

# Teoría de los bienes de uso público

**Julián Andrés PIMIENTO ECHEVERRI**





Serie de Derecho Urbanístico N.º 4

---

Teoría de los bienes de uso público



Julián Andrés Pimiento Echeverri

# **Teoría de los bienes de uso público**

Universidad Externado de Colombia

ISBN 978-958-710-573-5

© 2010, JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI  
© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 0288  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: julio de 2010

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Composición: David Alba  
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.  
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

*A Mónica,  
por todo*



## CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17
I. El hilo conductor de nuestro análisis: Descifrar y reconstruir la naturaleza de la propiedad sobre los bienes de uso público en el derecho colombiano	22
A. Construcción de la propiedad pública. Acercamiento histórico y analítico en el derecho colombiano	24
B. La renovación del debate sobre la propiedad pública	28
II. Problemática definida: Hacia la construcción de un régimen jurídico de explotación y valorización de los bienes de uso público	31
A. Herramientas de análisis	31
B. Presentación del plan de trabajo. Pistas de investigación	33
C. Elementos para una conclusión. Visión personal del tema	34
PRIMERA PARTE	
HACIA UNA TEORÍA DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO	39

## CAPÍTULO 1

## LA RELACIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO

## CON EL DOMINIO PÚBLICO

	41
1. Teorías modernas sobre el dominio público	42
A. En el derecho francés	42
I. Crónica de una crisis anunciada	48
I.1. Fundamentos y crisis del sistema	48
a. El servicio público como elemento amplificador del dominio público	49
b. Hipertrofia y rigidez del dominio público	50
I. 2. Razones actuales de la crisis	53
a. El reconocimiento de la propiedad pública	54
b. El dominio público y las necesidades económicas	55
II. A la búsqueda del dominio público	56
II.1. La “huida” del dominio público. Los nuevos regímenes de afectación.	57
II. 2. Limitación y valorización del dominio público. La respuesta legal	60
III. Volviendo a lo esencial: La Afectación	61
B. En el derecho español	63
I. La construcción legislativa del régimen jurídico de los bienes públicos. Entre la recepción y la innovación	64
II. Las categorías de bienes que hacen parte del dominio público	69
2. El tratamiento en el derecho colombiano.	
Inexistencia del dominio público en el derecho colombiano	71
A. Antes de 1991	72
B. La constitucionalización del “dominio público”	75
I. Dominio público, sinónimo de propiedad pública	75
II. Dominio público, paralelismo jurisprudencial y doctrinal	81
3. El servicio público y los bienes de uso público	89
A. Destinación y usos	93
B. Las propiedades privadas destinadas a un servicio público o a un uso público	100

CAPÍTULO 2	
LA PROPIEDAD DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO	109
1. Las teorías tradicionales	109
A. Derecho de guarda y superintendencia	113
B. La propiedad administrativa	118
2. Las teorías modernas	121
A. La propiedad pública	122
B. La titularidad de los bienes del dominio público	126
3. La propiedad de los bienes de uso público en el derecho colombiano	130
A. La propiedad sobre los bienes de uso público: una constante normativa	131
B. Las fluctuaciones jurisprudenciales: tensiones y disensiones entre lo antiguo y lo moderno. Análisis del discurso en torno a la propiedad pública	139
I. Propiedad y propiedades: El dominio sobre los bienes de uso público	139
II. Un parallogismo jurisprudencial, visión crítica de la sentencia T-566 de 1992	142
SEGUNDA PARTE	
LOS ELEMENTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO	149
CAPÍTULO 1	
LA INALIENABILIDAD, IMPRESCRIPTIBILIDAD E INEMBARGABILIDAD. CARACTERÍSTICAS DE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN	153
1. El fundamento del régimen de protección: la inalienabilidad de los bienes de uso público	153
2. La imprescriptibilidad, consecuencia práctica de la inalienabilidad	164
3. La inembargabilidad, último eslabón de protección jurisdiccional	167
CAPÍTULO 2	
LA DESAFECTACIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO. EL MITO DE LA DESAFECTACIÓN EN DERECHO COLOMBIANO	171

