

Por:
Julián Andrés Pimiento Echeverri*

LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DE LOS BIENES PÚBLICOS EN COLOMBIA. DIFICULTADES, INCOHERENCIAS Y PERSPECTIVAS

Resumen

La protección de los bienes públicos obedece a obligaciones que se derivan directamente de la Constitución Política. Se requiere ante todo un diagnóstico de la situación actual en la materia y el reconocimiento de los instrumentos de gestión que existen; pero, ante todo, resulta imperativo aportar elementos para la construcción de un andamiaje normativo de los bienes públicos que responda a la necesidad de gestión adecuada impuesta por la Constitución Política.

Palabras clave: Propiedad pública, propiedad privada, afectación al interés general, jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, jurisdicción ordinaria, acciones en lo contencioso administrativo, confianza legítima.

Abstract

The protection —judicial or administrative— of public assets is a Constitutional imperative. In order to fulfill that mandate, it is necessary to draw a proper diagnose of the tools public administrations have to protect those assets, specially we must establish the adequate way to use those tools to maximize their public use; however, as a consequence of that diagnosis the entire regulation of public properties should be updated, so it responds to the constitutional imperative.

Keywords: Public domaine, public property, public property available for public use, public resources, administrative jurisdiction, collective rights, collective actions, legitimate expectations.

Sumario

1. El régimen de los bienes públicos en el derecho colombiano. 1.1. Propiedad pública e intereses generales. 1.2. La ruptura del modelo dualista. Un régimen complejo. 2. La protección de los bienes públicos. Un imperativo constitucional. 2.1. Los instrumentos. 2.1.1. La protección administrativa de los bienes

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Público por la Universidad París II, Panthéon-Assas. Magister en Derecho Público Interno y titular de un DSU en Derecho Administrativo de la Universidad París II, Panthéon-Assas. Docente investigador de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: pimiento.julian@gmail.com.

públicos 2.1.2. *La protección judicial. A. Las acciones tradicionales. Las garantías procesales de defensa de los bienes públicos en lo contencioso administrativo. B. Las llamadas acciones constitucionales: un escenario privilegiado de protección. C. La protección de los bienes públicos en la jurisdicción ordinaria.* 2.2. *Nuevas perspectivas. En defensa de una enfoque ampliado de la protección de los bienes públicos.* 2.2.1. *La unificación de la protección administrativa.* 2.2.2. *La necesaria modernización de los mecanismos de protección de los bienes públicos.* 2.2.3. *La protección mediante una gestión adecuada.* 3. *Conclusión.* 4. *Bibliografía.*

El régimen de los bienes públicos en el derecho colombiano es tributario de una doble influencia, por una parte, toma sus raíces de los profundos debates del derecho francés y del derecho colonial español,¹ embebidos por la evolución dispar de unas categorías que no se adaptan al estricto enfoque dualista que se quiso incorporar en la legislación, por la otra, es producto de constantes transformaciones que tocan tanto a la propiedad, en cuanto derecho subjetivo —como es el caso de la función social—, en la medida en que son la expresión de la evolución incesante del interés general, como al modelo de Estado, en el sentido que ellas determinan el tipo, modelo y composición del patrimonio público. La extremadamente variada composición del patrimonio público de manera simultánea perfila la actividad del Estado y responde a ella.²

No se requiere mayor demostración para aceptar que los bienes públicos constituyen uno de los medios privilegiados de la actividad administrativa,³ resulta evidente que para cumplir los cometidos y las funciones del Estado se requieren bienes —en todas sus categorías y clasificaciones—, cuya adecuada conservación y gestión es un imperativo de la buena gestión administrativa.⁴ En efecto, solo para aportar algunos ejemplos, sin una adecuada provisión de infraestructura de transporte resultaría imposible generar

1 Para estos puntos *in extenso* ver Pimiento E., Julián (2015). *Derecho Administrativo de bienes*. Bogotá: U. Externado.

2 En las esclarecedoras palabras de Libardo Rodríguez, “[p]ara desarrollar las funciones que la sociedad les ha encomendado, las entidades públicas, como cualquier persona natural o jurídica, requieren elementos que se traducen en la existencia de un patrimonio” Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo. General y colombiano*. 19ª ed. Bogotá: Temis, p. 310.

3 Cf., por todos, Gaudemet, Yves (2008). *Droit administratif des biens*. 13ª ed. París: LGDJ; López Ramón, Fernando (2012). *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Madrid: Thomson-Civitas, Madrid; González García, Julio (dir.) (2005). *Derecho de los bienes públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch; Pimiento Echeverri, Julián (2015). *Derecho Administrativo de bienes*. Bogotá: U. Externado. Para entender el sistema de los bienes públicos en América Latina, ver los interesantes trabajos publicados en López Ramón, Fernando y Vignolo Cueva, Orlando (coord.) (2015). *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima: RIBP-CDA. También, Jiménez Murillo, Roberto (2010). *Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales*. Lima: Arial.

4 Tal y como lo impone el artículo 209 constitucional, a cuyo tenor:
Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

desarrollo económico⁵ para poder ejercer la más elemental libertad de circulación⁶ se necesitan vías adecuadas, tampoco se puede negar que la prestación de los servicios públicos requiere de un conjunto de bienes destinados a cumplir esa finalidad.

En este sentido, la caracterización de la morfología de la Administración Pública se debe ver reflejada en un modelo concreto de bienes públicos que involucre un sistema coherente de identificación, categorización, protección, gestión y valorización; por ejemplo, la intervención activa y directa del Estado en la economía requiere de un determinado tipo de bienes públicos ligados a actividades empresariales,⁷ por otra parte, la venta de esos activos indica la adopción de un modelo estatal más proclive al libre juego del mercado. Esta pluralidad de enfoques resulta evidente en el caso colombiano, pues distintas circunstancias derivadas de un determinado modelo de intervención estatal en la economía, de unas necesidades muy concretas de la población o de los problemas de orden público terminan por fijar un conjunto de bienes públicos, variopinto, pero, en todo caso, muy particular; el Estado colombiano, aparte de los tradicionales bienes de uso público, oficinas nacionales y otros bienes fiscales, es propietario de diversas empresas que venden un tipo de bebida alcohólica, cuyos ingresos generan recursos para salud y educación, así mismo, el Estado colombiano⁸ por medio de la dación en pago destinadas a cubrir obligaciones fiscales se ha convertido en propietario de numerosos bienes que no parecen cumplir directamente una finalidad de interés general —apartamentos, vehículos, acciones en sociedades, etc.—, también es propietario de numerosos bienes cuyo dominio se ha extinguido por el narcotráfico que, como flagelo nacional, ha afectado la economía como un todo y que ha llevado a la propiedad pública de vehículos de lujo, bienes inmuebles de diversos usos, hoteles, joyas y hasta participación en equipos de fútbol.⁹ Todo ello

5 Pimiento Echeverri., Julián (2016). “Los bienes públicos para la paz: la propiedad pública como un instrumento para lograr los cometidos del Estado social del derecho”. En Montaña, A. y Ospina, Andrés. (ed.), *La Constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*. U. Externado. T. II, pp. 603 a 632.

6 Cf. Gaudemet, Yves (1998). “Libertés Publiques et domaine public”. En *Mélanges Jacques Robert*. París: Montchrestien.

7 Ver, por ejemplo, las interesantes reflexiones que se han producido al respecto en el derecho francés en los últimos años: Mamontoff, Catherine (2003). *Domaine public et entreprises privées. La domania-lité publique mise en péril par le marché*. París: L'Harmattan.

8 Sobre el concepto de buena administración pública contenida en el artículo 209, ver MONTAÑA, A., “El principio de buen funcionamiento de la administración pública y su carácter vinculante en la revisión judicial de actividades administrativas”, en MONTAÑA, A. y OSPINA Andrés, (Ed.), *La Constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*, T. II, p. 357 a 393.

Nos referimos de manera indiferente a todas las entidades públicas, a pesar de que en el sistema colombiano la personalidad jurídica ha sido atribuida a la Nación, a las entidades territoriales – departamentos y municipios– y a las llamadas entidades descentralizadas; sin embargo, a pesar de que no les haya sido reconocida la personalidad jurídica, todas las entidades públicas según su acto de creación tienen algún grado de autonomía patrimonial, que se refleja en cierta libertad para gestionar los bienes que les han sido entregados.

9 Cf. PIMIENTO E., Julián, *Derecho Administrativo de bienes*, U. Externado, Bogotá, 2015; y RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, *El régimen de los bienes incautados. Una aproximación desde el derecho administrativo*, U. del Rosario, Bogotá, 2007.

incide en el tipo de Administración Pública que se tiene y pone de relieve la dificultad de crear un modelo unívoco de gestión de estos bienes, sin embargo la clarificación de las categorías, el reconocimiento de las particularidades de cada una de ellas y la necesidad de sistematizar las respuestas constituyen el cumplimiento de un imperativo constitucional derivado de los artículos 1, 2, 63, 82, 88, 209 y 333 de la Constitución Política de 1991, que imponen un modelo concreto de Estado en el marco del Estado Social de Derecho.¹⁰

Ante el silencio del legislador, que ha fallado en la expedición de una ley general, resulta necesario analizar uno de los elementos del régimen jurídico, quizás el más importante, porque busca garantizar la intangibilidad del patrimonio público: el sistema jurídico de protección de la propiedad pública, en su doble arista administrativa y judicial.

