

# Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil

JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI\*

Sumario: *Introducción*. I. Los fundamentos de la división de los bienes públicos en el Código Civil. 1. Fundamentos históricos y teóricos: las fuentes del artículo 674 del Código Civil. 2. Fundamentos jurídicos de la división. II. La pérdida de vigencia de la división binaria de los bienes públicos en el Código Civil. 1. Una base común: la propiedad pública. 2. La complejidad en la construcción del derecho de los bienes públicos.

Resumen: El estudio de la naturaleza y del régimen de los bienes públicos en el derecho colombiano ha estado marcado por la clásica distinción de los mismos realizada por el Código Civil. Este artículo pretende demostrar que dicha clasificación se encuentra superada, en la actualidad, por la realidad de su desarrollo legislativo y por la necesidad de una gestión más eficiente de los patrimonios públicos. No existen, entonces, en el derecho colombiano dos categorías de bienes públicos –los bienes de uso público y los bienes fiscales–, sino una pluralidad de categorías de bienes y de afectaciones, cuyo régimen de protección se fundamenta en la necesidad de proteger los intereses generales que dichos bienes permiten cumplir.

Palabras clave: Bienes públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, artículo 674 del Código Civil colombiano.

\* Doctor en Derecho Público de la Universidad Paris II, Panthéon-Assas, Master en Derecho Público Interno de la misma universidad. Docente-Investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: julian.pimiento@uexternado.edu.co  
Fecha de recepción: 30 de junio de 2011. Fecha de aceptación 28 de agosto de 2011.

*Critic approach on the Civil Code's distinction of public assets*

Abstract: The study of the nature and regulation of public property in Colombian law has been influenced by the classic Civil Code distinction on the matter. This article tries to prove that this distinction has been surpassed by the reality of the legislative development and by the need to give these assets a more efficient management. Thus, the dual distinction of two sorts of public assets is no longer useful to analyze Colombian law, in which there are several categories of public assets as well as several public interest uses of those assets, their regulation is based on the need to protect general interests.

Keywords: Public property, public assets, article 674 of Colombian Civil Code.

*La razón que impide la construcción de una teoría satisfactoria del dominio [público] es que se quiso hacer entrar, a las buenas o a las malas, todas las dependencias dominicales en dos categorías unívocas, dos categorías que se oponen, de alguna manera, simétricamente.*

LEÓN DUGUIT<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha considerado que la simplicidad en las construcciones jurídicas requiere de una presentación binaria pues muchas categorías jurídicas se explican por su contraposición a otra. Esta constatación es particularmente cierta en los sistemas jurídicos romano-germánicos, en los que la influencia francesa de una división bipartita ha resultado importante. Reducir, de manera general, todo problema jurídico a una presentación en dos partes o dos tiempos, es considerada como una garantía metodológica de simplicidad y de claridad conceptual. Esto es particularmente cierto para la explicación de instituciones de derecho administrativo. Así, en un primer momento se consideró que el Estado tenía dos personalidades, una de derecho público y otra de derecho privado; de allí se derivan una serie de consecuencias jurídicas: existen unos contratos administrativos y otros de derecho privado de la Administración, unos funcionarios públicos y unos trabajadores oficiales y, para entrar en el centro de esta investigación, unos bienes de uso público y unos bienes fiscales. El Estado, según esta concepción, actuaría en algunos casos como persona pública y en otras como lo haría un particular, el régimen jurídico de cada una de estas instituciones seguiría esa idea fundamental.

La presentación binaria de estas instituciones esconde, en los más de los casos, una realidad más compleja. En efecto, la simplicidad y generalidad de estas construcciones, depende en gran medida de la definición misma de los elementos

<sup>1</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. III, 3.<sup>a</sup> edición, París, Boccard, 1928, p. 349.

que definen cada una de las categorías y de su impermeabilidad. Por otro lado, la legislación, más preocupada por la solución de casos concretos que por la pureza conceptual de las instituciones que desarrolla, se interesa poco por mantener la coherencia interna de las distintas categorías jurídicas. Finalmente, existen numerosas zonas grises en las que es difícil integrar determinada realidad en el marco de esas categorías artificialmente creadas por el mismo legislador o por la doctrina. En el caso de los bienes públicos este fenómeno es particularmente importante, como se demostrará a lo largo de este artículo.

De esta manera, según el artículo 674 del Código Civil colombiano, existen dos grandes categorías de bienes públicos, los bienes de uso público, que son aquellos cuyo "uso pertenece a todos los habitantes de un territorio", y los bienes fiscales cuyo uso "no pertenece generalmente a los habitantes". La jurisprudencia y la doctrina quisieron ver diferencias fundamentales entre una y otra categoría dado el carácter especialísimo de los bienes de uso público, dándole toda su aplicación a las teorías tradicionales sobre la doble personalidad del Estado. El objeto del presente trabajo es doble: por un lado, el trabajo pretende explicar que no es posible analizar los bienes de uso público desde una perspectiva estrictamente dualista, y por el otro, que existe una idea transversal que permite darle unidad a las diferentes categorías de bienes públicos en el ordenamiento jurídico colombiano.

A pesar de encontrarse en la frontera entre el derecho público y el derecho privado, los bienes públicos constituyen una de las materias fundamentales del derecho administrativo. Los bienes públicos son los medios materiales de realización de las actividades administrativas, por ello buscan cumplir, directa o indirectamente, algún cometido de interés general. La dificultad de un análisis integral obedece, a nuestro parecer, a diversas razones: en primer lugar, se trata de bienes de titularidad pública, esto es, de personas de derecho público no obstante lo cual una parte de su regulación se encuentra en el Código Civil, de ahí la dificultad de encontrar el acercamiento conceptual más útil para su análisis; en segundo lugar, las características de determinados bienes públicos pueden, desde el punto de vista civil, repugnar con la noción misma de propiedad, el uso público impediría así analizar estos bienes en términos de dominio por la ausencia de exclusividad; por último, la especialidad de los fines del Estado parece reñir con un análisis individualista propio del derecho civil de bienes. El derecho de los bienes públicos debe ser entonces estudiado desde el punto de vista de la evolución del Estado –de su actividad y finalidades– y de la propiedad.

La propuesta que pretendemos desarrollar es que a pesar de encontrarse en el Código Civil, la división de bienes públicos entre bienes de uso público y bienes fiscales, no es adecuada para explicar la realidad del derecho positivo colombiano. Para demostrar lo anterior, será necesario hacer una presentación –histórica y material– de dicha división, con el fin de exponer sus fundamentos (I), para luego probar su inadecuación a la luz del ordenamiento jurídico vigente en Colombia (II).

## I. LOS FUNDAMENTOS DE LA DIVISIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS EN EL CÓDIGO CIVIL

No es extraño encontrar en una norma como el Código Civil disposiciones atinentes a los bienes públicos. En efecto, las diferentes codificaciones muestran el interés del legislador por tratar esos temas<sup>2</sup>. De esta manera, es posible encontrar en el Código Civil francés el artículo 548 que habla de bienes de dominio público; el Código Civil austriaco, por su parte, contiene disposiciones similares<sup>3</sup>. El Código Civil colombiano no es la excepción a pesar de que se trata de un tratamiento original con respecto a las otras codificaciones contemporáneas. En efecto, el artículo 674 y las otras disposiciones que se refieren al tema no constituyen una copia de los códigos civiles de la época sino una construcción propia que encuentra su fuente más directa en las normas coloniales, adaptadas a las categorías ya conocidas del derecho romano (1). La división de los bienes públicos operada por el Código Civil, tiene consecuencias prácticas importantes, pero sobre todo tiene unos fundamentos jurídicos precisos que, si bien no se encontraban incorporados en el Código, fueron construidos por la jurisprudencia y la doctrina (2).

### 1. Fundamentos históricos y teóricos: las fuentes del artículo 674 del Código Civil

La jurisprudencia y la doctrina han querido ver en la *summa divisio* de los bienes públicos del Código Civil la impronta exclusiva del derecho romano. El estudio de las fuentes en la materia permitirá determinar que esa influencia es parcial y que

<sup>2</sup> No se encuentra una construcción similar en los Códigos que pudieron servir de inspiración a ANDRÉS BELLO. Según el Código de la Louisiana, "las cosas son comunes o públicas" (art. 440), "las cosas comunes son aquellas que todos pueden usar de conformidad con su uso como el aire, el agua, el mar y sus riberas" (art. 441), el artículo 445 de dicho Código es similar al artículo 538 del Código Civil francés; el Código Holandés divide en dos los bienes que existen en el territorio: "Hay bienes que no pertenecen a nadie; los otros pertenecen al Estado, a las comunidades o a los particulares" (art. 575), el artículo 577 por su parte es similar al 538 del Código francés. El Código Prusiano no es más cercano al colombiano a pesar de que se puede encontrar la categoría de los bienes fiscales; sobre este punto ver *Le Code général pour les Etats prussiens traduit par les membres du bureau de Législation étrangère*, T. II, parte 2, Imprimerie de la République, Paris, 1800. Todos estos códigos, excepto el de Prusia, pueden encontrarse en M. ANTHOINE DE SAINT JOSEPH, *Concordance entre les Codes Civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840.

