

Bogotá, agosto de 2023

Doctor
CARLOS GUILLERMO GRANADO PALACIOS
Gerente
BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA

Doctor
FREDY GUSTAVO ORJUELA HERNÁNDEZ
Secretario Jurídico
GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA

Respetados Gerente y Secretario,

En el marco del contrato de prestación de servicios profesionales No. **No. SJ-CPS-040-2023**, me fue encomendada la tarea de emitir concepto jurídico *relacionado con la vía legal y contractual adecuada en la que deben proceder los copropietarios de los lotes 15 y 16 para la explotación de dichos inmuebles*, así como el acompañamiento relacionado con la gestión de esos bienes durante la vigencia del contrato.

I. Antecedentes jurídicos de los lotes 15 y 16

Sin ánimo de realizar un estudio de títulos en relación con los lotes 15 y 16, de la información aportada por la entidad, en particular en los documentos denominados “*Estudio normativo urbanístico y estrategia de desarrollo para los predios con MI 50C-1447869 y 50C-1447870 denominados Lotes 15 y 16*” y en el “*Análisis de usos y Plan Maestro Parque Simón Bolívar. Dir. Desarrollo del suelo + estructuras y sistemas territoriales*”, se puede concluir lo siguiente:

1. La historia general de los predios, identificada en dichos documentos, da cuenta de que ellos corresponden a una segregación de un predio de mayor extensión que pertenecía al señor José Joaquín Vargas, y que adquirió por adjudicación en sucesión a través de Escritura Pública No. 1522, del 26 de agosto de 1876, de la Notaría Segunda de Bogotá.
2. El señor José Joaquín Vargas, por su parte, testó sus bienes ante Notario y legó parte de su patrimonio a la Beneficencia de Cundinamarca, de

conformidad con lo establecido en la Escritura Pública No. 1077 del 25 de junio de 1937, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Bogotá. Esos bienes se adjudicaron en “plena propiedad” al Hospital San Juan de Dios¹, al Asilo de San José para Niños Desamparados² y al Hospicio de Bogotá³.

3. Del bien inmueble de mayor extensión que se entregó a la Beneficencia mediante Escritura 1077 de 1937, se realizó el desenglobe de dos lotes, a través de la Escritura Pública No. 4798 de 2016, que dieron lugar a la apertura de los Folios de Matrícula Inmobiliaria No. 50C-1447869 y 50C-1447870.
4. El Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50C-1447869, correspondiente al Lote 15, da cuenta de las siguientes anotaciones:
 - a. Una oferta de compra con fines de expropiación por parte del Instituto de Desarrollo Urbano y la adquisición de una porción de 339,9 metros cuadrados (anotaciones 6 a 8).
 - b. La entrega del inmueble, en 2013, como aporte a la sociedad Empresa Departamental Urbanística S.A. (anotación 9).
 - c. La entrega del bien por parte de la Empresa Departamental Urbanística S.A. a la Gobernación de Cundinamarca y a la Beneficencia, a través de la Escritura Pública No. 2126 del 24 de septiembre de 2019 (anotación 10).
 - d. Actualmente, el bien inmueble denominado Lote 15 es de propiedad de la Gobernación de Cundinamarca y de la Beneficencia, sin que se evidencie limitación alguna al derecho de dominio.
5. El Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50C-1447869, correspondiente al Lote 16, da cuenta de las siguientes anotaciones:
 - a. Una oferta de compra con fines de expropiación por parte del Instituto de Desarrollo Urbano y la adquisición de un porción de 646,40 metros cuadrados (anotaciones 6 a 8).
 - b. La entrega del inmueble, en 2013, como aporte a la sociedad Empresa Departamental Urbanística S.A. (anotación 9).

¹ Hoja DZ01938097.

² Hoja DZ01938300.

³ Hoja DZ00994674.

- c. La entrega del bien por parte de la Empresa Departamental Urbanística S.A. a la Gobernación de Cundinamarca y a la Beneficencia, a través de la Escritura Pública No. 2126 del 24 de septiembre de 2019 (anotación 10).
 - d. Actualmente, el bien inmueble denominado Lote 15 es de propiedad de la Gobernación de Cundinamarca y de la Beneficencia, sin que se evidencie limitación alguna al derecho de dominio.
6. Tanto el estudio urbanístico de 2019, como el *Análisis de usos* informan que parte del predio puede ser utilizado como cesión tipo A (20 hectáreas) y que los usos están definidos en el denominado Plan Maestro del Parque Simón Bolívar, contenido en el Decreto 1656 de 1982, modificado por el Decreto 300 de 2003. En consecuencia, en la norma urbana predominan los usos dotacionales e institucionales, así mismo, los predios hacen parte de la estructura ecológica principal.

II. La estructura normativa de los bienes públicos en el derecho nacional

Con el fin de resolver el objeto del concepto que se solicita y dada la complejidad de los términos que utiliza el ordenamiento jurídico en la materia, se requiere, en primer lugar, revisar la forma en que el legislador ha estructurado las categorías aplicables (2.1), así como los mecanismos de transición entre una y otra categoría (2.2) y la metodología utilizada para identificarlos (2.3).

2.1. Las categorías de bienes públicos en el derecho colombiano

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

“ARTICULO 674. Se llaman bienes de la Unión aquéllos 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**”.

Como se puede anotar, en el Código Civil se establece como pieza central la categoría “bienes de uso público”, al considerar que los bienes fiscales no encuentran una definición particular o propia, sino de carácter residual, que se puede enunciar así: **los bienes públicos que no sean de uso público son, necesariamente, bienes fiscales**⁴.

Desde esta perspectiva, se intentó, inicialmente distinguir una y otra categoría, diferenciándolas al considerar que existía una diferencia entre ambas categorías por la posibilidad de su pertenencia a un patrimonio: mientras que los bienes de uso público se entendían como no susceptibles de propiedad, se pretendió afirmar que los bienes fiscales eran una especie de *propiedad privada* de las entidades públicas⁵.

En la actualidad, existe un claro consenso normativo y jurisprudencial en cuanto a que la única distinción relevante es la de la afectación al cumplimiento de ciertas finalidades de interés general -en concreto, el uso público-, pues ambas categorías se encuentran sometidas a la propiedad pública⁶. Ello se ha recogido desde 2012 en la jurisprudencia del Consejo de Estado, con total claridad, en el cual se parte de la base de que tanto los bienes de uso público, como los bienes fiscales están sometidos al régimen de la propiedad pública⁷.

La jurisprudencia reconoce que el ordenamiento jurídico nacional acepta de una manera general el derecho de propiedad pública común a todas las categorías de

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

⁵ Confusión reinante en la jurisprudencia hasta hace no mucho, 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.

⁶ Desde esta perspectiva, es claro que “los bienes de uso público –como categoría jurídica– no se oponen a los bienes fiscales, sino a diversas categorías de bienes públicos cuyo régimen jurídico depende de la libertad de configuración del legislador. El sistema se construye, entonces, a partir del reconocimiento de diversos fundamentos jurídicos de protección de los bienes públicos de igual importancia en el ordenamiento jurídico”, Pimiento Echeverri, Julián, “Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil”, *Revista de Derecho Privado, U. Externado*, No. 21, 2011, p. 231.

⁷ En particular, para mayor claridad, se recomienda revisar Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de junio de 2014, Rad. 2154.

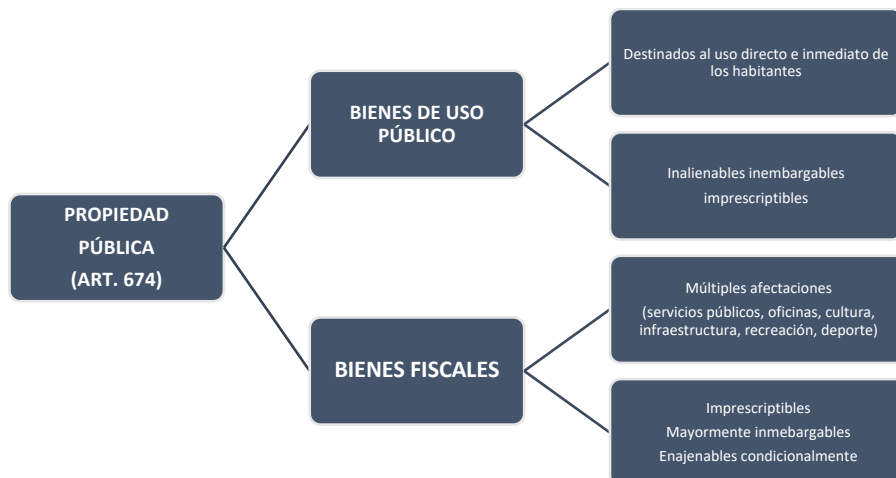
bienes públicos. Este fue el criterio utilizado por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en 2015, cuando señaló:

“Las diferencias y puntos en común entre una y otra categoría son evidentes. En cuanto a los puntos en común, se puede afirmar que: i) ambas categorías se encuentran sometidas a un régimen de propiedad pública, tal y como lo reconoce el propio artículo 674 del Código Civil, en el entendido en que la expresión dominio contenida en el inciso primero de la referida disposición normativa debe entenderse como propiedad a la luz de lo dispuesto en el artículo 669 *ejusdem*, régimen de propiedad pública marcado por la pertenencia a una persona de derecho público; ii) en punto a su régimen jurídico, los bienes de uso público y los fiscales son imprescriptibles atendiendo lo prescrito en los artículos 2519 del Código Civil y 407 del C. de P. C. –ahora 375 C.G.P.-; iii) de igual manera, en lo que atañe a su inalienabilidad e inembargabilidad, el legislador ha establecido que los bienes de uso público y los fiscales destinados a un servicio público son inembargables –artículo 684 del C. de P. C.-, y serán inalienables aquellos que el constituyente o el legislador hayan calificado como tales, es el caso del subsuelo 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”⁸.

Estas reglas se pueden condensar como se ve en el siguiente gráfico:

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, exp. 31612, la cual acogió la postura que hemos venido defendiendo desde 2010. Cf. Pimiento Echeverri, Julián y Santaella, Héctor, “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*, RIBP-CDA, Lima, 2015, p. 332 y 333.