Ahora, el derecho nacional no ha cumplido —ni quiere hacerlo— ese mandato constitucional de una manera adecuada, las normas son en su mayoría anacrónicas y son numerosos los casos en los que prima el interés particular sobre el interés general en la protección de estos bienes. Sin embargo, el patrimonio público, como categoría, puede ser catalogado de diversas maneras puesto que es objeto de protección, es un derecho colectivo, y por tal razón desde la perspectiva constitucional se requiere construir un régimen de protección adecuado que garantice su valorización, en el sentido que le ha dado Yves GAUDEMET: “La valorización de un bien público 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”.¹¹

Así pues, corresponde establecer si el sistema colombiano de protección de los bienes públicos cumple los parámetros constitucionales derivados, principalmente, del imperativo de *buena administración pública* derivado del artículo 209 constitucional en los términos expuestos. Para resolver el problema planteado, se reitera si existe un sistema inadecuado de protección del patrimonio público y de sus afectaciones en el derecho colombiano, a partir de un método inductivo se analizará como primera medida sus notas características a partir del diseño constitucional (I), para luego analizar de manera concreta las condiciones en que se desarrolla la protección judicial administrativa a la luz de esos imperativos superiores (II), así como vectores de cambio que se deben implementar para su buen funcionamiento.

10 Sobre el Estado Social de Derecho en Colombia y sus consecuencias para el modelo de actividad administrativa, cf. RINCÓN C., Jorge Iván, *Las generaciones de derechos fundamentales y la actividad de la Administración Pública*, 2ª ed., U. Externado, Bogotá, 2004, p. 85 y ss., y MONTAÑA, Alberto; *Fundamentos de Derecho Administrativo*, U. Externado, Bogotá, 2010.

11 Gaudemet, Yves (2004). “Le rapport de l’Institut de la gestion déléguée”. En Les Petites Affiches 147.

1. EL RÉGIMEN DE LOS BIENES PÚBLICOS EN EL DERECHO COLOMBIANO

El sistema colombiano de los bienes públicos resalta lo que seguramente es una constante universal, que las categorías y la composición de los bienes públicos es un reflejo del modelo de Estado que se haya adoptado en un país determinado y del tipo de actividad administrativa que se desarrolle. Bajo esta lógica, aun cuando el análisis de las diferentes categorías de bienes públicos sea un ejercicio muy *nacional*,¹² no por ello resulta menos interesante verificar los puntos de encuentro y de separación frente a otros sistemas jurídicos a partir de las notas características que le son propias dentro del ordenamiento jurídico colombiano y las obligaciones que se derivan de su tratamiento constitucional.

Por tal razón, en este punto se analizará la manera en que la realidad de los bienes públicos en el derecho colombiano rompió el dualismo tradicionalmente utilizado en la materia y la manera en que ello juega frente a la consolidación de un régimen jurídico complejo (1), así como el reconocimiento de la propiedad pública, que aunque tímido es una constante normativa, así como su relación con los distintos intereses generales (2).

1.1. Propiedad pública e intereses generales

Se podría decir que el antiguo debate acerca de la propiedad del dominio público ha sido y es el aspecto más controversial de la materia, pues genera un sinnúmero de discusiones al respecto que se mantienen en la actualidad.¹³ El derecho colombiano no ha sido ajeno a esa realidad, puesto que a pesar de una particular claridad normativa sobre ello, a la jurisprudencia le ha costado trabajo reconocer la propiedad como elemento característico que une a las personas públicas con su patrimonio; sin embargo, para entender de una manera integral el régimen jurídico de la propiedad se requiere el análisis de las afectaciones al interés general, que perfilan su ejercicio y dirigen su explotación a fines concretos de interés general. En efecto, tal y como lo afirmó Julio González García para el derecho español, pero cuyas conclusiones son aplicables en Colombia: “[I]o que se constata al estudiar las leyes reguladoras de los sectores demaniales es que no constituyen propiamente ‘leyes de bienes’, sino, por el contrario, leyes de la actividad administrativa en determinados ámbitos, con una

12 Afirmación que se evidencia de manera indudable a partir de la lectura de López Ramón, Fernando y Vignolo Cueva, Orlando (coord.) (2015). *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima: RIBP-CDA.

13 En la mitad del siglo pasado André de Laubadère, afirmaba: “Lo hemos observado en repetidas ocasiones, la teoría del dominio público tiene el don de excitar la mente de los juristas [...] parece ser, en todo caso, teniendo en cuenta el número de investigadores atraídos por ella, que existe en el fondo de esta materia un poder de seducción y una facultad de renovación inagotables”. De Laubadère, André (1950). “Domanialité publique, propriété administrative et affectation”. En RDP, p. 5.

peculiaridad: de trata de una intervención tan intensa que precisa la separación del bien del tráfico jurídico, esto es, incluirlo en el dominio público”.¹⁴

Es así como el sistema colombiano reconoce la existencia de la propiedad pública y su aplicación a todas las categorías de bienes públicos, no solo a las tradicionalmente consideradas como patrimonio privado del Estado (los bienes fiscales, en Colombia, los bienes patrimoniales en España, o el dominio privado, en Francia),¹⁵ sino que también a los bienes de uso público (el equivalente del dominio público en los países que han acogido ese régimen).

La consolidación de la propiedad pública se encuentra claramente establecida desde la disposición normativa de referencia en la materia, el artículo 674 del Código Civil (CC), establece que “se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República”, frase que debe entenderse en concordancia con la sinonimia que la propia codificación en el artículo 669 entre las palabras *dominio* y *propiedad*, pero que encuentra su particularidad en las relaciones con el cumplimiento de los principios de la función administrativa; en consecuencia, la propiedad pública se puede definir 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 CP).¹⁶

Así pues, de manera concreta, en diversas ocasiones el ordenamiento jurídico nacional ha reconocido la propiedad pública de los bienes de uso público, tradicional, pero solo teóricamente excluidos de ese concepto, como se evidencia a partir de las razones que siguen: a. cuando establece que los bienes y rentas de las entidades territoriales tendrán frente a la Nación los mismos beneficios y garantías que la propiedad privada (art. 362 CP); b. cuando reconoce que la sentencia o el acto administrativo que ordene la expropiación de un bien para un motivo de utilidad pública (la creación de bienes de uso público) debe inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria para que el bien entre en el patrimonio de la entidad expropiante; c. cuando se prohíbe —en la práctica— que entidades públicas inviertan en bienes de uso público que no se encuentran en su patrimonio; d. por si lo anterior fuera poco, desde el punto de vista contable el ordenamiento jurídico integra dentro del patrimonio de

14 González García, Julio (1998). *La titularidad del dominio público*. Marcial Pons, p. 124.

15 Pimiento Echeverri, 2015: 261 y ss.

16 El reconocimiento de la propiedad pública no es ajeno a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, desde 2012, sin duda alguna se afirmó: “El ordenamiento jurídico colombiano consagra la propiedad de los bienes de uso público. El titular de dicho derecho real está constituido por la persona jurídica de la Nación, para los bienes de uso público nacionales, mientras que para los demás bienes de uso público serán, en principio, las entidades territoriales en cuya jurisdicción se encuentren” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 18 de julio de 2012, Exp. 24780 y Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de octubre de 2013, Exp. CIL-744).

cada entidad pública los bienes de uso público que tiene a su disposición, es decir, que son de su propiedad.

En cuanto relación jurídica, no se distingue en lo absoluto de su homóloga privada, desde que se entiende que la propiedad, en todas sus formas en el derecho colombiano, se encuentra sometida al cumplimiento directo o indirecto de finalidades de interés general, según la cláusula de función social y ecológica de la propiedad.¹⁷ Su régimen jurídico se encuentra integrado por las normas que rigen propiamente la actividad administrativa en asuntos contractuales (el Estatuto de Contratación Estatal y los principios que lo inspiran) o administrativos como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; asimismo se rige por las normas que establecen mecanismos de protección del patrimonio público como las reglas atinentes a la responsabilidad civil, penal, fiscal y disciplinaria en el manejo de los bienes públicos y el privilegio de la imprescriptibilidad que se encuentra contenido en el artículo 375.4 del Código General del Proceso (CGP),¹⁸ para la generalidad de los bienes públicos. Es decir, que sean de uso público o fiscales, todos los bienes públicos se encuentran sometidos a esas mismas reglas que pretenden garantizar la protección e intangibilidad del patrimonio público. Ahora bien, el régimen de la propiedad pública es solo el primer eslabón en la determinación del régimen jurídico, pues como hemos señalado en otra ocasión:

"Al cabo de esta primera etapa, corresponderá establecer las características del bien, ¿se trata de un bien mueble, inmueble, corporal o incorporeal? ¿o se trata del espectro electromagnético, el subsuelo, el mar o los ríos, o una plaza pública? la determinación de estas características permite poner un

17 Aun cuando se pueda afirmar que tales funciones solo pueden predicarse de la propiedad privada, en los términos del artículo 58 constitucional, tal y como lo ha afirmado Santaella, Héctor (2010). *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*. (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Madrid y "Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana". En *Revista de Derecho Privado* 21. U. Externado, pp. 233-253. Cf., también, para una visión general del asunto en el derecho peruano: AA. VV., *Derecho Administrativo y propiedad*. En *Revista de Derecho Administrativo* 14. Lima: Thomson-Reuters.