TERCERA PARTE	
ELEMENTOS PARA LA GESTIÓN DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO	181
CAPÍTULO 1	
GESTIÓN UNILATERAL	187
1. Las licencias de utilización de los bienes de uso público	187
2. La retribución por utilización de los bienes de uso público: ¿Un impuesto?	194
CAPÍTULO 2	
GESTIÓN CONTRACTUAL	205
1. Entre la adquisición y la gestión: tras las huellas de una tipología contractual	205
A. La construcción de un bien de uso público. Estudio sobre la propiedad de los bienes de uso público en el contrato de obra pública.	206
B. El contrato de arrendamiento de bienes de uso público	212
2. “El dogma de las reversiones”: Estudio sobre el momento en que se adquiere un bien de uso público en los contratos de concesión	229
CONCLUSIÓN	239
BIBLIOGRAFÍA	247

## PRESENTACIÓN

El trabajo que se presenta a continuación es el fruto de múltiples reflexiones realizadas tanto en París como en Bogotá siendo candidato al título de doctor de la Universidad Paris II, Panthéon-Assas, en el marco de una investigación más amplia sobre el fenómeno de los bienes públicos en el derecho colombiano. Deseamos que el lector encuentre en estas páginas una visión novedosa de uno de los aspectos más importantes pero, paradójicamente, menos estudiados de nuestro derecho administrativo: los *bienes de uso público*. Fue nuestra intención realizar un acercamiento teórico basado, en su mayoría, en el entendimiento que de la figura ha hecho el constituyente, el legislador, y la jurisprudencia de las Altas Cortes, buscando siempre mostrar las inconsistencias que se presentan en el derecho positivo actual, por la falta de una idea transversal que permita analizar, bajo su óptica, todo el régimen jurídico de los patrimonios públicos.

Es el momento de agradecer de la manera más sentida el apoyo otorgado por la Universidad Externado de Colombia y, en especial, al señor rector FERNANDO HINESTROSA, por la confianza que depositó en mí al beneficiarme como becario en el exterior de nuestra casa de estudios, honor que espero retribuir con creces.

A JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, director del Departamento de Derecho Administrativo, por su sincera acogida a mi retorno de París. A JUAN CARLOS HENAO, FELIPE NAVIA, AUGUSTO HERNÁNDEZ, ALBERTO MONTAÑA, JUAN CARLOS EXPÓSITO y ALEXEI

JULIO, por la amistad, cariño y dirección fraterna con que me han honrado desde mis inicios como investigador en derecho, son ejemplos de vida que aspiro emular.

Un especial agradecimiento a mis compañeros de investigación –y amigos sinceros– JORGE IVÁN RINCÓN, JORGE SANTOS y HÉCTOR SANTAELLA, no sólo por la lectura profunda y dedicada de los borradores de este trabajo, sino por las incontables horas que hemos pasado (y que seguramente pasaremos) debatiendo sobre todos estos temas.

A todos los integrantes del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, por su apoyo incondicional y calidez de todos los días. A JAVIER ANDRÉS FRANCO por haber asistido con paciencia durante los últimos años a la elaboración de estas reflexiones.

AMÓNICA, SONIA, HERIBERTO, JOSÉ MARIO, NATALIA y SIMONA, por su amor incondicional y por ayudarme a mantener la pasión por mi trabajo.

El trabajo parte de la demostración necesaria de los bienes de uso público como objeto de propiedad, pero no la propiedad del derecho privado, sino de una propiedad pública basada en criterios subjetivos, luego se adentra en la explicación del tríptico de protección: Inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad; este nuevo entendimiento teórico de los bienes de uso público, trae como consecuencia nuevas modalidades de gestión y un análisis distinto de las competencias administrativas sobre dichos bienes.

## ABREVIATURAS

AJDA	Actualité juridique droit administratif (Francia)
AP-	Consejo de Estado, Acción Popular (Colombia)
C-	Corte constitucional, sentencia de constitucionalidad (Colombia)
CJCE	Corte de Justicia de las Comunidades Europeas
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz (Francia)
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social (Colombia)
DA	Droit Administratif (Francia)
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat (Francia)
JCP A	Semaine Juridique administration et collectivités territoriales (Francia)
JCP N	Semaine Juridique notariale et immobilière (Francia)
LGDJ	Librairie Générale de droit et de jurisprudence (Francia)
LPA	Les Petites Affices (Francia)
RAP	Revista de Administración Pública (España)
RDP	Revue du Droit Public (Francia)
RFDA	Revue Française de Droit Administratif (Francia)
RJEP	Revue Juridique de l'entreprise publique (Francia)
SU-	Corte Constitucional, sentencia unificadora (Colombia)
T-	Corte Constitucional, sentencia de tutela (Colombia)