Así, como primera conclusión, que se puede extraer de la jurisprudencia en cita es que los bienes de uso público y los bienes fiscales, se encuentran sometidos a un régimen común, ligado a la propiedad pública. Así mismo, la diferencia entre una y otra categoría corresponde al destino o uso que se le dé a los bienes públicos, ese destino o uso adquiere el nombre técnico de afectación.

2.2. La calificación de un bien como de uso público o como fiscal

No hay un inventario claro desde el punto de vista normativo que permita calificar un bien público como de uso público⁹. Por lo anterior, para definir en qué categoría se debe integrar un determinado bien público, se deben revisar los siguientes elementos:

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

⁹ Recuérdese, los bienes fiscales son aquellos que no se pueden clasificar como de uso público.

público, en especial se puede hacer referencia a las plazas de mercado¹⁰ o el Coliseo Cubierto El Campín¹¹.

ii) En segundo lugar, en caso de que el bien no se enmarque en las categorías de bienes de uso público definidas por la ley, la doctrina ha definido que los elementos característicos del uso público son la libertad, la gratuidad y la universalidad en el uso.

iii) En tercer lugar, se debe tener en cuenta la causa u origen de la adquisición. Por ejemplo, para el escenario deportivo denominado El Campincito, el Consejo de Estado señaló: *“si el bien es fiscal, tal como fue certificado, la destinación que se le dé al mismo no implica la mutación de su naturaleza por cuanto, como se explicó, se asignan bienes fiscales a ciertas entidades estatales a efecto de que las mismas puedan cumplir con las funciones que les fueron encomendadas”*¹².

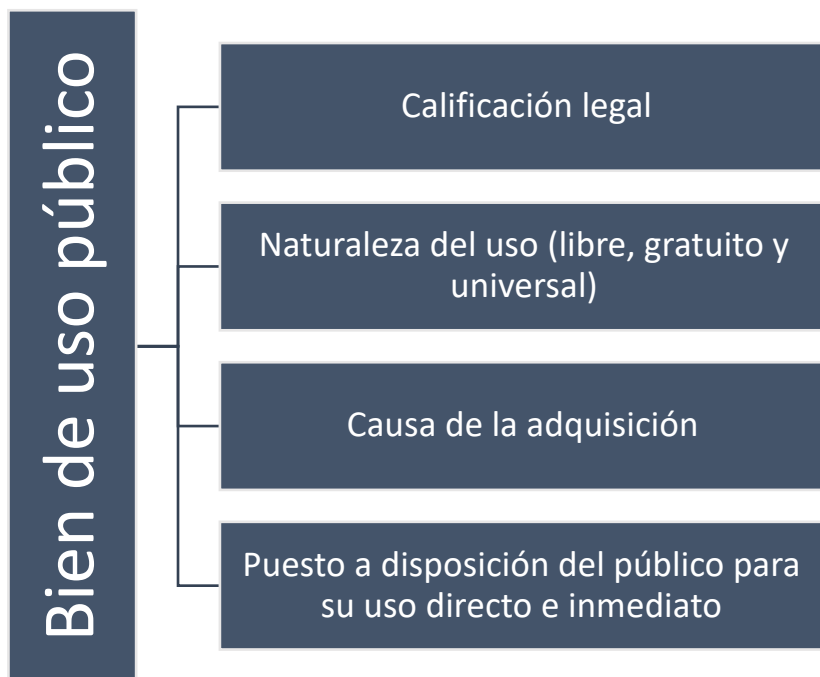
iv) Desde un punto de vista más sustancial, para avanzar una definición que permita distinguir entre ambas categorías, se puede afirmar que los bienes de uso público se han catalogado como aquellos bienes públicos que se han puesto a disposición del público para su uso directo e inmediato. Es decir, para que puedan catalogarse de esta manera, la Administración propietaria debe haber tenido como propósito destinar el bien para el uso de los ciudadanos, este uso debe ser directo y no como un medio para acceder a un servicio que preste el Estado¹³.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de julio de 1990, Exp. 959. De manera más reciente, en sentencia de 2010, la Sección Primera del Consejo de Estado encontró que la Plaza de Mercado “San Isidro” de Villavicencio es un bien de uso público, por cuanto, por una parte, le pertenece a una entidad de derecho público y, por la otra, *“por su naturaleza de plaza de mercado, como por los diferentes documentos y manifestaciones de las partes, es un predio abierto al público que se encuentra destinado a prestar el servicio a la población de Villavicencio”* (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de octubre de 2010, Exp. 50001-23-31-000-2005-00055-01(AP)). Igual ocurrió en sentencia de 2019 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de noviembre de 2019, Exp. 41934), en la cual la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pronunció acerca de un contrato de concesión de una plaza de mercado y reafirmó el carácter de bien de uso público del bien inmueble concesionado.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2004, Exp. 16245. Razonamiento similar, pero para un mercado, se encuentra en: Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, 30 de agosto de 2001, Rad. 1341.

¹³ Otra definición indica que son aquellos necesarios para el ejercicio de libertades fundamentales, en particular la libre locomoción.



Por otra parte, si se quisiera hacer un inventario, dentro de esta categoría se encuentran:

- a. Los bienes de uso público naturales (aguas públicas marítimas y fluviales, ronda hídrica –si no afecta derechos adquiridos-, playas, zonas de bajamar, los bienes ejidos).
- b. Los bienes uso público artificiales (calles, puentes, plazas, caminos, plazas de mercado municipales, aeropuertos y otros determinados por la ley o por la jurisprudencia), por regla general también hacen parte de esta categoría, aquellos que integran el patrimonio público como consecuencia de las cesiones obligatorias gratuitas, destinadas a la provisión de calles, andenes, parques y del equipamiento urbano destinado al uso público.

No hay muchas definiciones de los bienes de uso público en la ley, sin embargo, la más práctica es aquella contenida en el parágrafo 2 del artículo 139 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana -Ley 1801 de 2016, intenta definir, para los efectos de ese código el concepto de bien de uso público y al respecto dispone: “Para efectos de este Código se entiende por bienes de uso público los que permanentemente están al uso, goce, disfrute de todos los habitantes de un territorio,

como por ejemplo los parques, caminos o vías públicas y las aguas que corren” (énfasis añadido).

Respecto de los bienes fiscales, por otra parte, se debe precisar que el Código Civil no trae una definición positiva, pues como se indicó **se trata de una categoría residual**.

No obstante, el Código Nacional de Seguridad y Convivencia sí contiene un esbozo de definición que aplica para los solos efectos de ese código, pues en el parágrafo del artículo 139, estableció que los bienes fiscales son *“los de propiedad de entidades de derecho público, cuyo uso generalmente no pertenece a todos los habitantes y sirven como medios necesarios para la prestación de las funciones y los servicios públicos, tales como los edificios, granjas experimentales, lotes de terreno destinados a obras de infraestructura dirigidas a la instalación o dotación de servicios públicos y los baldíos destinados a la explotación económica”*. Sin embargo, aunque útil para algunos aspectos, esa definición se circunscribe a los aspectos propios del derecho policivo.

Los bienes fiscales pueden estar sometidos a regímenes distintos, según la afectación que les sea propia:

“a. los bienes fiscales destinados a servicios públicos; b. los bienes fiscales destinados a afectaciones ambientales; c. los bienes fiscales destinados a infraestructura de transporte; d. el patrimonio arqueológico; e. los bienes del archivo nacional; f. los títulos valores; g. Subsuelo e hidrocarburos; h. el espectro electromagnético y las redes de telecomunicaciones de propiedad pública; i. los bienes baldíos; j. los bienes fiscales sin destinación específica actual (adquiridos mediante extinción del dominio, dación en pago, adjudicación judicial o sucesoral). Lo relevante consiste en identificar la destinación del bien fiscal para aplicarle el régimen jurídico propio de la actividad para la cual están destinados”¹⁴.

No se trata, por otra parte, de categorías impermeables y desconectadas. Dada la complejidad en materias relacionados con la infraestructura que sirve de soporte para la realización de múltiples intereses generales, la jurisprudencia ha señalado que al interior de un bien de uso público, se pueden encontrar bienes fiscales¹⁵. La

¹⁴ Pimiento E., Julián, “Los bienes públicos: instrumentos al servicio del interés general”, en Santaella, Héctor (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, T. II, U. Externado, 2019.

¹⁵ Por otra parte, es importante puntualizar que **sin necesidad de acudir a las diferentes concepciones de los bienes de uso público que se han mencionado en esta providencia, los locales comerciales ubicados en los aeropuertos de propiedad de la Aeronáutica Civil se consideran bienes de carácter fiscal por razón de su destinación**, de acuerdo con la jurisprudencia

pertenencia a una u otra categoría tiene incidencia en el régimen determinado para su gestión y uso.

2.3. La afectación como elemento central para distinguir una u otra categoría de bienes públicos

La afectación es el acto o el hecho previo y necesario que da lugar a la aplicación de los bienes de uso público, pues con él se pone *a disposición de los particulares una propiedad pública para que sea utilizada directamente por ellos*. La afectación tiene como consecuencia la clasificación del bien en la categoría de *bienes de uso público* en el sentido del artículo 63 de la Constitución y 674 del Código Civil y la consecuente aplicación del régimen jurídico compuesto por la inalienabilidad, imprescriptibilidad y la inembargabilidad; por lo anterior, la afectación se considera como “[u]na manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto”¹⁶, sin embargo, para que esta particular manifestación de la voluntad tenga efecto, es necesario que su objeto sea una propiedad pública.

En una sentencia hito la Corte constitucional propuso las bases de la afectación, según esa Corporación, “[l]a afectación consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto. Como se desprende de la anterior definición, para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificables: a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público”¹⁷.

Así, la afectación es el mecanismo mediante el cual un bien fiscal se convierte en bien de uso público; el procedimiento contrario se denomina desafectación.

La desafectación es la declaración de voluntad del poder público apta para sacar, luego de ciertas formalidades, un bien de la categoría de los bienes de uso público.

del Consejo de Estado que se ha expuesto en el presente punto, de manera que con base en dichos pronunciamientos, aun en el supuesto aplicar en forma simple la clasificación del Código Civil, se predica la posibilidad de celebrar el contrato de arrendamiento sobre los referidos locales comerciales toda vez que –también– siguiendo los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil se encuentran excluidos de las restricciones impuestas a los denominados *bienes de uso público*”, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de octubre de 2014, Exp. 29851.