18 "A cuyo tenor:
Artículo 375. Declaración de pertenencia.
En las demandas sobre declaración de pertenencia de bienes privados, salvo norma especial, se aplicarán las siguientes reglas:
[...]
4. La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público.
El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación".

segundo velo en la determinación del régimen jurídico del bien, según las reglas especiales que el ordenamiento jurídico haya establecido para cada tipo de bien.

La tercera etapa es la de las afectaciones que gravan el bien. En efecto, sobre cada bien público o privado se han instaurado diferentes tipos de afectaciones. En este sentido, un edificio público puede estar destinado a un servicio público, pero además puede tener un interés sectorial particular (defensa nacional o medio ambiente, por ejemplo), y además hacer parte del espacio público de la ciudad. Esto quiere decir que no es suficiente con establecer las reglas de gestión del servicio público, sino que además se requiere conocer las reglas de gestión de los bienes de interés cultural (Ley 397 de 1997), y las del espacio público (Ley 9 de 1989 y las disposiciones particulares que al respecto hayan promulgado las autoridades locales). Lo mismo se puede afirmar de las calles y caminos (afectaciones al uso público, al servicio público y al espacio público) o de las playas (afectaciones al uso público, ambiental, de interés cultural, al servicio público de transporte marítimo). Régimen que surgirá del análisis de cada categoría de bienes individualmente considerada.

Si el régimen jurídico de base es la propiedad pública (imprescriptibilidad y reglas públicas de gestión), las demás 'capas' que se adicionan y que se aplican a los bienes públicos y privados, son la consecuencia tanto de las características del bien como de las finalidades que el ordenamiento jurídico decidió cumplir por intermedio suyo".¹⁹

Considerar, en la actualidad, que los bienes públicos pueden caer en dos categorías simples y unívocas es producto más del deseo que de la realidad de la gestión administrativa. Nuestra visión en la materia busca ser más apegada a la pluralidad de intereses generales que se le han encomendado a las Administraciones Públicas, se acerca la teoría de la *escala de la demanialidad* diseñada por J. M. Auby²⁰ a mitad del siglo pasado, con base en la interpretación del sistema francés que realizó L. Duguit²¹ a principios del siglo; desde esta perspectiva, existen tantas afectaciones —destinos a los que se someten los bienes— cuantas expresiones haya del interés general, de allí que el hecho de que un río sea calificado como bien de uso público, no excluye que existan

19 Pimiento Echeverri, 2015: 270.

20 El autor concluye: "Parece que el régimen demanial comprende una diversidad extrema regulada por un principio general. Las diversas reglas que hacen parte de ese régimen se aplican o no, a los bienes del dominio público en la medida en que el interés público ordene al legislador o a la jurisprudencia hacer o no un llamado a ellas. El régimen de demanialidad pública no constituye un bloque, sus elementos se aplican distributivamente según las necesidades. Como la distinción del dominio público y del dominio privado, el régimen de la demanialidad pública se caracteriza esencialmente por su relatividad" (Auby, Jean-Marie (1963). "Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public". En *Mélanges offerts à Marcel Laborde-Lacoste*. París: Éditions Bière, p. 28).

21 Duguit, Leon (1923). *Traité de Droit Constitutionnel*. 2a ed. París: Fontemoing. T. III, p. 356.

diversas afectaciones de tipo ambiental que, en la medida en que se van sumando, completan su régimen jurídico, como ocurre si se califica el bien de recurso natural o, aún, de patrimonio cultural inmobiliario.

1.2. *La ruptura del modelo dualista. Un régimen complejo*

Si se quisiera entender la complejidad del sistema colombiano habría que empezar por la Colonia, sin embargo para los efectos de este artículo se tomará como punto de partida el Código Civil, que constituye hasta el momento la regulación que se sigue utilizando como base para explicarla. El artículo 674 del Código Civil colombiano divide en dos las categorías de bienes públicos, en efecto:

Artículo 674. Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

"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".

En la lógica de la codificación civil, que entró en vigor en 1887 como Código Civil de todo el territorio nacional, el patrimonio público se compone necesaria y exhaustivamente de dos categorías: los bienes de uso público y los bienes fiscales. Sin precisar su contenido, el codificador escogió como categoría central de todo el sistema a los bienes de uso público y, a imagen y semejanza de los ordenamientos jurídicos europeos, la de los fiscales sería una categoría residual. Así, todos los bienes que no fueran de uso de público, debían calificarse como bienes fiscales.

La doctrina tradicional, en su mayoría civilista, intentó encontrar una distinción fundamental en ambas categorías echando mano de la cuestionable teoría de la doble personalidad del Estado. Mientras que en el caso de los bienes de uso público, no existiría propiedad de las personas de derecho público sino un *dominio eminente*, un *derecho real institucional*, una expresión de la soberanía *enfocado hacia la administración del bien*, un *derecho de guarda y superintendencia*,²² los bienes fiscales constituirían una especie de propiedad privada de la Administración. En el primer caso, los bienes se encuentran sometidos a un régimen de derecho administrativo, exorbitante al derecho

22 En otro lugar hemos demostrado lo incoherente de una explicación teórica que parta de estas categorías y no de la propiedad pública, Pimiento Echeverri, 2015: 340 y ss.

común —inalienable, inembargable e imprescriptible—, en el segundo se aplicarían las reglas del derecho privado.²³

Esa dualidad primigenia no pasó de ser un esfuerzo teórico desprovisto de toda aplicación práctica,²⁴ pues a partir de diversas normas especiales el régimen de protección de los bienes de uso público se banalizó, mediante su aplicación a algunos bienes de otras categorías. Rápidamente quedó claro que no era la categoría jurídica la que traía un régimen aplicable, sino que sería este el que la identificaría. Bajo esta lógica, se consideró que muchos bienes, solo por encontrarse sometidos al tríptico de protección (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), debían gozar de la calificación de bienes de uso público; lo cierto, sin embargo, es que este acercamiento trajo consigo muchas dificultades interpretativas en la gestión de los bienes públicos y ha llevado a que se complique la creación de una verdadera visión sistemática del régimen jurídico y de sus particularidades, lo que requiere a nuestros ojos, la creación de un cuerpo normativo que solucione de manera más adecuada y coherente los problemas de las categorías de protección de bienes públicos, pero que otorgue mecanismos claros de gestión.

Así lo entendió el Consejo de Estado que reconoció las diferencias y similitudes entre ambas categorías, que al respecto consideró:

"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

23 Confusión reinante en la jurisprudencia hasta hace poco, como se puede ver en Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 27 de septiembre de 1940; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 31 de mayo de 1961; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria, 29 de julio de 1999, rad. S-029. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 29 de noviembre de 1995, rad. 745; Consejo de Estado, Sección 3, 16 de febrero de 2001, rad. 16596; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 30 de agosto de 2001, rad. 1341; Corte Constitucional, C-251/96.

Una expresión paradigmática de esa confusión se encuentra en una sentencia del Consejo de Estado de 2013, en la que se afirmó: "Por su parte, los bienes fiscales son aquellos respecto de los cuales el Estado detenta el derecho de dominio como si se tratase de un bien de propiedad particular; son bienes que están dentro del comercio y que son destinados, generalmente, al funcionamiento del ente público al cual pertenecen o a la prestación de un servicio. Cabe decir que cuando sobre esa materia se hace referencia a la noción de Estado se alude a los bienes que poseen tanto la Nación, como los departamentos, los municipios, los distritos y las entidades descentralizadas de aquellos." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, exp. AP-051).

24 En efecto, "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." Pimiento Echeverri, Julián (2011). "Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil". En *Revista de Derecho Privado* 21. U. Externado, p. 231.

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 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”.²⁵

Es evidente que aunque comparten muchos elementos, las diferencias son sustanciales, dichas diferencias y similitudes deben reflejarse también en el modelo de protección que diseñe el ordenamiento jurídico, como se pasará a ver en el acápite siguiente.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS. UN IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Se ha demostrado que la protección de los bienes públicos resulta de un imperativo constitucional, amparado en los artículos 63, 82 y 332 del texto superior, también se ha explicado que en el derecho colombiano, el sistema en el que se enmarcan los bienes de propiedad pública no se caracteriza por su coherencia interna y simplicidad, sino que es complejo por regulación asistemática que ha marcado su desarrollo. Estas dos ideas inspiran también un régimen de protección que puede calificarse de anacrónico frente a dicho imperativo superior, bajo esta óptica se analizarán en un

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, Exp. 31612, C.P. Hernán Andrade Rincón, que acogió la postura que hemos venido defendiendo desde 2010. Cf. Pimiento Echeverri, Julián (2010). *Teoría de los bienes de uso público*. U. Externado y, más recientemente, Pimiento Echeverri, Julián y Santaella, Héctor (2015). “Estado actual del ‘dominio público’ en el derecho colombiano”. En López Ramón, Fernando y Vignolo Cueva, Orlando (coord.), *El dominio público en Europa y América Latina*. En RIBP-CDA. Lima, pp. 332 y 333.

primer momento los instrumentos de protección, para luego centrarnos en un conjunto de propuestas que permitirán actualizar dichos mecanismos a las necesidades del servicio público en la actualidad.

2.1. *Los instrumentos*

La existencia de unos mecanismos adecuados de protección de los bienes públicos es, como lo hemos demostrado, un imperativo de carácter constitucional; dicho mandato se encuentra amplia, pero inadecuadamente, desarrollado en el ordenamiento jurídico nacional. Se impone analizar, entonces, con mayor detenimiento la caja de herramientas con la que disponen las entidades públicas para garantizar la protección del patrimonio público —en especial el inmobiliario—, con la esperanza de que una mirada a este modelo permitirá comprender sus desventajas, pero también sus fortalezas.