## INTRODUCCIÓN

*No existe, pues, una categoría de “cosa” válida para todo el Derecho. Y el Derecho público, como es obvio, no está necesariamente vinculado a los conceptos y las categorías jurídico-privadas equivalentes o de idéntica denominación formal, pudiendo atribuirles diferente contenido*  
(LUCIANO PAREJO)<sup>1</sup>

Propiedad privada y propiedad pública, propiedad pública contra propiedad privada, propiedad pública o propiedades públicas, propiedad pública, propiedad estatal o dominio eminente, o aún propiedad pública o dominio público son conceptos que se entrecruzan, se confunden o se positivizan. Cada uno de ellos posee características, consecuencias y regímenes jurídicos distintos, pero tienen un rasgo común que radica en querer explicar la relación entre la Administración pública y los bienes que le “pertenecen”.

Constituye el punto de partida, así como el fundamento del presente trabajo de investigación, la siguiente afirmación hecha por el Consejo de Estado: “[C]on la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esa clasificación tradicional entre bienes fiscales y bienes de uso público se quedó corta, toda vez que existen categorías de bienes que cuentan con características particulares

---

1 LUCIANO PAREJO ALFONSO. “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, RAP, n.º 100-102, enero-diciembre 1983, p. 2382

*que no se acomodan a las de una u otra especie”*<sup>2</sup>, aún así nos limitaremos a analizar las transformaciones que el derecho de los bienes de uso público sufre con el cambio de lógica aportado por la Constitución Política de 1991.

El derecho colombiano tiene ciertas particularidades que lo ubican por fuera de las diferentes corrientes doctrinales en torno a los bienes públicos y en especial en cuanto hace a las teorías sobre el dominio público. En efecto, la dicotomía dominio público/dominio privado se asimila a la dicotomía propiedad pública/propiedad privada<sup>3</sup>; lo que significa que la propiedad de los particulares es lo que la jurisprudencia ha reconocido como dominio privado y la propiedad de los entes administrativos es considerada como el dominio público. Ahora, éste último tradicionalmente se considera compuesto por los bienes de uso público y por los bienes fiscales, sometidos éstos a un régimen análogo (en apariencia) al de la propiedad privada.

De esta distinción pueden surgir algunas conclusiones, pero sobre todo muchos cuestionamientos. En cuanto a las conclusiones, en primer lugar se trata de una recepción defectuosa de las diferentes teorías dominiales francesas de principios del siglo xx, defectuosa en el sentido de que los bienes fiscales (los bienes de las administraciones destinados a cumplir un servicio público) se incluyen dentro de la noción de dominio público sin restricción alguna, pero su régimen se quiere asimilable al de la propiedad privada<sup>4</sup>;

2 Consejo de Estado, Sección tercera, 22 de febrero de 2001, rad. 18503

3 Podemos citar las siguientes sentencias que prueban esta afirmación: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 29 de noviembre 1995, rad. 745; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 28 de junio de 1995, rad. 679; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 4 de agosto de 2000, rad. 1218; Consejo de Estado, Sección segunda - subsección B, 31 de mayo de 2001, rad. AP-155; Corte Constitucional, sentencia C-183/03.

4 Este defecto del derecho colombiano puede verse como una consecuencia de la poca claridad conceptual del Código Civil. En efecto la recepción produciría efectos no deseados puesto que, por un lado, en el derecho colombiano, la distinción entre bienes de uso público y bienes fiscales se realiza teniendo en

en segundo lugar, existe desde un momento temprano el reconocimiento de una propiedad pública<sup>5</sup>, lo que explica la aplicación del derecho público a dicho conjunto de bienes<sup>6</sup>. Podemos afirmar en esta instancia, que la idea de una propiedad afectada<sup>7</sup> como elemento esencial de la propiedad pública es la conjunción de dos dimensiones distintas de análisis. Por un lado, la propiedad como relación jurídica de apropiación, y por el otro, la afectación del mismo. Esto implica la confusión de los medios (los bienes públicos –elemento real) con los fines (la afectación al interés general–elemento teleológico).

---

cuenta el sujeto que usará los bienes sin referirse específicamente al régimen jurídico aplicable a dichos bienes, mientras que en Francia la noción clásica de dominio público encuentra asidero en la idea de insusceptibilidad de ciertos bienes para ser sometidos a las reglas de la propiedad del Código Civil, lo que permitió a algunos doctrinantes a negar la propiedad misma sobre los bienes del dominio público. Por otro lado, la acepción moderna de la noción de dominio público –que integra elementos orgánicos y funcionales en su definición– surge de una evolución histórica cuyos inicios remontan a ordenanzas reales del siglo XVI (recordemos que l'édit de Moulins consagra la inalienabilidad de los bienes de la corona fue expedido en 1566) que en nada se puede asimilar a la realidad jurídica que se ha querido explicar por la jurisprudencia administrativa colombiana.