<sup>3</sup> El artículo 286 del Código austriaco de 1808 establece que "[l]as cosas en el imperio son bienes públicos o bienes privados. Estos últimos pertenecen a personas individuales o a personas jurídicas, las cuales son sociedades restringidas o comunidades enteras"; por su parte, el artículo 287 indica: "[l]as cosas que todos los ciudadanos pueden tomar se llaman cosas libres. Aquellas cuyo uso les es permitido, como las calles, los ríos, las corrientes de agua, los puertos y las riberas del mar, se llaman bienes comunes o públicos. Lo que está destinado a satisfacer las necesidades del Estado, como el derecho de acuñar la moneda, el derecho de correos y otras regalías, los bienes dominiales, las minas y salinas, los impuestos y peajes, forma la fortuna del Estado", *Code Civil Général de l'Empire d'Autriche*, traducido al francés por A. DE CLERQ, Paris, 1836.

debe preferirse un análisis más integral teniendo en cuenta la legislación colonial (a); sin embargo, este estudio no será completo si no se tiene en cuenta la posición de Andrés Bello, redactor del Código Civil, sobre la materia (b).

a. *La división de los bienes públicos en la legislación colonial*

El derecho colonial español es el producto de la influencia cruzada de diversos ordenamientos jurídicos. El derecho romano, el visigodo, el musulmán, cada uno de ellos de diferente manera y con diferente intensidad, contribuyeron a la formación de lo que sería el derecho castellano durante todo el periodo colonial<sup>4</sup>. Este derecho castellano, adaptado a las necesidades locales, aportaba soluciones concretas a los problemas que se presentaban en las Indias occidentales. A la luz de la legislación de la época, es posible encontrar todo un derecho de los bienes públicos que, si bien es de fuerte inspiración romana, presenta particularidades que permitirán dar un nuevo entendimiento al tratamiento que se le da al tema en nuestro Código Civil. Sin ánimo de realizar un estudio detallado de las distintas categorías de bienes públicos que existían en aquel derecho castellano, puesto que escapa el objeto del presente artículo<sup>5</sup>, una presentación somera de la tipología y el régimen jurídico de los bienes públicos tanto en el derecho romano como en el derecho español durante la colonia permitirá entender, desde un punto de vista histórico, la clasificación adoptada por el derecho positivo en Colombia.

Los juristas romanos concibieron distintos criterios para clasificar los bienes: desde el punto de vista del derecho aplicable, Gayo explica que los bienes pueden ser *humani iuris* o *divini iuris*<sup>6</sup>. Las cosas de derecho divino<sup>7</sup> son las *res religiosas*, las *res sacrae* y las *res sanctae*; las cosas de derecho humano<sup>8</sup>, las *res privatae* y las *res publicae*. Estas últimas engloban las *res publica in usue destinatae*<sup>9</sup> y las *res in patrimonio populi* o *in pecunio populi* o *in patrimonio fisci*; desde el punto de vista de las personas a quienes

<sup>4</sup> Cf. Para entender la influencia árabe en el derecho español, L. DE ESTRADA, *Manual de historia del derecho*, Madrid, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 21 ss.; el derecho canónico también tuvo una influencia importante en la construcción del derecho español en esta época. Esta influencia se presentaría de dos maneras, directa e indirecta, el derecho canónico era una fuente de inspiración para los reyes, a tal punto que muchas normas se calcaban de las disposiciones conciliares. A pesar de los esfuerzos reales, el derecho consuetudinario se mantuvo indemne frente al derecho canónico Cf., A. GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español, El origen y la evolución del Derecho*, T. I, Madrid, Rodríguez San Pedro, 1979, p. 59.

<sup>5</sup> Cf. J. PIMIENTO ECHEVERRI, *Les biens d'usage public en droit colombien*, tesis doctoral sustentada el 2 de mayo de 2011, París, 2011, pp. 51 ss.

<sup>6</sup> GAYO, II, 2.

<sup>7</sup> W. VEGTING, *Domaine public et "Res extra commercium", étude historique du droit romain, français et néerlandais*, Paris, Sirey, 1950, p. 4.

<sup>8</sup> Según GAYO, solamente dos bienes componen esta categoría: las *res publicae* y las *res privatae*. Según VEGTING, esta omisión se explica porque las cosas que luego se conocerían como *communes omnium*, no son cosas en estricto sentido (Op. cit., p. 6). Será MARCIANO quien, en D.1.8.2, incluiría las cosas comunes de la humanidad.

<sup>9</sup> N. KARADGE-ISKROW, *Les choses publiques en droit romain*, J. Peyronnet, 1928, p. 11.

pertenecen -es la posición de Marciano<sup>10</sup>- las cosas pueden ser *res nullius* –las cosas santas, sagradas y religiosas– *res universitatis*, *res communes omnium* –el aire, el agua corriente y el mar– o *res singulorum* ; desde el punto de vista del tráfico jurídico, según Justiniano, las cosas pueden encontrarse *in commercio* o *extracommercium*. Pero las categorías se solapan. En efecto, en lo que concierne a los bienes públicos, las *res publica in usue destinatae* y las *res communes omnium* son *res extracommercium*, mientras que las *res intra commercium* se componen de las *res in patrimonio populi* o las *res fisci*.

Para los efectos de este artículo, por la cercanía que tiene con las categorías reconocidas por el Código Civil, se tomará en cuenta la distinción de las *res publicae* en *res publica in usue destinatae* y *res in patrimonio fisci*. La diferencia entre una y otra categoría, en un principio fue fundamental. Las primeras pertenecían al pueblo romano, eran inalienables e imprescriptibles, sometidas al derecho público, mientras que las segundas pertenecían al fisco romano, al príncipe, para subvenir a las necesidades propias de la casa real y la administración de la ciudad, sometidas al derecho privado. Sin embargo, con el paso del tiempo, las fronteras entre ambas categorías se borraron, el fisco y el patrimonio del príncipe se confundieron, finalmente, este último se confundiría con el *aerarium publicum*, que englobaba las cosas públicas *in usue destinatae*.

El derecho español de los siglos XIV a XVIII retomó de cierta manera las distintas categorías del derecho romano, que pervivieron a pesar de las variadas influencias jurídicas a lo largo de siglos de colonización<sup>11</sup>. El sistema de los bienes públicos en este derecho se puede analizar a partir de dos niveles distintos: el nacional y el local.

Desde el punto de vista nacional, como ocurría en todos los países europeos en la época, se pueden encontrar dos grandes patrimonios: el patrimonio del rey y el patrimonio de la Corona. El primero era la propiedad del rey, se componía de bienes sobre los cuales él ostentaba un derecho de propiedad antes de su acceso al trono, y de bienes que recibiera por donaciones, herencias, o adquiriera de cualquier manera durante su reinado, dentro de estos bienes se encontraban también aquellos que retomara de los infieles, el rey podía disponer de estos bienes sin mayores límites; La construcción del régimen jurídico del patrimonio de la Corona obedece a la consolidación del Estado Nación, se trataba de unos bienes cuya permanencia garantizaba la salvaguarda misma del Estado. En un momento en que se confunde *imperium* y *dominium*<sup>12</sup>, la Corona era la expresión patrimonial de la soberanía, allí confluían todos aquellos bienes necesarios para un buen gobierno, hacen parte de ella algunos bienes de uso público, pero también la justicia, los oficios públicos, las ciudades, los castillos, entre otros. Basado en la idea de soberanía, el patrimonio de la Corona debía ser inalienable e imprescriptible, mientras

<sup>10</sup> D. 1.8.2. Cf. M SERNA VALLEJO, *Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico*, en J. GONZÁLEZ GARCÍA (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2005, p. 15.

<sup>11</sup> M SERNA VALLEJO, *Los bienes públicos...* *Op. cit.*, pp. 39-66.

<sup>12</sup> G. LEYTE, *Imperium et Dominium chez les glossateurs*, *Droits*, n.º 22, 1995.

que el patrimonio del rey, se encontraba sometido a las reglas del derecho privado. Esta distinción era, en todo caso, más formal que real, pues el rey contaba con amplios poderes de gestión del patrimonio de la Corona, en virtud de lo que se llamó la teoría del matrimonio santo y político<sup>13</sup>, y se le permitía concederlos o donarlos como pago de favores políticos o militares.

El paso entre uno y otro patrimonio no obedece a criterios estrictos de clasificación de los bienes según sus características, sino a la pertenencia de los mismos al momento de sucesión al trono, o de procedencia de los bienes<sup>14</sup>.

Al lado de estas dos grandes categorías, se encontraban los bienes baldíos, cuya denominación surge de la legislación musulmana<sup>15</sup>, en la que luego de la reconquista fue necesario dejar una porción de terreno sin mucho valor o utilidad para que los vencidos pudieran instalarse. A pesar de que la categoría habría de mantenerse luego del descubrimiento de América, su contenido se vería sustancialmente variado.

El derecho castellano fue construido principalmente a partir de la experiencia local. En efecto, son los *fueros* —cuerpos normativos basados en el derecho consuetudinario— los que permiten explicar la normatividad escogida por los compiladores de los siglos XIII y XIV. Así, desde el punto de vista municipal, existen dos grandes categorías de bienes: los bienes comunales de uso común y los bienes de propios<sup>16</sup>.