De manera tradicional, se distinguen las diferentes modalidades de protección de la propiedad o de los derechos derivados de ella respecto de bienes inmuebles. Se consideró de antaño que existían dos escenarios posibles: el judicial que buscaba garantizar la protección de una situación jurídica o de un derecho, aunque no necesariamente el de propiedad, piénsese en las acciones posesorias; y el policivo, ante una autoridad administrativa, cuya finalidad no consiste en discutir acerca de la existencia de un derecho o proteger su adecuado ejercicio, sino garantizar el mantenimiento de determinada situación fáctica, esos procesos adoptan, en Colombia, el nombre de *procesos policivos*, cuya naturaleza puede ser jurisdiccional o administrativa según una interpretación clásica de esos dispositivos.

Así pues, si de lo que se trata es de esbozar el paisaje de los instrumentos de protección se requiere, en un primer momento analizar la llamada protección policiva, para distinguirla de la protección jurisdiccional.

2.1.1. *La protección administrativa de los bienes públicos*

No corresponde en este momento realizar un estudio profundo de las particularidades del proceso policivo en el sistema jurídico colombiano.²⁶ Bástenos afirmar que se trata de un mecanismo principal, que se surte ante autoridades administrativas, pero que goza, ordinariamente de naturaleza jurisdiccional, cuya principal finalidad es la de proteger el *statu quo* de quien instaura la querrela. Además existen otros mecanismos de similar utilidad, pero de carácter estrictamente administrativo, cuya finalidad

26 Un interesante análisis de la cuestión se encuentra en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. 28158 y Corte Constitucional, C-241/10.

es consiste en garantizar la protección de los bienes de uso público, la figura tiene un nombre bastante evocador: la restitución de bienes de uso público.²⁷

En punto a esta modalidad de protección, son dos los aspectos sobre los que vale la pena centrar la atención: la supuesta dualidad de los mecanismos de protección y la dificultad para adecuar dichos mecanismos a las normas constitucionales.

En lo que concierne a la dualidad de los mecanismos de protección. Se tiene que el ordenamiento jurídico colombiano parece haberse construido en torno a dos mecanismos que conviven sin tocarse para la protección de la propiedad inmobiliaria. Como se indicó, por una parte, se encuentra la protección del *statu quo* —lanzamiento por ocupación de hecho, restitución de inmueble arrendado, amparo del domicilio— y por la otra, la protección de los bienes de uso público, mediante el trámite de restitución de bienes de uso público, contemplado en el Decreto 640 de 1937 y en el antiguo Código Nacional de Policía, contenido en el Decreto 1355 de 1970. Por una especie de artilugio, la distinción se hizo más importante de lo que realmente era necesaria, cuando por virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se consideró que el trámite adecuado para proteger los bienes fiscales —recuérdese, para alguna parte de la doctrina una verdadera propiedad privada de la Administración— era el reservado para la propiedad privada. Así, afirmó el alto tribunal en ejercicio de la función consultiva:

"En relación con los bienes fiscales, si bien la ley les otorgó desde 1971 el carácter de imprescriptibles, coetánea o subsiguientemente no estableció un procedimiento especial para su protección y eventual restitución, ni remitió tampoco al trámite dispuesto para los bienes de uso público. Por ello la entidad estatal, propietaria de bienes que por estar afectados a la prestación de un servicio público son considerados como fiscales o patrimoniales, deberá acudir a los medios ordinarios que brinda la ley para la defensa, protección o restitución de la propiedad privada. Las acciones serán entonces de carácter policivo o judicial. En este último caso habrá que estudiar la procedencia de acciones tales como la posesoria, la reivindicatoria, y la de tenencia" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de noviembre de 1995, Exp. 745).

En nuestra opinión, la distinción entre las modalidades de los trámites policivos obedeció a un criterio de competencia jurisdiccional, por cuanto desde su creación se excluyó del conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo "las

27 Contenido en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, a cuyo tenor: "Artículo 132.- Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías públicas urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación para ante el respectivo gobernador."

decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley”, lo que carecía de sentido si se trataba de la protección de bienes de uso público cuyo litigio se consideraba típicamente administrativo y por lo tanto, controlable por esta jurisdicción; ello llevó a la creación de esa postura jurisprudencial de diferenciación de los policivos *jurisdiccionales* —el Estado actúa como un tercero respecto del litigio— de los policivos administrativos —restitución de bien público— en los que el Estado protege el patrimonio público, con fines de determinar la jurisdicción llamada a resolver el litigio.²⁸

A este respecto las dificultades son evidentes, por una parte, resulta difícil mantener, en la actualidad a pesar de que ello no se encuentre en disposición normativa alguna, la dualidad de modalidades de protección según que el bien sea de uso público o fiscal, máxime cuando, como se ha analizado, la identificación de una u otra categoría no es de fácil realización, punto sobre el que se volverá más adelante.

En lo que respecta a la adecuación de los procedimientos al texto constitucional, cabe afirmar que la antigüedad de las normas, aun cuando fueron objeto de reciente actualización mediante la Ley 1801 de 2016, no permiten hacer un uso adecuado de ellas, principalmente en consideración al respeto al debido proceso y a la situación de los ocupantes. En cuanto al primer punto, la restitución de bien de uso público, se encuentra en dos disposiciones normativas, la primera de 1937 y la segunda de 1975, en ambos casos —como es usual en varios de los países que comparten principios similares— se trata de una decisión sumaria, que no se detiene a analizar las condiciones de la ocupación, sino que privilegian el respeto del uso público desde que existe un mínimo de claridad en cuanto a la calidad del bien. Ello pone problemas en el sistema colombiano, tanto desde el punto de vista del principio absoluto que pretenden cumplir, como del respeto de los derechos de los ocupantes al debido proceso, reconocido de manera irrestricta en la Constitución Política.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia, por una parte, desde recién entrada en vigor la Constitución Política de 1991, fue proclive y muy activa en la garantía de los derechos de los ocupantes en su mayoría vendedores estacionarios y semiestacionarios, a quienes se les reconoció como titulares de confianza legítima. De manera general, los hechos que motivaron la creación de esta teoría se resumen de la siguiente manera una persona o un grupo de personas que se encuentran ocupando

28 En efecto, como lo afirmó el Consejo de Estado, “[...] en el caso de autos no se trata de juicios policivos, pues no hay conflicto entre dos partes que sea dirimido por la autoridad policiva, como bien puede suceder en los amparos posesorios. En el evento de restitución de bienes de uso público, la autoridad administrativa no actúa como juez, entendiendo esta institución en su sentido lato, es decir como aquella que dirige imparcialmente, controversia entre dos partes que persiguen intereses opuestos” (Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 3 de mayo de 1990, Exp. 5911). Con un agravante, pues en el caso de los policivos jurisdiccionales no existe control judicial de la decisión final, por tratarse del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas. Cf., T-091/03 y C-241/10.

bienes de uso público, en especial andenes o parques, respecto de los cuales se inicia un proceso policivo de restitución por parte de las autoridades locales, los ocupantes considerando que tienen derecho a la ocupación solicitan el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la vivienda digna, entre otros. La Corte Constitucional, en atención a las circunstancias que el Estado prohió, argumentó que las autoridades administrativas no pueden válidamente, desde el punto de vista constitucional, cambiar de manera abrupta las condiciones de vida de las personas y, entonces, a pesar de tener la obligación constitucional de recuperar los bienes de uso público indebidamente ocupados, se le impone la obligación de proteger los derechos de quienes derivan su sustento de los bienes y materiales que venden, lo cual de manera general se logrará con la reubicación de los ocupantes. La postura está condensada en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU-360/99, en la que se afirmó:

" c) Pese a que, el interés general de preservar el espacio público prima sobre el interés particular de los vendedores ambulantes y estacionarios, es necesario, según la jurisprudencia, conciliar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes en conflicto. Por consiguiente, el desalojo del espacio público está permitido constitucionalmente, siempre y cuando exista un proceso judicial o policivo que lo autorice, con el cumplimiento de las reglas del debido proceso previo al desalojo y que se dispongan políticas que garanticen que los 'ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado Social de Derecho' (Sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell).

d) De ahí que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado. Es así como los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de confianza legítima, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, por lo que esas personas tenían certeza de que 'la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga' (Sentencia T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En otras oportunidades²⁹ hemos expuesto los aspectos positivos y negativos de esa postura, pero sí resulta necesario reiterar el carácter regresivo de esa política jurisprudencial, principalmente de la que se deriva de la sentencia T-772/03, en la que la Corte Constitucional fue más lejos al radicar en cabeza del Estado la obligación de *no generar más pobreza* con la aplicación de las políticas públicas de recuperación de los bienes públicos, pero que no ha sido modificada en 13 años a pesar

29 Pimiento Echeverri, 2015: 490 y 2016, 617 y ss.

del evidente cambio en las condiciones económicas, en la medida en que con ella se perpetúan las condiciones de informalidad que aquejan esa amplia porción de la población y cuya situación no ha sido tenida en cuenta por la Corte Constitucional en la aplicación automática de su política tradicional.