- 5 El artículo 674 del Código Civil es particularmente decisivo al afirmar que “[s]e llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República”
- 6 En realidad no sólo se trata de un régimen de derecho público sino de protección específica, como surge de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio civil, 28 de junio de 1995, rad. 697, en lo que concierne la imprescriptibilidad. También la sentencia de la Corte Constitucional C-1064/03, sobre inembargabilidad de los bienes afectados a un servicio público.
- 7 No dejaremos de lado en nuestro análisis los argumentos que sobre este punto esbozó Hauriou a principios del siglo pasado para probar que dominio público y propiedad pública eran sinónimos, puesto que la propiedad del dominio público estaba caracterizada esencialmente por su afectación al interés general. Esta posición es sustancialmente distinta de la situación colombiana puesto que lo que se busca es contraponer la propiedad administrativa a la propiedad privada de la administración. En Colombia, el estado actual del derecho impide el reconocimiento de una propiedad privada de la administración, como lo probaremos.

Los cuestionamientos que surgen son de tipo teórico y práctico. En el campo teórico, la asimilación del término dominio público al de propiedad pública no permite dar cuenta de todos los fenómenos relativos a los bienes de la administración, y por otro lado, impide una utilización racional de los mismos. Así mismo, la asimilación aparente del régimen jurídico de los bienes fiscales al de la propiedad privada, no tiene ningún sustento de derecho positivo, ni corresponde a la naturaleza misma del derecho que se ejerce sobre ellos.

Es justo decir que después de la Constitución Política de 1991, surgen nuevos elementos de juicio para analizar las relaciones entre dominio público, propiedad pública y propiedad privada. Así, la función social de la propiedad en el artículo 58, el artículo 63 que consagra la aplicación de un régimen exorbitante para los bienes de uso público, los parques naturales<sup>8</sup>, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás que determine la ley, el artículo 88 que establece las acciones populares para proteger el patrimonio, espacio y moralidad públicos, o el artículo 102 que establece la propiedad del Estado sobre el territorio y “los bienes públicos que de él forman parte”, son todos elementos que permiten vislumbrar una revolución en el seno de las propiedades públicas en el derecho colombiano.

Partimos del supuesto de que la relación jurídica que tiene el Estado con sus bienes es de propiedad. Sin embargo, nos corresponderá analizar cuál es la naturaleza de esa propiedad. Se ha hablado de propiedad en el sentido del Código civil, de derecho *sui generis*<sup>9</sup>, o bien de diferentes tipos de propiedad –propiedad quasi-privada para los

---

8 Cfr. Ley 2 de 1959 y Decreto 2811 de 1974, además la sentencia de la Corte Constitucional C-189/06.

9 Esta posición, quizá la más fuerte durante la primera mitad del siglo xx, fue esbozada por la Corte Suprema de Justicia. Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 27 de septiembre de 1940.

bienes fiscales, propiedad pública para los bienes de uso público y las propiedades afectadas, y derecho de guarda y superintendencia para los bienes de uso público universales como los ríos, el mar, o el espectro electromagnético<sup>10</sup>— que explicarían la existencia de diversas realidades jurídicas dentro de lo que hasta la mitad del siglo xx existía bajo la unicidad de un concepto (i).

Allí donde el juez considera que la propiedad pública es sinónimo de dominio eminente que se desarrolla en el marco de una relación jurídica de afectación<sup>11</sup> la cual debe ser garantizada por el Estado, nosotros vemos la afectación (en sentido estricto) como régimen jurídico que se superpone a una propiedad de derecho público. Pero esto no es suficiente, a la nueva visión de propiedad pública corresponde un régimen jurídico específico que debe ser construido teniendo en cuenta la dimensión económica de los bienes públicos (ii).

---

10 Es tan dicente, como errada, la posición del Consejo de Estado sobre este punto, reseñada en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 29 de noviembre 1995, rad. 745. La cacofonía de la jurisprudencia fue recientemente confirmada por el Consejo de Estado en sentencia AP-1188 de 15 de agosto de 2007, en la que se afirma que los bienes de uso público son de propiedad del pueblo, dejando de lado la evolución reciente en esta materia realizada por la misma corporación. Es justamente este tipo de vaivenes pretorianos los que nos llevan a pensar en la necesidad de construir una teoría transversal que explique los bienes públicos en el derecho colombiano.