La distinción de ambas categorías obedecía al uso que se le diera a los bienes. En efecto, en las Partidas se reconoce que hay unos bienes que "[a]partadamente son del común de cada una cibdat ó villa las fuentes et las plazas do facen las ferias et los mercados, et los logares do se ayuntan á concejo, et los arenales que son en las riberas de los ríos, et los otros exidos, et las correderas do corren los caballos, et los montes et las debesas et todos los otros logares semejantes destos que son establecidos et otorgados para pro comunal de cada una cibdat, ó villa, ó castiello ó otro lugar; ca todo home que fuere bi morador puede usar de todas estas cosas sobredichas, et son comunales á todos, también a los pobres como á los ricos" (Partidas, III, XXVIII, 9), la ley se refiere a los bienes de uso común; más adelante se indica que "[c]ampos, viñas, et huertas, et olivares, et otras heredades, et ganados et siervos et otras cosas semejantes que dan fruto de sí ó renda, pueden haber las cibdades et las villas, et como quier que sean comunales á todos los moradores de la cibdat ó de la villa cuyas fueren, con todo eso non puede cada uno por sí apartadamente usar de tales cosas como estas. Mas los frutos, et las rendas que salieren dellas deben seer metidas en pro comunal de toda la cibdat ó villa cuyas fueren las cosas onde salen, asi como en labor de los muros, et de las puentes, et de las calzadas, ó en tenencia de los castiellos, ó

<sup>13</sup> E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen âge*, Gallimard, 1989.

<sup>14</sup> F. COS GAYON, *Historia jurídica del patrimonio real*, Madrid, 1881, p. 8.

<sup>15</sup> ESCRICHE, *Diccionario de jurisprudencia*, 2ª edición, t. 1, 1838.

<sup>16</sup> Cf. A. BERMÚDEZ AZNAR, *Los bienes de propios en el derecho indiano del siglo XVI*, en IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, T. II, Madrid, 1990, p. 405-421 y J. FORTEA PÉREZ, *La propiedad de las corporaciones urbanas*, en *Historia de la propiedad en España Siglos XV-XX*, Salamanca, Centro de Estudios Registrales, 1998, pp. 61-112.

en pagar los aportellados, ó en las otras cosas semejantes destas que pertenescen al pro comunal de toda la cibdat ó villa " (Partidas, III, XXVIII, 10).

La redacción del texto merece algunas observaciones. En primer lugar, la base del patrimonio municipal es la propiedad comunal, sin embargo, no se trata de una especie de propiedad colectiva de los miembros de la colectividad, sino de una propiedad institucionalizada por la solidificación del municipio como entidad política y jurídica, de esta manera, la propiedad comunal de la norma quiere decir propiedad municipal<sup>17</sup>; en segundo lugar, la distinción entre las diferentes categorías de bienes municipales obedece a la destinación que se le dé a los mismos, mientras que los bienes de uso común pueden ser utilizados por toda la colectividad –incluidos los extranjeros–, los bienes propios sirven para el funcionamiento del municipio, para el cubrimiento de las necesidades financieras del mismo<sup>18</sup>.

El contenido de las dos categorías es amplio y depende en gran medida de los casos concretos<sup>19</sup>. Por ello, bienes tan similares como las dehesas y los ejidos tienen regímenes jurídicos tan distintos. Los bienes de uso común son inalienables, en principio<sup>20</sup>, e imprescriptibles, mientras que los propios se prescriben al cabo de cuarenta años<sup>21</sup> y su venta está sometida a ciertas reglas de derecho público que tienen que ver con la protección del patrimonio municipal.

Este modelo fue replicado en América, y se aplicó hasta bien entrado el siglo XIX (hasta la promulgación del Código Civil para todo el territorio colombiano en 1887<sup>22</sup>), sin embargo fue utilizado como base para la construcción del derecho general de los bienes públicos.

<sup>17</sup> M. SERNA VALLEJO, *Los bienes públicos...* Op. cit., p. 19.

<sup>18</sup> A. BERMÚDEZ AZNAR, *Los bienes de propios...* Op. cit., p. 835 y A. NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, Ed. Revista de derecho privado, 1964, pp. 202 ss.

<sup>19</sup> La dificultad en la determinación de estas categorías no era una cuestión sin importancia. En efecto, "[e]l debate de fondo era prácticamente insoluble, ¿porque cuál era el criterio para determinar la naturaleza de los bienes de los concejos, el uso, o fin para que estaban destinados, o el dominio, en cambio dejando de lado la jurisdicción? Si se seguía el del uso o finalidad podían reducirse a dos categorías, los de uso común (entre los que podían incluirse los baldíos) y los de propios, pero si se fijaban en el dominio se incrementaban las especies, ya que también habría que incluir a los baldíos y a los vacantes. E incluso las cosas eran más complicadas, porque dentro de los bienes concejiles se atribuía distinta titularidad a los de uso común y a los que servían para renta, que no era pura retórica, como vamos a verificar de inmediato para la enajenación y prescripción. ¿Y qué papel jugaba el origen y adquisición de bienes a la hora de determinar dicha naturaleza? La tesis de la asignación regia, como producto de los primeros poblamientos, se nos antoja hacendera para los de uso y titularidad común, pero parece más discutible para los de propios, adquiridos en su mayoría por la vía de legados y contratos y, desde luego, no resolvía el problema", S. DE DIOS, *Doctrina jurídica castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades (1480-1640)*, en *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro interdisciplinar, Salamanca, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 52.

<sup>20</sup> Cf. S. DE DIOS, *Doctrina jurídica...* Op. cit., p. 58 ; L. SORIA SESÉ, *Bienes comunales en Navarra y las provincias vascas*, en *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro interdisciplinar, Salamanca, Centro de Estudios Registrales, 2002, pp. 115 ss.

<sup>21</sup> Partidas, III, XXIX, 7.

<sup>22</sup> F. MAYORGA, *Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Co-*



Así, después de la independencia es posible identificar, en nuestro país, tres grandes categorías de bienes: Unos bienes de uso público, unos bienes que no eran de uso público pero que le servían al Estado para su funcionamiento, y unos bienes, llamados baldíos por la legislación, que existían como una especie de reserva patrimonial del Estado para adjudicarlos, venderlos, o utilizarlos como instrumentos de financiación de obras públicas. Siendo este el panorama del derecho de los bienes públicos antes del Código Civil, se hace necesario analizar la visión del tema en la obra de Andrés Bello, para entender el alcance del artículo 674 y de las normas que lo desarrollan.

*b. La división de los bienes públicos en la obra de Andrés Bello*

La búsqueda de las fuentes del Código Civil en materia de bienes públicos no implica un simple análisis histórico de la clasificación existente al momento de la expedición de dicha norma, sino que debe pasar por un análisis de la doctrina que el redactor del Código construyó de manera previa a su redacción. De manera previa se debe resaltar que, en lo que a bienes públicos se refiere, la influencia del Código Civil francés es prácticamente inexistente.

Comencemos por la forma. En el Código francés, el dominio público se encuentra en el Capítulo III del Título II del Libro Primero, bajo el nombre de bienes en relación con quienes los poseen; por su parte, el Código Civil colombiano dedica el Título III del Libro III completamente a los bienes de la Unión –recordemos que al momento de la promulgación del texto, Colombia era un país federal–. Un análisis más profundo permite ver que a pesar de la diferencia en su conjunto, las normas parten del mismo principio. Mientras el Código francés establece un régimen fundado en el carácter no apropiable de estos bienes y los denomina de dominio público, el Código civil colombiano escogió la distinción entre los bienes de uso público y los bienes fiscales –categoría inexistente en el derecho francés– y someterlos a la propiedad de la persona pública.

En lo que tiene que ver con el contenido de las categorías, el Código francés es descriptivo, puesto que afirma en el 538 que los “camino, rutas y calles a cargo de la nación, las corrientes de agua y ríos navegables o flotables, las riberas y playas, los puertos, y radas” hacen parte del dominio público. En el 539 se dice que los bienes vacantes y sin dueño pertenecen a la nación, en el 540 se establece lo mismo para las puertas, muros, zanjas y murallas de las plazas de guerra y de las fortalezas. En el Código Civil colombiano, se habla de calles, plazas, puentes y caminos, en el artículo 674, de baldíos en el 675, de ríos y corrientes de agua en sus cauces naturales en el artículo 677, y de bienes vacantes y mostrencos en el artículo 707.

La posición de ANDRÉS BELLO en la materia se encuentra en algunos de sus textos jurídicos publicados entre 1830 y 1850. Dos de ellos son particularmente

*lombia, en 100 años del Código Civil de la Nación, v. 1, Bogotá, 1987.*

importantes: las *Instituciones de Derecho romano* (1843-1849) y sus *Principios de derecho internacional* (1832).

Primero, en lo que concierne al derecho ejercido sobre los bienes públicos, los textos son claros en considerar que la propiedad es uno de los principios inspiradores del Código Civil. En efecto, para ANDRÉS BELLO, en el derecho romano, las "[c]osas públicas son aquellas cuya propiedad es de un estado o nación particular, y el uso de todos los individuos de este estado o nación, a cuya clase pertenecen los ríos, puertos, plazas, caminos, etc. No deben confundirse con las cosas públicas las que forman el patrimonio del estado, v. Gr., los predios, oficinas y otros edificios destinados al servicio nacional"<sup>23</sup>, el mismo principio se aplicaba a las ciudades. El extracto recuerda inmediatamente la redacción del artículo 674 del Código Civil, se trata de un sistema basado en la existencia de dos tipos de bienes: unos cuya propiedad pertenece al Estado o a la Nación, pero cuyo uso pertenece a todos los ciudadanos, y otros destinados al servicio nacional que hacen parte del patrimonio de la persona pública. La distinción contiene entonces dos elementos: 1. La propiedad; 2. El uso que se le da a los bienes determina la ubicación en una u otra categoría.