¹⁶ Corte Constitucional, T-150/95.

¹⁷ Corte Constitucional, T-150/95.

Es entonces *“el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial ya sea del Estado o de los particulares. Es necesario aclarar que la desafectación no consiste en una extinción del dominio sino en una modificación del régimen jurídico que se le aplica”*¹⁸.

No existe un régimen general de desafectación para todos los bienes de uso público. Es posible, sin embargo, encontrar algunos principios generales y regulaciones sectoriales. Esos principios se establecieron en la sentencia precitada de la Corte constitucional, T-150/95, así, para que un bien pueda desafectarse, es necesario que: **1.** el bien deje de ser utilizado por la comunidad; y, **2.** haya una manifestación de la voluntad de la Administración, en efecto, *“la falta de uso de un bien no es el único factor determinante dentro de la teoría de la desafectación, por cuanto de no existir una manifestación clara de autoridad competente o ley que lo autorice sería aplicar la prescripción extintiva del dominio a este tipo de bienes, aspecto que está prohibido expresamente por la Constitución”*¹⁹.

El artículo 6 de la ley 9 de 1989 estableció un régimen de desafectación según el cual un bien destinado al uso público podría desafectarse por el Concejo municipal, por iniciativa del alcalde, y solamente en los casos en que el municipio lo haya reemplazado previamente por un bien de condiciones equivalentes u homogéneas²⁰. El texto literal de la norma establece:

“Artículo 6. El destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes.

“El retiro del servicio de las vías públicas continuará rigiéndose por las disposiciones vigentes. Los parques y zonas verdes que tengan el carácter de bienes de uso público, así como las vías públicas, no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito”.

Para el Consejo de Estado, es factible no realizar el canje de manera concomitante con la desafectación, pues ella funciona como una condición. En este sentido, se puede revisar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 15 de marzo de 2018, Radicado 05001-23-31-0000-2006-03673-01.

¹⁸ Corte Constitucional, T-150/95.

¹⁹ Corte Constitucional, T-150/95.

²⁰ Para la evolución legislativa de la institución, Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, Exp. AP-0051.

Así, pues, para definir si un bien público es de uso público o fiscal, se debe analizar la afectación concreta que tiene y/o si, a pesar de tratarse de un bien de uso público, fue sometido al procedimiento de la desafectación.

2.4. Los lotes 15 y 16 de propiedad de la Gobernación Cundinamarca y de la Beneficencia son bienes fiscales

Como se indicó con suficiencia más arriba, en el derecho colombiano los bienes públicos son de uso público o fiscales; serán bienes fiscales, aquellos que no puedan calificarse como bienes de uso público. **Debe recordarse que los bienes de uso público se identifican así: i) si opera una calificación legal; ii) si el uso que se le ha dado es libre, gratuito y universal; iii) si el bien se adquirió para ser utilizado por la entidad; y/o, iv) la entidad la puso a disposición del público para su uso directo e inmediato.**

En el caso concreto de los lotes 15 y 16, su calificación no puede ser otra que la de bienes fiscales. En efecto, si bien es cierto que los lotes 15 y 16 son públicos, pues pertenecen a la Gobernación de Cundinamarca y a la Beneficencia, no lo es menos que no existe una disposición normativa que defina que por su uso o afectación esos bienes puedan considerarse como bienes de uso público del Departamento.

Al respecto, no sobra resaltar que existen unas afectaciones concretas que recaen sobre esos predios derivadas del Plan Maestro del Parque Simón Bolívar, contenido en el Decreto 1656 de 1982, modificado por el Decreto 300 de 2003, se pueden catalogar de la siguiente manera:

1. Hotel: Situado en el extremo sur, en un terreno de aproximadamente 6 hectáreas.

2. Teatro Metropolitano: Comprende un conjunto de teatros con sus respectivos servicios, situado en un predio adyacente a la calle 53 y a la avenida Guernica.

3. Centro Internacional de Comunicaciones y Centro internacional de Asambleas Cinco Centros de Promoción de Productos Nacionales.

4. La Sede Episcopal: una Iglesia Parroquial para el sector y una zona de estacionamientos situadas sobre la avenida Guernica y en la zona noroccidental

del conjunto.

Esos posible usos se encuentran supeditados a que, efectivamente, se ejecuten los proyectos definidos en el Plan Maestro correspondiente. En cualquier caso, mientras el inmueble no sea adquirido por el Distrito, esas afectaciones no se activan toda vez que tanto el Decreto 1652 de 1982, como el Decreto 300 de 2003 permiten usos temporales, con autorización de la autoridad competente. Aun así, el tipo de afectaciones que se establecen no convierten *per se* los bienes inmuebles en cuestión en *bienes de uso público*, puesto que:

- i) se requeriría la transferencia de las áreas de cesión, en caso de que sigan vigentes y su consecuente incorporación en el patrimonio distrital;
- ii) mientras ello ocurra y ante la ausencia de anotaciones en tal sentido en los Folios de Matrícula Inmobiliaria 50C-1447869 y 50C-1447870, le corresponde al propietario explotarlos económicamente con actividades permitidas según la norma urbana aplicable.

Por otra parte, el hecho de que el Parque Simón Bolívar haga parte de la Estructura Ecológica Principal tampoco indica que el bien pueda ser considerado como un bien de uso público, toda vez que, para que ello pudiera operar, los Lotes 15 y 16 deberían ser adquiridos por el Distrito de Bogotá, a través de compra o expropiación, en caso de que pretenda integrarlos al Parque como bienes de uso público. En efecto, al tratarse de bienes pertenecientes a un patrimonio distinto del distrital, las disposiciones contenidas en los instrumentos de planificación urbanística o de ordenamiento del territorio, no pueden cambiar su naturaleza, sino limitar los usos permitidos.

En este caso, para que esos bienes inmuebles integren efectivamente la estructura del Parque Simón Bolívar deben ser de propiedad del Distrito, razón por la cual, para la Gobernación de Cundinamarca y la Beneficencia esos bienes son fiscales y pueden ser usados de conformidad con su naturaleza, siempre y cuando su uso sea avalado por la autoridad local en caso de que se pretenda desarrollar actividades económicas.

Tampoco se encuentran razones para considerar que los bienes inmuebles fueron adquiridos por la Beneficencia -inicialmente y luego en conjunto con la Gobernación- para que fueran puestos a disposición del público para su uso directo e inmediato. Es más, por el contrario, esos bienes fueron entregados a la Beneficencia en 1937 en *plena propiedad* para que se cumplieran las finalidades propias del Hospital San Juan de Dios, el Asilo de San José para Niños Desamparados y al Hospicio de Bogotá,

todos ellos bajo la administración de la entidad legataria. Por otra parte, se trata de predios que, desde su adquisición, siempre han permanecido cerrados al público, sin que se haya exigido o podido exigir poner a disposición esos bienes para el uso directo e inmediato de los habitantes, como lo ordena el artículo 674 del Código Civil.

Como se puede ver, entonces, **bajo ninguno de los criterios reseñados se podría considerar que los Lotes 15 y 16 son bienes de uso público, como consecuencia de lo cual, se debe afirmar que son bienes inmuebles fiscales de una entidad departamental.**

III. Los contratos relacionados con la administración de los bienes fiscales en el derecho nacional

El hecho de que los Lotes 15 y 16 sean catalogados como bienes fiscales abre un abanico de posibilidades desde el punto de vista contractual. A diferencia de lo que ocurre con los bienes de uso público, que son inalienables e inembargables, los bienes fiscales son susceptibles de ser objeto de una amplia gama de contratos, como consecuencia de ello pueden ser dados como aporte a sociedades, se pueden constituir derechos reales como el usufructo o la servidumbre, pueden transferirse a patrimonios autónomos, entre muchos otros.

En el caso de explotación temporal en favor de terceros, los bienes fiscales pueden ser objeto de diversos tipos contractuales que van desde la concesión, en casos excepcionales, hasta el contrato de comodato, pero el contrato típico para gestionar económicamente este tipo de bienes es el de arrendamiento.

3.1. La procedencia excepcional del contrato de concesión para gestionar bienes fiscales

Según el artículo 32.4 de la ley 80 de 1993, una concesión es todo contrato con el siguiente objeto:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general,

en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

En efecto, la concesión, en el derecho colombiano, involucra tres modalidades:

- a. obra pública**, a través de la cual se remunera la realización de una obra por parte del concesionario con la explotación del bien.
- b. servicio público**, en la cual el concesionario presta un servicio público en nombre de la entidad concedente y recibe una contraprestación por ello, consistente, por regla general, en un componente del costo del servicio.
- c. bien público**, en la cual el Estado entrega un bien de su propiedad para que el concesionario lo explote y le pague un valor a la entidad concedente por el derecho a usar el bien.

La jurisprudencia no siempre ha entendido la evidente distinción entre esas modalidades de concesión y ha buscado crear reglas generales que son de difícil aplicación a cada uno de esos supuestos. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado acerca de los elementos del contrato de concesión, como se dijo, sin mayor distinción acerca de su modalidad. Así, por ejemplo, en sentencia C-068 de 2009, la Corte Constitucional afirmó:

“... (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública; (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

En esta misma línea, en la sentencia C-300 de 2012 se explicaron *in extenso* algunos de estos elementos:

“Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) **con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal.** La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.

El **objeto** de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la ley 80, es delegar a una persona –concesionario- “(...) **[i]** la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o **[ii]** la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o **[iii]** **bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio**”. Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuren las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.

La **remuneración** puede consistir “(...) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual”, entre otras posibilidades.

El **plazo** debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.

El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato **por su cuenta y riesgo**, lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras, pero **bajo la vigilancia y control de la entidad contratante**” (énfasis añadido).