Por otra parte, las normas que regulan la materia no establecen un procedimiento detallado para la ejecución de la medida más allá de algunas referencias en cuanto a algunos términos —30 días según el Código de Policía— y a la responsabilidad del funcionario que los omite. Sin embargo, el asunto tomó una dimensión particular en un caso, cuyos hechos eran realmente especiales por su gravedad,³⁰ la Corte Constitucional decidió suplir al legislador y diseñar, directamente, los mínimos estándares que la conducta de la Administración Pública debe cumplir para realizar una restitución de bienes de uso público acorde con la Constitución Política, en particular con el artículo 29 CP, que contempla el debido proceso, en particular la aplicación del principio de proporcionalidad. Pero además, esa Alta Corte señaló que la manera de garantizar la dignidad humana de los vendedores estacionarios y semiestacionarios, era mediante la modificación de los manuales y códigos de conducta de los agentes de policía, pero como mínimo “durante las diligencias correspondientes se debe contar obligatoriamente con la presencia de un Personero —o su delegado—, que vele por la preservación de los mandatos constitucionales e internacionales aplicables, según se han presentado en detalle en esta providencia”.³¹

Así pues, desde el punto de vista constitucional se considera que la orden de restitución hace parte del derecho administrativo sancionatorio, sin embargo se debe disentir de dicha postura, porque es el simple cumplimiento de una norma imperativa que ordena la garantía del uso por parte de los ciudadanos, lo que resulta independiente de las sanciones que haya lugar a imponer, las cuales sí hacen parte de dicha rama y deben surtir el trámite correspondiente. Todo parece indicar, en todo caso, que esta calificación obedece más a la idea de garantizar que el ocupante ilegal pueda acceder en condiciones adecuadas a algún mecanismo de reubicación, como garantía de una decisión justa que genere “soluciones que permitan la coexistencia de los derechos o intereses que se encuentran enfrentados”.³²

Vale la pena resaltar finalmente que, tal y como lo dispone el artículo 226 del recientemente expedido Código Nacional de Policía —contenido en la Ley 1801 de 2016—, las acciones policivas tendientes a proteger la integridad del patrimonio público, no se encuentran sometidas a las reglas de caducidad, pero las acciones correctivas sí podrán prescribir pasados 5 años desde la conducta que se pretende sancionar.

30 La Policía Nacional, en un proceso de restitución de un andén, realizó tratos degradantes e inhumanos contra el ocupante, lo retuvo arbitrariamente e intentó esconder las pruebas de tal situación.

31 Corte Constitucional, T-772/03.

32 Corte Constitucional, T-550/98.

2.1.2. *La protección judicial*

La protección por vía administrativa, quizá la más tradicional y utilizada en los diferentes países que comparten una misma familia jurídica, no ha tenido en Colombia una utilización adecuada, lo cual se puede explicar por el anacronismo de los mecanismos que tienden a su protección. El sistema jurídico colombiano, cuya tendencia judicialista es evidente, se ha volcado hacia el juez con el fin de que sea en esa instancia en la que se proteja el patrimonio público. En esta perspectiva, la protección judicial se identifica con las distintas jurisdicciones ante las cuales se puede ventilar la protección de los bienes públicos: la de lo Contencioso Administrativo, la constitucional y la ordinaria.

Antes de entrar a explicar la manera en que judicialmente se puede lograr la protección de los bienes públicos, resulta pertinente resaltar las características del sistema judicial colombiano. Lo primero que se debe señalar es que se distinguen tres jurisdicciones —según el órgano de cierre que se encuentre en su cúspide—, se tiene entonces que existe una jurisdicción ordinaria —titular de la competencia genérica, según el inciso primero del artículo 15 del CGP—³³, cuyo órgano de cierre es la Corte Suprema de Justicia que tiene funciones de casación; también se configuró —desde hace poco más de 100 años— una Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de carácter especial, encargada de juzgar la actividad de la Administración en todas sus aristas —existe un contencioso estricto de legalidad y otro subjetivo—³⁴, pero con atribuciones concretas determinadas por el legislador, liderada por el Consejo de Estado, que no es precisamente una Corte de Casación, como sí lo es su homólogo en la jurisdicción ordinaria;³⁵ finalmente se encuentra una jurisdicción que no se encuentra formalmente organizada y de la cual hacen parte todos los jueces de la República, para efectos de decidir acciones de tutela, mecanismo procesal que sirve para garantizar la protección de derechos fundamentales individuales que, aunque subsidiaria, ha cobrado una importancia inusitada en el desarrollo diario de la actividad judicial, la Corte Constitucional funciona para estos efectos de manera similar a una corte de casación, pues escoge —en la mayoría de los casos con criterios objetivos— los asuntos sobre los cuales se pronunciará.

A. Las acciones tradicionales. Las garantías procesales de defensa de los bienes públicos en lo contencioso administrativo

33 A cuyo tenor: “Corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción.”

34 Montaña, Alberto (2014). “Caracterización de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana con ocasión de su reconocimiento como causa y producto del fortalecimiento del derecho administrativo”. Montaña, Alberto y Ospina, Andrés, *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. Borgoña: U. Externado, pp. 105 a 132.

35 Chahín Lizcano, Guillermo (2011). “El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia”. En, *Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Consejo de Estado, pp. 373 a 384.

El contencioso administrativo colombiano es una institución particularmente original. En primer lugar, ha tenido una evolución interesante en la manera en que ha servido para controlar el ejercicio del poder público. En primer lugar, las diferentes acciones que se han diseñado a lo largo de las décadas —aunque se han mantenido casi intactas— permiten realizar un control de un espectro muy amplio en la actividad de la Administración, todo ello basado en el origen del daño para determinar el cauce procesal más adecuado.

Es cierto que por la naturaleza de esta jurisdicción, todo mecanismo tiende a garantizar finalmente la protección del patrimonio público, sin embargo, existen provisiones concretas que buscan reconocer las especificidades del conjunto de los bienes públicos. El lugar primordial, en este análisis, lo ocupan dos disposiciones normativas en concreto: el artículo 164.b y el 191 del CPACA. Según esta disposición normativa: “[s]i se tratare de ocupación permanente de una propiedad inmueble, y se condenare a una entidad pública, o a una entidad privada que cumpla funciones públicas al pago de lo que valga la parte ocupada, la sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslativo de dominio”; con su aplicación se evita la doble indemnización en aquellos casos en los que se utilice como fundamento para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, la teoría de la ocupación de bienes inmuebles y circunstancias similares para condenarlo a pagar el valor total del bien, la sentencia tiene efectos traslativos de dominio y deberá ser inscrita para que surta esos efectos en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria. Lo que eso significa, desde el punto de vista de la provisión de bienes públicos, es el engrosamiento del patrimonio público, mediante la formalización de situaciones en las que el Estado —con esa intención o no— omitió la realización de un trámite expropiatorio y se impone el pago y la consecuente transferencia del bien.³⁶

La primera disposición normativa, por su parte, consagra una norma de extraordinaria importancia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, pues establece una regla derivada de la teoría de los móviles y las finalidades que se positivizó en el CPACA,³⁷ pero que gozaba de aceptación jurisprudencial: el hecho de que no opera la caducidad de la acción judicial cuando se trate de recuperar bienes públicos. Es decir, se crea una prerrogativa especial para la generalidad del patrimonio público, ligada a la imprescriptibilidad a la cual ya hicimos referencia.

36 El Consejo de Estado ha hecho uso de esa figura en repetidas ocasiones, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de febrero de 1992, Exp. 6643; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de junio de 1992, Exp. 6974; y más recientemente, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, Exp. 35264, entre muchas otras.

37 Respecto de la teoría de los móviles y las finalidades. Ver Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: U. Externado. T. III, p. 140 y ss; y Garzón Martínez, Juan Carlos (2014). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, p. 262 y ss. Cf., también, Corte Constitucional, C-426/02 y Consejo de Estado, Sala Plena, 4 de marzo de 2003, rad. IJ-030.

Esta particular protección en materia de bienes públicos encuentra su sustento teórico en una sentencia de 1996 del Consejo de Estado en la que se afirmó:

"Se propone por parte de los opositores a las pretensiones de los demandantes, que en el sub judice hay lugar a declarar la caducidad de la acción, o la prescripción del derecho en contra de la Nación. Sobre el particular estima la Sala que en tratándose de la propiedad del subsuelo y de las minas, estas figuras jurídicas resultan inaplicable, en razón a que por expresa disposición de la ley, tales bienes son imprescriptibles, inalienables e inembargables, características estas que le impiden a los particulares hacerse al dominio de los mismos ya sea mediante la usucapión o por cualquier otro medio que pretenda la transferencia del derecho de propiedad de la Nación a aquellos (Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 29 de octubre de 1996, Exp. S-404)".

Se completa, entonces, la protección judicial derivada de la garantía de la imprescriptibilidad cuando, a pesar de que transcurra cualquier lapso, siempre podrá la Administración solicitar, judicialmente —y es nuestro criterio que administrativamente también— la restitución de un bien público que por cualquier razón haya salido de su poder, lo que obviamente se aplica para el contencioso de legalidad, pero también para el de nulidad y restablecimiento del derecho o el de la reparación directa. Ahora bien, esta disposición normativa también se debe entender aplicada en relación con la posibilidad que quedó en evidencia desde 2012 —con la entrada en vigencia del artículo 140 inc. 3 del CPACA— de demandar a particulares ante la jurisdicción especializada³⁸ mediante la reparación directa, lo que le permitiría a la Administración de justicia la obligación de restituir los bienes que se encuentren en poder de cualquier ciudadano o de otra entidad pública y ordenar su restitución a título indemnizatorio junto con los perjuicios que dicha conducta pudo haber generado.