Esta división se encontraba ya en los *Principios de derecho internacional*, en los que ANDRÉS BELLO separa dos conceptos: soberanía y propiedad. La soberanía, desde el punto de vista estatal, tendría principalmente dos facetas: la primera es un poder que se ejerce sobre los bienes públicos y privados, que le permite al Estado disponer de la propiedad con una finalidad de utilidad pública; la segunda es la existencia de un derecho de propiedad *semejante al de los particulares*<sup>24</sup>. Esta posición es aún más clara cuando el autor afirma que la soberanía se llama *dominium* cuando la persona dispone de las cosas, pero será *imperium* cuando los destinatarios de este poder son las personas. Esta visión se explica por la necesidad de distinguir dos conceptos que habían sido confundidos tradicionalmente, el de soberanía y el de propiedad<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> ANDRÉS BELLO, *Instituciones de Derecho romano*, Santiago de Chile, 1849, reimpresión, ANDRÉS BELLO, *Obras completas*, Caracas, 1954, p. 46. Se excluye, entonces, la posición de Ulpiano (D. 43, 12, 3), según la cual son cosas públicas aquellas que se destinan al uso de todos. Sobre este punto, J. GAUDEMET, *Dominium-imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne*, *Droits*, no. 22, 1995, p. 5, para quien, "las cosas son claras: *Publicus* no puede emplearse sino para el Pueblo romano, único que merece ser llamado con el nombre de *Populus*".

<sup>24</sup> A. BELLO, *Principios...* *Op. cit.*, p. 82. Se trataría entonces de un derecho de propiedad privada ejercido por el Estado como persona jurídica. En el mismo sentido, R. SALEILLES, para quien, "el Estado dispone sobre ellas [las cosas públicas] de un derecho de propiedad análogo al que le pertenece a los particulares sobre los bienes que hacen parte de su patrimonio. Se puede ser propietario y tener las manos atadas; propiedad e indisponibilidad son dos ideas perfectamente conciliables. Una cosa puede ser objeto de propiedad y, al mismo tiempo, encontrarse fuera del comercio", *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, Paris, Larose et Forcel, 1889, p. 12. Cf. También, W. VEGTING, *Domaine public...* *Op. cit.*, pp. 31 ss., el debate de los romanistas sobre este punto puede encontrarse en las páginas 13 a 35.

<sup>25</sup> Cf. *Revista Droits*, n.º 22, 1995; R. PIPES, *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, México, FCE, 2002; P. GROSSI, *La Propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 73 ss.

Pero la novedad de los postulados de Bello radica en el hecho de que se reconoce la propiedad sobre todos los bienes públicos. El Estado cuenta entonces con los dos lados de la moneda, la soberanía-*imperium* sobre todos los bienes que existen en el territorio, pero también la soberanía-*dominium* del propietario, sobre los bienes públicos. Ambos poderes coexistirían sobre un mismo bien, pero son distintos en cuanto a las prerrogativas que surgen de cada uno de ellos<sup>26</sup>.

Según Bello, los bienes públicos se dividen en dos categorías: "Los unos pertenecen a individuos o a comunidades particulares —como a ciudades, monasterios, gremios— y se llaman bienes particulares, los otros a la comunidad entera y se llaman públicos. Divídanse estos últimos bienes comunes de la nación, cuyo uso es indistintamente de todos los individuos de ella, como son las calles, plazas, ríos, lagos, canales; y bienes de la corona o de la república, los cuales, o están destinados a diferentes objetos de servicio público, verbigracia, las fortificaciones y arsenales, o pueden consistir, como los bienes particulares, en tierras, casas, haciendas, bosques, minas, que se administran por cuenta del estado, en muebles, en derechos y acciones"<sup>27</sup>. Esta es, como se puede ver, la fuente teórica de la distinción de bienes públicos en el Código Civil: una propiedad pública, dividida en dos categorías de bienes, los unos destinados al uso de todos los habitantes, los otros, que pueden estar destinados a un servicio público o no contar con una afectación específica.

Es de notar que la construcción de Bello no parte de la existencia de un régimen jurídico específico de las distintas categorías de bienes, es decir, la división se hace en cuanto al uso al que están destinados y no en cuanto al régimen jurídico que se les puede aplicar. Por demás, se debe recordar que, como romanista, Andrés Bello sabía que en el principado romano las *res fisci* eran imprescriptibles<sup>28</sup> y su venta estaba fuertemente limitada<sup>29</sup>. La referencia que se hace a los bienes de los privados tiene que ver con el tipo de bien del que se trata y no con el derecho que se predica; en ambos casos se está en presencia de la propiedad.

## 2. Fundamentos jurídicos de la división

El artículo 674 del Código Civil, lo hemos visto, establece una división de bienes públicos fundada en la titularidad del uso de los mismos. De esta manera, según dicho artículo, en derecho colombiano existirían unos bienes de uso público y

<sup>26</sup> Las fuentes de esta idea de una doble dimensión de la soberanía no deben buscarse solamente desde el punto de la persona pública, puesto que según la noción de propiedad corriente en la época, el propietario tenía un poder soberano sobre la cosa. Esta visión permitió la construcción de un derecho aparentemente absoluto, así en derecho romano nunca haya sido así (Cf. J.-F. SPITZ, *Imperium et Dominium chez locke*, Droits, no. 22, 1995, p. 31). Cf. Para entender la calificación de la propiedad como un derecho absoluto en su dimensión histórica, M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, pp. 93-149.

<sup>27</sup> A. BELLO, *Principios...* Op. cit., p. 50.

<sup>28</sup> Cf. PH. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 33 ss.; T. MOMMSEN, *Le droit public romain*, T. V, Paris, Thorin, 1896, p. 315; A. FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho público romano*, Madrid, Civitas, 1996; N. KARADGE-ISKROW, Op. cit., p. 9.

<sup>29</sup> A. BELLO, *Instituciones...* Op. cit., pp. 70-71.

unos bienes cuyo uso no pertenece *generalmente* a todos los habitantes, que serán llamados bienes fiscales. No se trata de categorías impermeables, puesto que la utilización del adverbio *generalmente* indica que en ocasiones los bienes fiscales pueden ponerse a disposición de los particulares, como es el caso de los bienes públicos utilizados para la realización de algunos servicios públicos.

Aparte de la *summa divisio* de los bienes públicos establecida en el artículo 674 y de la inclusión de algunas reglas concernientes a la distinción entre bienes públicos y privados, el Código Civil colombiano no consagra un régimen claro para los bienes públicos. Esta teoría le correspondió a alguna legislación posterior, y fue asumida de manera vigorosa por la jurisprudencia y la doctrina; se operó entonces una distinción entre los bienes públicos a partir de la propiedad (a) y de su régimen jurídico (b).

*a. En cuanto a la propiedad de los bienes públicos*

Para algunos autores y buena parte de la jurisprudencia –antes y después de la Constitución de 1991– existe una diferencia fundamental entre las distintas categorías de bienes públicos. Los bienes de uso público no pueden ser objeto de propiedad, sino de un derecho de dominio *sui generis*<sup>30</sup>, una especie de dominio eminente<sup>31</sup>, un derecho real institucional<sup>32</sup>. En efecto, tradicionalmente, para la Corte Suprema de Justicia, “[e]l destino común, esencial en los bienes de uso público, se opone a la movilidad jurídica característica de aquellos sobre los cuales recae el dominio, y es además, incompatible con la presencia de un derecho exclusivo, real, pleno y absoluto de su titular. Por ello se habla con más exactitud de una potestad administradora o supervigilante sobre ellos, en manos de las entidades de derecho público”<sup>33</sup>.

Mientras que para el caso de los bienes fiscales, las personas de derecho público son titulares de una propiedad *similar a la de los particulares*. Según la Corte Suprema de Justicia, el “Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común”<sup>34</sup>, porque se trata de bienes que constituyen “elementos positivos de un patrimonio, en este sentido idénticos a los que componen el patrimonio de los particulares, se rigen por el derecho común, están en el comercio”<sup>35</sup>, y por lo tanto “los entes de derecho público se comportan, en un todo, como lo haría un particular”<sup>36</sup>. El

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 27 de septiembre de 1940.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, T-566/92, C-536/97 y C-126/98; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, 15 de junio de 1962, Consejo de Estado, Sala Plena, 29 de octubre de 1996, rad. S-404, entre otras.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, T-572/94.

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de mayo de 1961.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 27 de septiembre de 1940.

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 31 de mayo de 1961.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria, 29 de Julio de 1999, rad. S-029.

Consejo de Estado utilizó este análisis en algunos de sus fallos, de esta manera: "Los bienes fiscales o patrimoniales pertenecen al Estado como una especie de propiedad pública", pero "como norma general se rigen por la legislación común"<sup>37</sup>, por ello, el "Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad"<sup>38</sup>, entonces las personas públicas "ejercen las atribuciones propias de los particulares"<sup>39</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional explica que los bienes fiscales "[s]on, en cierto sentido, bienes de propiedad privada de las entidades estatales"<sup>40</sup>.

Esta posición ha sido matizada por la jurisprudencia posterior, por ejemplo en la Sentencia T-566 de 1992 de la Corte Constitucional, sin embargo, se mantiene la visión según la cual el régimen de los bienes de uso público los aleja de la idea de propiedad; distinción fundamental con respecto a los bienes fiscales.

#### *b. En cuanto al régimen jurídico*

Esta división fundamental en cuanto al derecho que le correspondía sobre esos bienes a la persona de derecho público, tenía una consecuencia fundamental en lo que respecta al régimen jurídico de los mismos. En la primera construcción del Código Civil, sin embargo, es difícil distinguir un régimen jurídico claro de los bienes públicos.