El Consejo de Estado, por su parte, identificó los elementos de la concesión en el marco de la Ley 80 de 1993. Así, por ejemplo, en sentencia de 1997, se señaló:

“La concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, **entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o**

la explotación de un bien estatal. Le asiste razón al actor cuando afirma que el contrato de concesión para la explotación de los juegos de suerte y azar es de los mismos a que se refiere la ley de contratación administrativa, así el tipo de actividad a explotar no encaje en la definición de servicio público que trae la ley (art.2o. ordinal 3 ley 80 de 1993), toda vez que de la definición legal puede extraerse un concepto genérico, debido a que en nuestra legislación la concesión supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudir a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio. En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, no significa que las concesiones de otra especie como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas²¹ (énfasis añadido).

En providencia de 2005, la Sección Tercera del Consejo de Estado resaltó:

“El numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, definió al contrato de concesión como aquél que celebra una entidad pública con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien, destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

“La norma que se deja expuesta destaca como características principales del contrato las siguientes:

-La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1998, Exp. 10217.

-O el particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga.

- El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública.

-El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público.

-La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario.

-El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación.

-El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.

Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato.

En Colombia desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del país. A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial, bajo el sistema de concesión, en el objetivo fundamental de vincular el capital privado a la infraestructura del transporte con el fin de lograr mayores niveles de competitividad y liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios²².

Así mismo, en sentencia del 3 de diciembre de 2015, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó:

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 9 de enero de 2005, Exp. 27921.

“De igual forma, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que son características propias del contrato de concesión²³: i) dentro de la celebración del contrato, interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato.

“4.9.- Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, resulta perfectamente posible la presencia, en un momento determinado, en el tráfico jurídico, de conformidad con las necesidades públicas, calificadas discrecionalmente por la administración, de un simple contrato de concesión de obra pública, esto es, cuyo objeto consista en *“la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien”*, diferente de un simple contrato de obra, esto es, reuniendo los demás requerimientos del artículo en comento para ser calificado como de concesión, y cuyo propósito sea el de atender una necesidad de la comunidad; así mismo, de manera autónoma, es posible encontrar en el mismo tráfico jurídico, simples contratos de concesión de servicios públicos, cuyo objeto no trascienda más allá de la *‘prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público’*²⁴”.

En la famosa sentencia del Coliseo Cubierto El Campín, toda concesión está caracterizada por:

“(i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (ii) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde

²³ Cita textual: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp.: 14390.

²⁴ Cita textual: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 19 de junio de 1998. Exp.: 10217. No obstante lo anterior, esta Corporación ha sostenido que el contrato de concesión no necesariamente debe circunscribirse, en su objeto, a las tres modalidades enunciadas, en tanto que *“el contrato de concesión no sólo se celebra para las prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público”*

participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (iii) **hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público**²⁵ (énfasis añadido).

El Consejo de Estado concluye que en el marco de las concesiones *“el Estado contratante le otorgará, a más del derecho a construir la obra o explotar el bien o servicio, la remuneración correspondiente, la cual usualmente provendrá de la explotación económica del objeto de la concesión”*²⁶.

En particular, en relación con el contrato de concesión de obra pública, la doctrina ha considerado que existen unos elementos particulares. Así, para Dávila Vinueza este contrato *“tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas o la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras públicas ya existentes, con la particularidad que la remuneración al particular concesionario la paga la administración otorgándole la explotación de la obra por un término preestablecido, dentro del cual percibe de los usuarios las tarifas o peajes autorizados”*²⁷.

En consecuencia, solo se podrá acudir a la concesión cuando:

- i) El Estado requiera de un particular la realización de una obra pública, la gestión de un servicio o la explotación de un bien del Estado.
- ii) La concesión de explotación de bienes del Estado solo puede recaer sobre bienes destinados al uso público o a la prestación de servicios públicos.
- iii) El contrato de concesión exige, según la jurisprudencia nacional, que se otorgue una contraprestación al concesionario, que provendrá de la explotación del bien y que está destinado a compensar la utilización del bien.

En el caso de los Lotes 15 y 16 no se hace en el estado actual viable el uso de un contrato de concesión, teniendo en cuenta que no se trata de bienes destinados a un uso público o a la prestación de un servicio público; a menos que, excepcionalmente y de manera expresa, las entidades públicas propietarias

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390. Cf. también, Consejo de Estado, concepto de 5 de mayo de 1999, Exp.1190 y Consejo de Estado, Sec. 3, 9 de diciembre de 2004, Exp. 27921.

²⁶ Ver, también, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de mayo de 2020, Exp. 48961. Cf. Rodríguez Tamayo, Mauricio, *Los contratos estatales en Colombia*, Tirant lo blanch, 2022, p. 546.

²⁷ Dávila Vinueza, Luis, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 3ª ed., legis, 2017, p. 876.

decidan involucrar el bien en el marco de un proyecto de infraestructura que tendría, en todo caso, que estar acorde con lo establecido en el Plan Maestro del Parque Simón Bolívar.

3.2. La procedencia del contrato de comodato en casos especiales

El contrato estatal de comodato no está regulado de manera directa en el Estatuto General de Contratación, razón por la cual, para determinar la regulación del contrato y su naturaleza jurídica, se debe acudir al Código Civil y a la doctrina que se ha construido desde esa rama del derecho. No obstante, este contrato resulta particularmente importante para la gestión de bienes públicos, como lo ha señalado el Consejo de Estado:

“Cabe señalar que el contrato de comodato, hoy por hoy, es más común en el derecho contractual administrativo que en el derecho privado; es una figura que ha permitido a las diferentes entidades estatales generar ahorro en componentes de gastos, tales como arrendamiento de sedes, costos de administración, mantenimiento y conservación de los bienes públicos; lo que evidencia algunas de las bondades de esta figura independientemente de las políticas que se dicten en materia de administración de los bienes públicos y de las posibilidades económicas que el Estado tiene para su manejo directo”²⁸.

En primer lugar, se debe resaltar que el contrato de comodato o “préstamo de uso”, según Bonivento, desde el derecho romano se daba *“cuando entre amigos o vecinos se entregaba una cosa no consumible para que la usaran a título gratuito con la obligación de restituirla. Revestía el carácter de intuitu personae”*²⁹. Definido por el Código Civil, como un *“contrato en el cual una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie de mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso”* (artículo 2200).

En consecuencia, se puede afirmar que este contrato es:

- a. Real;
- b. Unilateral;
- c. Gratuito;
- d. Principal;
- e. Nominado.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de julio de 2003, Rad. 1510.

²⁹ Bonivento Fernández, José Alejandro, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Ed. El Profesional, 18ª ed., 2012, p. 671.

En efecto, se ha entendido que es un contrato real, pues “*no se perfecciona sino con la tradición de la cosa*”, entendida ésta como la entrega material del inmueble³⁰. Se ha considerado, también, que es de carácter unilateral, pues surgen para el comodatario las obligaciones de *conservación, de uso y de restitución*, mientras que el comodante, en principio, no contrae obligación distinta que la de entregar la cosa para permitir su goce pacífico, salvo en lo que tiene que ver con la posibilidad de indemnizar las mejoras. Es de la esencia del contrato, además, su gratuidad, característica que lo distingue de otros contratos, en particular del arrendamiento. La gratuidad tiene importantes efectos relacionados con las mejoras, que serán tratados más adelante.

El comodatario, al recibir la cosa, asume una obligación general de conservarla, por ello se hace responsable hasta la culpa levísima (artículo 2203) y por la naturaleza del contrato su situación jurídica será la de mero tenedor. Sin embargo, cuando el comodato es *en pro de ambas partes*, de conformidad con el artículo 2204 del Código Civil, la responsabilidad del comodatario llega hasta la culpa leve y si es sólo en beneficio del comodante, solo responderá por culpa grave.

Como es evidente, dentro de las obligaciones del comodatario se encuentran las generales de:

- i) *darle el uso que ha acordado previamente* con el comodante, y a falta de estipulación, se recibirá la cosa para usarla de acuerdo con el uso ordinario de ella.
- ii) *debe restituir* la cosa, en el tiempo acordado y a falta de convención, después del uso para que el que ha sido prestada. La devolución de la cosa deberá hacerse en el estado en la que la recibió, salvo cuando ha habido deterioro que provenga de la naturaleza o de su uso legítimo. El deber de restitución, encuentra, a su vez un límite en la posibilidad de retener la cosa, en caso de que se justifique por la realización de ciertas mejoras.

El contrato estatal de comodato, por definición legal, encuentra unas limitaciones especiales, en particular, aquellas que se derivan de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, a cuyo tenor:

Artículo 38°.- Las entidades públicas no podrán dar en comodato sus inmuebles sino únicamente a otras entidades públicas, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones que no repartan utilidades entre sus asociados o fundadores ni adjudiquen sus activos en el momento de su liquidación a los mismos, juntas de

³⁰ Ochoa Carvajal, Raúl, Bienes, 9ª ed., Temis, 2020, p. 106.

acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores, y por un término máximo de cinco (5) años, renovables.

Los contratos de comodato existentes, y que hayan sido celebrados por las entidades públicas con personas distintas de las señaladas en el inciso anterior, serán renegociados por las primeras para limitar su término a tres (3) años renovables, contados a partir de la promulgación de la presente Ley.

Estas características especiales se pueden resumir así:

a. El comodatario es cualificado, pues solo podrán entregarse bienes públicos en comodato a otras entidades públicas³¹, sindicatos, cooperativas, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, Juntas de acción comunal, fondos de empleados y/o similares.

b. Duración limitada a 5 años, renovables³².

c. La causa del contrato debe ser, según el artículo 355 constitucional, que los bienes deben destinarse para *“impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo”*³³.

En este contexto, el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha creado otras reglas particulares derivadas de la naturaleza de los bienes objeto del contrato, de acuerdo a lo señalado en algunas normativas sectoriales.

a. Los bienes entregados en comodato -fiscales o de uso público- no pueden perder su “destino social”.

b. La entrega de los bienes no puede implicar una fuente de ingreso para la administración propietaria, pues mutaría el carácter gratuito del contrato. Al respecto se ha señalado que *“la destinación que haga el comodatario del bien propiamente tal y de sus frutos, no puede apartarse de la finalidad social que tanto los bienes fiscales, como de uso público están llamados a prestar. Lo*

³¹ Se puede celebrar con cualquier entidad pública, independientemente de su naturaleza jurídica, incluso las sociedades de economía mixta. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2020, Exp. 41887.