38

A cuyo tenor:

Artículo 140. Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

Cf. M'ausland, María Cecilia (2015). "Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades". En Henao, Juan Carlos y Ospina, Andrés (ed.), *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: U. Externado, pp. 181-233.

B. Las llamadas acciones constitucionales: un escenario privilegiado de protección

El constituyente colombiano, desde 1991, decidió crear lo que algunos han denominado acciones constitucionales: la acción de tutela, la acción popular y la acción de grupo.³⁹ Más allá de las críticas que puedan hacerse a la calificación de *constitucionales* que se le ha atribuido a estas acciones, sobre todo en cuanto ello obedece a su inclusión en la Norma Superior —las demás acciones también se encuentran allí— resulta relevante establecer que dichos mecanismos de protección encuentran un lugar de florecimiento y expansión particularmente importante en el ámbito de los bienes públicos.⁴⁰ Nos referiremos a las acciones populares y a la de tutela dejando de lado, entre otras pocas, la acción de grupo, la cual, en la práctica, no se diferencia de la simple acumulación de pretensiones litigiosas por parte de un número plural de personas que exceda el establecido en la ley.

En primer lugar, vale la pena resaltar que los bienes públicos, en general, se identifican, en el derecho colombiano con un interés colectivo⁴¹ digno de protección:

39 Esguerra Portocarrero, Juan Carlos (2004). *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis. A las que se deben agregar otro tipo de acciones también de directa creación constitucional, en este sentido se puede seguir a Juan Carlos Garzón Martínez cuando afirma: “La Constitución Política de 1991, elevó a rango constitucional las acciones que tienen como finalidad la protección de derechos fundamentales, de derechos e intereses colectivos o de un grupo, la aplicación efectiva de la ley o de los actos administrativos; de igual manera consagró en el artículo 183 las causales relacionadas con la pérdida de investidura. Todas estas acciones (pérdida de investidura, tutela, cumplimiento, popular y de grupo) consagrada en la Constitución, tienen en común los siguientes aspectos: son de rango constitucional, son de defensa directa de la Constitución y tienen un procedimiento prevalente y sumario” (*El nuevo proceso contencioso administrativo*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 2014, p. 360).

40 En palabras de Jaime Orlando Santofimio Gamboa: “El control jurisdiccional de la administración pública colombiana se caracteriza por su amplitud y complementariedad. Los instrumentos procesales que el sistema constitucional consagra comprenden los más variados aspectos de la actividad administrativa, lo que hace que el marco de las tradicionales acciones establecidas por el legislador para la jurisdicción contencioso administrativa sean parte importante del engranaje de garantías, y no mecanismos exclusivos. El constituyente ha desarrollado preciosos instrumentos procesales, algunos de ellos en cabeza de las autoridades de esta jurisdicción que amplifican el clásico esquema de control sobre la administración pública, procurando que a través de su efectividad se logre la protección y aplicación de los derechos de los asociados” (*Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: U. Externado. T. III, pp. 665 y 666).

41 No resulta pertinente entrar en las profundidades del concepto de derecho colectivo y sus relaciones con las acciones populares, para todos los efectos remitimos a la bibliografía citada en este acápite y, entre muchos otros, a: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2003). *Juicio de amparo e interés legítimo: La tutela de los derechos difusos y colectivos*. México: Porrúa; Watanabe, Kasuo (2004). “Acciones colectivas: Cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, y Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. En Gidi, Antonio (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa; en Colombia, Henao, Juan Carlos (2005). “Collective rights and collective actions: Samples of European and Latin American contributions”. En Madden, M. Stuart, *Exploring tort law*. Cambridge University Press y Guayacán Ortiz, Juan Carlos (2014). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas*. Bogotá: U. Externado.

el patrimonio público. Así, en caso de que cualquier ciudadano considere que alguna autoridad administrativa o algún particular realizan una actuación que contraría la protección del patrimonio público —que engloba, pero no se agota en los bienes públicos— podrá solicitar su protección ante la autoridad judicial correspondiente para que ordene la realización de cualquier medida que se pertinente y conducente al respecto. Debemos reiterar lo que señalamos en otra oportunidad en cuanto a los riesgos que para la actividad judicial trae una definición tan amplia de los derechos colectivos, en el sentido de que “tal transformación no puede tener por efecto la creación de una autoridad judicial todopoderosa sometida a la subjetividad de sus miembros, razón de más para propugnar por un acercamiento objetivo del contenido normativo de los derechos colectivos, así como una alta dosis de autocontrol en las decisiones judiciales que busquen su protección”.⁴²

Sin embargo, este metaderecho, el del patrimonio público, no es el único en el que se pueden proteger bienes públicos, pues existen derechos colectivos ligados a la protección del medio ambiente, al acceso adecuado a servicios públicos y una infraestructura de servicios públicos, al patrimonio cultural y al cumplimiento de las normas urbanísticas, entre otros.⁴³ En todos ellos, de manera directa o indirecta se protegen diversos tipos de bienes públicos que se pueden ver inmersos en la realización de las actividades allí señaladas.

De manera más concreta, tanto el constituyente, como el legislador, decidieron que el uso de los bienes de uso público y la protección del espacio público debían ser calificados como derechos colectivos⁴⁴ —es decir, como objeto de protección de la acción popular—, lo que permite realizar dos afirmaciones: por una parte, que si bien durante mucho tiempo la calificación jurídica de la relación que existe entre los habitantes y los bienes de uso público fue objeto de constantes debates y variadas soluciones,⁴⁵ sin embargo, en el caso del sistema colombiano, tal naturaleza fue dilucidada en la letra d del artículo de la Ley en comento, pues se le calificó de derecho colectivo, con todas las consecuencias que ello conlleva y, en particular, el fuerte andamiaje que se deriva de la acción popular; por otra parte, al igual que ocurre con los demás derechos colectivos, la protección de los bienes de uso público ha constituido un contencioso constante del que se ha derivado una visión concreta —aunque no siempre coherente— de este tipo de bienes; se trata, en la actualidad, de su contencioso ordi-

42 Pimiento Echeverri, Julián (2014). “Las acciones populares como instrumento de constitucionalización de la actividad administrativa”. En Montaña, Alberto y Ospina, Andrés (Ed), *La Constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá: U. Externado, p. 373.

43 Pimiento Echeverri, 2015: 456 y ss.

44 A cuyo tenor:

Artículo 4°. - Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público

45 Pimiento Echeverri, 2015: 439 y ss.

nario, es decir se ha perdido de vista que la protección de los bienes públicos atañe a toda la actividad administrativa y que, en consecuencia, se ha olvidado que todos los mecanismos administrativos y judiciales deben propender, ser útiles y eficientes, para proteger el patrimonio público.

La acción de tutela también ha tenido lugar a aplicarse para la protección de los bienes públicos, aun cuando se trate de un mecanismo subsidiario de los mecanismos principales que pudieren existir. Tres son los supuestos de hecho en los que *a priori* se podría presentar —y se ha presentado— la protección de los bienes públicos en el escenario procesal de la acción de tutela: en primer lugar, se debe tener en cuenta que el uso de los bienes de uso público, a más de ser un derecho fundamental, también se identifica con una de las modalidades propias de la libre locomoción, lo que permitiría su protección directa —aunque subsidiaria se repite— por vía de este mecanismo, en la medida en que se evidencie su vulneración;⁴⁶ en segundo lugar, existen muchos derechos fundamentales que se logran mediante la utilización de bienes públicos, en este sentido, si para que se garantice el ejercicio de un derecho fundamental se requiere la protección de un bien público, el juez de tutela —cualquier juez de la República— podrá ordenar las medidas correspondientes; en tercer lugar, en el entendido de que la acción de tutela también procede como mecanismo transitorio, se podría utilizar para proteger un derecho fundamental a pesar de que exista un mecanismo principal, siempre y cuando el no amparo del derecho conlleve al agravamiento de la situación.

Puede ocurrir, finalmente, que se utilice la tutela como mecanismo de impugnación de decisiones judiciales de cierre en los que se involucren bienes públicos, cuya protección se requiera; por ejemplo, ello ocurrió, por ejemplo, en el caso de la adjudicación de bienes baldíos por las vías judiciales, pero se instauraron acciones de tutela para evitar que dichos bienes salieran del patrimonio público.⁴⁷

C. La protección de los bienes públicos en la jurisdicción ordinaria

Como se indicó, la jurisdicción ordinaria es titular de la cláusula general de competencia en el ordenamiento jurídico colombiano, por otra parte, también es cierto que el legislador quiso incluir en el CPACA el espectro más amplio posible de control judicial de la actividad administrativa en el Contencioso Administrativo. En los intersticios, sin embargo, existen situaciones que pueden llevar a que la protección de los bienes públicos ocurra en el escenario de procesos civiles, se traerán a colación tres hipótesis en las que ello se hace evidente.

La primera hipótesis tiene que ver con la posibilidad con la que cuenta la Administración Pública para iniciar un proceso reivindicatorio contra algún particular

46 Corte Constitucional, T-150/95.

47 Corte Constitucional, T-488/14.

que se encuentre ocupando uno de los llamados bienes fiscales —recuérdese que no tendría sentido tratándose de bienes de uso público, pues allí procedería la restitución del bien por vía administrativa, como se indicó más arriba—. En estos casos, como consecuencia de la imprescriptibilidad del patrimonio público, la acción reivindicatoria se podría interponer en cualquier tiempo.