Para los bienes fiscales, la regla parece ser la de su sumisión entera al derecho privado, al menos eso puede colegirse del articulado del Código Civil, a pesar de que en realidad, la legislación sectorial es mucho más prolija en el régimen jurídico de algunos de estos bienes<sup>41</sup>.

En el caso de los bienes de uso público, el Código Civil es mucho menos extenso que lo que la jurisprudencia o la doctrina han querido mostrar. Lo único que resulta claro del texto es que los bienes de uso público son imprescriptibles, en virtud de lo consagrado en el artículo 2519 de dicho estatuto.

La identificación de la regla de la inalienabilidad no es tan sencilla como parece, dada la calidad de estos bienes. El artículo 1866 indica que "[p]ueden venderse todas las cosas corporales, o incorporeales, cuya enajenación no esté prohibida por ley". Se impone entonces determinar cuáles son las cosas cuya venta se encuentra prohibida por la ley, sin embargo el Código Civil no aporta una respuesta satisfactoria a este cuestionamiento. El artículo 1521 se limita a afirmar que es nula la venta de cosas que se encuentren fuera del comercio, pero no existe una

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 29 de noviembre de 1995, rad. 745.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección 3, 16 de febrero de 2001, rad. 16596.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 30 de agosto de 2001, rad. 1341.

<sup>40</sup> Corte Constitucional, C-251/96.

<sup>41</sup> El Código Fiscal (ley 110 de 1912), que en realidad era una norma sobre patrimonios públicos y no solo sobre bienes fiscales, contiene normas de gestión importantes que los aleja de lo que se conoce como derecho común de bienes.

norma que indique que los bienes de uso público se encuentran fuera de éste. A esta situación se suma la prohibición general establecida en el artículo 37 de la Constitución de 1886, según la cual en el territorio colombiano no habría bienes inmuebles de carácter inalienable.

Existen argumentos, sin embargo, para asegurar que los bienes de uso público siempre fueron considerados como inalienables, en este sentido M. CLAVERO afirma que la inalienabilidad "se ha impuesto por su propio peso sin que muchos códigos la hayan formulado y sin que la mayoría de las veces se supiese de ella, mucho más, sino que no se podían enajenar los bienes de dominio público"<sup>42</sup>. Y esto, a pesar de que, en muchos casos, la legislación permitía la venta de bienes de uso público, como ferrocarriles, o de bienes baldíos. Este último caso es particularmente dicente, puesto que los bienes baldíos fueron declarados de uso público por la ley 88 de 1882, y su venta permitida por la misma ley. La declaración que se hizo en este caso buscaba evitar exclusivamente la prescripción de estos bienes y no su enajenación, como lo indica expresamente el artículo 1 de la norma; en el mismo sentido se hizo dicha calificación para los bienes ejidos<sup>43</sup>.

Esta primera clasificación vería borradas sus fronteras desde antes de la promulgación de la Constitución de 1991. En efecto, si seguimos la presentación, ya clásica, ofrecida por JOSÉ J. GÓMEZ, en Colombia habría dos grandes categorías de bienes públicos, los de uso público y los fiscales, y estos últimos se dividirían a su vez en bienes fiscales propiamente dichos y bienes fiscales adjudicables. La legislación es, en realidad, mucho más compleja. Más allá de que los bienes baldíos, llamados por la doctrina bienes fiscales adjudicables, fueron calificados como de uso público y que su destino no es exclusivamente la adjudicación, la realidad muestra que existe una dificultad grande para establecer el contenido de una y otra categoría<sup>44</sup>, además, que existen bienes fiscales cuyo régimen jurídico difiere sustancialmente del régimen tradicional de la propiedad privada. La Constitución de 1991 no haría sino solidificar esa complejidad, que trasciende la simple distinción binaria, estableciendo diversos regímenes jurídicos para distintos bienes públicos.

## II. LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DE LA DIVISIÓN BINARIA DE LOS BIENES PÚBLICOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La presentación histórica permitió explicar el origen y los fundamentos de la división realizada por el legislador en el artículo 674 del Código Civil. Esta división, que puede ser calificada de demasiado simplista, no resistió los embates de las diferentes necesidades de la gestión de los bienes públicos desde que fue positivizada. Es posible, entonces, afirmar que la tradicional división binaria de los

<sup>42</sup> M. CLAVERO, *La inalienabilidad del dominio público*, RAP, n.º 25, enero-abril, 1958, p. 12.

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de julio de 1987.

<sup>44</sup> Cf. J. PIMIENTO ECHEVERRI, *Teoría de los bienes de uso público*, Universidad Externado de Colombia, 2010.

bienes públicos en derecho colombiano debe ser revisada a la luz de su evolución, particularmente a partir de la promulgación de la Constitución de 1991.

Esta evolución permite hablar de la unificación del régimen jurídico aplicable a todos los bienes públicos que, aunado a la complejidad en la construcción de este régimen jurídico según los distintos tipos de bienes, permite presentar algunos elementos para la construcción de una tipología de los bienes públicos en derecho colombiano (2).

La consolidación del régimen jurídico de los bienes públicos ha tenido como eje central lo que en otra ocasión hemos llamado el tríptico de protección –inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad–; la jurisprudencia y la doctrina han utilizado la existencia de este régimen jurídico como elemento distintivo de los bienes de uso público y los bienes fiscales. En este sentido, los primeros, al encontrarse sometidos a dicho régimen jurídico, estarían excluidos de los privilegios que otorga la propiedad, por lo tanto se encontrarían por fuera del comercio, mientras que los segundos, al no encontrarse sometidos a él, serían objeto de una propiedad *similar* a la de los particulares y se encontrarían dentro del comercio jurídico. Esta presentación no se compadece con la realidad del derecho colombiano, ni en sus fundamentos ni en las consecuencias a las que se pretende llegar. Existe en derecho colombiano un régimen jurídico de base aplicable a todos los bienes públicos (1).

### 1. Una base común: la propiedad pública

El derecho positivo colombiano reconoce la existencia de la propiedad pública de todos los bienes públicos, tanto de los calificados como de uso público como de los llamados bienes fiscales. Esta premisa, que debe ser probada, tiene como consecuencia la obligatoria definición del alcance de dicho derecho así como la determinación de un régimen jurídico aplicable a dicha propiedad.

Los bienes públicos son objeto de propiedad, un derecho que es, en esencia, el mismo que ejercen los particulares sobre sus bienes –esto es la relación jurídica más intensa que une a un sujeto de derecho con una cosa jurídicamente apropiable, protegida por el ordenamiento jurídico<sup>45</sup>–, pero que difiere en cuanto a sus fundamentos constitucionales y a sus finalidades (c). Para probar esta afirmación se debe realizar un análisis en dos tiempos. En un primer momento se deberá establecer que dicha propiedad pública se aplica a los bienes de uso público (a), y en el segundo momento se deberá establecer que la propiedad de los bienes fiscales no es *similar* a la de los particulares en cuanto a su ejercicio y a su régimen jurídico (b).

<sup>45</sup> “Sobre esto el historiador no puede más que estar de acuerdo; para él ‘propiedad’ debe ser solamente un artificio verbal para marcar la relación histórica que un ordenamiento da al problema del vínculo jurídico más intenso entre un sujeto y un bien” (las negritas son nuestras), *La propiedad...* Op. cit., p. 22.

a. *Los bienes de uso público pueden ser objeto de propiedad*

Este es quizá el elemento que más dificultad ha generado en la doctrina y en la jurisprudencia. Existen numerosas posiciones contradictorias sobre este punto, contradicciones éstas que se mantienen aún vigentes<sup>46</sup>. Se trata de un razonamiento en dos tiempos claramente definidos; por un lado, se excluye la propiedad, y por el otro, se intenta explicar la relación de las personas de derecho público con respecto a estos bienes.

i. *La negación de la propiedad*. La mayoría de estas posiciones se sustentan en una triple negación del derecho de propiedad: en primer lugar, se considera que los bienes de uso público no pueden tener una dimensión económica, patrimonial, no serían, en este sentido, cosas jurídicamente apropiables, con lo que el derecho de propiedad se excluiría; en segundo lugar, el régimen jurídico de los bienes de uso público —son inalienables, inembargables e imprescriptibles— los excluye del comercio jurídico, exclusión ésta que implicaría a su vez la imposibilidad de aplicar la propiedad a estos bienes; y en tercer lugar, el hecho de que se trate de bienes cuyo uso pertenece a la colectividad, impide analizarlos desde el punto de vista de la exclusividad, elemento esencial del derecho de propiedad.

Los distintos argumentos que buscan excluir la propiedad de los bienes de uso público se basan en un concepto de propiedad demasiado tradicional que no se compadece con las evoluciones que dicho derecho ha sufrido desde hace más de setenta años tanto en derecho colombiano como extranjero<sup>47</sup>.

Los bienes de uso público tienen una dimensión patrimonial que no puede ser negada en la actualidad, las playas, las vías, los estadios, los puertos y aeropuertos, las plazas, etc. son bienes que se pueden cuantificar en dinero; las ocupaciones privativas generan réditos a favor del erario público, su construcción, manteni-

<sup>46</sup> Sobre este punto es muy dicente la dificultad que tienen algunos autores colombianos para explicar esta relación jurídica. Así, según L. VELÁSQUEZ JARAMILLO, el "Estado ejerce la propiedad sobre esos bienes con base en el dominio eminente que tiene sobre el territorio nacional. Tal propiedad es distinta de la particular, en razón de que los atributos [*utendi, fruendi, abutendi*] no se presentan en la propiedad pública. Existe un derecho de guarda, tuición o supervigilancia. Cuando se afirma que el Estado ejerce la propiedad sobre tales bienes, no se refiere el término como si fuera un derecho real. El Estado ejerce sobre ellos una reglamentación de uso, a diferencia de los bienes fiscales que sí hacen parte del dominio patrimonial del Estado", *Bienes*, 11ª edición, Medellín, Comlibros, 2008, p. 66-67. Se tendría entonces que la propiedad de los bienes públicos no es una propiedad sino un derecho político; en el mismo sentido se pronuncian A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, en el tomo III de su *Derecho Civil*, 11ª edición, Bogotá, Temis, 2007, p. 45. La Corte Constitucional en jurisprudencia reciente, Sentencia T-566/92, perpetuó la confusión al establecer la existencia de una propiedad pública, distinta de la propiedad estatal, fundada en todo en la idea de afectación al interés general aplicable tanto a bienes públicos como privados.