³² Aunque no se definió un plazo máximo.

³³ El Consejo de Estado hizo este puente entre el artículo 355 y el contrato de comodato, al señalar: “En el entendido de que el comodato tiene por objeto entregar un bien de una entidad pública a otro sujeto sin contraprestación alguna, la Sala considera que el comodato está comprendido dentro de los supuestos a que alude dicha disposición y, por ende, debe tener por causa el *impulso de programas y actividades de interés público*”, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, Exp. 15466.

*anterior, sin perjuicio, obviamente, en el caso de las asociaciones o fundaciones de los gastos necesarios para el sostenimiento y existencia de las mismas*³⁴.

En consecuencia, la utilización del contrato de comodato en el ámbito de la contratación estatal encuentra unos límites especiales, para evitar caer en la prohibición del artículo 355 constitucional, pero solo puede operar para realizar proyectos que se identifiquen con la realización de finalidades sociales propias de la entidad y deben considerarse excepcionales dado su carácter gratuito.

3.3. El contrato de arrendamiento de bienes fiscales como mecanismo ordinario para la explotación económica de bienes fiscales

El contrato de arrendamiento es el contrato típicamente utilizado para gestionar bienes fiscales de las entidades públicas. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en relación con la noción de los contratos estatales, establece que: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]”*. Por su parte, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en la autonomía de la voluntad como principio básico de cualquier negocio jurídico, establece:

“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza [...] Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

*En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, **condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración**”.* (Énfasis añadido).

Teniendo en cuenta el fundamento normativo anterior, el ordenamiento jurídico ha definido el contrato de arrendamiento de conformidad con el artículo 1973 del Código Civil: *“El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*. En igual sentido, el artículo 1981 del Código Civil, precisa: *“Los*

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de julio de 2003, Rad. 1510.

arrendamientos de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los códigos o en las leyes especiales”.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado se ha pronunciado en repetidas ocasiones en relación con el origen y la libertad negocial que debe conducir a la configuración del contrato estatal de arrendamiento:

“Con la expedición de la Ley 80 de 1993 desapareció la regulación específica para el contrato de arrendamiento estatal y la normativa acerca de un plazo máximo para el arrendamiento predeterminado en la Ley, al paso que este tipo de contratos quedó bajo la regulación general del contrato estatal³⁵ sobre la cual se debe tener en cuenta que el contrato debe constar por escrito y que la ley estableció como límite máximo a la adición del contrato el 50% de su valor inicial, de conformidad el párrafo final del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que a la letra dice:

‘Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales’.

El Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, reconoció la libertad negocial, siempre que los acuerdos se ajusten a las normas del propio estatuto contractual, a las normas de derecho civil y comercial y acudió a la fijación de los límites contractuales por la vía general de la aplicación de la Constitución, la Ley, el Orden Público, los Principios de la contratación estatal y los de la buena administración³⁶.

Desde esta perspectiva, se puede indicar que el contrato estatal de arrendamiento se rige por el articulado de la Ley 80 de 1993, que debe guiar todo su contenido, y aquella normatividad especial (art. 2 de la Ley 1150 de 2007; art. 83 del hoy derogado Decreto 1510 de 2013 y el Decreto 1082 de 2015), que debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 (Integración normativa), al disponer que los contratos que celebren las entidades *“se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”*³⁷.

³⁵ “En efecto, el contrato de arrendamiento sólo fue mencionado en las normas de la Ley 80 de 1993 para efectos de citarlo como uno de los contratos en los que se prescindirá de cláusulas o estipulaciones excepcionales, de conformidad con el parágrafo del artículo 14, y para permitir la escogencia del contratista sin el requisito de la licitación de acuerdo con el artículo 24 de la referida Ley 80 de 1993”.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Rad: 25000-23-26-000-2001-02337-01(27875).

³⁷ Artículo 2, numeral 4, literal i) de la Ley 1150 de 2007: “[...] 4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: [...] i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles”.

Así mismo, en relación con la definición del artículo 1973 del Código Civil, las características y los elementos del contrato de arrendamiento, el Consejo de Estado ha agregado:

“[...] De la precitada definición se deduce que son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de bienes los siguientes: -La concesión del goce o uso de un bien -. El precio que se paga por el uso o goce del bien-. (El consentimiento de las partes) Del contrato de arrendamiento surge para el arrendador la obligación de entregar el bien y permitir el uso y goce del mismo al arrendatario; para este surge la obligación de pagar el precio correspondiente al canon por la tenencia del bien, conservarlo conforme al destino del mismo y restituirlo en la oportunidad convenida. Son características del contrato de arrendamiento ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo de dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada, distribuida en el tiempo en el cual las fases individuales de las prestaciones se pueden realizar con vencimiento fijo”³⁸.

En efecto, el artículo 2.2.1.2.1.4.11. del Decreto 1082 de 2015 contempla que las Entidades Estatales pueden arrendar inmuebles mediante la modalidad de contratación directa atendiendo a dos reglas o presupuestos fundamentales³⁹:

“Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

- 1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.**
- 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública”.** (Énfasis añadido).

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de marzo de 2001, exp. 13352.

³⁹ Aplicativo Colombia Compra Eficiente: “*En esos casos, la Entidad Estatal debe elaborar los estudios y documentos previos, efectuar un estudio del sector que le permita identificar las condiciones en que debe ofrecer el arrendamiento, analizar los Riesgos y establecer las medidas necesarias para garantizar que el principio de selección objetiva sea satisfecho con ocasión de la selección del arrendatario, para lo cual, puede definir procedimientos competitivos que los interesados deban seguir para celebrar la contratación directa con quien ofrezca las mejores condiciones en términos de valor del canon, plazo y condiciones patrimoniales del arrendatario, entre otras. Cabe anotar que solo en forma excepcional las Entidades Estatales pueden arrendar sus inmuebles, pues al ser bienes fiscales, estos deben estar destinados a sus funciones, es decir a la operación del servicio o función pública y cuando dicha destinación no es posible, entregar su administración o enajenación de acuerdo con los procedimientos previstos en normas generales aplicables*”. Disponible en: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/arrendamiento-de-inmueble> .

En relación con el alcance y los límites que se deben prever en un contrato de arrendamiento estatal, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 28 de enero de 2010, precisó:

“Entiende la Sala que la aplicación de las normas civiles y comerciales a los contratos de arrendamiento celebrados por entidades estatales está dominada en primera medida por la autonomía de la voluntad de las partes, según lo dispuesto por la ley 80 de 1993, en los artículos 32 y 40, es decir por el texto mismo del contrato, pues este que constituye ley para las partes.

“La determinación de las prórrogas, renovación y los aspectos propios del arrendamiento, deben evaluarse a partir del acuerdo conforme a la totalidad de las partes del negocio, sin que pueda ser posible, en principio, aplicar disposiciones que no fueran pactadas expresamente, salvo que no haya disposición concreta de determinada situación. En esta medida **la aplicación de las normas civiles y mercantiles a los contratos de arrendamiento estatal, se encuentran limitadas al contrato, y adicionalmente, a la observancia de los principios de la función administrativa y a los principios rectores consagrados en la ley de contratación estatal**, pues solo tienen aplicación cuando no se opongan a estos principios de obligatorio cumplimiento”⁴⁰. **(Énfasis añadido).**

Por otra parte, la jurisprudencia también ha impuesto algunos límites al contrato estatal de arrendamiento, relacionadas en particular con la renovación automática de esos contratos. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha sostenido:

“Los contratos, en principio, se deben ejecutar dentro del plazo pactado por los contratistas en el respectivo contrato. El plazo, según el artículo 1551 del Código Civil es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo. Por regla general, el vencimiento del plazo estipulado es una de las causas de terminación del contrato. Sin embargo, en cuanto no está prohibido, el plazo estipulado en el contrato se puede ampliar o prorrogar mediante acuerdo de las partes. **No existe prohibición legal para la prórroga del plazo de los contratos estatales. Por el contrario, con fundamento en el artículo 40 de la ley 80, se puede concluir que está permitida, pues esa norma establece la regla general de la libertad en las estipulaciones [...]** siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración [...] **se puede concluir que en los contratos estatales es posible la prórroga si la respectiva entidad considera que mediante esa figura se**

⁴⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2010, M.P. Alfonso Sarmiento Castro, exp. 2004-0144.

cumplen los fines estatales, conforme a los indicado en los artículos 3 a 5 de la misma ley [...]⁴¹. (Énfasis añadido).

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha coincidido en que la prórroga en los contratos de arrendamiento estatal es posible, no obstante, no ocurre lo mismo con la renovación tácita cuya estipulación no es aceptable:

“En relación con los contratos estatales la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en la posibilidad de su prórroga, aunque también en la exigencia de que se pacte antes del vencimiento del plazo inicialmente establecido en el contrato.

Según el artículo 2008 del Código Civil, una de las formas de terminación del contrato de arrendamiento es el de la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo, esto es por vencimiento del plazo establecido y el artículo 2014 ibídem sienta la regla general de que no opera la renovación tácita del contrato de arrendamiento en el evento de la aparente aquiescencia del arrendador en la retención de la cosa por el arrendatario.

La indicada renovación tácita del contrato de arrendamiento da lugar a la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, aunque regulado por las cláusulas del contrato anterior, excepto en el plazo, el cual, se rige por lo señalado en la norma mencionada anteriormente. **La renovación tácita no es una prórroga del contrato de arrendamiento, pues para que esta opere se requiere que el contrato anterior haya terminado por cualquiera de las causas establecidas en la ley. En los contratos estatales, no es aceptable la renovación tácita**⁴². (Énfasis añadido).

De manera análoga, la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió la existencia de un contrato de arrendamiento entre un particular y el Ministerio de Ambiente y realizó algunas consideraciones relevantes para aclarar más las particularidades que tiene el contrato de arrendamiento estatal en su terminación, especialmente, diferenciando las figuras de prórroga automática y renovación tácita:

“La Sala advierte desde ahora que en el Contrato No. 364 de 1995 se convino su prórroga con violación de los requisitos previstos en la Ley 80 de 1993, toda vez las partes acudieron a la aplicación de una cláusula de prórroga automática viciada de nulidad, según se declarará en esta providencia y que, de otra parte, no era viable la renovación tácita prevista en el artículo 2014 del Código Civil.