Otra manera en que se pueden proteger bienes públicos, o mejor futuros bienes públicos, es la acción de declaración de pertenencia, pues es común, en Colombia, que existan infraestructuras públicas que por diversas razones no se encuentran en predios públicos o de los que se carecen títulos que pudieren permitir la acreditación del derecho de propiedad;⁴⁸ en esas hipótesis y ante la imposibilidad de que el particular propietario acuda a algún mecanismo procesal contra el Estado, toda vez que la acción ya habría caducado, pero se requiere un mecanismo que permita sanear los problemas de titulación y formalizar la existencia de la propiedad pública, con el fin de que se puedan recibir recursos para inversión.⁴⁹

En tercer lugar, resulta importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en varios países,⁵⁰ en Colombia no se garantiza de manera general la inejecutabilidad de las personas públicas, lo que se permite a través de la inembargabilidad de los bienes públicos, pues se ha preferido —con muy poco éxito— mantener un sistema complejo en el que existen algunos bienes embargables, pero resulta difícil saber cuáles dado la inentendible redacción de la norma que la consagra.⁵¹ Para completar este sombrío panorama, se ha mantenido sin lógica aparente la dualidad de jurisdicciones en esta materia, en consecuencia en los procesos ejecutivos que se adelanten contra las personas de derecho público para determinar la jurisdicción competente será necesario analizar el origen del título ejecutivo, puesto que solo si este proviene de una sentencia proferida por lo Contencioso Administrativo, de un laudo arbitral, de una conciliación o de un contrato estatal, para el resto de casos se debe ventilar la ejecución ante un Juez Ordinario (art. 104.6, CPACA). Tal situación, a nuestros ojos, genera una inadmisiblemente difícil a la hora de proteger el patrimonio público, pues existe una asimetría de conocimientos y de posturas en cuanto al control judicial de la Administración, lo cual influye decisivamente a la hora de identificar una defensa adecuada, pero además, incide en la manera en que se analizan los supuestos de hecho de la inembargabilidad, lo que en la práctica ha generado problemas evidentes.

48 Ello motivó la aparición del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012. Cf. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Rad. 2154.

49 Cf. Pimiento Echeverri, Julián Andrés (2014). “La adquisición de bienes por parte de las entidades públicas”. En Bula Escobar, Germán et al., *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio*. Ed. Ibáñez, p. 602 y ss.

50 Cf., por todos, Gaudemet, Yves (2008). *Droit administratif des biens*. 13^a ed. París: LGDJ; López Ramón, Fernando (2012). *Sistema jurídico de los bienes públicos*. Madrid: Thomson-Civitas.

51 Dificultad que ya hemos puesto de presente: Pimiento Echeverri, Julián, *Derecho Administrativo de bienes*. Op. cit., p. 406 y ss.

La cuestión radica, entonces, en la forma en que se debe construir un sistema adecuado de defensa de los bienes públicos, punto sobre el cual se centrará nuestra atención en el acápite siguiente.

2.2. *Nuevas perspectivas. En defensa de una enfoque ampliado de la protección de los bienes públicos*

Como se ha visto se han construido distintos mecanismos de protección de los bienes públicos, ese diseño institucional obedece, por una parte, a las bases conceptuales que se han construido, no sin tropiezos, en el curso del devenir normativo y por la otra, a consideraciones exógenas al derecho de los bienes públicos, que tienen que ver con el modelo de dualidad de jurisdicciones, pero también y principalmente, con los mecanismos procesales de defensa de los derechos colectivos. Sin embargo, todo el sistema de protección resulta inconexo, carente de la coherencia interna necesaria para garantizar la intangibilidad del patrimonio público. Por lo anterior, se tratará de construir en tres propuestas, un sistema de protección transversal, garantista de la importancia de los bienes públicos para cumplir los fines del Estado social de derecho.

2.2.1. *La unificación de la protección administrativa*

Lo primero que se debe recalcar es que no existe claridad en cuanto a la naturaleza de las funciones de protección de los bienes públicos, lo que ha llevado, en nuestro criterio, a que se considere indebidamente, que ellas participan de la noción de derecho administrativo sancionador. Por el contrario, respecto de su caracterización no queda duda en cuanto a que se trata de una competencia típicamente administrativa, pero que utiliza mecanismos propios del derecho sancionatorio para corregir las conductas lesivas contra el interés general.

En cualquier caso, desde el punto de vista administrativo se deben unificar los mecanismos de protección de los bienes públicos, sin que por ello se desconozcan las diferencias que existen entre las categorías de bienes públicos y el fundamento de su protección escalonada; en el caso colombiano, el cambio ya ocurrió, pues el uso público no es el único interés general protegido, lejos de serlo, pues como se puso de relieve, otros intereses generales, todo tipo de ellos, se reflejan sobre los bienes públicos. Ello requiere dos ideas nuevas: la unificación de los mecanismos de protección y su atribución a la Administración Pública, por oposición a la consolidación de un sistema de protección tendiente hacia lo judicial.

En cuanto al primer punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ya ha comenzado a propender por la unificación conceptual de los mecanismos de protección de los bienes públicos; en efecto, en sentencia de 2015 la Subsección A de la Sección Tercera afirmó:

"en el caso del lanzamiento por ocupación de hecho de bienes fiscales, la entidad territorial no actúa como un tercero frente a la parte querellada; por el contrario, dado el carácter de la protección que requieren los bienes públicos —en general, por su inclusión en el patrimonio público—, esa medida policiva, al erigirse en una prerrogativa del poder público, detenta un evidente carácter administrativo, cuyo control le corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según la línea jurisprudencial antes reseñada. Esta competencia administrativa encuentra pleno sustento normativo en los artículos 2, 88, 102, 313 de la Constitución Política, en el Decreto 1333 de 1986 —contentivo del Código de Régimen Político y Municipal— y en el artículo 679 del Código Civil (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, Exp. 31612)".

La tendencia hacia la unificación debe garantizar el reconocimiento del patrimonio público como un interés general unívoco, que trasciende las afectaciones que puedan pesar sobre los distintos bienes, para garantizar su protección uniforme en sede administrativa, lo que debe acompañarse, además, con el fortalecimiento de los mecanismos administrativos para lograr ese cometido.

Esta propuesta tendría una consecuencia, por demás, absolutamente deseable, puesto que al unificar la protección de estos bienes y privilegiar su ejercicio en sede administrativa, los litigios derivados de ellas se unificarían, consecuentemente, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo cual, a su vez, debería lograr —aunque no existe garantía de que ello vaya a ocurrir— mayor uniformidad a la hora de resolverlos.

La idea unificadora se encuentra en el recientemente expedido Código Nacional de Policía, que vino a derogar el antiguo Decreto 1355 de 1970, que equipara los bienes de uso público, los bienes fiscales y, en general, todos los bienes públicos y privados, para efectos de garantizar el amparo de la posesión y la mera tenencia (arts. 76 a 82 y 139 a 140), y estableció una acción policiva genérica para ese efecto. Sin embargo, ese lado positivo de la unificación, significa que no existen mecanismos *especiales* de protección de los bienes públicos en el recientemente expedido Código de Policía, lo que banaliza la protección del patrimonio público.

2.2.2. *La necesaria modernización de los mecanismos de protección de los bienes públicos*

Se requiere, además, modernizar los mecanismos de protección de los bienes públicos, mediante, en primer lugar, la actualización de los instrumentos. Si bien resulta paradójico que con las características que se han mostrado, no exista una ley de bienes públicos, lo es más que el mecanismo general más reciente data de 1970 y que el actual no responda a los requerimientos que la Corte Constitucional ha señalado para ese efecto.

Otro vector de modernización implica la ampliación de la titularidad de las competencias administrativas de protección. Si bien al respecto existen normas especiales que le otorgan a determinadas autoridades la competencia de proteger algunos bienes, como en el caso de la playas cuya protección se encuentra atribuida a la Dirección General Marítima, la protección de los bienes de uso público se encuentra en la mayoría de los casos reservada a las autoridades locales, lo que no siempre implica soluciones eficaces por los problemas que una adecuada política de protección de los bienes públicos puede generar, lo que ha terminado por trasladarle la gestión de esas políticas públicas al escenario judicial, lo que desnaturaliza tanto aquella como las funciones del juez. Esto es palmario en el caso de la protección de bienes fiscales de administraciones públicas de distinta naturaleza de la entidad territorial, puesto que se requerirá siempre de la intervención de la autoridad de policía municipal, así ella no sea la propietaria.

La propuesta es que se aclare lo que, en nuestro criterio, ya existe, que al atribuirse la gestión de un interés general a una entidad pública, se le otorgan las competencias de protección de los medios —y aquí se incluyen los bienes— que necesite para su ejercicio y garantía. Este asunto no solo no se soluciona en el nuevo Código de Policía, sino que se ahonda aún más por la necesidad de pasar por las autoridades locales —el Inspector de Policía local— para proteger bienes de carácter nacional o de entidades descentralizadas, según lo establecido en el artículo 79 del referido Código.