<sup>47</sup> Cf. H. SANTAELLA QUINTERO, *El régimen constitucional de la propiedad privada en Colombia*, tesis doctoral, Madrid, 2010.



miento y gestión tiene una dimensión económica clara; se trata entonces de cosas jurídicamente apropiables, patrimonialmente cuantificables.

Por otro lado, el régimen jurídico de estos bienes no excluye la propiedad sino que se basa en ella. En efecto, la inalienabilidad tiene sentido en la medida en que opera como una prohibición dirigida al propietario de un bien determinado que le impide realizar una transferencia de su titularidad; es porque ese derecho existe que se prohíbe la venta de estos bienes, y lo mismo puede predicarse de la imprescriptibilidad<sup>48</sup>.

De la misma manera, existen bienes privados sobre los que no se cuestiona el derecho de propiedad que se encuentran sometidos al tríplico de protección. Piénsese solamente en los bienes privados que se encuentran dentro del Sistema Nacional de Parques Naturales, inalienables, inembargables e imprescriptibles por disposición del artículo 63 de la Constitución Política y por la ley 2 de 1959<sup>49</sup>, o en el patrimonio de familia, que no puede embargarse.

Se ha puesto de presente, además, la contradicción entre el uso público y la exclusividad del propietario. Sobre este punto, que ha sido el más utilizado tradicionalmente por la doctrina para negar la propiedad de estos bienes, se deben de poner de presente dos argumentos: en primer lugar, en el estado actual de nuestro derecho, existen bienes privados de uso público como una expresión de la función social de la propiedad consagrada en el artículo 58 constitucional, reconocidos como tales desde el artículo 676 del Código Civil, en segundo lugar, el derecho de propiedad permite que por virtud de la ley o por disposición del propietario —es el caso de la afectación administrativa— determinados bienes sean usados por el público en general; de la misma manera, el uso público en nada excluye la exclusividad del derecho de propiedad, que opera al nivel de la relación jurídica y no de la utilización del bien, bástenos pensar aquí en la noción de nuda propiedad. Es forzoso concluir, entonces, que no existen argumentos de orden civilista que permitan excluir el derecho de propiedad del marco de los bienes de uso público<sup>50</sup>.

Finalmente, un argumento de derecho positivo, el artículo 674 indica expresamente que son bienes públicos "aquellos cuyo dominio pertenece a la República", y en el artículo 669, el legislador ya había indicado que la expresión dominio

<sup>48</sup> Sobre este punto, ver la magistral demostración de M. HAURIUO a favor de la existencia de la propiedad sobre los bienes de uso público en *Précis de droit administratif et de droit public*, 12.ª edición, Paris, Sirey, 1933, reimpresión Dalloz, 2002, p. 789 en el pie de página.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, C-189/06.

<sup>50</sup> Esto no excluye, por supuesto, otro tipo de teorías que permitirían negar la propiedad de determinados bienes, como la del espacio interior no dominical, forjado por S. RODOTA, en virtud de la cual el ordenamiento jurídico puede válidamente excluir determinados bienes de una relación de apropiación cuando quiera que tal disposición sea un objetivo avalado por la Constitución. Lo que se quiere probar es que el derecho de propiedad y los bienes de uso público no son categorías jurídicas mutuamente excluyentes. Cf. J. GONZÁLEZ GARCÍA, *La titularidad de los bienes del dominio público*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

es sinónimo de propiedad, por lo tanto, para el Código Civil, los bienes de uso público son objeto de un derecho de propiedad.

ii. *La explicación de la relación jurídica.* La segunda etapa del razonamiento ha sido la de buscar una institución que explique la relación de las personas de derecho público con respecto a los bienes de uso público. En la mayoría de los casos se ha considerado que esta relación no obedece a la lógica del derecho real sino a la de soberanía: el titular de este conjunto de potestades o de deberes sería el público, la Administración no es más que un administrador de estos bienes.

En otro trabajo nos hemos ocupado de desarrollar de manera más extensa las distintas definiciones que ha adoptado esta posición doctrinal; pues bien, el elemento común a todas ellas es que se intenta explicar la institución a partir de la noción de soberanía<sup>51</sup>. Este acercamiento resulta, a todas luces, errado.

En efecto, la soberanía es un concepto más político que jurídico, cuya aplicación real se explica en la relación que tiene el Estado a nivel internacional; internamente, la soberanía adquiere las características del poder público. La relación de las personas de derecho público con sus bienes de uso público no puede verse en términos de soberanía, sino en términos de titularidad, es una relación jurídica que liga a un sujeto de derecho con un objeto jurídicamente apropiable. Por otro lado, si la relación fuera de soberanía, no se podría afirmar que las entidades territoriales pudieran ser titulares de bienes de uso público —piénsese que la categoría de bienes de uso público está compuesta de bienes de distinta naturaleza que va desde las vías, plazas, los puentes, hasta los museos, las instalaciones deportivas, los ejidos—. Lo que podría ser válido para algunos de estos bienes para otros no lo será. La propiedad de los bienes de uso público permite explicar también que los constructores que realizan cesiones obligatorias deban titular estos bienes a nombre del municipio y no de la Nación.

Estas teorías que niegan la propiedad indican, por lo general, que el titular de estos bienes es el pueblo o la Nación —en un sentido político—, en ambos casos se trata ya sea de una confusión entre el titular del uso y el titular de la propiedad, o entre el titular del bien y el titular de la soberanía. Confusión que A. Bello, hace 150 años, ya había querido solucionar, y que claramente no tiene cabida en nuestro derecho moderno, en el que propiedad y soberanía son dos conceptos claramente separados.

Si el derecho de propiedad no es incompatible con los bienes de uso público, y si además se debe excluir la noción de soberanía en sentido político de dicha relación, se puede afirmar que existe la propiedad pública de dichos bienes, derecho adjetivado por la naturaleza de su titular. Esta propiedad se predica también de los bienes fiscales.

<sup>51</sup> J. PIMIENTO ECHEVERRI, *Les biens d'usage public...* Op. cit., pp. 171 ss.

### b. La propiedad pública de los bienes fiscales<sup>52</sup>

La jurisprudencia y la doctrina en su gran mayoría consideran que sobre los bienes fiscales se ejerce un derecho de propiedad *similar* al de los particulares sobre sus bienes. Si bien es cierto que la naturaleza de la relación es la misma, su fundamento constitucional y su ejercicio son sustancialmente distintos. En razón a su titular, la propiedad pública es distinta de la propiedad privada; los fines que persigue son distintos.

En efecto, toda propiedad pública debe propender directa o indirectamente por la realización de los fines del Estado (art. 2 C.P.), su ejercicio no solamente se encuentra sometido al principio de legalidad, sino que todo acto de gestión debe ajustarse al cumplimiento de los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.). Esta propiedad, que existe de manera previa a la afectación, es finalista, es un medio para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley le han impuesto a las personas de derecho público, cualquiera que sea su naturaleza (Nación, personas jurídicas especiales de derecho público de cualquier orden, entidades territoriales, etc.), la afectación convertirá esta propiedad en funcional, es decir, ligada directamente a una finalidad específica de interés general (uso público, interés ambiental y/o cultural, promoción del desarrollo económico, entre otros)<sup>53</sup>.

Quiere esto decir que la propiedad pública es finalista por la naturaleza de su propietario (las personas de derecho público), y será funcional, en la medida en que sobre un bien particular haya operado una afectación concreta que lo ligue a una actividad determinada que se encuentre a cargo del Estado.

### c. El régimen jurídico de la propiedad pública

La propiedad pública como noción jurídica, cuenta con un régimen jurídico que le da su sustantividad con respecto a las diferentes subcategorías de bienes públicos. Este régimen está compuesto por una garantía que le otorga el ordenamiento jurídico al patrimonio de las personas públicas en general y de unas reglas especiales de gestión.

Toda propiedad pública es imprescriptible. Esta garantía opera tanto sobre los bienes de uso público como sobre el resto de propiedades públicas, así lo indica el artículo 407 del Código de Procedimiento civil en sus numerales 2 y 3. Esta norma fue objeto de dos demandas distintas de inconstitucionalidad, una en vigencia de la Constitución de 1886 y otra bajo la Constitución de 1991, en

<sup>52</sup> Utilizamos aquí la expresión bien fiscal por su utilización común en el derecho positivo y en la doctrina, a pesar de que probaremos que su adecuación a la realidad debe ser puesta en duda.