11 La afectación es el fenómeno jurídico en virtud del cual se le da una destinación específica a un bien, dicha figura puede operar de manera directa en la ley, como es el caso de puentes, calles y caminos que por disposición legal se encuentran destinados al uso público, lo mismo sucede con los bienes ejidos, o mediante la expresión de la voluntad de la Administración que ponga a disposición de los particulares determinado bien. Como se puede ver, uno es el fenómeno de la afectación y otro el de la propiedad. En la parte ii de este trabajo analizaremos la posición jurisprudencial con respecto a esta figura, pero por ahora remitimos a la sentencia de la Corte Constitucional, T-150/95.

I. EL HILO CONDUCTOR DE NUESTRO ANÁLISIS:  
DESCIFRAR Y RECONSTRUIR LA NATURALEZA DE LA PROPIEDAD  
SOBRE LOS BIENES DE USO PÚBLICO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Debemos dilucidar, entonces, qué se entiende en Colombia por bien público y de allí sacar las conclusiones que se imponen para su uso. Para ello es necesario detenernos sobre la noción de propiedad pública, y analizar la evolución de dicho término.

Para la jurisprudencia –civil y administrativa– la propiedad pública existe, pero es una propiedad “inválida” –cercenada– puesto que sus atributos se encuentran suspendidos, pero se deja de lado explicar sus características y darle una noción<sup>12</sup>, como si fuera un tema intrascendente. Así, la primera claridad debe ser conceptual - ¿qué se entiende en Colombia por propiedad pública?, ¿qué debería entenderse?, ¿cuál es su contenido?, y lo más importante, ¿cuál es su régimen jurídico?.

El análisis jurídico en este sentido se ha basado en la afectación como elemento esencial de la propiedad, lo que no tiene sentido. Como se comprobará, afectación y propiedad obedecen a dos realidades distintas. Dicha confusión parte de un entendimiento errado por parte de la jurisprudencia, de dos conceptos que son autónomos dentro del derecho administrativo. Tomemos, para ejemplificar nuestra afirmación, el caso de la desafectación de los bienes fiscales. Según la jurisprudencia dominante, todo bien público se encuentra afectado –lo que explica su sumisión al derecho público–, si damos todas las consecuencias a esta posición podríamos afirmar que la desafectación no podría tener el

---

12 Es interesante notar que todo estudio de propiedad pública nace como un concepto dependiente de la propiedad privada. La propiedad pública siempre es vista como una versión “amplificada” o “limitada” de la propiedad privada. Cfr. PHILIP YOLKA. *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Prefacio de YVES GAUDEMET, París, LGDJ, 1997.

efecto deseado –excluir al bien de un régimen exorbitante– puesto que el bien seguiría siendo propiedad de la administración, y por lo tanto, afecto al interés general<sup>13</sup>. Así, la única manera de realmente desafectar un bien fiscal sería mediante la venta, pero según la jurisprudencia, se trata de dos momentos distintos y con consecuencias específicas. Además, aunque se considere que la desafectación sólo se predica de los bienes de uso público<sup>14</sup>, el régimen de los bienes fiscales es tan claramente exorbitante del derecho común, que carece de sentido su cambio de categoría.

Con el fin de evitar este tipo de confusiones e incoherencias endémicas de nuestro sistema jurídico, se requiere pensar en construir la noción de propiedad pública (A), para luego entrar en los nuevos elementos del debate (B) que surgen de las disposiciones constitucionales y de un cambio profundo de la concepción de la administración pública.

---

13 En este sentido es muy dicente la afirmación de la Corte Suprema de Justicia cuando se solicitó la inconstitucionalidad del numeral 2 del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, sobre la improcedencia de la declaración de pertenencia sobre todos los bienes de propiedad de entidades públicas: *“Es decir que, a la larga, unos y otros bienes del Estado tienen objetivos idénticos, en función de servicio público, concepto equivalente pero no igual al de “función social” que se refiere exclusivamente al dominio privado”* y más adelante, *“[e]sto es, que ambas clases de bienes estatales forman parte del mismo patrimonio y solo tienen algunas diferencias de régimen legal, en razón del distinto modo de utilización. Pero, a la postre, por ser bienes de la hacienda pública tienen un régimen de derecho público, aunque tengan modos especiales de administración”*. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 16 de noviembre de 1978.