Para fundar la conclusión anterior resulta pertinente la siguiente distinción entre la prórroga automática, la renovación o modificación del contrato y la renovación tácita o tácita reconducción del contrato de arrendamiento, que son tres figuras propias del derecho privado

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla, sentencia del 24 de agosto de 2005. Radicación número: 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171)A.

⁴² Ibidem.

i) La cláusula de prórroga automática del contrato de arrendamiento consiste en el acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes convienen en que al vencimiento del plazo inicialmente previsto, ante el silencio de las mismas partes, se extenderá la vigencia del contrato por el período previsto en la respectiva cláusula -usualmente por un periodo igual al inicial-, sin necesidad de manifestación o formalidad adicional alguna.

Se trata pues de un acuerdo que existe desde el inicio del contrato, que otorga un efecto contractual al silencio de las partes y que extiende en el tiempo el mismo contrato preexistente entre las partes.

ii) La renovación del contrato de arrendamiento constituye una modificación del contrato inicial en cuanto se trata de un nuevo vínculo contractual, esto es se configura la celebración de un nuevo contrato –aunque de ordinario con características similares, al menos en parte, al contrato anterior- puesto que precisamente la renovación equivale a rehacer, volver a hacer, o mejor volver a celebrar el contrato, cuestión que puede tener lugar cuando mediante el acuerdo de voluntades y ante el vencimiento de un contrato similar preexistente, en ejercicio de su libertad negocial, las partes convienen un nuevo vínculo en relación con el cual puede mantenerse vigente la regulación básica o genérica del contrato inicial.

iii) Por su parte, la reconducción a la cual hay lugar en el contrato de arrendamiento, según las previsiones del artículo 2014 del Código Civil, no obedece a ninguna cláusula contractual sino que se presenta como una extensión de la vigencia contractual que ocurre por imperativo legal ante la conducta de las partes, cuando -a pesar del vencimiento del plazo del contrato- continúan de hecho ejecutando las prestaciones contractuales.

En realidad, tanto la cláusula de prórroga automática del contrato estatal de arrendamiento de inmuebles, como la renovación expresa del contrato se han visto limitadas en la contratación estatal, tanto en vigencia del Decreto 150 de 1976 como bajo el Decreto-ley 222 de 1983 y en la Ley 80 de 1993, en cuanto que en los dos primeros estatutos contractuales se fijó un plazo máximo de vigencia del contrato y en la Ley 80 de 1993 se fijó un valor máximo de la adición, al paso que la renovación tácita del contrato de arrendamiento no ha tenido cabida frente al contrato estatal por razón de la formalidad escrita exigida para la existencia del contrato y por lo tanto para sus modificaciones”⁴³. (Énfasis añadido).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 29 de mayo de 2013, radicado número: 25000-23-26-000-2001-02337-01(27875).

Por otro lado, bajo el supuesto de que ocurra el vencimiento del plazo pactado en un contrato de arrendamiento estatal, la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha sido clara al establecer que su vigencia no se extiende por el hecho de que el arrendatario continúe ejerciendo posesión o uso del inmueble arrendado:

“El contrato de arrendamiento se extingue al producirse la expiración del plazo, momento mismo en el cual se hace exigible la obligación del arrendatario (deudor), consistente en restituir el bien y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador (acreedor) de adelantar las acciones pertinentes para obtener el cumplimiento de la obligación, si el arrendatario no satisface la prestación de restitución, acción que no podía ejercer antes del vencimiento del plazo contractual por ser inexigible la obligación, toda vez que estaba sometida a la llegada de esa fecha (plazo suspensivo). El no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se dé el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él”⁴⁴. (Énfasis añadido).

De manera semejante la Corte Constitucional ha puntualizado lo siguiente:

“De todo lo anterior se concluye que, a la terminación del contrato de arrendamiento, se hace exigible la obligación del arrendatario de restituir el bien objeto del contrato y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador de adelantar las acciones necesarias para obtener el cumplimiento de la obligación, si el arrendatario no satisface dicha prestación. Para lo anterior, el régimen civil contiene el proceso de restitución de inmueble arrendado, que se rige por las normas contenidas en el artículo 384 del Código General del Proceso. Sin perjuicio de lo anterior, el Código Nacional de Policía y Convivencia contiene un proceso verbal abreviado que permite la restitución de bienes inmuebles cuando hayan sido ocupados o perturbados por vías de hecho. En este caso, la Ley misma habilita a las entidades públicas a solicitar la iniciación de este proceso, buscando recuperar bienes inmuebles, especialmente tratándose de bienes fiscales, siendo la decisión adoptada meramente de carácter provisional, mientras el juez ordinario competente decide definitivamente sobre la cuestión”⁴⁵.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, radicado número 40001-23-31-000-1993-03394-01(15883).

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia T-679 del 20 de noviembre de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo. “Lo anterior pone de presente que, en el marco de los procedimientos que buscan la restitución de estos bienes, puede surgir una tensión entre la protección del interés general, por un lado, y los derechos particulares de quienes ocupan el bien, por el otro. En estos casos, como ha sido sostenido por esta Corte, dicha tensión debe resolverse buscando un “equilibrio en la protección de ambos derechos, esto es, desde la perspectiva de la efectividad de ambos derechos”.

No obstante lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado también se ha pronunciado respecto de los límites de los acuerdos de modificación y la improcedencia de celebrar cláusulas que contengan prórrogas automáticas:

“i) El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 13 de agosto de 2009, radicación 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, se ocupó del mutuo acuerdo como forma de modificación del contrato, así:

“Es frecuente oír, que por el solo hecho de existir un común acuerdo entre las partes de un contrato estatal, es posible variarlo. Dado que de ser cierta ésta afirmación permitiría sin más discusión la reforma del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, pasa la Sala a efectuar el análisis correspondiente:

(...)

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado. De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiéndose, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.”

ii) En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado William Zambrano Cetina, se pronunció el 19 de mayo de 2010, radicación número: 11001-03-06-000-2010-00005-00(1984), actor: Ministerio de la Protección Social, con referencia a la prórroga del contrato de concesión prevista en el artículo 60 de la ley 643 de 2001, así:

‘Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. **En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga**

si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello.”. (Énfasis añadido).

De forma similar, también se han suscitado controversias por la aplicación de normas del Código de Comercio en contratos de arrendamiento estatal. Un caso particular, fue entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en calidad de arrendadora, y un establecimiento de comercio, cuyo representante actuaba en calidad de arrendatario en un local ubicado en el Aeropuerto el Dorado. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, puntualizó:

“Observa la Sala que las disposiciones que regulan los actos de naturaleza comercial se fincan en los conceptos de ánimo de lucro, igualdad y libre competencia de los comerciantes, por cuanto el principio rector que se protege es la libertad de empresa y el interés particular expresado en la autonomía privada de la voluntad, resultando claro que estos presupuestos no pueden ser asumidos indiscutiblemente por la Administración estatal, por cuanto siempre el órgano estatal buscará efectuar actos negociales para un bien superior, que es el interés general y la adecuada prestación del servicio público, pero no en el entendido de buscar un lucro privado o satisfacción unilateral, así que el negocio jurídico estatal siempre debe evaluarse en un nivel vertical de protección al bien común, y no horizontal como lo establece el ordenamiento comercial.

[...] El contrato de arrendamiento en el que hace parte una entidad estatal no constituye un acto de comercio en la medida que no puede buscar el lucro de la Administración sino el cumplimiento de una actividad de interés general, por lo tanto en principio no pueden aplicarse a un contrato de esta clase, las normas del Código de Comercio, salvo en lo que no se opongan a los principios de la función administrativa”⁴⁶. (Énfasis añadido).

Lo que concierne al caso en concreto, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, concluyó:

“[...] Por la naturaleza del bien inmueble principal del que hace parte el derecho preferencial concedido al arrendatario, pues el sector arrendado solo constituye una parte del todo, es decir, una sección de la unidad principal, que es el aeropuerto, que aun cuando pueda considerarse un bien fiscal cuya tenencia es susceptible de cederse a particulares, estos no pueden cambiar su naturaleza y objeto para el que fue construido, esto es, las razones del servicio público para las que fue creado y edificado, terminal de pasajeros de transporte aéreo, no como inmueble para el funcionamiento de establecimientos de comercio, que si bien no riñe con la naturaleza del servicio

⁴⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2010, M.P. Alfonso Sarmiento Castro, Exp. 2004-0144.

para el que se construyó no constituye su razón de ser. Pues, por el solo hecho de permitir que los particulares ejerzan una actividad mercantil el bien no cambia su esencia, ni tampoco cambia la titularidad y calidad del arrendador.

En cuarto lugar, es distinto aplicar las reglas del C. C. o del C. de Co. cuando el contrato guarda silencio sobre un aspecto, que aplicar una disposición que no se compadece con los fines de la administración pública. **Las disposiciones que establecen en concreto la prórroga y renovación tácita del arrendamiento de un local comercial, pueden contrariar la naturaleza del contrato administrativo y la función, por la calidad del bien objeto del negocio, no existe renovación o prórroga tácita de los contratos estatales, en aplicación del principio general de la contratación estatal de que el contrato debe constar por escrito.**

En efecto, para que el contrato estatal y sus disposiciones nazcan a la vida jurídica es necesario que se eleve a escrito como requisito ad substantiam actus, es decir, sin el cual el negocio jurídico o la relación sustancial no existe y por tanto no produce efectos jurídicos, como lo ha aceptado la jurisprudencia.

[...] **Adicionalmente, si bien el arrendatario continuó detentando la tenencia y usufructuando el bien, esta circunstancia no constituye por sí sola una prórroga automática del plazo pactado, la renovación del acuerdo inicial, ni un nuevo contrato, pues las prórrogas como la renovación automática del contrato estatal no fueron consagradas como requisito de los contratos estatales, porque atentan contra la transparencia de la gestión de la administración y el deber de selección objetiva del contratista, ni tampoco se aceptaron o establecieron taxativamente estas circunstancias en el clausulado del contrato**⁴⁷.