<sup>53</sup> Para un desarrollo más completo sobre la noción de propiedad pública en derecho colombiano ver J. PIMIENTO ECHEVERRI, *Les biens d'usage public...* Op. cit., pp. 188 ss.

ambos casos los cargos fueron desestimados teniendo en cuenta los mismos argumentos. En sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 16 de noviembre de 1978 se afirmó que “ambas clases de bienes estatales forman parte del mismo patrimonio y solo tienen algunas diferencias de régimen legal, en razón del distinto modo de utilización. Pero, a la postre, por ser bienes de la hacienda pública tienen un régimen de derecho público, aunque tengan modos especiales de administración” y concluye, “[n]o se ve, por eso por qué están unos amparados con el privilegio estatal de la imprescriptibilidad y los otros no, siendo unos mismos su dueño e igual su destinación final, que es el del servicio de los habitantes del país. Su afectación, así no sea inmediata sino potencial al servicio público, debe excluirlos de la acción de pertenencia, para hacer prevalecer el interés público o social sobre el particular”. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-530/96, declaró dicho artículo acorde con la Constitución de 1991.

La imprescriptibilidad general de los bienes públicos obedece entonces a una lógica de protección del patrimonio público y no de algunos bienes según la destinación que tengan. Es un atributo de la persona pública y no del bien que, para el caso concreto, constituye, en cualquiera de sus formas, un simple medio para la realización de los fines del Estado.

El régimen jurídico de la propiedad pública se ve completado por una serie de normas de gestión del patrimonio público. Los principios constitucionales que inspiran este régimen se encuentran en el artículo 209 de la Constitución, según el cual la función administrativa se debe realizar en concordancia con la “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”. No se trata de una simple declaración de intención, estos principios tienen unas expresiones normativas concretas.

De esta manera, la ley 80 de 1993 es el instrumento de obligatoria utilización para la gestión contractual de los bienes públicos –a menos que la misma norma lo excluya–, los actos administrativos que tengan por objeto un bien público deberán cumplir con los estándares de publicidad, igualdad e imparcialidad, la venta de activos inmobiliarios (recientemente regulada por los decretos 4444 y 4637 de 2008 y 3297 de 2009) debe seguir un procedimiento público buscando las mejores condiciones financieras, los ciudadanos cuentan con las acciones populares para proteger el patrimonio público y la moralidad administrativa, cuyo contenido se encuentra determinado, a su vez, por estos principios del artículo 209 constitucional.

En este punto se puede definir la propiedad pública como *el derecho que tienen las personas jurídicas de derecho público de gozar y disponer de sus bienes –de uso público o fiscales según la distinción tradicional– en el marco de los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” atendiendo las finalidades del interés general* (arts. 2 y 209 C.P.). Las personas de derecho público disponen, con respecto a sus bienes, de todas las prerrogativas del propietario, limitadas o amplificadas, según la destinación que se haya establecido para el bien en cuestión.

## 2. La complejidad en la construcción del derecho de los bienes públicos

La división binaria de los bienes públicos en el derecho colombiano parte de una concepción clásica de los mismos, cuyas fuentes jurídicas y teóricas encuentran sus raíces en el derecho romano y en el derecho indiano. Esta visión fue perpetuada por la influencia de las construcciones jurídicas europeas –bien conocidas por los jueces y los autores– según la cual existen dos grandes categorías de bienes públicos: los de dominio público y los de dominio privado. Un análisis profundo de estas instituciones escapa los objetivos de este artículo, bástenos recordar, que el dominio público se perfila como un régimen jurídico aplicable a una categoría de bienes públicos en virtud de su afectación o destinación al uso público, a un servicio público (en la medida en que haya sido objeto de adecuaciones indispensables para la prestación de dicho servicio) o a la riqueza nacional (para el derecho español)<sup>54</sup>. Mientras que el dominio privado se caracteriza por la falta de una destinación específica al interés general, su construcción se hace desde un punto de vista residual, según la cual, salvo disposición legislativa, todos los bienes que no hagan parte del dominio público estarán sometidos al régimen del dominio privado.

La cercanía de esta división europea con la distinción colombiana entre bienes de uso público y fiscales, permitió utilizar aquella como marco teórico de referencia para la construcción jurisprudencial y doctrinal de su régimen jurídico, a pesar de las diferencias fundamentales entre unas y otras categorías. En efecto, el régimen del dominio público se basa en la idea de afectación, mientras que la del Código Civil tiene en cuenta exclusivamente el uso; el dominio público incluye la distinción entre bienes de uso público y servicio público, mientras que el Código civil sólo integra la primera como fundamento de un régimen jurídico, los bienes destinados a un servicio público serían bienes fiscales; además, el dominio público es un régimen jurídico, mientras que el Código Civil habla de bienes no de regímenes, la categoría es, en apariencia, unívoca.

Justamente el rompimiento de la distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales se debe al reconocimiento de afectaciones al interés general distintas del

<sup>54</sup> Para un análisis integral sobre el dominio público en Europa: Y. GAUDEMET. *Droit administratif des biens*, LGDJ, 13ª edición, 2008; J. MORAND-DEVILLER. *Cours de droit administratif des biens*, 5ª edición, Paris, Montchrestien, 2007; M. WALINE. *Précis de droit administratif*, T. 2, París, Montchrestien, 1970; J.-M. AUBY et al. *Droit administratif des biens*, 5ª edición, Paris, Dalloz, 2008, pp. 99 ss. En el derecho español, Cf. R. PARADA, *Derecho administrativo. Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, T. III, 11ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2007; J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Notas sobre el régimen general del dominio público*, en J. GONZÁLEZ GARCÍA (DIR.), *Derecho de los bienes públicos...* Op. cit.; M. SÁNCHEZ MORÓN (DIR.), *Los bienes públicos*, Madrid, Tecnos, 1997; C. HORGUE BAENA, *Régimen de utilización de los bienes de dominio público*, en C. HORGUE BAENA (DIR.), *Régimen patrimonial de las Administraciones públicas*, Iustel, 2007. Recientemente el tema ha sido objeto de regulación legislativa, en derecho francés, la Ordenanza 2006-460 del 11 de abril de 2006, Código general de la propiedad de las personas públicas; y en derecho español, la ley 33/2003, BOE 264, p. 38924 a 18967.

tradicional uso público (a), afectaciones que se encuentran tanto en la Constitución como en las leyes, que permiten poner de presente las inconsistencias en la división tradicional de los bienes públicos en el derecho colombiano (b).

*a. Bienes públicos y afectación en el derecho colombiano*

La presentación tradicional, dualista, de los bienes públicos en el derecho colombiano se funda en la idea según la cual el único fundamento de la existencia de un régimen jurídico especial para dichos bienes es el uso público, de manera más exacta, que el uso pertenezca de manera general a los ciudadanos. En otro trabajo nos ocupamos de las especificidades y dificultades de determinar a ciencia cierta en qué casos el uso puede ser calificado de esta manera<sup>55</sup>. El derecho positivo es, en realidad, mucho más complejo, puesto que reconoce la existencia de diversos regímenes jurídicos según el interés que el ordenamiento jurídico desee proteger, un inventario de los distintos regímenes de protección permitirá sentar las bases para un mejor entendimiento del derecho colombiano de los bienes públicos.

i. *Antes de la promulgación de la Constitución de 1991*, el ordenamiento jurídico ya había reconocido la especificidad de algunos bienes y les había otorgado un régimen jurídico especial. Este reconocimiento legislativo se hizo en dos tiempos: en algunos casos se declararon ciertos bienes públicos como de uso público sin que cumplieran en realidad con las características para ser catalogados como tales, en un segundo momento, se establecieron reglas generales para categorías enteras de bienes públicos basados en la idea de afectación, mediante la utilización de la inembargabilidad como instrumento de protección.

Así, la ley declaró los bienes baldíos y los bienes ejidos como de uso público, buscando garantizar su imprescriptibilidad para evitar las posibles usurpaciones por parte de los particulares. En este sentido, la calificación como *bienes de uso público* de tales bienes sirve como medio para protegerlos así no cumplieran con las condiciones que tradicionalmente se han requerido para dicha calificación. Lo interesante del sistema es que en ambos casos se consagra la imprescriptibilidad, pero se permite su enajenación ya sea mediante la adjudicación –para los baldíos– o bien mediante la construcción de vivienda de interés social en los llamados barrios obreros, para los ejidos. De la misma manera, las plazas de mercado fueron declaradas bienes de uso público mediante decreto 929 de 1943, aun cuando resultara difícil esta identificación<sup>56</sup>. El caso de la ley 2 de 1959 es particularmente interesante puesto que la declaratoria de un bien como integrante

<sup>55</sup> J. PIMIENTO ECHEVERRI, *Les biens d'usage public...* Op. cit., pp. 109 ss.

<sup>56</sup> Cf. Corte Suprema de Justicia, Negocios Civiles, 11 de abril de 1905; Corte Constitucional, T-238/93; y, Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, 30 de agosto de 2001, rad. 1341.

del Sistema Nacional de Parques Naturales, lo convierte en inalienable, trátase de un bien público o privado.

El tratamiento legislativo de algunos bienes públicos se vio reforzado con el desarrollo que el Código de Procedimiento Civil –CPC– le daría a la imprescriptibilidad y a la inembargabilidad. Sobre la imprescriptibilidad ya se hicieron algunas reflexiones; pasemos a la inembargabilidad. El Código de Procedimiento Civil establece un régimen complejo de inembargabilidad de los bienes públicos, en algunos casos atendiendo a la naturaleza de la persona pública, y en otros, a la afectación.