14 Otra posición consistiría en considerar que la desafectación se hace necesaria sólo para aquellos bienes destinados al uso público, éste parece ser el sentido del artículo 6 de la Ley 9 de 1989 que se refiere exclusivamente a ciertos bienes de uso público que hacen parte del espacio público. En nuestro sentir ésta proposición carece de fundamento por varias razones: En primer lugar, la Ley 9 de 1989 es la ley encargada de velar por la protección del espacio público, lo que explica su aplicación limitada a los bienes que integran este concepto; en segundo lugar, no se ha analizado con claridad la frontera entre un bien afectado a un servicio público puesto a la disposición de los particulares y un bien de uso público. Este tema será un punto esencial a resolver en el desarrollo de nuestras reflexiones.

## **A. Construcción de la propiedad pública. Acercamiento histórico y analítico en el derecho colombiano**

Para poder entender la naturaleza de la propiedad pública en Colombia, se hace necesario un análisis histórico de la misma, partiendo desde el derecho romano y el derecho indiano<sup>15</sup>, para detenernos en la recepción de los distintos modelos que surgen durante los siglos XVIII y XIX en Europa que culminaría con la construcción de la teoría de la propiedad administrativa, cuyo progenitor es M. HAURIUO, y que inspiraría en gran medida, al legislador y a los jueces de la República.

Pero también debemos abordar el concepto de manera analítica. Para construir un concepto autónomo de la propiedad pública, debemos deshacernos de la noción de dominio público ajena a nuestra realidad jurídica, cuyo sustento es imposible encontrar en el derecho positivo, a menos que dejemos de lado los principios aceptados por la jurisprudencia y adoptemos la distinción entre bienes de uso público (dominio público) y bienes fiscales (dominio privado), siendo sólo los primeros inalienables, imprescriptibles e inembargables, pero esto no corresponde al derecho positivo, especialmente protector de los bienes fiscales.

Este acercamiento tiene dos vertientes de igual importancia. De un lado, debemos analizar las categorías clásicas de bienes públicos - los de uso público y los bienes fiscales, lo cual implica hacer una presentación dinámica del derecho colombiano actual. De otro lado, el hecho de que a nuestros ojos dicha dicotomía sea falsa y anacrónica, nos permitirá inventariar las nuevas categorías de bienes para

---

15 Nos encargaremos en un trabajo posterior de estudiar específicamente la influencia de los derechos romano, castellano e indiano, en la determinación actual del derecho de los bienes públicos.

buscar los elementos de la propiedad pública en Colombia, que no pueden ser sinónimo de propiedad afectada. Para lograr esto último debemos detenernos especialmente en la naturaleza de la afectación en nuestra legislación, ya que al determinar el alcance de esta noción podremos descubrir que ella puede separarse de la propiedad pública, siempre y cuando se logre distinguir entre diversos grados de afectación, puesto que todo bien –así como toda actividad– de la Administración, se encuentran imbuidos por el concepto de interés general como objetivo último.

La relación que las Administraciones públicas tienen con sus bienes ha sido y continúa siendo uno de los temas centrales del derecho administrativo. Los autores más reconocidos en esta materia han intentado con diferente éxito resolver desde un punto de vista teórico las complejidades de esa relación jurídica, lo que ha llevado a un abanico de soluciones disímiles en torno a dicha cuestión; se ha reconocido, negado y vuelto a reconocer la propiedad de las personas públicas, ésta última se ha asimilado a una propiedad privada, a un derecho *sui generis*, se ha dicho que es administrativa y ahora se dice que es pública<sup>16</sup>.

La legislación ha sido testigo y parte en el proceso de construcción de este derecho. En los últimos años –particularmente en los países europeos de tradición romanista– ha surgido una miríada de normas generales y específicas sobre el tema, la última a la fecha el Código General francés de Propiedad de las Personas públicas<sup>17</sup>, que busca sistematizar y solucionar ciertos problemas prácticos ligados más a la dominialidad pública que a la propiedad misma, aún cuando el esfuerzo principal de esta codificación fuera esencialmente, el de cerrar los debates en torno a la propiedad pública, a las mutaciones dominiales y al dominio público virtual.

---

16 PHILIP YOLKA. Ob. Cit.

17 Ordenanza n.º 2006-460 de 21 de abril de 2006