (2016): «Naturaleza y formación de la concesión minera», Henao, Juan Carlos y Montoya, Miltón, *Minería y Desarrollo*, T. 1, U. Externado, pp. 59 a 86.

SANTOS, Jorge (2010): *La cláusula de reversión en los contratos de concesión administrativa*, en J. Benavides Russi y J. Santofimio (Dir.), *X Jornadas de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, pp. 465 y s.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): «Los derechos mineros como derechos reales administrativos», *Revista de Derecho Público*, V. 2, No. 115, Madrid, pp. 473 a 493.

VI. JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado francés, fallo del 15 de mayo de 1906, Chemins de fer d'Orléans.

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de julio de 1990, Exp. 959.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10217.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de mayo de 1999, Exp.1190

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de diciembre de 2004, Exp. 27921.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2005-00055-01.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Rad. 2154.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 31612.

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

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 25 de septiembre de 2018, Rad. 2389.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, Exp. 41934