En efecto, el CPC establece el principio general de no ejecutabilidad de la Nación, esto quiere decir que los bienes que pertenezcan a la persona jurídica Nación, no podrán ser embargados. Esta prohibición tiene un límite temporal, puesto que en virtud del artículo 331 CPC se le da a los funcionarios públicos un plazo de dieciocho meses para incluir el pago de las deudas actuales y exigibles que se tengan contra la Nación. Por su parte, el artículo 684 del CPC, establece que no podrán ser embargados los bienes de uso público o los bienes destinados a un servicio público prestado por una entidad territorial, las entidades públicas del nivel territorial o sus concesionarios, en cuyo caso se podrá embargar hasta un 30% del producto de dicho servicio. Estas disposiciones prueban que el ordenamiento jurídico colombiano, consagra una protección especial del patrimonio público o de ciertos bienes públicos en virtud de afectaciones distintas a la del uso público.

De esta manera, a la luz del CPC y de la legislación previa a la Constitución de 1991, el régimen general de los bienes públicos puede presentarse de la siguiente manera: 1. La propiedad pública es imprescriptible; 2. Los bienes de uso público –nacionales o locales– son inalienables e inembargables; 3. En lo que concierne a la inembargabilidad del resto de bienes públicos el régimen funciona según dos niveles: 3.1. A nivel nacional los bienes públicos son inembargables y, 3.2. En el nivel local, serán inembargables los bienes destinados a la prestación de un servicio público.

Por ello, la afirmación según la cual la división de bienes públicos en bienes de uso público y bienes fiscales traería una distinción fundamental en su régimen jurídico, es solo parcialmente cierta, puesto que los bienes fiscales también cuentan con un régimen de protección en virtud de su titular o del interés general que ellos permiten cumplir. Las fronteras, supuestamente impermeables, de ambas categorías se borrarían aún más por la inclusión de unos bienes públicos o de afectaciones al interés general directamente en el texto constitucional.

*ii. Los cambios aportados por la Constitución Política de 1991.* La Constitución de 1991 implica un cambio fundamental en el entendimiento de los bienes públicos en derecho colombiano desde varios puntos de vista. En algunos casos se hará mediante la consagración de algunos bienes públicos, en otros mediante la protección de algunas afectaciones al interés general.

En primer lugar, el artículo 63 de la Constitución eleva a rango constitucional el régimen jurídico de los bienes de uso público, pero va más allá al aplicar el tríptico de protección a otros bienes, públicos y privados, y al establecer una habilitación general al legislador para aplicar dicho régimen a otro tipo de bienes, según las necesidades del interés general; es posible entonces afirmar que dicho artículo establece el género bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables, dentro de los cuales los bienes de uso público son una especie entre otros. En el artículo 60 se consagra la propiedad accionaria del Estado, la cual adquiere una dimensión especial al momento de su enajenación, puesto que servirá de instrumento de promoción de acceso a la propiedad privada de los trabajadores; en el artículo 72 se indica que el "patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles"; el artículo 75 clasifica el espectro electromagnético como "un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado"; el artículo 332 establece la propiedad pública del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.

La Constitución protege también algunas afectaciones al interés general. Así, en el artículo 63 se protegen tanto las afectaciones ambientales al Sistema Nacional de Parques Naturales, como las propiedades colectivas indígenas y afrocolombianas por su relación directa con el multiculturalismo del Estado colombiano; el artículo 72 protege la afectación al interés cultural, de propiedades públicas y privadas; por su parte, el artículo 82, protege la afectación al espacio público urbano como mecanismo de garantizar el crecimiento organizado e incluyente de las ciudades. Cada una de estas afectaciones ha sido desarrollada por el legislador de manera profusa sobre propiedades públicas y privadas, en este último caso utilizando como fundamento la función social de la propiedad.

Varias conclusiones se derivan de la presentación que hemos hecho del derecho positivo colombiano: 1. El uso público no es el único fundamento de un régimen de protección de algunos bienes públicos y privados; 2. El derecho colombiano reconoce la existencia de distintos objetos de protección –bienes y afectaciones– de igual importancia que el uso público y les da un régimen jurídico específico; 3. Aparte del artículo 674 del Código Civil, es difícil encontrar en la legislación alguna referencia a los bienes fiscales como categoría sometida a un régimen jurídico uniforme. Estas conclusiones obligan a una revisión de la división de los bienes públicos en derecho colombiano.

*b. Inconsistencias de la división tradicional de los bienes públicos: hacia una tipología de los bienes públicos en el derecho colombiano*

A la luz del ordenamiento jurídico colombiano en materia de bienes públicos una observación parece imponerse: mientras que existe una constante normativa de protección de los bienes de uso público, la evolución del derecho de los bienes



públicos ha hecho perder la sustantividad de la categoría de bienes fiscales, lo que implica el rompimiento de la división dualista realizada por el Código Civil.

En efecto, en el estado actual del derecho positivo colombiano es imposible dotar a los bienes fiscales de un régimen jurídico uniforme, dado que dicha categoría sería tan amplia que englobaría distintas series de bienes que no tienen un régimen común que permita caracterizarlos como tales. Esto quiere decir que los bienes de uso público —como categoría jurídica— no se oponen a los bienes fiscales, sino a diversas categorías de bienes públicos cuyo régimen jurídico depende de la libertad de configuración del legislador. El sistema se construye, entonces, a partir del reconocimiento de diversos fundamentos jurídicos de protección de los bienes públicos de igual importancia en el ordenamiento jurídico.

La deconstrucción de la presentación dual de los bienes públicos no es un tema novedoso en el derecho administrativo extranjero o nacional. L. DUGUIT había visto, desde la segunda década del siglo XX, una escala de dominialidad en el derecho francés<sup>57</sup>; algunos autores colombianos, inspirados por la obra del maestro de Burdeos, construyeron también clasificaciones teóricas que permitían relativizar la rigidez de una división binaria<sup>58</sup>. La presentación del derecho de los bienes públicos en términos de escala no es adaptable al derecho colombiano, en el que al lado del uso público existen otras afectaciones de igual importancia protegidas por el ordenamiento jurídico colombiano.

A pesar de que estas teorías no tuvieron acogida, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, apuntaron bien al diagnóstico de la situación. La diversidad de bienes que pueden pertenecer a la administración y de intereses que ellos buscan cumplir impide acudir a la simplicidad de una presentación binaria. No pretendemos en este artículo caer en la creación de categorías superficiales, sino entender la realidad del derecho de los bienes públicos que parte de la libertad de configuración del legislador.

Es por ello que el derecho positivo colombiano nos lleva a considerar la existencia de un sistema en capas que permita construir un régimen jurídico, no a partir de categorías genéricas, sino de las diferentes afectaciones que pueden recaer sobre los bienes públicos. Esto quiere decir que la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad funcionan como instrumentos de protección de los que dispone el legislador para proteger determinados bienes públicos o privados en la medida en que recaiga sobre ellos un interés general que amerite dicha protección. Corolario de esta posición es que de manera general, las afectaciones son de múltiples tipos y pueden aplicarse simultáneamente sobre un mismo bien. De esta manera, un río, por ejemplo, además de ser un bien de uso público, tiene una clara connotación ambiental que merece una protección especial realizada

<sup>57</sup> L. DUGUIT, *Traité...* Op. cit., pp. 349 y ss.

<sup>58</sup> A. COPETE LIZARRALDE, *Lecciones de derecho constitucional*, 3a edición, Bogotá, Lerner, 1960, y *La propiedad de los bienes del Estado*, Universitas, n.º 9, nov. 1955, pp. 243-247. Ver también, H. GUTIÉRREZ MUÑOZ en su artículo *El dominio público* en la revista Universitas, n.º 22, 1962.

por autoridades administrativas especiales. Una casa en el centro histórico de la ciudad de Cartagena, puede ser catalogada como bien de interés cultural y hacer parte del espacio público, en los términos del artículo 5 de la ley 9 de 1989.

Teóricamente, en lo que tiene que ver con las propiedades públicas, el primer paso será establecer la titularidad pública, paso éste que determina la imprescriptibilidad y la inembargabilidad de determinados bienes; luego, la naturaleza del bien (segundo paso) y sus afectaciones (tercer paso), que darán como resultado la aplicación del régimen jurídico que el legislador haya creado para protegerlas, régimen que puede incluir la inalienabilidad o ciertos límites a la gestión de dichos bienes.

Así, no existen, en el derecho colombiano, dos categorías contrapuestas, los bienes de uso público y los bienes fiscales, sino diferentes bienes públicos afectados a finalidades de interés general de igual importancia, cuyo régimen jurídico se determina por el nivel de limitación que el legislador quiera dar al ejercicio del derecho de propiedad. La modulación más fuerte es la que califica el bien como inalienable, inembargable e imprescriptible, pero este régimen jurídico no es exclusivo de los bienes de uso público como lo indica textualmente el artículo 63 de la Constitución.

De esta manera, es necesario analizar los bienes públicos desde la complejidad de la realidad de su regulación por el ordenamiento jurídico, y sobrepasar finalmente, la división binaria rígida impuesta por el artículo 674 del Código Civil. Esta rigidez ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a buscar distinciones fundamentales que no se encuentran en la legislación. Por su parte, el reconocimiento de la propiedad pública como régimen común a las distintas categorías de bienes públicos, permitirá explotarlas social y económicamente en cumplimiento de los mandatos constitucionales. De la misma manera, el realismo de una clasificación que distinga entre propiedad y afectación, se constituye en una herramienta útil para el operador jurídico en la gestión de los patrimonios públicos. No se trata de romper con las categorías que mucho han servido para el entendimiento del derecho de los bienes públicos, sino reconocer la importancia que otros bienes y afectaciones distintas al uso público han adoptado en nuestros días, y darles la dimensión teórica que se merecen a la luz del derecho positivo.