Otro caso de gran relevancia fue el que se presentó entre la Beneficencia de Cundinamarca, en calidad de arrendadora, y un establecimiento de comercio, “La Esquina Ltda”, en el marco de un contrato de arrendamiento estatal. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de mayo de 2019, confirmó la improcedencia del artículo 518 del Código de Comercio⁴⁸ en contratos de arrendamiento en el que una de las partes sea una entidad pública. Al respecto se señaló:

⁴⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2010, M.P. Alfonso Sarmiento Castro, expediente: 2004-0144.

⁴⁸ Artículo 518 del Código de Comercio: El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos: 1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato; 2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y 3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

“En este punto, sobre las pretensiones de la demanda relacionadas con la aplicación del artículo 518 del Código de Comercio, supuestamente valoradas en el dictamen del perito Galeano Becerra, **debe reiterarse la improcedencia de la renovación automática y del derecho de preferencia que la ley comercial reconoce al arrendatario que “haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble”, por cuanto tal cláusula no se entiende incorporada a los contratos de arrendamiento que se rigen por la Ley 80 de 1993, por razón de las reglas de la contratación estatal y los principios de igualdad de acceso y principio de planeación, que exige dar igualdad de oportunidad a los interesados y evaluar adecuadamente el alcance y la duración de los contratos estatales desde la etapa precontractual**” (énfasis añadido)⁴⁹.

A este respecto también vale la pena traer a colación la sentencia T-679 de 2017, en la cual la Corte Constitucional debió resolver el siguiente problema jurídico: *“La Alcaldía Municipal de Oiba –Santander-, vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, debido proceso y trabajo de Margarita Rodríguez, como consecuencia de haber terminado el contrato de arrendamiento sobre el Cubículo No. 7 de la plaza de mercado del municipio de Oiba –Santander-, y haber procedido a la restitución del bien inmueble ocupado por la accionante tras la terminación de dicho contrato”*.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional analizó, en primer lugar, la especial naturaleza del contrato de arrendamiento de bienes públicos y al respecto señaló:

“Lo anterior, ha llevado a concluir que **la Administración no puede pactar ni obligarse a suscribir una renovación obligatoria, irrevocable e indefinida a favor del arrendatario particular, puesto que ello configuraría una situación legal de permanencia más allá del término del contrato estatal, que se opone a la planeación de la gestión pública sobre los bienes que constituyen un recurso económico a organizar, para lograr la ejecución de los planes que, por principio, se encuentran definidos en favor del interés general.**

“69. En ese mismo sentido, se ha destacado que el interés general prima sobre el particular, de modo que **las reglas de ejecución del contrato estatal no pueden apartarse de los fines del Estado**, señalándose de manera expresa que “(...) *tratándose de bienes afectos a un servicio público, la noción del interés general se impone sobre el derecho individual, en este caso el del empresario del comercio, por manera que ciertamente el contrato y la ley de derecho privado no*

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Martha Nubia Velásquez Rico, sentencia del 30 de mayo de 2019, radicado número: 25000-23-26-000-2007-00488-01 (55086).

*pueden ser llamadas en su aplicación, en contravía de los fines del servicio público”. Para terminar, se ha agregado que, en virtud de los principios constitucionales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución, **el Estado debe garantizar la igualdad de acceso en la contratación, por lo que no puede tener lugar la configuración de un derecho individual de acceso a la tenencia indefinida de un bien de propiedad del Estado.***

“70. Bajo este panorama, es posible concluir que si bien el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, al referirse al régimen aplicable a los contratos estatales hace una remisión a las disposiciones civiles y comerciales, **ésta tiene lugar siempre y cuando dichas normas no se encuentren en contraposición con el régimen de la contratación estatal, respetando siempre los principios constitucionales que deben regir la función administrativa.** De manera particular, tratándose del contrato de arrendamiento estatal, existen al menos tres situaciones en las que se excluye la integración normativa a la que se refiere el artículo 13 del Estatuto de la Contratación Estatal, de modo que frente a ellas, no resulta aplicable lo determinado por las normas civiles y comerciales respectivas: (i) los procedimientos de formación del contrato estatal y la formalidad escrita del mismo, donde es imperativo que se apliquen las normas de la Ley 80 de 1993; (ii) lo referente a las cláusulas de prórroga automática y la tácita reconducción del contrato de arrendamiento, consagrado en el artículo 2014 del Código Civil, que, como se vio, resulta inaplicable; y (iii) **el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento establecido en el artículo 518 del Código de Comercio, el cual no tiene cabida en este tipo de contratos**” (énfasis añadido).

En consecuencia, hasta 2021 la jurisprudencia ha sido pacífica en cuanto a la imposibilidad de aceptar la renovación o prórroga automática de los contratos celebrados por entidades estatales, en particular de los contratos de arrendamiento, esté pactada o se derive directamente de la ley, principalmente tal prohibición se deriva de dos razones: el principio de planeación y las formalidades propias del contrato estatal. En consecuencia, a la luz de esta postura jurisprudencial una vez vencido el término contractual, se suprimió el vínculo con la entidad en relación con ese espacio y se tornó ilegal la ocupación como se pasará a demostrar a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

A pesar de la claridad conceptual de la postura definida en las providencias anteriormente citadas, se debe resaltar el hecho de que no existe sentencia de unificación en el sentido de definir una prohibición de renovación o prórroga automática de los contratos estatales. En este contexto, en 2021, la Subsección B del Consejo de Estado profirió una sentencia en la cual se cambió sustancialmente de *ratio decidendi*. Al respecto se señaló:

“10.- Como primera medida, a diferencia de lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983 que en su artículo 58 prohibía expresamente las prórrogas automáticas de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 no prevé dicha disposición, ni tampoco la establece en el artículo 44 como causal de nulidad. **En consecuencia, no existe norma en la que se pueda fundamentar que el sólo pacto de una prórroga automática haga manifiesta su nulidad.**

“10.1.- En segundo lugar, **el contrato objeto del proceso se celebró de manera directa, razón por la cual no puede inferirse que el pacto de una prórroga implicara autorizar la celebración de un nuevo contrato sin el cumplimiento del correspondiente proceso de selección.**

“10.2.- En tercer lugar, la afirmación de acuerdo con la cual el contrato podría afectar la libre competencia no se deduce del texto mismo del contrato, ni puede inferirse que su celebración no permitiera a la entidad contratante celebrar otros contratos con el mismo objeto en un periodo distinto aquel sobre el cual versaba el contrato objeto del proceso.

“11- En virtud de lo anterior, el vicio de nulidad declarado por el tribunal no aparece manifiesto en el contrato, porque no puede deducirse de su propio texto ni puede establecerse a partir de la confrontación del mismo con una disposición legal que determine tal sanción o consecuencia”⁵⁰.

En esta providencia, entonces, se deja claro que no existe una regla normativa que permita aplicar, de manera general, la nulidad de las cláusulas que contemplen la prórroga automática de los contratos estatales y que, al tratarse de un contrato que se celebró a través del mecanismo de la contratación directa, tampoco se evidenció la omisión de respetar las reglas de adjudicación de los contratos estatales.

La conclusión que se puede extraer de esta postura jurisprudencial es que, por sí sola, la renovación o prórroga automática no pueden considerarse como violatoria de alguna de las reglas propias de la contratación estatal y que, entonces, corresponde determinar en cada caso concreto si se cumplen los postulados del Estatuto.

No se ha establecido un régimen especial de mejoras distinto al del Código Civil, sin embargo, es ideal que cualquier mejora que se realice en el bien, al final del contrato se desmonte, en la medida de lo posible, o acceda al inmueble, para que la autoridad propietaria decida acerca de su destino.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 18 de noviembre de 2021, Exp. 60581.

En todo caso, el contrato de arrendamiento es un mecanismo adecuado de gestión económica de los bienes fiscales. Al respecto, vale la pena señalar que la titularidad de un bien implica la existencia de instrumentos que permitan valorizar la propiedad pública, *“la valorización de un bien público –explica Yves Gaudemet- comporta, sin lugar a dudas, su realización y mantenimiento al menor costo, su venta al mejor precio si no tiene utilidad, pero también su adecuación constante al interés general que debe servir. En pocas palabras, la valorización de los bienes públicos significa una valorización al servicio de la utilidad pública”* (negritas por fuera del texto)⁵¹.

En criterio del suscrito, *“la valorización de las propiedades públicas hace parte de una evolución del derecho de los bienes públicos que, de una manera esquemática, puede ser dividida en tres etapas sucesivas: Conservación/Gestión/Valorización. Cada etapa engloba la anterior”*⁵², es decir es una sucesión lógica hacia un sistema más completo de utilización de los bienes públicos que maximice el beneficio social y sobre todo el propósito que están llamados a cumplir los bienes. Es deber, entonces, tanto de la Gobernación de Cundinamarca, como de la Beneficencia de Cundinamarca, utilizar las herramientas de gestión de los Lotes 15 y 16 que maximicen el retorno financiero, con el propósito de generar recursos y crear escenarios de valorización de esas propiedades, siempre y cuando se respeten los usos del suelo definidos por la norma urbana.

En consecuencia, en relación con el contrato estatal de arrendamiento se puede concluir lo siguiente:

- i) El contrato de arrendamiento es el mecanismo ordinario de gestión económica de los bienes fiscales.
- ii) De conformidad con el artículo 1973 del Código Civil, en el contrato de arrendamiento *las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.*
- iii) Si bien el contrato estatal de arrendamiento se encuentra sometido a las reglas civiles, ello solo es posible en la medida en que no se adopten cláusulas que vulneren los principios de la contratación estatal.

⁵¹ Gaudemet, Y., *Le rapport de l'Institut de la gestion déléguée*, Les Petites Affiches, 2004, N° 147.