Se impone, entonces, la existencia de una ley que identifique y atribuya las competencias de protección a diversas entidades públicas distintas de los municipios, actualice los instrumentos con que cuentan las entidades para evitar la usurpación de los bienes públicos, pero a su vez mejore la gestión del patrimonio público, única manera de garantizar su verdadera protección.

2.2.3. *La protección mediante una gestión adecuada*

La mejor protección que pueden tener los bienes públicos es una gestión adecuada, probablemente el punto más débil del sistema jurídico colombiano de los bienes públicos, aunque algunos avances se han hecho al respecto. La gestión adecuada parte, a nuestros ojos, de la necesaria transición de una idea de estricta protección, a una gestión eficiente para llegar al concepto que hemos denominado explotación social y económica de la propiedad pública, para garantizar la maximización del beneficio para el bienestar común que vehiculan sin duda los bienes públicos. Para ello se requiere, en el sistema nacional, una ley de bienes públicos que se construya sobre tres pilares.

Como se indicó, el sistema jurídico colombiano adoptó un régimen que se asimila a la “escala de demanialidad”, a partir de la cual se evidencia la imposibilidad de adecuar todas las categorías de bienes públicos en dos grandes categorías, sino que se

han construido regímenes diferenciados según que se encuentren o no afectos al interés general y al tipo de interés, estos tienen regímenes distintos de acuerdo a su grado de afectación. Como lo hemos indicado en otras oportunidades (Pimiento, 2016), el régimen jurídico de los bienes públicos, para que se pueda realizar un adecuado manejo de ellos que garantice su explotación social y económica, debe partir de tres pilares: la clarificación, la valorización y la protección.

Clarificación desde cuatro puntos de vista: de las categorías a las que hace referencia la ley, que utiliza de manera inadecuada y alternativa expresiones como *dominio público*, *bienes fiscales patrimoniales*, que se unen a los tradicionales *bienes de uso público*, *fiscales* y *baldíos* sin dotarlas de coherencia conceptual; de las nociones de afectación y desafectación y de las consecuencias en cuanto a la aplicación de regímenes jurídicos de que limitan o amplifican los derechos del propietario público o privado; de la aplicación de los regímenes jurídicos, en particular de la extensión de la regla de inembargabilidad de los bienes públicos que en la actualidad es prácticamente incomprensible; finalmente se requiere que el ordenamiento jurídico aclare lo que ya se ha insinuado en la ley y se ha afirmado por la jurisprudencia: que el elemento que une las diferentes categorías es la propiedad pública.

Se debe propender por una verdadera valorización de los bienes públicos, que involucre su aspecto social, pero también económico en el que se determinen con claridad las competencias derivadas del derecho de propiedad pública y de protección de la afectación al interés general.

Finalmente, se deben consolidar instrumentos de protección, coherentes, sistemáticos, eficaces, que le permitan a todas las entidades públicas intentar directamente —con el consuno de la fuerza pública— la protección de su patrimonio, con un control judicial posterior. Como lo hemos afirmado “protección implica gestión eficiente y mecanismos institucionales y legales que la permitan”.⁵²

3. CONCLUSIÓN

A la luz de lo que se ha afirmado no se podría concluir mucho más, sino la evidente ausencia de un acercamiento sistemático a la protección de los bienes públicos en el derecho colombiano; no existen mecanismos unificados que permitan identificar con claridad los cauces procesales o administrativos más adecuados para proteger esta masa de bienes que compone el patrimonio público. Sin embargo, una protección adecuada se erige como un mandato constitucional que perfila e identifica la propiedad pública misma, que le da su norte e impone a los ciudadanos y a las autoridades públicas una forma de comportarse frente a ella.

52 Pimiento Echeverri, Julián, *Los bienes públicos para la paz...* Op. cit., p. 626.

No se quiere denunciar la ausencia de mecanismos, puesto que ellos existen y son en buena medida adecuados para lograr el cometido constitucional. Empero, el diagnóstico que se puede extraer de esta investigación es que la protección por vía administrativa es desesperadamente anticuada e inadaptada a las necesidades de la Administración y al equilibrio que debe existir entre el interés general y los derechos de los ciudadanos. Se impone, entonces, una reforma estructural que adapte los instrumentos existentes que, se reitera, son útiles y necesarios, para rediseñarlos con la finalidad de que esta masa patrimonial se explote social y económicamente, solo así se podrá cumplir el imperativo constitucional contenido en el artículo 209 de la Constitución Política.

4. BIBLIOGRAFÍA

AUBY, Jean-Marie. “Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public”. En *Mélanges offerts à Marcel Laborde-Lacoste*. París: Éditions Bière, 1963.

AA. VV., “Derecho Administrativo y propiedad”. En *Revista de Derecho Administrativo*. Thomson-Reuters 14.

CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. “El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia”. En CONSEJO DE ESTADO, *Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, 2011.

DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2a ed. París: Fontemoing. T. III, 1923.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: La tutela de los derechos difusos y colectivos*. México: Porrúa, 2003.

GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos. *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley, 2014.

GAUDEMET, Yves. “Libertés Publiques et domaine public”. En *Mélanges Jacques Robert*. París: Montchrestien, 1998.

- “Le rapport de l’Institut de la gestion déléguée”. En *Les Petites Affiches* 147, 2004.

- *Droit administratif des biens*. 13ª ed. París: LGDJ, 2008.

GIDI, Antonio. “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. En GIDI, Antonio (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2004.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *La titularidad del dominio público*. Marcial Pons, 1998.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (dir.). *Derecho de los bienes públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas*. Bogotá: U. Externado, 2014.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. “Collective rights and collective actions: Samples of European and Latin American contributions”. En MADDEN, M. Stuart. *Exploring tort law*. Cambridge University Press, 2005.

JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. *Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales*. Lima: Arial, 2010.

LAUBADÈRE, André. “*Domanialité publique, propriété administrative et affectation*”. En RDP, 1950.

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

LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima: RIBP-CDA, 2015.

M' CAUSLAND, María Cecilia. “Responsabilidad objetiva del Estado: tendencias, deseos y realidades”. En HENAO, Juan Carlos y OSPINA, Andrés (ed.). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: U. Externado, 2015.

MAMONTOFF, Catherine. *Domaine public et entreprises privées. La domanialité publique mise en péril par le marché*. París: L'Harmattan, 2003.

MONTAÑA, Alberto. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: U. Externado, 2010.

- “Caracterización de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana con ocasión de su reconocimiento como causa y producto del fortalecimiento del derecho administrativo”. En MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés. *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. Bogotá: U. Externado, 2014.

MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés (ed.). *La Constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*. Bogotá: U. Externado. T. II, 2016.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián. *Teoría de los bienes de uso público*. Bogotá: U. Externado, 2010.

- "Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil". En *Revista de Derecho Privado* 21. Bogotá: U. Externado, 2011.

- "Las acciones populares como instrumento de constitucionalización de la actividad administrativa". En MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés (Ed.), *La Constitucionalización del derecho administrativo*. Bogotá: U. Externado, 2014a.

- "La adquisición de bienes por parte de las entidades públicas". En BULA ESCOBAR, Germán et al. *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio*. Ed. Ibáñez, 2014.

- *Derecho Administrativo de bienes*. Bogotá: U. Externado, 2015.

- "Los bienes públicos para la paz: la propiedad pública como un instrumento para lograr los cometidos del Estado social del derecho". En MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés (Ed), *La Constitucionalización del derecho administrativo. El derecho administrativo para la paz*. Bogotá: U. Externado. T. II, 2016.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián y SANTAELLA, Héctor. "Estado actual del 'dominio público' en el derecho colombiano". En LÓPEZ RAMÓN, Fernando y VIGNOLO CUEVA, Orlando (coord.). *El dominio público en Europa y América Latina*. Lima: RIBP-CDA, 2015.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *El régimen de los bienes incautados. Una aproximación desde el derecho administrativo*. Bogotá: U. del Rosario, 2007.

RINCÓN C., Jorge Iván. *Las generaciones de derechos fundamentales y la actividad de la Administración Pública*. 2ª ed. Bogotá: U. Externado, 2004.

SANTAELLA, Héctor. *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*. (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2010.

SANTAELLA, Héctor. "Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana". En *Revista de Derecho Privado* 21. U. Externado, 2011.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: U. Externado. T. III, 2004.

WATANABE, Kauso. "Acciones colectivas: Cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso". En GIDI, Antonio (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. México: Porrúa, 2004.

Jurisprudencia

Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 3 de mayo de 1990, Exp. 5911.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de febrero de 1992, Exp. 6643.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de junio de 1992, Exp. 6974.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de noviembre de 1995, rad. 745.

Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 29 de octubre de 1996, Exp. S-404.

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

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de agosto de 2001, Exp. 1341.

Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 4 de marzo de 2003, Exp. IJ-030.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2012, Exp. 24780.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, Exp. AP-051.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. 28158.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de octubre de 2013, Exp. CIL-744.

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, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de febrero de 2016, Exp. 35264.

Corte Constitucional

Corte Constitucional, T-150/95

Corte Constitucional, C-251/96.

Corte Constitucional, T-550/98.

Corte Constitucional, SU-360/99.

Corte Constitucional, C-426/02.

Corte Constitucional, T-091/03.

Corte Constitucional, T-772/03.

Corte Constitucional, C-241/10.

Corte Constitucional, T-488/14.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, sentencia del 27 de septiembre de 1940.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia del 31 de mayo de 1961.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria, 29 de julio de 1999, rad. S-029.