⁵² Pimiento Echeverri, J., *Derecho Administrativo de bienes*, U. Externado, Bogotá. 2015, p. 48.

iv) En el contrato de arrendamiento no es procedente pactar cláusulas exorbitantes, pues se encuentran expresamente prohibidas por el parágrafo del artículo 14.

v) De conformidad con el Decreto 1082 de 2015, la entidad arrendadora deberá: **1.** Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble; **2.** Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.

vi) Aunque no existe una regulación especial del canon de arrendamiento, pues aquella contenida en el Decreto 1376 de 1986 fue anulada por el Consejo de Estado en sentencia de 1991⁵³, se deben atender reglas del mercado, las cuales se podrán definir directamente en el contrato y que, en cualquier caso, deben responder a reglas objetivas relacionadas con *las condiciones del mercado inmobiliario de la ciudad*.

Ahora bien, resulta importante señalar que, en caso de que se entreguen en arrendamiento los lotes 15 y 16, figura totalmente posible en el marco normativo vigente, se debe garantizar que el uso del bien sea permitido de conformidad con la normativa urbana aplicable a la zona, con el propósito de que se respeten los principios de la contratación estatal y aquellos propios de la economía del contrato de arrendamiento.

IV. Solicitud de aclaración de algunos aspectos

Mediante correo electrónico del 11 de agosto de 2023, después de la primera lectura del concepto enviado, surgieron tres preguntas concretas, que se contestarán a continuación

1. Los inmuebles, objeto de análisis jurídico, se encuentran proyectados por el Plan Maestro del Parque Simón Bolívar en incluirse al patrimonio del Distrito bien sea por negociación directa o por expropiación, de acuerdo a ello, cuál sería su recomendación frente al término que debería llevar un posible contrato de arrendamiento con particulares a fin de evitar a futuro un conflicto contractual entre las partes (por terminación anticipada) atendiendo que en dicho contrato no es posible estipular las cláusulas exorbitantes establecidas en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de abril de 1991, Exp. 743.

No existe disposición legal que defina un término concreto para los contratos de arrendamiento estatales, razón por la cual, frente a este punto se debe acudir a la libertad que permite la autonomía contractual y las necesidades de la Beneficencia de Cundinamarca, para encontrar el mejor plazo posible. En cualquier caso, el plazo no debería exceder los cinco (5) años, plazo suficiente para que se verifique si el predio será o no utilizado para los fines definidos en el Plan Maestro.

No obstante, el suscrito considera relevante resaltar:

i) Como se indicó, en el acápite correspondiente, es jurisprudencia constante y consolidada del Consejo de Estado la exclusión del derecho a la renovación del contrato contenida en el artículo 518 del Código de Comercio. Como consecuencia de ello, la duración del contrato no debe verse limitada por el eventual derecho a la renovación, sino por la manifestación que adopte el principio de planeación en el caso concreto.

ii) En cualquier caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 2018 del Código Civil y en ausencia de regulación propia en el Código de Comercio, la expropiación del inmueble es causal de terminación legítima del contrato de arrendamiento. En efecto, dicha disposición normativa establece:

“ARTICULO 2018. <EXPROPIACION POR UTILIDAD PUBLICA>. En el caso de expropiación por causa de utilidad pública, se observarán las reglas siguientes:

1. Se dará al arrendatario el tiempo preciso para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes.

2. Si la causa de la expropiación fuere de tanta urgencia que no dé lugar a ello, o si el arrendamiento se hubiere estipulado por cierto número de años, todavía pendientes a la fecha de la expropiación, y así constare por escritura pública, se deberá al arrendatario indemnización de perjuicios por la nación o por quien haga la expropiación.

Si sólo una parte de la cosa arrendada ha sido expropiada, habrá lugar a la regla del artículo 1988, inciso 3o.

El artículo 1988 del Código Civil, por su parte, establece que en caso de expropiación parcial, se podrá terminar el contrato en caso de que sin esa porción no se hubiera arrendado el inmueble. En todo caso, se debe prever esa eventualidad y trasladar ese riesgo al arrendatario.

iii) Finalmente, en caso de que se considere pertinente, se pueden pactar cláusulas de distinta naturaleza que permitan la terminación del contrato de mutuo acuerdo antes de su finalización si se hace necesaria la negociación directa del inmueble, con el Distrito. Sin perjuicio de lo anterior, se podrá fijar la posibilidad de que, en el hipotético caso de que se transfiera la propiedad del inmueble, los actuales propietarios adelanten la gestiones necesarias -sin que se comprometa a algún resultado- para que el Distrito respete las condiciones del contrato por el restante del plazo pactado.

2. De acuerdo con lo anterior, y dado que los inmuebles 15 y 16 se encuentran en una zona del Distrito de bastante valoración comercial, cuál sería su recomendación frente a la conveniencia para los intereses del Departamento establecer la no prórroga automática, o al contrario si establecerla; ello dado que posiblemente dichos inmuebles se valoricen aún más y el canon que se exija hoy en día no sea el más apropiado en dos o tres años o se reciba una oferta que beneficie aún más los intereses del Departamento y la Beneficencia.

En relación con esta pregunta, se debe tener en cuenta lo siguiente:

i) Ante la incipiente evolución jurisprudencial en la materia, el suscrito no recomienda la inclusión de una cláusula de renovación automática o alguna otra de similares condiciones, por el contrario, en la actualidad es mucho más factible que una cláusula en ese sentido sea anulada en sede judicial.

ii) En cuanto al segundo punto, se debe recordar que el artículo 2.2.1.2.1.4.11. del Decreto 1082 de 2015 contempla que las Entidades Estatales pueden arrendar inmuebles mediante la modalidad de contratación directa atendiendo a dos reglas o presupuestos fundamentales⁵⁴:

⁵⁴ Aplicative Colombia Compra Eficiente: “En esos casos, la Entidad Estatal debe elaborar los estudios y documentos previos, efectuar un estudio del sector que le permita identificar las condiciones en que debe ofrecer el arrendamiento, analizar los Riesgos y establecer las medidas necesarias para garantizar que el principio de selección objetiva sea satisfecho con ocasión de la selección del arrendatario, para lo cual, puede definir procedimientos competitivos que los interesados deban seguir para celebrar la contratación directa con quien ofrezca las mejores condiciones en términos de valor del canon, plazo y condiciones patrimoniales del arrendatario, entre otras. Cabe anotar que solo en forma excepcional las Entidades Estatales pueden arrendar sus inmuebles, pues al ser bienes fiscales, estos deben estar destinados a sus funciones, es decir a la operación del servicio o función pública y cuando dicha destinación no es posible, entregar su administración o enajenación de acuerdo con los procedimientos previstos en normas generales aplicables”. Disponible en: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/arrendamiento-de-inmueble> .

“Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

- 1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.**
- 2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública”. (Énfasis añadido).**

En consecuencia, la cláusula de definición del precio debe identificar esas posibles variaciones o bien, debe pactarse la posibilidad de revisión periódica (anual, por ejemplo) del canon, para que corresponda al valor actual del bien y a su valorización constante. Los parámetros que se pueden tener en cuenta para definir el canon, en tres escenarios:

a. Escenario 1. Un canon fijo -revisable anualmente-, ligado al avalúo del bien y la posible explotación del mismo

b. Escenario 2. Un canon compuesto de una parte fija ligada al avalúo del bien y las condiciones en que se arrienden bienes de similar naturaleza y una parte variable ligada a los ingresos que produzca la operación por parte del arrendatario.

c. Escenario 3. Un canon variable ligado a la explotación del bien, que se definirá mes a mes.

Se recomienda solamente utilizar los supuestos de los escenarios 1 y 2, toda vez que permiten garantizar el cumplimiento de los postulados del principio de planeación y trasladarle los riesgos de la ejecución de las actividades económicas asociadas a la explotación económica del inmueble, que son del exclusivo resorte del arrendatario. Así mismo, la generación de ingresos estables y fijos, aunque revisables anualmente, debe tenerse como precepto la previsibilidad de los ingresos.

3. De conformidad al análisis de su escrito, se establece que el contrato de arrendamiento de un inmueble de propiedad del Estado no está sujeto a las normas del Código de Comercio sino a la Ley 80 de 1993 dadas las reglas especiales de contratación y los principios de acceso y planeación, de acuerdo a ello, bajo qué norma o criterio jurídico se deberá ajustar los cánones de arrendamiento si el contrato fuera por un término anual y las partes decidieran continuar con el contrato. Ello atendiendo que el canon no puede estipularse por las normas del Código de Comercio y el incremento del IPC principalmente es para arrendamientos de viviendas residenciales.

En virtud del principio de autonomía contractual, propio de los contratos estatales y de lo establecido en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, existe libertad para definir las condiciones de incremento del canon del contrato, así como la posibilidad de definir las condiciones de su revisión periódica para garantizar que la Beneficencia reciba el valor justo por el inmueble cuyo uso se está permitiendo.

En este sentido, resulta deseable que se definan condiciones de revisión del precio durante la vigencia del contrato, aceptando como posibilidad la posibilidad de incrementar el valor del canon, según la valorización que se presente del inmueble.

V. Conclusiones

De conformidad con lo señalado en este concepto, en criterio del suscrito, se puede concluir:

1. Los lotes 15 y 16 de propiedad de la Gobernación de Cundinamarca y de la Beneficencia de Cundinamarca son bienes fiscales, toda vez que no cumplen los requisitos para ser catalogados como bienes de uso público.
2. Los bienes fiscales encuentran una amplia gama de mecanismos de gestión contractual, expresamente se permite el contrato de arrendamiento.
3. Al contrato de arrendamiento de bienes fiscales se le aplicarán las reglas del derecho privado en aquello que no se oponga a las reglas y principios de la contratación estatal.
4. Existen unas reglas especiales relacionadas con la exclusión de ciertas cláusulas en el marco del contrato estatal de arrendamiento y la regulación de, entre otros aspectos, el canon para proteger el patrimonio público, en cuyo caso se deberá atender *las condiciones del mercado inmobiliario de la ciudad* (por ej., área, usos del suelo, potencial de explotación, estudio de mercado).
5. Los Lotes 15 y 16 pueden ser entregados en arrendamiento, siempre y cuando se verifique el cumplimiento de las normas urbanísticas locales y se garantice el destino de las mejoras, sin que se genere detrimento para el patrimonio de la entidad propietaria.



JULIÁN
PIMIENTO
ECHEVERRI
a b o g a d o

En estos términos dejo sentado el concepto solicitado,



JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI
Abogado – Universidad Externado
Doctor en Derecho – Universidad París II